

OFICIO 220-185563 DEL 29 DE NOVIEMBRE DE 2021

ASUNTO: PROGRAMA DE TRANSPARENCIA Y ÉTICA EMPRESARIAL – ÁMBITO DE APLICACIÓN – EMPRESAS VIGILADAS POR OTRAS SUPERINTENDENCIAS.

Me refiero a su escrito radicado en esta entidad como se menciona en la referencia, mediante el cual eleva algunas inquietudes relacionadas con la expedición de la Circular Externa 100-000011 del 9 de agosto del 2021 y el alcance de su contenido respecto de empresas vigiladas objetivamente por otra superintendencia.

Previamente a atender 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.

Advertido lo anterior se dará respuesta a sus inquietudes, las cuales fueron precedidas de las siguientes consideraciones:

“ (...)

PRIMERO. Que el artículo 23 de la Ley 1778 de 2016 faculta a la Superintendencia de Sociedades para promover en las sociedades sujetas a su vigilancia, la adopción de programas relacionados con la transparencia y ética empresarial para prevenir las conductas de soborno de transnacional.

SEGUNDO. Que conforme con a lo previsto en la Ley 1778 de 2016, la Superintendencia de Sociedades cuenta con la facultad para investigar y sancionar administrativamente a cualquier persona jurídica domiciliada en Colombia por infracciones a la Ley 1778 de 2016, independientemente de que esa persona esté sujeta a inspección, vigilancia o control por parte de otra Entidad Estatal, así como a las sucursales de sociedades extranjeras y las empresas industriales y comerciales del Estado, sociedades en las que el Estado tenga participación y sociedades de economía mixta.

TERCERO. Que mediante Circular Externa No.100-000003 del 26 de julio de 2016, la Superintendencia de Sociedades expidió la “Guía destinada a poner en marcha los programas de ética empresarial para la prevención de las conductas previstas en el artículo 2º de la Ley 1778 de 2016”.

CUARTO. Que mediante Circular Externa No. 100-000011 del 9 de agosto de 2021, de la Superintendencia de Sociedades, se modificó integralmente la Circular mencionada en el numeral anterior.

QUINTO. Que en virtud de dicha modificación se amplió el ámbito de aplicación del Programa de Transparencia y Ética Empresarial PTEE.

SEXTO. Que en virtud de la Ley 142 de 1994 los prestadores de servicios públicos domiciliarios están sujetos al control, inspección y vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos. (...)

Las inquietudes planteadas son las que siguen:

“1. ¿La Superintendencia de Sociedades tiene alguna facultad o alcance para ejercer inspección, control y vigilancia, sobre Empresas constituidas por acciones, pero que, por el giro de sus negocios u objeto, se encuentran clasificadas dentro de Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios; estando la inspección, control y vigilancia de estas en cabeza de la Superintendencia Servicios Públicos Domiciliarios?”

En primer lugar, es preciso poner de presente la competencia integral que ejerce la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios sobre sus vigiladas. Sin perjuicio de lo anterior, la Superintendencia de Sociedades tiene facultades de inspección sobre todas las sociedades comerciales, excepto aquellas vigiladas por su homóloga financiera, situación que permite entrever que dicho nivel de supervisión, así como las facultades que implican la competencia residual que le atribuye el artículo 228 de la Ley 222 de 1995 sobre las sociedades vigiladas por otras superintendencias, resultan ser funciones de supervisión adelantadas por la Superintendencia de Sociedades respecto de sociedades vigiladas objetivamente por otras superintendencias, veamos:

La Superintendencia de Sociedades creada por la Ley 58 de 1931, tiene definida su competencia por la Ley 222 de 1995, la cual la faculta para ejercer funciones de inspección, vigilancia y control sobre sociedades comerciales.¹

Los grados de supervisión que ejerce la Superintendencia de Sociedades, se despliegan sobre determinados sujetos y comportan diferentes características, tal y como se expone a continuación:

- **La inspección²** es el grado más leve de fiscalización gubernamental y consiste en la atribución para solicitar, confirmar y analizar de manera ocasional, y en la forma, detalle y términos que determine esta Entidad, la información que requiera sobre la situación jurídica, contable, económica y administrativa de

¹ República de Colombia. Congreso de la República, Ley 222 de 1995, Artículo 82

² República de Colombia. Congreso de la República, Ley 222 de 1995, Artículo 83.

cualquier sociedad que no se encuentre vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia.

- **La vigilancia³**, que es de carácter permanente, se ejerce respecto de compañías mercantiles no vigiladas por otra superintendencia que incurran en alguna de las causales de vigilancia previstas en el Decreto 1074 de 2015.

Este grado de supervisión es aquel que la que la jurisprudencia ha desarrollado como vigilancia subjetiva, es decir, aquel que se ejerce sobre los aspectos societarios de las entidades sometidas al mismo, para que en su constitución y en el desarrollo de su objeto social, se ajusten a la ley societaria y a los estatutos para lo cual el artículo 84 de la Ley 222 de 1995 establece taxativamente facultades expresas de fiscalización.

- **El control⁴** por su parte, que es el grado más intenso de fiscalización, consiste en la atribución de la Superintendencia de Sociedades para ordenar los correctivos necesarios para subsanar una situación crítica de orden jurídico, contable, económico o administrativo de cualquier sociedad que no esté vigilada por otra superintendencia.

Finalmente, existe la **competencia residual** a que alude el artículo 228 de la Ley 222 de 1995, que reza:

“Artículo 228. Competencia Residual: Las facultades asignadas en esta ley en materia de vigilancia y control a la Superintendencia de Sociedades serán ejercidas por la Superintendencia que ejerza vigilancia sobre la respectiva sociedad, si dichas facultades le están expresamente asignadas. En caso contrario, le corresponderá a la Superintendencia de Sociedades, salvo que se trate de sociedades vigiladas por la Superintendencia Bancaria o de Valores”⁵.

“2. En la actualidad ¿Cuál es el concepto y/o pronunciamiento que aplica la Superintendencia de Sociedades para definir el alcance de vigilancia objetiva y subjetiva sobre sociedades que prestan un servicio público?”

Sobre este particular, se tiene que, en ejercicio de la vigilancia subjetiva, la Superintendencia de Sociedades verifica lo relativo al funcionamiento de las asambleas generales de accionistas o juntas de socios, la operación de las juntas directivas y demás asuntos de índole societario que atañen a la vida interna de la sociedad, conforme a las reglas previstas en el Código de Comercio y demás normas concordantes.

3 República de Colombia. Congreso de la República, Ley 222 de 1995, Artículo 84.

4 República de Colombia. Congreso de la República, Ley 222 de 1995, Artículo 85.

5 La Superintendencia Bancaria se fusionó con la de Valores dando origen a la Superintendencia Financiera de Colombia.

Por otra parte, existe la vigilancia objetiva, la cual está relacionada con la actividad que se desarrolla por la sociedad en un contexto económico determinado.

El legislador ha considerado de interés estatal, la vigilancia de aquellas actividades que por su trascendencia para el interés general reportan una especial necesidad de supervisión, entre las cuales se encuentran: la prestación de servicios públicos domiciliarios, los servicios de salud, la actividad financiera, la captación legal de recursos del público, las actividades portuarias, el transporte público, la vigilancia y la seguridad privada, entre otras, sobre las cuales la vigilancia, en razón de la actividad que desarrollan, requiere ser efectuada por una autoridad especializada.

Para el caso de la Superintendencia de Sociedades este tipo de vigilancia (objetiva), solamente aplica para Sociedades Administradoras de Autofinanciamiento Comercial - SAPAC- y para Compañías Multinivel.

En particular, la Superintendencia de Sociedades y la Superintendencia de Servicios Públicos domiciliarios, a través de su Circular Conjunta 100-000033 del 6 de agosto de 2020 han articulado el alcance de sus propias funciones de supervisión sobre las sociedades que tengan por objeto la prestación de servicios públicos domiciliarios, todo esto luego de exponer las consideraciones legales y jurisprudenciales que determinan que nuestra homóloga de servicios públicos cuenta con gran variedad de facultades de supervisión subjetiva sobre sus vigiladas por lo cual la Superintendencia de Sociedades fija su compromiso de brindarle preparación, formación y capacitación sobre temas de derecho societario, siendo éste su fuerte y se fijan criterios de participación en el proceso de autorización de fusiones entre estas compañías.

Para mayor profundización sobre el tema de la supervisión integral que adelanta la Superintendencia de Servicios Públicos sobre sus vigiladas que dio lugar a la expedición de la referida circular, se anexa a esta respuesta copia electrónica de dicho documento.

“3. ¿Una compañía constituida en Colombia bajo el tipo societario de acciones simplificadas que presta un servicio público está obligada a dar cumplimiento a lo dispuesto en la Circular Externa No. 100-000011 del 9 de agosto de 2021 de la Superintendencia de Sociedades respecto a la implementación de los Programas de Transparencia y Ética Empresarial? PTEE”

Las sociedades vigiladas por otras superintendencias no se encuentran obligadas a adoptar un PTEE en los términos del Capítulo XIII de la Circular 100-000005 de 2017, modificada por la Circular 100-000011 el 9 de agosto de 2021, por cuanto, de conformidad con el artículo 23 de la Ley 1778 de 2016, el deber de promoción que respecto de la adopción de un PTEE, corresponde a la Superintendencia de Sociedades, se limita a las “...personas jurídicas sujetas a su vigilancia”, tal como reza el artículo 23 que dispone lo siguiente:



“ARTÍCULO 23. PROGRAMAS DE ÉTICA EMPRESARIAL. La Superintendencia de Sociedades promoverá en las personas jurídicas sujetas a su vigilancia la adopción de programas de transparencia y ética empresarial, de mecanismos internos anticorrupción, de mecanismos y normas internas de auditoría, promoción de la transparencia y de mecanismos de prevención de las conductas señaladas en el artículo 2o de la presente ley.

La Superintendencia determinará las personas jurídicas sujetas a este régimen, teniendo en cuenta criterios tales como el monto de sus activos, sus ingresos, el número de empleados y objeto social.”

“4. La circular indica que:

4.2 Las empresas que (i) a 31 de diciembre del año inmediatamente anterior, directa o indirectamente (a través de consorcios, uniones temporales o cualquier otra figura permitida por la ley), hayan celebrado contratos con entidades estatales con una cuantía igual o superior (individual o en conjunto) a quinientos (500) smmlv; y (ii) a 31 de diciembre del año inmediatamente anterior hubieren obtenido ingresos totales o tengan activos totales iguales o superiores a treinta mil (30.000) smmlv, deberán dar cumplimiento a lo dispuesto en el numeral 5 del presente capítulo. Las entidades supervisadas que se encuentren obligadas a cumplir con los requisitos del presente numeral, solamente estarán obligadas a identificar y evaluar los Riesgos de Corrupción” (Subrayado fuera de texto.) ...

Según lo anterior; si una empresa clasificada como Empresa de Servicio Público que se encuentra bajo la inspección, control y vigilancia de la Superintendencia Servicios Públicos Domiciliarios, cumple con los montos fijados (500) smmlv y/o (30.000) smmlv.

¿Estaría obligada a implementar el numeral 5 de la Circular Externa No? 100-000011 del 9 de agosto de 2021? ...”

La respuesta fue dada en el punto anterior.

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.