



**SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES**

CONCEPTOS JURÍDICOS EMITIDOS POR LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

Marzo 2021

OFICIO 220-026174 DEL 12 DE MARZO DE 2021



DOCTRINA: **ASAMBLEAS DE ACCIONISTAS NO PRESENCIALES POR MEDIO DE COMUNICACIÓN SIMULTÁNEA**

PLANTEAMIENTO:

1. “Actualmente se encuentra vigente el Decreto 398 de 2020, el cual transitoriamente faculta sin excepción a todas las personas jurídicas para adelantar las sesiones en los términos del artículo 19 de la Ley 222 de 1995 ¿Hasta cuándo se pueden adelantar las reuniones con base a las consideraciones de la citada norma?
2. Para las reuniones que se adelanten en virtud de la mencionada autorización, ¿Es necesario dejar algún tipo de soporte de la reunión diferente al acta?

En general, para las reuniones no presenciales de que trata la Ley 222:

3. ¿Es obligatorio dejar algún soporte de la reunión diferente al acta?
4. El soporte histórico de los aplicativos utilizados para realizar reuniones virtuales en Teams o Zoom entre otras, ¿En dónde queda registro de los participantes de la reunión? ¿La hora de inicio y de finalización, podrían considerarse soporte suficiente para probar que la reunión se adelantó tal y como lo exige la Ley 222 de 1995?
5. Una vez superado el estado de emergencia, en el caso que una sociedad no exprese taxativamente la posibilidad de celebrar reuniones no presenciales en sus estatutos, ¿Deberá reformarlos para poder realizarlas?
6. ¿Para las reuniones de asamblea de accionistas del año 2021, podríamos acogernos a lo dispuesto por el artículo transitorio del Decreto 398 de 2020?”

POSICIÓN DOCTRINAL:

En lo que tiene que ver con la primera inquietud, se observa que, a juicio de este despacho, los nuevos instrumentos legales creados por el Gobierno Nacional para conjurar la crisis ocasionada por el Covid-19, permiten que las empresas puedan continuar el normal desarrollo de su objeto social, cumpliendo los deberes que imponen las normas mercantiles. El Decreto 398 de 2020 profundizó en el uso de mecanismos tecnológicos para la realización de reuniones no presenciales, establecidas en el artículo 19 de la Ley 222 de 1995, modificado por el artículo 148 del Decreto anti trámites 019 de 2012.



El señalado Decreto 398 de 2020 adicionó el capítulo 16 al título 1 de la parte 2 del Decreto 1074 de 2015, único reglamentario del sector Comercio Industria y Turismo, que a la fecha se encuentra vigente.

Para responder los puntos dos, tres y cuatro de la consulta, debe precisarse que al tenor del artículo 189 del Código de Comercio:

“Las decisiones de la junta de socios o de la asamblea se harán constar en actas aprobadas por la misma, o por las personas que se designen en la reunión para tal efecto, y firmadas por el presidente y el se-

cretario de la misma, en las cuales deberá indicarse, además, la forma en que hayan sido convocados los socios, los asistentes y los votos emitidos en cada caso.

La copia de estas actas, autorizada por el secretario o por algún representante de la sociedad, será prueba suficiente de los hechos que consten en ellas, mientras no se demuestre la falsedad de la copia o de las actas. A su vez, a los administradores no les será admisible prueba de ninguna clase para establecer hechos que no consten en las actas.”

De lo dicho resulta claro que, el acta, es el único documento que prueba los hechos ocurridos en una reunión de asamblea de accionistas.

A su vez, no se puede perder de vista que, en desarrollo del Decreto 398 de 2020, la Superintendencia de Sociedades expidió la Circular Externa 100-00002 del 17 de marzo de 2020, mediante la cual impartió algunas instrucciones y recomendaciones a los supervisados a propósito de las reuniones no presenciales, que se concretan así:

1. A efectos del artículo 19 de la Ley 222 de 1995, se entenderá que la expresión, “todos los socios o miembros” allí contenida, hace referencia a aquellos socios o miembros de la junta directiva que participan en la reunión no presencial, siempre que se cuente con el número de participantes necesarios para deliberar según lo determine la ley o los estatutos, por lo cual, conforme a la normatividad vigente, en este tipo de reuniones no es necesaria la participación de todos los socios o miembros de la junta directiva;
2. Se deberá dar aplicación a las reglas en materia de convocatoria, quórum y mayorías previstas en la ley o los estatutos;

3. Existe la posibilidad de adelantar reuniones mixtas, conforme se determine en la convocatoria, esto es, aquellas en las que algunos de sus participantes asistan físicamente (presencialmente) y otros virtualmente (no presencialmente);
4. La convocatoria a las reuniones no presenciales o mixtas deberá señalar los medios tecnológicos que serán utilizados y la manera en la cual se accederá a la reunión por parte de los socios, sus apoderados o los miembros de la junta directiva para la participación virtual, sin perjuicio de las instrucciones necesarias para quienes asistan físicamente en caso de que la reunión sea mixta;
5. Para la realización de este tipo de reuniones, el representante legal deberá verificar la identidad de las personas que asistan virtualmente, con el propósito de garantizar que, en efecto, se trate de los socios, sus apoderados o los miembros de junta directiva, según el caso, y
6. Adicionalmente, el representante legal deberá dejar constancia en el acta sobre la continuidad del quórum que sea requerido para el inicio de la reunión, y que el mismo se mantenga durante su desarrollo y hasta su culminación.

Sobre el quinto punto de la consulta, relacionado con la posibilidad de celebrar reuniones no presenciales cuando se supere el estado de emergencia, se precisa que es viable, toda vez que, si los estatutos no las contemplan, este tipo de reuniones están previstas en el artículo 19 de la Ley 222 de 1995, modificado por el artículo 148 del Decreto 0019 de 2012.



Sobre su sexto interrogante, el cual se refiere a las reuniones de asamblea de accionistas para el año 2021, precisamos que tales reuniones podrán llevarse a cabo en virtud de artículo 19 de la Ley 222 de 1995 modificado por el artículo 148 del Decreto 0019 de 2012, el Decreto 398 de 2020 y el Decreto 176 de 2021. Éste último decreto, fijó las reglas aplicables a las reuniones de asambleas o juntas de socios del máximo órgano social de personas jurídicas que, en virtud de lo señalado en el párrafo transitorio del artículo 6 de la Ley 2069 de 2020, se reúnan durante el año 2021.

Más información aquí



OFICIO 220-027736 DEL 17 DE MARZO DE 2021



DOCTRINA: **CIRCULAR EXTERNA 100-000016 DEL 2020 - EXPERIENCIA DEL OFICIAL DE CUMPLIMIENTO**

PLANTEAMIENTO:

“En fecha 24 de diciembre de 2020 mediante circular 100-000016 se realizó una modificación integral al capítulo X de la Circular Básica Jurídica de 2017 implementando el nuevo Sistema de Autocontrol y Gestión del Riesgo Integral de LA/FT/FPADM (SAGRILAFT) para las empresas que menciona en la numerales 4.1 y 4.2 de la mencionada circular, igualmente en el numeral 5.1.2 manifiesta que la empresa obligada deberá asignar un oficial de cumplimiento con el fin de responsabilizarse de la auditoría y verificación del cumplimiento de SAGRILAFT, y que este debe tener un título profesional y acreditar experiencia mínimo de seis meses en el desempeño de cargos relacionados con la administración de SAGRILAFT así como acreditar un conocimiento en la materia.

Teniendo en cuenta que la implementación del SAGRILAFT comenzó a regir en diciembre de 2020 y la circular exige mínimo seis meses de experiencia en la administración de este para ejercer el cargo de oficial de cumplimiento, no es posible en este momento cumplir con este requisito, por lo anterior solicito se me informe si existe algún plazo para demostrar la experiencia o si la Supersociedades dará un plazo para comenzar a exigirlo, de lo contrario se me aclare qué experiencia podría servir para poder acreditar la experiencia y así ejercer un cargo de oficial de cumplimiento en este momento”.

POSICIÓN DOCTRINAL:

El numeral 4 del Anexo 1 de la Circular Externa 100-000016 del 24 de diciembre de 2020, consagra de manera expresa el ámbito de aplicación del Sistema de Autocontrol y Gestión del Riesgo Integral LA/FT/FPADM y señala las empresas que están obligadas a implementar el mismo.

Dichas empresas deberán diseñar y poner en marcha un Sistema de Autocontrol y Gestión del Riesgo Integral LA/FT/FPADM – SAGRILAFT, “para lo cual deberá tener en cuenta la materialidad, las características propias de la empresa y su actividad, así como la identificación de los Factores de Riesgo LA/FT/FPADM (Matriz de Riesgo LA/FT/FPADM u otro mecanismo de evaluación, individualización, identificación y segmentación del Riesgo LA/FT/FPADM). El representante legal y la junta directiva, o el máximo órgano social cuando aquella no existe, deberán disponer de las medidas operativas, económicas, físicas, tecnológicas y de recursos que sean necesarias para que el oficial de cumplimiento pueda desarrollar sus labores de manera adecuada.

Ahora bien, las empresas obligadas a implementar el SAGRILAFT, deberán designar una persona natural denominada oficial de cumplimiento y evaluar si es necesario el nombramiento de un oficial de cumplimiento suplente. La designación de dicha persona le compete realizarla a la junta directiva, y en el evento de que no existía tal órgano, corresponderá al representante legal proponer al máximo órgano social el nombre de la persona que podría ser designada como oficial de cumplimiento.

Para que la persona pueda ser designada como oficial de cumplimiento, debe acreditar, entre otros requisitos, una experiencia mínima de seis (6) meses en el desempeño de cargos relacionados con la administración del SAGRILAFT y “acreditar conocimiento en materia de administra-

ción del riesgo LA/FT/FPADM a través de especialización, cursos, diplomados, seminarios, congresos o cualquier otra similar, incluyendo pero sin limitarse a cualquier programa de entrenamiento que sea o vaya a ser ofrecido por la UIAF a los actores del sistema nacional de anti lavado de activos y contra la financiación del terrorismo”.



Ubicados en el escenario anterior, es preciso señalar que la experiencia de mínimo seis (6) meses, debe ser en relación con cargos similares o encaminados a la administración y gestión de riesgos de lavado de activos y financiación del terrorismo.

Por último, valga anotar que, además del requisito de experiencia, la persona que pretenda ser nombrada como oficial de cumplimiento de la empresa obligada, deberá cumplir con todos y cada uno de los requisitos previstos en los numerales 5.1.2 y 5.1.4.3.1 del Anexo 1 de la Circular Externa No.100-000016 del 24 de diciembre de 2020 expedida por la Superintendencia de Sociedades.

Más información aquí



OFICIO 220-033122 DEL 25 DE MARZO DE 2021



DOCTRINA: **CAUSAL DE DISOLUCIÓN POR EL NO CUMPLIMIENTO DE LA HIPÓTESIS DE NEGOCIO EN MARCHA**

PLANTEAMIENTO:

1. “Teniendo en cuenta que: i) el numeral 3, del artículo 15 del Decreto Legislativo 560 de 2020, y el artículo 16 del Decreto Legislativo 772 de 2020, suspendió por un periodo de 24 meses la configuración de la causal de disolución por pérdidas prevista en la normativa vigente de ese momento y que; ii) el parágrafo 1, del artículo 4 de la ley 2069 de 2020 establece que las menciones realizadas en cualquier norma relativas a la causal de disolución por pérdidas se entenderán referidas a la ahora causal de disolución por no cumplimiento de la hipótesis de negocio en marcha. ¿Debe entenderse que, si bien la Ley 2069 de 2020 rige a partir del momento de su promulgación, la causal de disolución por el no cumplimiento de la hipótesis de negocio en marcha nace suspendida por 24 meses (o por el periodo restante) de acuerdo con lo establecido en los Decretos Ley 560 de 2020 y 772 de 2020 y, por lo tanto, solo tendría efectos una vez superado el tiempo de suspensión establecido en los mencionados decretos?”
2. El artículo 4 de la Ley 2069 de 2020 hace referencia a que la hipótesis de negocio en marcha se debe evaluar de conformidad con la normatividad vigente, ¿A cuál normatividad se está haciendo referencia? Favor indicarla.
3. Indicar en qué norma se define de manera objetiva la hipótesis de negocio en marcha.
4. ¿Cuáles son los criterios objetivos para determinar que no se cumple con la hipótesis de negocio en marcha?
5. ¿Qué entiende la Superintendencia de Sociedades por la hipótesis de negocio en marcha?
6. ¿Cómo se determina si una entidad no cumple con la hipótesis de negocio en marcha? ¿Existe algún procedimiento en concreto que se deba surtir para poder llegar a esta conclusión?

7. ¿Quién debe determinar si la hipótesis de negocio en marcha se cumple?
8. ¿Puede la Superintendencia de Sociedades, frente a las entidades que se encuentran bajo su inspección, vigilancia o control, decretar de oficio el no cumplimiento de la hipótesis en marcha?
9. ¿Qué se entiende por deterioro de patrimonio?
10. ¿En qué norma se establecen los criterios objetivos para determinar que se ha configurado un deterioro de patrimonio?
11. ¿Qué se entiende por riesgo de insolvencia?
12. ¿En qué norma se establecen los criterios objetivos para determinar que se ha configurado un riesgo de insolvencia?
13. ¿Puede una empresa tener deterioro de patrimonio y/o estar en riesgo de insolvencia, pero cumplir con la hipótesis de negocio en marcha?
14. ¿Para que la hipótesis de negocio en marcha no se cumpla, necesariamente la sociedad debe estar en riesgo de insolvencia y/o con deterioro de patrimonio?
15. Una entidad que tenía a 31 de diciembre de 2019 el patrimonio por debajo del 50% del capital suscrito, significa que, si cumple con la hipótesis de negocio en marcha, ¿ya no está en causal de disolución?
16. ¿Aplica la causal de disolución por no cumplir la hipótesis de negocio en marcha las entidades sin ánimo de lucro?
17. ¿Aplica la causal de disolución por no cumplir la hipótesis de negocio en marcha las entidades sin ánimo de lucro extranjeras?

POSICIÓN DOCTRINAL:

1. *“Teniendo en cuenta que: i) el numeral 3, del artículo 15 del Decreto Legislativo 560 de 2020, y el artículo 16 del Decreto Legislativo 772 de 2020, suspendió por un periodo de 24 meses la configuración de la causal de disolución por pérdidas prevista en la normativa vigente de ese momento y que; ii) el parágrafo 1, del artículo 4 de la ley 2069 de 2020 establece que las menciones realizadas en cualquier norma relativas a la causal de disolución por pérdidas se entenderán referidas a la ahora causal de disolución por no cumplimiento de la hipótesis de negocio en marcha. ¿Debe entenderse que, si bien la ley 2069 de 2020 rige a partir del momento de su promulgación, la causal de disolución por el no cumplimiento de la hipótesis de negocio en marcha nace suspendida por 24 meses (o por el periodo restante) de acuerdo con lo establecido en los Decretos 560 de 2020 y 772 de 2020 y, por lo tanto, solo tendría efectos una vez superado el tiempo de suspensión establecido en los mencionados decretos?”*

1. El numeral 3 del artículo 15 del Decreto Legislativo 560 de 2020 dispone:

“Artículo 15. Suspensión temporal. A efectos de apoyar a las empresas afectadas por las causas que motivaron la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica de que trata el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, y facilitar el manejo del orden público económico, se suspenden de manera temporal las siguientes normas:

(...)

3. Suspéndase, a partir de la expedición del presente Decreto Legislativo y por un periodo de 24 meses, la configuración de la causal de disolución por pérdidas prevista en el artículo 457 del Código de Comercio y del artículo 35 de la Ley 1258 de 2008.

(...)”.

2. El artículo 16 del Decreto Legislativo 772 de 2020 establece:

“Artículo 16. Suspensión Temporal. A efectos de apoyar a las empresas afectadas por las causas que motivaron la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, declarada mediante el Decreto 637 del 6 de mayo de 2020, facilitar el manejo del orden público económico y extender la suspensión de la causal de disolución por pérdidas de las sociedades anónimas y SAS a otros tipos societarios, se suspenden de manera temporal, hasta el 16 de abril 2022, los artículos 342, 351, 370 Y el numeral 2° del artículo 457 del Código de Comercio y el numeral 7 del artículo 34 de la Ley 1258 de 2008, frente a la causal de disolución por pérdidas; y el artículo 24 de la Ley 1429 de 2010 y el artículo 35 de la Ley 1258 de 2008, frente al término para enervarla.”

3. El artículo 4° de la Ley 2069 de 2020 señala:

“ARTÍCULO 4. CAUSAL DE DISOLUCIÓN POR NO CUMPLIMIENTO DE LA HIPÓTESIS DE NEGOCIO EN MARCHA. Constituirá causal de disolución de una sociedad comercial el no cumplimiento de la hipótesis de negocio en marcha al cierre del ejercicio, de conformidad con lo establecido en la normatividad vigente.

Cuando se pueda verificar razonablemente su acaecimiento, los administradores sociales se abstendrán de iniciar nuevas operaciones, distintas a las del giro ordinario de los negocios, y convocarán inmediatamente a la asamblea general de accionistas o a la junta de socios para informar completa y documentadamente dicha situación, con el fin de que el máximo órgano social adopte las decisiones pertinentes respecto a la continuidad o la disolución y liquidación de la sociedad, so pena de responder solidariamente por los perjuicios que causen a los asociados o a terceros por el incumplimiento de este deber.

Sin perjuicio de lo anterior, los administradores sociales deberán convocar al máximo órgano social de manera inmediata, cuando del análisis de los estados financieros y las proyecciones de la empresa se puedan establecer deterioros patrimoniales y riesgos de insolvencia, so pena de responder solidariamente por los perjuicios que causen a los asociados o a terceros por el incumplimiento de este deber. El Gobierno nacional podrá establecer en el reglamento las razones financieras o criterios para el efecto.



PARÁGRAFO PRIMERO. Las menciones realizadas en cualquier norma relativas a la causal de disolución por pérdidas se entenderán referidas a la presente causal. Las obligaciones establecidas en la presente norma serán igualmente exigibles a las sucursales de sociedad extranjera.

PARÁGRAFO SEGUNDO. Deróguese el numeral 7 del artículo 34 la Ley 1258 de 2008, así como los artículos 342, 351, 370, 458, 459, 490, el numeral 2 del artículo 457 del Decreto 410 de 1971.”

Con base en las normas transcritas, es preciso señalar que la configuración de la causal de disolución por no cumplimiento de la hipótesis de negocio en marcha se encuentra suspendida temporalmen-

te, en los términos señalados en el numeral 3 del artículo 15 del Decreto Legislativo 560 de 2020 y en el artículo 16 del Decreto Legislativo 772 de 2020, conforme a lo establecido en el parágrafo primero de la Ley 2069 de 2020.

Sin perjuicio de lo anterior, se aclara que los efectos de la suspensión se limitan a la configuración de la causal de disolución por no cumplimiento de la hipótesis de negocio en marcha y no se extienden a los principios contenidos en los marcos de información financiera y de aseguramiento vigentes, de tal manera que al elaborar los estados financieros de propósito general debe evaluarse si se cumple o no con el principio fundamental de la hipótesis de negocio en marcha, y si esta no es apropiada, se deberán elaborar los estados financieros atendiendo lo observado en el anexo número 5 del Decreto 2420 de 2015.

2. “El artículo 4 de la Ley 2069 de 2020 hace referencia a que la hipótesis de negocio en marcha se debe evaluar de conformidad con la normatividad vigente, ¿a cuál normatividad se está haciendo referencia? Favor indicarla”

El artículo 4 de la Ley 2069 de 2020 prescribió lo siguiente:

“ARTÍCULO 4. CAUSAL DE DISOLUCIÓN POR NO CUMPLIMIENTO DE LA HIPÓTESIS DE NEGOCIO EN MARCHA. Constituirá causal de disolución de una sociedad comercial el no cumplimiento de la hipótesis de negocio en marcha al cierre del ejercicio, de conformidad con lo establecido en la normatividad vigente. (...)”

Por tanto, para tales efectos deberá tenerse en cuenta lo establecido en el Decreto 2101 de 2016, (por el cual se adiciona un título 5, denominado Normas de Información Financiera para Entidades que no Cumplen la Hipótesis de Negocio en Marcha, a la Parte 1 del Libro 1 del Decreto 2420 de 2015, Único Reglamentario de las

Normas de Contabilidad, Información Financiera y de Aseguramiento de la Información, y se dictan otras disposiciones).

3. “Indicar en que norma se define de manera objetiva la hipótesis de negocio en marcha.”

Tal y como se señaló en la respuesta anterior, se sugiere consultar el Decreto 2101 de 2016, (por el cual se adiciona un título 5, denominado Normas de Información Financiera para Entidades que no Cumplen la Hipótesis de Negocio en Marcha, a la Parte 1 del Libro 1 del Decreto 2420 de 2015, Único Reglamentario de las Normas de Contabilidad, Información Financiera y de Aseguramiento de la Información, y se dictan otras disposiciones).

4. “¿Cuáles son los criterios objetivos para determinar que no se cumple con la hipótesis de negocio en marcha?”

El anexo 5 del Decreto 2420 de 2015, dispone lo siguiente:

“(…)

Criterios a seguir para evaluar la hipótesis de negocio en marcha.

7. Las Normas de Información Financiera en Colombia (NIF), en su versión para Grupo 1, o en su versión para Grupo 2 o Grupo 31, establecen que una entidad elaborará sus estados financieros de propósito general bajo la hipótesis de negocio en marcha, a menos que la administración pretenda liquidar la entidad o cesar en su actividad, o bien no exista otra alternativa más realista que proceder de una de estas formas. Cuando la administración de la entidad, al realizar esta evaluación, sea consciente de la existencia de incertidumbres importantes, relativas a eventos o condiciones que puedan aportar dudas significativas sobre la posibilidad de que la entidad siga funcionando normalmente, procederá a revelarlas en los estados fi-

nancieros. Adicionalmente, cuando una entidad no prepare los estados financieros bajo la hipótesis de negocio en marcha, revelará ese hecho, junto con las hipótesis sobre las que han sido elaborados y las razones por las que la entidad no se considera como un negocio en marcha.

8. Al evaluar si la de hipótesis negocio en marcha resulta apropiada, la gerencia tendrá en cuenta toda la información disponible sobre el futuro, que deberá cubrir al menos los doce meses siguientes a partir del final del periodo sobre el que se informa, sin limitarse a dicho período. El Grado de detalle de las consideraciones dependerá de los hechos que se presenten en cada caso. Cuando una entidad tenga un historial de operaciones rentable, así como un pronto acceso a recursos financieros, la entidad podrá concluir que la utilización de la hipótesis de negocio en marcha es apropiada, sin realizar un análisis detallado. En otros casos, puede ser necesario que la gerencia, antes de convencerse a sí misma, de que la hipótesis de negocio en marcha es apropiada, deba ponderar una amplia gama factores relacionados con la rentabilidad actual y esperada, el calendario de pagos de la deuda y las fuentes potenciales de sustitución de la financiación existente.

9. La Norma Internacional de Auditoría 570 Empresa en Funcionamiento (NIA 570), que está incorporada en el marco técnico de normas de aseguramiento, suministra guías que sirven de base para que un auditor (auditor externo y/o revisor fiscal), concluya que el uso de la presunción de negocio en marcha es apropiado, pero existe una incertidumbre importante. El párrafo 18 de esta norma establece:

“Si el auditor concluye que la utilización de la hipótesis de negocio en marcha es adecuada, teniendo en cuenta las circunstancias, pese a la existencia de una incertidumbre material, determinará si los estados financieros:

a) Describen adecuadamente los principales hechos o condiciones que pueden generar dudas significativas sobre la capacidad de la entidad para continuar como negocio en marcha y los planes de la dirección para afrontar dichos hechos o dichas condiciones; y

b) Revelan claramente que existe una incertidumbre material relacionada con hechos o condiciones que pueden generar dudas significativas sobre la capacidad de la entidad para continuar como negocio en marcha, y que, por tanto, aquella puede no ser capaz de realizar los activos y liquidar los pasivos en el curso normal de los negocios.”

10. El párrafo 19 de la NIA 570 también establece:

“Si se revela la información adecuada en los estados financieros, el auditor expresará una opinión no modificada e incluirá un párrafo de énfasis en el informe de auditoría para:

a) Destacar la existencia de una incertidumbre material en relación con el hecho o la condición que puede generar dudas significativas sobre la capacidad de la entidad para continuar como negocio en marcha; y b) Llamar la atención sobre la nota explicativa de los estados financieros que revela lo señalado en el párrafo 18.”

11. La NIA 570 también requiere que el auditor establezca que los estados financieros revelan claramente que las incertidumbres importantes pueden generar dudas significativas sobre la habilidad y la capacidad de la entidad para continuar como un negocio en marcha. Esta norma requiere revelaciones amplias y más específicas en los estados financieros de propósito general de la entidad que informa, y exige que el auditor determine si los requerimientos de revelación de los marcos técnicos aplicables se han cumplido adecuadamente. Sin embargo, como las normas de auditoría, a diferencia de las normas de informa-

ción financiera, requieren las revelaciones antes indicadas, puede ser necesario ampliar las responsabilidades de la administración en materia de revelaciones y las del auditor, para asegurar que se han suministrado esas revelaciones.”

Precisado lo anterior, es pertinente señalar que el numeral 14 del referido Anexo, le permite a la administración de la sociedad, al momento de la evaluación del negocio en marcha, distinguir algunos factores específicos, no taxativos, que individual o colectivamente pueden generar dudas significativas sobre la presunción de negocio en marcha, como se expone a continuación:



Financieros

- ▶ Posición patrimonial neta negativa o capital de trabajo negativo.
- ▶ Préstamos a plazo fijo próximos a su vencimiento sin perspectivas realistas de reembolso o renovación; o dependencia excesiva de préstamos a corto plazo para financiar activos a largo plazo.
- ▶ Indicios de retirada de apoyo financiero por los acreedores. etc.
- ▶ Indicios de retirada de apoyo financiero por los acreedores.

- ▶ Flujos de efectivo de explotación negativos en estados financieros históricos o prospectivos.
- ▶ Razones financieras claves desfavorables.
- ▶ Pérdidas de explotación sustanciales o deterioro significativo del valor de los activos utilizados para generar flujos de efectivo.
- ▶ Atrasos en los pagos de dividendos o suspensión de estos.
- ▶ Incapacidad de pagar al vencimiento a los acreedores.
- ▶ Incapacidad de cumplir con los términos de los contratos de préstamo.
- ▶ Cambio en la forma de pago de las transacciones con proveedores, pasando del pago a crédito al pago al contado.
- ▶ Incapacidad de obtener financiación para el desarrollo imprescindible de nuevos productos u otras inversiones esenciales.
- ▶ Salida de miembros claves de la dirección, sin sustitución.
- ▶ Pérdida de un mercado importante, de uno o varios clientes claves, de una franquicia, de una -licencia o de uno o varios proveedores principales.
- ▶ Dificultades laborales.
- ▶ Escases de suministros importantes.
- ▶ Aparición de un competidor de gran éxito.

Legales y otros

Incumplimiento de requerimientos de capital o de otros requerimientos legales

La significatividad de dichos hechos o condiciones, a menudo, puede verse mitigada por otros factores. Por ejemplo, el efecto de la incapacidad de una entidad para reembolsar su deuda puede verse contrarrestado por los planes de la dirección para mantener flujos de efectivo adecuados por medios alternativos, como, por ejemplo, mediante la enajenación de activos, la renegociación de la devolución de los préstamos o la obtención de capital adicional. De forma similar, la pérdida de un proveedor principal puede mitigarse por la disponibilidad de una fuente alternativa de suministro adecuada.

- ▶ Operacionales
- ▶ Intención de la dirección de liquidar la entidad o de cesar en sus actividades.

- ▶ Procedimientos legales o administrativos pendientes contra la entidad que, si prosperasen, podrían dar lugar a reclamaciones que es improbable que la entidad pueda satisfacer.
- ▶ Cambios en las disposiciones legales o reglamentarias o en políticas públicas que previsiblemente afectarán negativamente a la entidad.
- ▶ Catástrofes sin asegurar o aseguradas insuficientemente cuando se producen.
- ▶ Cuando exista un cese de actividades y no se tenga certidumbre sobre la fecha en la que se reiniciará la operación.
- ▶ Cuando existan incertidumbres importantes sobre la fecha de vigencia o término de duración de una entidad.

5. “¿Qué entiende la Superintendencia de Sociedades por la hipótesis de negocio en marcha?”

El anexo 5 del Decreto 2420 de 2015, establece lo siguiente:

“(…)

Definición

5. La hipótesis de negocio en marcha es un principio fundamental para la preparación de los estados financieros de propósito general de una entidad. Bajo este principio, se considera que una entidad cuenta con la capacidad de continuar sus operaciones durante un futuro predecible, sin necesidad de ser liquidada o de cesar en sus operaciones y, por lo tanto, sus activos y pasivos son reconocidos sobre la base de que los activos serán realizados y los pasivos cancelados en el curso normal de las operaciones comerciales. Una consideración especial de la hipótesis de negocio en marcha es que la entidad tiene los recursos necesarios para cumplir con sus obligaciones cuando ellas sean exigibles en el futuro predecible.



6. A menos que la entidad esté ante una situación de inminente liquidación, o en proceso de liquidación, esta debe preparar sus estados financieros bajo la presunción de que continuará operando como una entidad que cumple la hipótesis de un negocio en marcha.”

6. “¿Cómo se determina si una entidad no cumple con la hipótesis de negocio en marcha? ¿Existe algún procedimiento en concreto que se deba surtir para poder llegar a esta conclusión?”

La respuesta a este interrogante se resuelve conforme a lo precisado en los acápites anteriores de este concepto.

7. “¿Quién debe determinar si la hipótesis de negocio en marcha se cumple?”

La causal de disolución por no cumplimiento de la hipótesis de negocio en marcha se verificará por parte de los administradores sociales, al momento de elaborar los estados financieros de propósito general al cierre del ejercicio. De esta forma, si éstos se preparan considerando que la hipótesis de negocio en marcha no es apropiada, los mismos deberán ser presentados, con la información completa y documentada que soporta la evaluación de la administración, al máximo órgano social en la reunión ordinaria para que se tomen las decisiones correspondientes por parte de dicho órgano.

8. “¿Puede la Superintendencia de Sociedades, frente a las entidades que se encuentran bajo su inspección, vigilancia o control, decretar de oficio el no cumplimiento de la hipótesis en marcha?”

De conformidad con lo previsto en el numeral 5 del artículo 84 de la Ley 222 de 1995, esta Superintendencia tiene la competencia para decretar la disolución de las sociedades que se encuentren bajo su vigilancia, en los siguientes términos:

“5. Decretar la disolución, y ordenar la liquidación, cuando se cumplan los supuestos previstos en la ley y en los estatutos, y adoptar las medidas a que haya lugar.”

A su vez, la misma facultad se predica respecto de las sociedades sujetas a control, según lo señalado en el artículo 85 de la Ley 222 de 1995.

En consecuencia, la Superintendencia de Sociedades podrá decretar la disolución de la sociedad por el acaecimiento de la

causal de disolución por no cumplimiento de la hipótesis de negocio en marcha de las sociedades sujetas a su vigilancia y control.

9. “¿Qué se entiende por deterioro de patrimonio?”

Aunado a lo señalado previamente es este concepto y a lo establecido en el anexo 5 del Decreto 2420 de 2015, los administradores deberán determinar las razones financieras y criterios para establecer deterioros patrimoniales y riesgos de insolvencia de acuerdo, entre otros, con el modelo de negocio y los sectores en los cuales la sociedad desarrolla su objeto social. Sin perjuicio de lo anterior, es conocido que actualmente el Gobierno Nacional tramita la expedición de un decreto reglamentario que tiene como objetivo señalar algunas razones financieras o criterios para establecer deterioros patrimoniales y riesgos de insolvencia.

10. “¿En qué norma se establecen los criterios objetivos para determinar que se ha configurado un deterioro de patrimonio?”

11. ¿Qué se entiende por riesgo de insolvencia?

12. ¿En qué norma se establecen los criterios objetivos para determinar que se ha configurado un riesgo de insolvencia?”

La respuesta a estas preguntas se encuentra subsumida en la respuesta a la pregunta 9.

13. “¿Puede una empresa tener deterioro de patrimonio y/o estar en riesgo de insolvencia, pero cumplir con la hipótesis de negocio en marcha?”

El artículo 4 de la Ley 2069 de 2020, prescribió lo siguiente:

“ARTÍCULO 4. CAUSAL DE DISOLUCIÓN POR NO CUMPLIMIENTO DE LA HIPÓTESIS DE NEGOCIO EN MARCHA. Constitui-

rá causal de disolución de una sociedad comercial el no cumplimiento de la hipótesis de negocio en marcha al cierre del ejercicio, de conformidad con lo establecido en la normatividad vigente.

Cuando se pueda verificar razonablemente su acaecimiento, los administradores sociales se abstendrán de iniciar nuevas operaciones, distintas a las del giro ordinario de los negocios, y convocarán inmediatamente a la asamblea general de accionistas o a la junta de socios para informar completa y documentadamente dicha situación, con el fin de que el máximo órgano social adopte las decisiones pertinentes respecto a la continuidad o la disolución y liquidación de la sociedad, so pena de responder solidariamente por los perjuicios que causen a los asociados o a terceros por el incumplimiento de este deber.

Sin perjuicio de lo anterior, los administradores sociales deberán convocar al máximo órgano social de manera inmediata, cuando del análisis de los estados financieros y las proyecciones de la empresa se puedan establecer deterioros patrimoniales y riesgos de insolvencia, so pena de responder solidariamente por los perjuicios que causen a los asociados o a terceros por el incumplimiento de este deber. El Gobierno nacional podrá establecer en el reglamento las razones financieras o criterios para el efecto. (...).”

Del contexto de la norma se puede inferir:

- ▶ Los administradores al analizar la situación de la empresa y las proyecciones de la misma, pueden establecer deterioros patrimoniales y riesgos de insolvencia, sin que ello determine, en todos los casos, que la sociedad dejó de cumplir con la hipótesis de negocio en marcha.
- ▶ Los administradores sociales deben hacer monitoreo de los estados financieros, la información financiera y las proyecciones de la empresa, para establecer la existencia o posibilidad de

deterioros patrimoniales y riesgos de insolvencia y, si estos existieren, informarán al máximo órgano social para que pueda adoptar las decisiones correspondientes.

14. “¿Para que la hipótesis de negocio en marcha no se cumpla, necesariamente la sociedad debe estar en riesgo de insolvencia y/o con deterioro de patrimonio?”

La respuesta a ésta pregunta fue abordada en acápites previos del presente concepto.

15. “Una entidad que tenía a 31 de diciembre de 2019 el patrimonio por debajo del 50% del capital suscrito, significa que, si cumple con la hipótesis de negocio en marcha, ¿ya no está en causal de disolución?”

Se reitera que la causal de disolución por no cumplimiento de la hipótesis de negocio en marcha se verificará por parte de los administradores sociales, al momento de elaborar los estados financieros de propósito general al cierre del ejercicio. De esta forma, si éstos se preparan considerando que la hipótesis de negocio en marcha no es apropiada, los mismos deberán ser presentados, con la información completa y documentada que soporta la evaluación de la administración, al máximo órgano social en la reunión ordinaria para que se tomen las decisiones correspondientes por parte de dicho órgano.

Sin perjuicio de lo anterior, se pone de presente que el artículo 4 de la Ley 2069 de 2020, rige hacia el futuro y no reguló actos consolidados y acaecidos con anterioridad a su vigencia, sin olvidar que tal y como se señaló en el presente oficio, la causal de disolución por el no cumplimiento de la hipótesis de negocios en marcha actualmente se encuentra suspendida.

Por último, se recuerda que el artículo 4 de la Ley 2069 de 2020, derogó el numeral 7 del artículo 34 la Ley 1258 de 2008, así como los artículos 342, 351, 370, 458, 459, 490, el numeral 2 del artículo del artículo 457 del Decreto 410 de 1971.

16. “¿Aplica la causal de disolución por no cumplir la hipótesis de negocio en marcha las entidades sin ánimo de lucro?”

17. “¿Aplica la causal de disolución por no cumplir la hipótesis de negocio en marcha las entidades sin ánimo de lucro extranjeras?”

El artículo 4 de la Ley 2069 de 2020, acota lo siguiente:

“Constituirá causal de disolución de una sociedad comercial el no cumplimiento de la hipótesis de negocio en marcha al cierre del ejercicio, de conformidad con lo establecido en la normatividad vigente.

(...)

PARÁGRAFO PRIMERO. Las menciones realizadas en cualquier norma relativas a la causal de disolución por pérdidas se entenderán referidas a la presente causal. Las obligaciones establecidas en la presente norma serán igualmente exigibles a las sucursales de sociedad extranjera. (...)

Por lo tanto, la norma claramente establece los sujetos de aplicación.

Más información aquí



OFICIO 220-028195 DEL 18 DE MARZO DE 2021



DOCTRINA: **SAGRILAFT - RESPONSABILIDAD DEL OFICIAL DE CUMPLIMIENTO**

PLANTEAMIENTO:

1. “¿Cuáles son las empresas que se encuentran supervisadas por la Superintendencia de Sociedades?”
2. ¿Debe ser la palabra “supervisada” entendida como el género, en donde las condiciones de inspección, vigilancia y control son la especie?”
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?”

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?
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?
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)?
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?

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?
6. ¿El Oficial de Cumplimiento para SAGRILAFT se entendería solidariamente responsable de los perjuicios que su actuar doloso o culposo causare a la Empresa?
7. ¿Cuál debería ser el correcto procedimiento a seguir en caso de que a un Oficial de Cumplimiento para SAGRILAFT (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?
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?
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.)?
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?
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?
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?
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?"

POSICIÓN DOCTRINAL:

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 2º 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 incurso 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.

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 Superintendencia en el numeral 8º2 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, cubre 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 corres-

ponde asumir por el cumplimiento de las órdenes e instrucciones de esta Entidad, 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.

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 SAGRILAFT se entendería solidariamente responsable de los perjuicios que su actuar doloso o culposo cause 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, 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 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 SAGRILAFT (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 100000005 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 SAGRILAFT, lo que le implica garantizar los recursos técnicos, logísticos y humanos necesarios que sean requeridos para el efecto por el Oficial de Cumplimiento, así como verificar que este mismo cuente con la disponibilidad y capacidad necesaria para desarrollar sus funciones.

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

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.

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 8° 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?”

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, y la responsabilidad por su aprobación corresponde a la junta directiva o, en su defecto, al máximo órgano social.

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 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?”

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.

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 culposos o dolosos?”

Éste interrogante ha sido contestado anteriormente.

Más información aquí 



OFICIO 220-028206 DEL 18 DE MARZO DE 2021



DOCTRINA: **SAGRILAFT - OFICIAL DE CUMPLIMIENTO QUIÉNES PUEDEN SERLO AL INTERIOR DE LA EMPRESA OBLIGADA**

PLANTEAMIENTO:

“(…)

El pasado 24 de diciembre de 2020, mediante Circular Externa 100000016, la Superintendencia de Sociedades realizó una modificación integral del Capítulo X de la Circular Básica Jurídica de 2017.

En el literal d del artículo 5.1.4.3.1. de la mencionada disposición, se estableció como uno de los requisitos mínimos para ser designado como Oficial de Cumplimiento, el siguiente:

“No pertenecer a la administración o a los órganos sociales, ni de auditoría o control interno o externo (revisor fiscal o vinculado a la empresa de revisoría fiscal que ejerce esta función, si es el caso) o quien ejecute funciones similares o haga sus veces en la empresa obligada”.

Así las cosas, con el objetivo de conocer la interpretación de la Superintendencia sobre el sentido de la referida norma, solicitamos a usted emitir concepto sobre el alcance de la misma, en general, y particularmente acerca de la expresión “control interno”.

Lo anterior, en atención a que no se tiene suficiente claridad respecto de si se trata de ejemplos para precisar que el oficial de cumplimiento debe ser independiente de la administración en su reporte, o si en materia de control interno se está prohibiendo expresamente que se trate de la persona responsable en los términos de la Ley 87 de 1993.

De antemano agradecemos su respuesta y explicación detallada, pues de la adecuada lectura que se haga de la norma expedida por dicho organismo técnico del Estado, se podrán adoptar medidas por parte de las empresas excluidas por la Ley 87 citada y que cumplen y aplican estándares internacionales a la luz de SOX, COSO y FCPA-. (...)”.

POSICIÓN DOCTRINAL:

Sobre el particular, sea lo primero mencionar que las instrucciones impartidas en el Capítulo X de la Circular 100-000005 de 2017, modificado por la Circular 100000016 de 2020 han sido concebidas para permitir que las empresas obligadas a implementar un Sistema de Autocontrol y Gestión del Riesgo de LA/FT/FPADM, diseñen su propio sistema con autonomía, para que éste realmente obedezca a las necesidades de cada compañía, sus particularidades, su tamaño, su modelo de negocio, los riesgos particulares a los cuales se encuentra expuesta, su entorno de mercado, conocimiento de proveedores, conocimiento de clientes y la obligación de reporte de operaciones sospechosas a la UIAF, entre otros aspectos.

En lo que concierne a la figura del Oficial de Cumplimiento, la circular ha establecido unas específicas restricciones para asegurar que quien ha de desempeñar tan fundamental rol, cuente con unas condiciones mínimas que le permitirán desarrollar plenamente su actividad.

Algunas de éstas, concretamente a las que se alude en la consulta, efectivamente tienden a garantizar su autonomía e independencia frente a órganos sociales y de control, en aras de mantener incólume su sana crítica como examinador de los factores de riesgo de LA/FT/FPADM. La anterior, es la razón por la que al modificarse el Capítulo X de la Circular 100-000005 de 2017 por medio de la Circular 100-000016 de 2020, se prevé en el literal d) de su numeral 5.1.4.3.1. la disposición expresa de que el Oficial de Cumplimiento no pertenezca "...a la administración o a los órganos sociales, ni de auditoría o control interno o externo (revisor fiscal o vinculado a la empresa de revisoría fiscal que ejerce esta función, si es el caso) o quien ejecute funciones similares o haga sus veces en la empresa obligada".

Ahora, puntualizando sobre las calidades a las que se refiere el citado literal, en primer lugar, debe señalarse que no puede fungir como Oficial de Cumplimiento el representante legal, ninguno de los miembros de junta directiva, así como tampoco los demás sujetos quienes de acuerdo con el artículo 22 de la Ley 222 de 1995 tienen la calidad de administradores de la sociedad, o quien ejecute funciones similares o haga sus veces en la empresa obligada. Esto, en lo que corresponde a la prohibición de pertenecer a un órgano de administración.

A su vez, no podrá ser Oficial de Cumplimiento quien tenga la calidad de asociado de la Empresa Obligada, en aplicación de la prohibición referida a pertenecer a los órganos sociales, que para este caso debe entenderse de dirección.



En lo que tiene que ver con los órganos de auditoría y control externo, el mismo literal señala que se refiere al "revisor fiscal o vinculado a la empresa de revisoría fiscal que ejerce esta función, si es el caso".

Por otra parte, en relación con los órganos de auditoría y control interno, debe entenderse que esta Superintendencia alude, específicamente, a la persona desig-

nada para desempeñarse como jefe o director de auditoría o control interno de la Empresa Obligada.

La acepción de “órgano” auditor o de control interno utilizada en la circular es aquella concebida como la “Persona o cosa que sirve para la ejecución de un acto (...)”, conforme a la definición que de dicho término ofrece la Real Academia Española de tal suerte que, como se señaló, sólo respecto de las personas que ostentan la calidad jefe o director de auditoría o control interno, se predica la prohibición anotada.

No debe entenderse que dicha prohibición se extiende respecto de quienes apo-

yen las labores de los órganos de auditoría o control interno; sin embargo, no sobra advertir que en este último evento, el empleado de la Empresa Obligada que haga parte del grupo de personas de apoyo de los órganos de auditoría y control interno, y que a su vez sea designado como Oficial de Cumplimiento, deberá, en lo que corresponde a éste último cargo, reportar directamente a la junta directiva o al máximo órgano social según el caso, gozar de total independencia y autonomía frente a los demás órganos sociales y contar con las herramientas, medios y recursos tecnológicos y humanos necesarios para cumplir a cabalidad con sus funciones como Oficial de Cumplimiento.

[Más información aquí](#)



Línea de atención al usuario

018000 114319

PBX

324 5777- 220 1000

Centro de fax

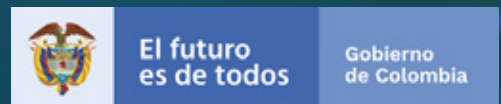
220 1000, opción 2 / 324 5000

**Avenida El Dorado No. 51 - 80
Bogotá - Colombia**

Horario de atención al público

Lunes a viernes 8:00 a.m. a 5:00 p.m.

webmaster@supersociedades.gov.co



www.supersociedades.gov.co