

OFICIO 220-104245 DEL 09 AGOSTO DE 2021

ASUNTO: CAPÍTULO X - CIRCULAR BÁSICA JURÍDICA

Me refiero a su escrito radicado como se anuncia en la referencia, mediante el cual eleva una consulta relacionada con la Circular Externa 100-000016 del 24 de diciembre de 2020¹, que modificó el Capítulo X de la Circular Externa 100-000005 de 2017 de la Superintendencia de Sociedades.

La consulta fue planteada en los siguientes términos:

- “Si dentro del mismo grupo empresarial, existe una o más compañías subordinadas que sean competencia entre sí, ¿podrán tener el mismo oficial de cumplimiento?”
- ¿Qué mecanismos de control, se deberían implementar en el sector real para la prevención y control del fpadm?
- ¿Qué fuentes de consulta sugiere esta superintendencia para la implementación de controles para la prevención del fpadm?
- ¿Se considera necesario establecer la existencia y control de insumos químicos, utilizados por las operaciones de los sujetos obligados, que podrían ser susceptibles para la formulación de armas de destrucción masiva?”

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 5^o de la parte resolutive del Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020, expedido 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.

¹ Modificada parcialmente por la Circular Externa 100-000004 del 9 de abril de 2021

Advertido lo anterior, éste Despacho procede a efectuar las siguientes consideraciones de índole jurídico:

1. Del contenido de la consulta, asume éste Despacho que el interrogante planteado gira en torno a la verificación de condiciones para que la relación entre compañías obligadas a adoptar alguno de los sistemas de prevención de LA/FT/FPADM se enmarque dentro de los conceptos de control o de grupo empresarial, para que pueda presentarse la comunidad de su oficial de cumplimiento en los términos del numeral 5.1.4.3.1. de la Circular Externa 100-000004 del 9 de abril de 2021, que en su literal g), dispone:

“5.1.4.3.1. Requisitos mínimos para ser designado como Oficial de Cumplimiento.

La persona natural designada como Oficial de Cumplimiento debe cumplir como mínimo con los siguientes requisitos:

(...)

g. Cuando exista un grupo empresarial o una situación de control declarada, el Oficial de Cumplimiento de la matriz o controlante podrá ser la misma persona para todas las Empresas que conforman el grupo o conglomerado, independientemente del número de Empresas que lo conformen.”

A partir del numeral transcrito, es claro que no basta que medien situaciones de sinergia entre compañías, debe predicarse entre éstas el control de alguna de ellas sobre las demás, o la existencia de grupo empresarial.

Los conceptos de situación de control y de grupo empresarial, han sido ampliamente analizados por esta Oficina, tal como lo hizo en el Oficio 220-108792 del 12 de agosto de 2015, el cual señala lo siguiente:

“(...) -El registro mercantil de la situación de control y/o de grupo empresarial, debe realizarse cuando se configuren los presupuestos señalados en los artículos 26, 27 y 28 de la Ley 222 de 1995.

Las presunciones de subordinación corresponden al control interno por participación, al control interno por el derecho a emitir votos constitutivos de mayoría mínima decisoria o por tener el número de votos necesarios para elegir la junta directiva y al control externo.

- Control interno por participación: Se verifica cuando se posea más del cincuenta por ciento (50%) del capital en la subordinada, sea directamente o por intermedio o con el concurso de las subordinadas.

- Control interno por el derecho a emitir votos constitutivos de mayoría mínima decisoria: Esta modalidad se presenta cuando se tiene el poder de voto en las juntas de socios o en las asambleas de accionistas, o por tener el número de votos necesario para elegir la mayoría de los miembros de junta directiva.

-Control externo: Esta forma de control se verifica mediante el ejercicio de influencia dominante en las decisiones de los órganos de administración, en razón de un acto o negocio celebrado con la sociedad controlada o con sus socios, sin que se exija que los controlantes participen en el capital social de la subordinada. Se le reconoce en la doctrina como "subordinación contractual". Esta presunción tiene especial consagración en el parágrafo 1º del citado artículo, para el caso de las personas controlantes no societarias.

Estas presunciones tienen las siguientes características especiales:

a. No tienen carácter taxativo, es decir, pueden existir otras formas de control de acuerdo al concepto general del artículo 260 del Código de Comercio. Lo fundamental es la "realidad" del control, de tal manera que éste puede presentarse aun cuando se encuentre atomizado el capital social o el controlante no tenga la calidad de socio.

b. Son presunciones legales, luego los interesados pueden desvirtuarlas. Si adicionalmente a la subordinación existe "unidad de propósito y dirección", se configura el denominado grupo empresarial.

El concepto de "unidad de propósito y dirección" se exterioriza en aquellos grupos en que, por ejemplo, además de tener administradores comunes, se verifican procesos de integración vertical o de integración horizontal, como cuando una sociedad compra cueros, otra los procesa, otra fábrica zapatos, otra fábrica gelatina y otra comercializa dichos productos, o cuando se determinan políticas comunes (administrativas, financieras, laborales, etc.). Conviene precisar que toda modificación de la situación de control o de grupo empresarial deberá igualmente inscribirse en el registro mercantil. (...)"

2. En preciso anotar que la Circular 100-000016 de 24 de diciembre de 2020, precisa lo siguiente sobre la debida diligencia:

"(...) 5.3. Procedimientos de Debida Diligencia y Debida Diligencia Intensificada.

Uno de los principales instrumentos para prevenir y controlar los Riesgos LA/FT/FPADM a los que se encuentra expuesta una Empresa Obligada, es la aplicación de medidas de Debida Diligencia. Cada Empresa Obligada debe aplicar las medidas de Debida Diligencia mínimas que le correspondan conforme a lo establecido en este numeral.

Para determinar su alcance, las Empresas Obligadas deben utilizar un enfoque basado en el riesgo de acuerdo con la materialidad y sus características propias, teniendo en cuenta las operaciones, Productos y contratos que lleve a cabo o pretenda desarrollar, así como sus Contrapartes, países o Áreas Geográficas de operación y canales y demás características particulares. El alcance del proceso de Debida Diligencia debe ser el apropiado para la naturaleza y tamaño del negocio.

5.3.1. Debida Diligencia

En todo caso, las Empresas Obligadas siempre deben adoptar Medidas Razonables de Debida Diligencia de la Contraparte, con un enfoque basado en riesgo y la materialidad del mismo.

Para tal efecto, deben adoptar las siguientes medidas mínimas conforme a la materialidad, entre otras:

- a. Identificar a la Contraparte y verificar su identidad utilizando documentos, datos o información confiable, de fuentes independientes.
- b. Identificar al Beneficiario Final de la Contraparte y tomar Medidas Razonables para verificar su identidad.
- c. Tratándose de Personas Jurídicas, se deben tomar Medidas Razonables para conocer la estructura de su propiedad con el fin de obtener el nombre y el número de identificación de los Beneficiarios Finales, haciendo uso de las herramientas de que disponga. Las medidas tomadas deben ser proporcionales al nivel del riesgo y su materialidad o complejidad inducida por la estructura de titularidad de la sociedad mercantil o la naturaleza de los asociados mayoritarios.
- d. Entender, y cuando corresponda, obtener información sobre el propósito y el carácter que se pretende dar a la relación comercial.
- e. Realizar una Debida Diligencia continua de la relación comercial y examinar las transacciones llevadas a cabo a lo largo de esa relación para asegurar que las transacciones que se realicen sean consistentes con el conocimiento que tiene la Empresa Obligada sobre la Contraparte, su actividad comercial y el perfil de riesgo, incluyendo, cuando sea necesario, la fuente de los fondos.

Las Empresas Obligadas podrán diseñar y definir formatos para el adecuado conocimiento de las Contrapartes. Estos formatos podrán ajustarse de acuerdo con las características de cada industria o sector económico al que pertenezcan, y conforme a los Factores de Riesgo LA/FT/FPADM identificados, a la Matriz de Riesgo LA/FT/FPADM y la materialidad del Riesgo LA/FT/FPADM.

Para el análisis de las operaciones con las Contrapartes, la Empresa Obligada debe construir una base de datos u otro mecanismo que le permita consolidar e identificar alertas presentes o futuras. Esta base de datos debe contener, como mínimo, el nombre de la Contraparte, ya sea persona natural o jurídica, la identificación, el domicilio, el Beneficiario Final, el nombre del representante legal, el nombre de la persona de contacto, el cargo que desempeña, fecha del proceso de conocimiento o monitoreo de la Contraparte. (...).”

Por tanto, en materia de prevención de los citados ilícitos, la figura de la debida diligencia a que alude el Grupo de Acción Financiera – GAFI, en sus recomendaciones, se refiere al proceso mediante el cual la empresa obligada a diseñar y adoptar un sistema de prevención del riesgo de tales conductas garantiza, a través de éste, el máximo esfuerzo para el conocimiento de los beneficiarios finales, reales y/o controlantes de sus contrapartes, con el fin de abstenerse de realizar una vinculación con quienes ofrezcan algún grado de alarma.

Esta debida diligencia debe ser asumida por la sociedad obligada a diseñar e implementar el sistema interno de prevención del riesgo de LA/FT/FPADM, y la responsabilidad de su observancia cubre a sus administradores, a los empleados que participan en cada fase del proceso establecido en el sistema, y al oficial de cumplimiento.

A pesar de que la obligación de conocer al beneficiario final resulta ser de medio y no de resultado, esto no obsta para que las empresas obligadas a asumirla deban realizar todo lo que esté a su alcance a través del diseño e implementación de mecanismos que le permitan adoptar todas las medidas razonables para evaluar los riesgos de LA/FT/FPADM.

Con base en las consideraciones expuestas, ésta Oficina se permite dar respuesta a su consulta en los siguientes términos:

Con relación a la **primera inquietud**, y sin perjuicio de las consideraciones expuestas, el numeral 5.1.4.3.1. literal g, del Capítulo X, señala que, ante la existencia de un Grupo Empresarial, el Oficial de Cumplimiento de la matriz o controlante podrá ser la misma persona para todas las Empresas que conforman el grupo o conglomerado, sin que su texto establezca algún tipo de restricción o prohibición. De lo anterior, claramente se colige que el Oficial de Cumplimiento de la matriz o controlante podrá ser la misma persona para todas las Empresas que conforman el Grupo Empresarial.

Frente a la **segunda inquietud**, cada empresa obligada debe tomar medidas razonables, las cuales, según el Capítulo X, son todas aquellas acciones suficientes, apropiadas y medibles en calidad y cantidad para mitigar el riesgo LA/FT/FPADM, teniendo en cuenta los riesgos propios de la empresa obligada y su materialidad².

Estas medidas también deben procurar por el conocimiento de la contraparte.

De conformidad con lo expuesto, le corresponderá a cada empresa evaluar si cumple con los requisitos del Capítulo X para adoptar un SAGRILAFI o el régimen de medidas mínimas, y una vez se determine que es un sujeto obligado deberá cumplir con las obligaciones allí establecidas.

En ese sentido, es claro que es la Empresa Obligada quien tiene el deber de adoptar su propio sistema de gestión, con un enfoque basado en el riesgo de acuerdo con sus características propias, teniendo en cuenta entre otros, las operaciones, productos y contratos que lleve a

2 COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Circular Externa No. 100-000016 (24 de diciembre de 2020). Asunto: Modificación Integral al Capítulo X de la Circular Básica Jurídica de 2017. Pág. 4 [Consultado el 08 de marzo de 2021]. Disponible en: https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/NormatividadCircularBasicaJuridica/Circular_100-000016_de_24_de_diciembre_de_2020.pdf.

cabo o pretenda desarrollar, así como la calidad de sus contrapartes, países o áreas geográficas de operación, canales de distribución y demás características particulares, incluyendo con ello la verificación sobre la veracidad y la seguridad de la información que se obtiene para realizar dichos análisis.

Al respecto de su **tercera inquietud**, no es posible sugerir ninguna fuente de información a las que pueda acudir la Empresa Obligada para verificar las autorizaciones o licencias de productos de venta restringida, toda vez que existen en el mercado una gran variedad de productos que deben ser revisados bajo la óptica de la comercialización, inclusive existen algunos que requieren de licencia previa, la cual debe ser expedida por ciertas autoridades.

Es preciso reiterar que son las Empresas Obligadas las que determinan según las bases de datos de información respectivas, la forma en que las mismas propondrán las alertas y su forma de controlar los eventos correspondientes, con el fin de minimizar la materialización de los riesgos evidenciados.

Finalmente, en relación a su **cuarta inquietud**, debe precisarse que ésta Oficina carece de competencia en función consultiva para resolver una consulta de carácter particular y concreto, que podría ser objeto de competencia de las dependencias misionales de ésta Superintendencia, en los procesos administrativos que adelante.

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida en el plazo y con los efectos descritos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, no sin antes señalar que puede consultarse en la Página WEB de la Entidad, la normatividad, los conceptos jurídicos alusivos con el tema u otro de su interés.