

**OFICIO 220-028195 DEL 18 DE MARZO DE 2021**

**ASUNTO: SAGRILAFT – RESPONSABILIDAD DEL OFICIAL DE CUMPLIMIENTO**

Me refiero a su escrito radicado como se anuncia en la referencia, mediante el cual eleva algunas inquietudes relacionadas con la modificación efectuada por la Circular 100-000016 de 2020 al Capítulo X de la Circular 100-000005 de 2017, especialmente en lo relacionado con la responsabilidad que atañe a quien funge como Oficial de Cumplimiento.

Previamente a responder sus inquietudes, debe señalarse que, en atención al derecho de petición en la modalidad de consulta, la Superintendencia de Sociedades con fundamento en los artículos 14 y 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, emite conceptos de carácter general sobre las materias a su cargo, y sus respuestas a las consultas no son vinculantes ni comprometen la responsabilidad de la Entidad.

También es procedente informarle, para efecto del conteo de términos en la atención de su consulta, que mediante el artículo 5º de la parte resolutive del Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020, con ocasión de la emergencia sanitaria derivada del Coronavirus COVID-19 y mientras ésta se mantiene, el Gobierno Nacional amplió los términos para que entidades como esta Superintendencia atiendan peticiones de consulta en treinta y cinco (35) días.

Con el alcance indicado, este Despacho procederá a dar respuesta a sus interrogantes en el mismo orden en que fueron planteados:

“(…)

***La Circular Externa No. 100-000016, expedida el 24 de diciembre de 2020 por la Superintendencia de Sociedades (la “Circular Externa”), modificó íntegramente el capítulo X de la Circular Básica Jurídica de dicha entidad, relacionado con el Autocontrol y Gestión del Riesgo Integral de Lavado de Activos, Financiamiento del Terrorismo y Financiamiento de la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva (“SAGRILAFT”).***

**Así, el numeral 1 de la Circular Externa reza lo siguiente:**

***“[...] Para las entidades supervisadas por la Superintendencia de Sociedades, resulta imprescindible, en los términos del presente Capítulo X, implementar un sistema de autocontrol y gestión del riesgo integral de lavado de activos y de financiamiento del terrorismo.”***

**De igual forma, el literal f del numeral 5.1.4.3 de la Circular Externa establece lo siguiente:**

***“Cuando el Oficial de Cumplimiento no se encuentre vinculado laboralmente a la Empresa Obligada, esta persona natural y la persona jurídica a la que esté vinculado, si es el caso, deberán demostrar que en sus actividades profesionales cumplen con las medidas mínimas establecidas en la sección 5.3.1 (Debida Diligencia) de este Capítulo X”.***

Sus inquietudes son las siguientes:

**1. “¿Cuáles son las Empresas que se encuentran supervisadas por la Superintendencia de Sociedades?”**

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 80 y 82 de la Ley 222 de 1995, así como en el numeral 2.2.2.1.2.3 del Decreto 1074 de 2015, los sujetos supervisados por la Superintendencia de Sociedades, en términos generales, son las sociedades comerciales, las empresas unipersonales y las sucursales de sociedades extranjeras.

Por su parte, el numeral 2° del Capítulo X de la Circular Básica Jurídica incluyó dos definiciones que reiteran lo señalado anteriormente y, a su vez, están encaminadas a determinar los sujetos obligados:

- “(…)
- **Empresa:** es la sociedad comercial, empresa unipersonal o sucursal de sociedad extranjera supervisada por la Superintendencia de Sociedades.
  - **Empresa Obligada:** es la Empresa que debe dar cumplimiento a lo previsto en el presente Capítulo X y que se encuentran listadas en el numeral 4 de dicho capítulo”
- “(…)”.

**2. “¿Debe ser la palabra “supervisada” entendida como el género, en donde las condiciones de inspección, vigilancia y control son la especie?”**

Efectivamente, la supervisión que adelanta la Superintendencia de Sociedades contempla tres modalidades, la inspección, la vigilancia y el control, con lo cual cabe mencionar, como lo sugiere su consulta, que la supervisión podría ser considerada como el género, mientras que la inspección, la vigilancia y el control podrían ser especies, niveles o grados de supervisión.

A continuación, se realizará una somera explicación de los grados de supervisión:

- La inspección, a que alude el artículo 83 de la Ley 222 de 1995, es la atribución que tiene ésta Superintendencia para solicitar, confirmar y analizar de manera ocasional, en la forma, detalle y términos que ella determine, la información que requiera sobre la situación jurídica, contable, económica y administrativa **de cualquier sociedad no vigilada por la Superintendencia Financiera**, o sobre operaciones específicas de la misma.
- La vigilancia, contemplada en el artículo 84 *ídem*, es el grado de supervisión que ejerce sobre las sociedades incursas en alguna de las causales de vigilancia establecidas en el decreto 1074 de 2015, **siempre que no estén sometidas a la vigilancia de otras superintendencias**, consistente en velar porque en su formación, funcionamiento y desarrollo de su objeto social, se ajusten a la ley y a los estatutos. En igual situación están aquellas sociedades que indique el Superintendente de Sociedades por acto administrativo particular, cuando del análisis de la información requerida en virtud de la función de inspección o de una visita, encuentre méritos para tal efecto.
- Por último, el control, es la atribución que tiene ésta Entidad para ordenar los correctivos tendientes a la superación de la situación crítica (jurídica, contable, económica o administrativa) **de cualquier sociedad comercial no vigilada por otra superintendencia**, cuando así lo determine el Superintendente de Sociedades mediante acto administrativo de carácter particular.

**3. “¿Resultaría correcto afirmar que los sectores mencionados en los numerales 4.2.6. (Servicios de Activos Virtuales), y 4.2.8. (Régimen aplicable a las Empresas que reciban aportes en Activos Virtuales), de la Circular Externa resultan aplicables a aquellas Empresas que se**

***encuentren en estado de inspección, vigilancia o control por parte de la Superintendencia de Sociedades?”***

El numeral 2º del Capítulo X de la Circular Externa 100-000005 de 2017, modificado por la Circular 100-000005 de 2020 define el concepto de empresa, así:

*“Empresa: es la sociedad comercial, empresa unipersonal o sucursal de sociedad extranjera supervisada por la Superintendencia de Sociedades.”*

En consecuencia, al aludir los numerales 4.2.6 y 4.2.8 a las empresas que desarrollen operaciones con Activos Virtuales, se refiere a sociedades comerciales, empresas unipersonales o sucursales de sociedades extranjeras, bajo supervisión de esta Superintendencia, que cumplan con los requisitos establecidos en los señalados numerales.

Por lo tanto, en esos sectores puede darse el evento que existan Empresas Obligadas bajo supervisión, en los grados de inspección, vigilancia o control.

***“En relación con el Oficial de Cumplimiento para el SAGRILAFT, y en atención a los cambios introducidos por la Circular Externa en materia de funciones, responsabilidades, inhabilidades, entre otros:***

***1. ¿Cuál es el régimen de responsabilidad que resulta aplicable a la persona designada en el cargo de Oficial de Cumplimiento para SAGRILAFT?”***

En primer lugar, valga mencionar que el Sistema de Autocontrol y Gestión del Riesgo LA/FT/FPADM resulta del resorte tanto del máximo órgano social como de la Junta Directiva, del Representante Legal, del Oficial de Cumplimiento y de los demás sujetos vinculados a la empresa obligada que ésta involucre en su diseño<sup>1</sup>.

La efectividad del sistema depende de la sinergia resultante de la real intención de cada uno de los sujetos y órganos responsables dentro de la Empresa Obligada, de prevenir que la misma sea utilizada para el LA/FT/FPADM, que se materializa en el estricto cumplimiento de las funciones específicas asignadas, de acuerdo con el Capítulo X, así como de las que para cada uno de éstos contemple el diseño del sistema individual. La inobservancia de las órdenes e instrucciones respectivas, dará lugar a la aplicación del régimen sancionatorio dispuesto por esta

<sup>1</sup> Capítulo X Numeral 5.1.4. “(...) para la Empresa Obligada debe ser claro que el funcionamiento del SAGRILAFT requiere de la participación de varios sujetos, y que, si bien existen funciones específicas asignadas, la interacción de todos los responsables es fundamental para un adecuado funcionamiento, cumplimiento y efectividad del SAGRILAFT. (...)”

Superintendencia en el numeral 8<sup>o2</sup> del Capítulo X de la Circular 100-000005 de 2017, modificado por la Circular 100-000016 de 2020.

Si bien al Oficial de Cumplimiento le asiste el importante deber de velar por el cumplimiento efectivo y eficiente del sistema, en cuyo diseño e implementación ha participado, la eventual responsabilidad civil, administrativa y penal derivada de la insuficiencia de un Sistema de Autocontrol y Gestión del Riesgo LA/FT/FPADM que conlleve a la materialización de los riesgos que bajo un sistema eficiente hubieren sido prevenibles, cubija a la totalidad de sujetos y órganos a quienes corresponde el actuar mancomunado para blindar la empresa.

Sin embargo, si se trata de verificar el grado de responsabilidad que sobre el particular atañe especialmente al Oficial de Cumplimiento, adicional a la que le corresponde asumir por el cumplimiento de las órdenes e instrucciones de esta Entidad<sup>3</sup>, corresponde referirse para tal examen al tipo de vínculo entre éste y la empresa, en tanto que el señalado vínculo, puede ser de carácter laboral por ser un empleado de la empresa, o civil, por tratarse de una persona natural contratada por la empresa, directamente o a través de una persona jurídica, para adelantar la gestión que corresponde al referido oficial.

En tratándose el Oficial de Cumplimiento de un empleado de la Empresa Obligada, su responsabilidad para con la empresa deriva de la contemplada en la materia por la ley laboral y las cláusulas del contrato de trabajo. Lo anterior, sin perjuicio de que administrativamente, el incumplimiento de sus funciones podrá hacerle acreedor a sanciones, conforme se dispone en el numeral 8 del Capítulo X.

Ahora bien, si el Oficial de Cumplimiento es una persona natural que es contratada por la empresa, directamente o a través de una persona jurídica, para adelantar la gestión que corresponde al referido oficial, le asiste a esta persona la responsabilidad por el cumplimiento del contrato de prestación de servicios, lo cual incluye las cláusulas que de éste puedan penalizar incumplimientos y resarcir daños, premisa que no lo excluye, como se expuso anteriormente, de ser sujeto del régimen sancionatorio contemplado en el Capítulo X.

Para ambos casos, considera éste Despacho que el incumplimiento de deberes en forma intencionada o culposa, por parte del Oficial de Cumplimiento puede generarle, además de la responsabilidad contractual y administrativa antes comentada, responsabilidad de tipo penal.

<sup>2</sup> “8. Sanciones.

*El incumplimiento de las órdenes e instrucciones impartidas en el presente Capítulo X, dará lugar a las investigaciones administrativas que sean del caso y a la imposición de las sanciones administrativas pertinentes a la Empresa Obligada, el Oficial de Cumplimiento, revisor fiscal o a sus administradores, de conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 86 de la Ley 222 de 1995, sin perjuicio de las acciones que correspondan a otras autoridades.”*

<sup>3</sup> Órdenes e instrucciones a que alude el Capítulo X.

Ahora, independientemente que la vinculación de un Oficial de Cumplimiento con la Empresa Obligada derive de un contrato laboral o de uno civil, su función primordial es la de actuar como gestor de riesgo, ya que el enfoque de su trabajo está basado en la prevención del mismo, debiéndose adelantar a las situaciones que puedan constituirse como canales de facilitación para el LA/FT/FPADM, con el fin de prevenirlas o en su defecto neutralizarlas, de suerte, que la responsabilidad debe analizarse en cada caso particular.

**2 “¿Debe entenderse a la persona designada como Oficial de Cumplimiento para el SAGRILAFT como un Administrador más de la Empresa en los términos del artículo 22 de la Ley 222 de 1995?”**

No, de ninguna manera. Bajo ninguna circunstancia se pretende crear una nueva categoría de administrador de las que contempla el artículo 22 de la Ley 222 de 1995.

Por último, se recuerda que el Capítulo X prohíbe expresamente que el Oficial de Cumplimiento pertenezca a la administración de la empresa obligada a adoptar un Régimen de Autocontrol y Gestión del Riesgo Integral LA/FT/FPADM.

**3 “¿Al Oficial de Cumplimiento para SAGRILAFT le resultarían aplicables las disposiciones en materia de deberes de administradores (artículo 23 de la Ley 222 de 1995)?”**

Al oficial de Cumplimiento no le resultan aplicables las disposiciones en materia de deberes de administradores establecidos en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, de conformidad con lo expuesto en la anterior respuesta.

**4 “¿Al Oficial de Cumplimiento para SAGRILAFT le resultarían aplicables las disposiciones en materia de acción social de responsabilidad (artículo 25 de la Ley 222 de 1995) ?, es decir ¿la Empresa podría aprobar e iniciar una acción social de responsabilidad en contra del Oficial de Cumplimiento para SAGRILAFT?”**

La acción social de responsabilidad concebida en el artículo 25 de la Ley 222 de 1995 está dirigida, exclusivamente, contra administradores sociales; por tanto, dicha acción no podrá dirigirse contra el Oficial de Cumplimiento quien, como se ha venido exponiendo, no puede ser administrador de la Empresa Obligada.

**5 “¿Al Oficial de Cumplimiento para SAGRILAFT le resultarían aplicables las disposiciones en materia de responsabilidad de administradores establecida en el artículo 200 del Código de Comercio?”**

Se considera haber dado respuesta a este interrogante en puntos anteriores.

**6 “¿El Oficial de Cumplimiento para SAGRILAF T se entendería solidariamente responsable de los perjuicios que su actuar doloso o culposo causare a la Empresa?”**

Legalmente no se concibe responsabilidad solidaria del Oficial de Cumplimiento con los administradores societarios, *contrario sensu*, respecto de estos últimos, sí resulta exigible su responsabilidad solidaria e ilimitadamente por los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad<sup>4</sup>, a los socios o a terceros, en los términos del artículo 200 del Código de Comercio.

Lo anterior, no resulta óbice para que convencionalmente tal solidaridad sea pactada entre la Empresa Obligada y su Oficial de Cumplimiento<sup>5</sup> o que en algún caso en particular sea declarada la responsabilidad por una autoridad judicial.

**7 “¿Cuál debería ser el correcto procedimiento a seguir en caso de que a un Oficial de Cumplimiento para SAGRILAF T (bien vinculado directamente con la Empresa Obligada o con una tercera persona jurídica que provea estos servicios) no le sean otorgadas las herramientas, autonomía y capacidad de decisión en materia de LA/FT/FPADM al interior de la Empresa Obligada?”**

Conforme a lo dispuesto en el numeral 5.1.4.1. del Capítulo X de la Circular 100-000005 de 2017, modificado por la Circular 100-000016 de 2020, corresponde a la junta directiva, o en su defecto, al máximo órgano social de la Empresa Obligada la responsabilidad de la puesta en marcha y efectividad del SAGRILAF T, lo que le implica garantizar los recursos técnicos, logísticos y humanos necesarios que sean requeridos para el efecto por el Oficial de Cumplimiento<sup>6</sup>, así como verificar que este mismo cuente con la disponibilidad y capacidad necesaria para desarrollar sus funciones<sup>7</sup>.

Así mismo, el numeral 5.1.4.2 *ídem* contempla como funciones del Representante Legal, entre otras, tanto verificar que el Oficial de Cumplimiento cuente con la

4 Se incluyen los generados por situaciones derivadas del incumplimiento a las políticas de prevención del riesgo de LA/FT/FPADM

5 Código Civil, “Artículo 1568 (...) *La solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la ley.*”

6 Superintendencia de Sociedades, Circular Básica Jurídica 100-000005 de 2017 modificada por la Circular 100-000016 de 2020, Capítulo X, Numeral 5.1.4.1., Literal h)

7 Superintendencia de Sociedades, Circular Básica Jurídica 100-000005 de 2017 modificada por la Circular 100-000016 de 2020, Capítulo X, Numeral 5.1.4.1., Literal k)

disponibilidad y capacidad necesaria para desarrollar sus funciones<sup>8</sup>, como prestarle efectivo, eficiente y oportuno apoyo en el diseño, dirección, supervisión y monitoreo del SAGRILAFT<sup>9</sup>.

Lo anterior, sin perjuicio de la independencia y autonomía con que el Oficial de Cumplimiento debe adelantar sus deberes en relación con los administradores sociales, factores que deben serle garantizados por estos últimos<sup>10</sup>.

Habiéndose establecido en la mencionada circular los aludidos deberes para dichos administradores en relación con el apoyo y facilitación a la función del Oficial de Cumplimiento, su inobservancia deberá ser alertada por el mismo Oficial de Cumplimiento ante la Superintendencia de Sociedades, Entidad que, con sustento en el numeral 8º de la misma circular, dispondrá respecto del sujeto obligado y sus administradores las medidas administrativas a que haya lugar, sin perjuicio del traslado que de dicha alerta esta Superintendencia efectúe a otras entidades para lo de su competencia.

**8. “En caso de que se ocasione un perjuicio para la Empresa Obligada derivada de una incorrecta aplicación de las medidas establecidas en el SAGRILAFT, ¿tendría algún tipo de responsabilidad el Oficial de Cumplimiento para el SAGRILAFT?”**

Se ha dado respuesta a este interrogante en puntos anteriores.

**9. “En caso que la respuesta a la anterior consulta sea afirmativa ¿qué tipo de responsabilidad y frente a quién (accionistas, la Empresa Obligada, terceros afectados, etc.)?”**

La respuesta a éste interrogante se encuentra subsumida en las consideraciones previas que se ocupan de este particular.

**10. “En caso de que se ocasione un perjuicio para la Empresa Obligada en materia de LA/FT/FPADM, y se haya dado correcta aplicación a las medidas establecidas en el SAGRILAFT, ¿tendría algún tipo de responsabilidad el Oficial de Cumplimiento para el SAGRILAFT?”**

8 Superintendencia de Sociedades, Circular Básica Jurídica 100-000005 de 2017 modificada por la Circular 100-000016 de 2020, Capítulo X, Numeral 5.1.4.2., Literal d)

9 Superintendencia de Sociedades, Circular Básica Jurídica 100-000005 de 2017 modificada por la Circular 100-000016 de 2020, Capítulo X, Numeral 5.1.4.2., Literal e)

10 Superintendencia de Sociedades, Circular Básica Jurídica 100-000005 de 2017 modificada por la Circular 100-000016 de 2020, Capítulo X, Numeral 5.1.4.3.1., Literal a)

Frente a las consideraciones previamente presentadas por este Despacho, relacionadas con la responsabilidad del Oficial de Cumplimiento, respecto de las cuales se solicita estarse en este punto, resta recabar en que el diseño e implementación del SAGRILAFT corresponde tanto al Oficial de Cumplimiento como al representante legal,<sup>11</sup> y la responsabilidad por su aprobación corresponde a la junta directiva o, en su defecto, al máximo órgano social<sup>12</sup>.

Ante dicho panorama, en el evento de que se haya aplicado correctamente un SAGRILAFT y, aun así, se presente la materialización de un riesgo, considera este Despacho que procede revisar la metodología aplicada al sistema de gestión de riesgos implementado, teniendo en cuenta los procesos y los controles adoptados, puesto que se reitera que en el diseño no solo participa el Oficial de Cumplimiento, sino todos los sujetos y órganos obligados a participar en las tareas necesarias para su implementación al interior de la compañía.

**11. “En caso de que el oficial de cumplimiento designado sea un asociado de una persona jurídica que provea servicios de oficial de cumplimiento: ¿cuál es el régimen de responsabilidad aplicable a la persona jurídica que provee dichos servicios y a la cual se encuentra vinculada la persona natural?”**

Independientemente de la naturaleza del vínculo entre la persona natural que se desempeña como Oficial de Cumplimiento de una Empresa Obligada y la persona moral<sup>13</sup> a través de la cual se estableció la relación jurídica, la responsabilidad por el cumplimiento del Régimen de Autocontrol y Gestión del Riesgo Integral LA/FT/FPADM resulta ser personalísima, predicable con exclusividad respecto de la persona natural que funge como tal.

**12. “En el escenario de la consulta 2.4.11, ¿serían solidariamente responsables por el cumplimiento del SAGRILAFT y de las funciones del Oficial de Cumplimiento la persona jurídica que provee servicios de oficial de cumplimiento y a la cual se encuentra vinculada la persona natural, y la persona natural designada como Oficial de Cumplimiento?”**

11 Superintendencia de Sociedades, Circular Básica Jurídica 100-000005 de 2017 modificada por la Circular 100-000016 de 2020, Capítulo X, Numeral 5.1.4.2, Literal a)

12 Superintendencia de Sociedades, Circular Básica Jurídica 100-000005 de 2017 modificada por la Circular 100-000016 de 2020, Capítulo X, Numeral 5.1.4.1, Literales b) y c)

13 Superintendencia de Sociedades, Circular Básica Jurídica 100-000005 de 2017 modificada por la Circular 100-000016 de 2020, Capítulo X, numeral 5.1.4.3.1., literal f) “f. Cuando el Oficial de Cumplimiento no se encuentre vinculado laboralmente a la Empresa Obligada, esta persona natural y la persona jurídica a la que esté vinculado, si es el caso, deberán demostrar que en sus actividades profesionales cumplen con las medidas mínimas establecidas en la sección 5.3.1 (Debida Diligencia) de este Capítulo X.”

En el campo de las obligaciones solidarias su origen deviene de la ley o, en su defecto, de la expresa convención que pacta la solidaridad<sup>14</sup>.

Así, teniendo en cuenta que en el caso que nos ocupa no existe disposición normativa alguna que configure la solidaridad obligacional, y frente a la certeza que la responsabilidad por el cumplimiento de sus deberes como Oficial de Cumplimiento resulta exclusiva de la como persona natural, no encuentra este Despacho argumentos para plantear solidaridad entre este último y la persona jurídica a través de la cual surge su relación con la Empresa Obligada, a menos que ésta sea planteada en forma convencional.

**13. “¿Podría hablarse de responsabilidad penal del Oficial de Cumplimiento por los perjuicios que pudiesen llegarse a ocasionar a la empresa por su accionar culposo o doloso?”**

Éste interrogante ha sido contestado anteriormente.

De conformidad con lo expuesto, se respondió de manera cabal su consulta. Se reitera que los efectos del presente pronunciamiento son los descritos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y que en la Página WEB de esta Entidad puede consultar directamente la normatividad, así como los conceptos que la misma ha emitido sobre las materias de su competencia y la Circular Básica Jurídica, entre otros documentos de consulta.

<sup>14</sup> Código Civil, Artículo 1568