

OFICIO 220-075747 DEL 7 DE JUNIO DE 2021

ASUNTO: EL OFICIAL DE CUMPLIMIENTO EN EL SAGRILAFT

Me refiero a su escrito radicado como se anuncia en la referencia mediante el cual formula la siguiente consulta:

“1. A parte de los requisitos indicados por parte de la Superintendencia para fungir como OC, ¿a qué se refiere con “La Empresa deberá determinar de manera expresa (i) el perfil del Oficial de Cumplimiento”?

2. ¿Se consideraría una incompatibilidad que la empresa le establezca funciones adicionales al Oficial de Cumplimiento?

3. ¿Puede una persona que sea nombrada como Oficial de Cumplimiento, tener un cargo adicional que implique depender de un área específica de la compañía, pero manteniendo su autonomía e independencia con relación a las funciones del cargo de Oficial de Cumplimiento donde, para en esta materia, depender directamente de la Junta Directiva?

4. Normalmente el único cargo que depende directamente de la Junta Directiva es el de Representante Legal. ¿Según esto, si el Oficial de Cumplimiento debe depender de este órgano, se entendería que no puede tener funciones adicionales o tener un cargo adicional que depende de un área específica de la compañía?

5. ¿Puede una misma persona fungir como Oficial de Cumplimiento de SAGRILAFT y PTEE?

6. ¿Qué pasa si una empresa obligada a implementar PTEE no tiene empleados y por lo tanto no hay quien actúe como Oficial de Cumplimiento?”

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.

También es procedente informarle que, para efecto del conteo de términos en la atención de su consulta, mediante el artículo 5º 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.

Para dar respuesta a su **primer interrogante** es preciso recordar los requisitos mínimos para ser Oficial de Cumplimiento, de conformidad con el Capítulo X de la Circular Básica Jurídica de 2017 el cual fue modificado parcialmente por la Circular No. 100-000004 de 2021:

“(…)

5.1.2. Auditoría y cumplimiento del SAGRILAFT

(…)

El Oficial de Cumplimiento deberá tener un título profesional y acreditar experiencia mínima de seis (6) meses en el desempeño de cargos similares o encaminados a la administración y gestión de riesgos de LA/FT, adicionalmente, acreditar conocimiento en materia de administración del Riesgo LA/FT o 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.

(…)

5.1.4.3. Oficial de Cumplimiento

El Oficial de Cumplimiento debe participar activamente en los procedimientos de diseño, dirección, implementación, auditoría, verificación del cumplimiento y monitoreo del SAGRILAFT, y estar en capacidad de tomar decisiones frente a la gestión del Riesgo LA/FT/FPADM. Por su parte, la administración de la Empresa Obligada deberá brindarle un apoyo efectivo y los recursos humanos, físicos, financieros y técnicos necesarios para llevar a cabo la implementación, auditoría y cumplimiento del SAGRILAFT.

La Empresa deberá determinar de manera expresa (i) el perfil del Oficial de Cumplimiento; (ii) las incompatibilidades e inhabilidades; (iii) administración de conflictos de interés; y (iv) las funciones específicas que se le asignen a la persona que tenga dicha responsabilidad, adicionales a las establecidas en este Capítulo X

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:

- a. *Gozar de la capacidad de tomar decisiones para gestionar el Riesgo /FT/FPADM y tener comunicación directa con, y depender directamente de, la junta directiva o el máximo órgano social en caso de que no exista junta directiva.*
- b. *Contar con conocimientos suficientes en materia de administración de riesgos y entender el giro ordinario de las actividades de la Empresa, de conformidad con lo establecido en el numeral 5.1.2. del presente Capítulo X.*
- c. *Contar con el apoyo de un equipo de trabajo humano y técnico, de acuerdo con el Riesgo LA/FT/FPADM y el tamaño de la Empresa Obligada.*
- d. *No pertenecer a la administración o a los órganos sociales, a la revisoría fiscal (fungir como revisor fiscal o estar vinculado a la empresa de revisoría fiscal que ejerce esta función, si es el caso), o fungir como auditor interno, o quien ejecute funciones similares o haga sus veces en la Empresa Obligada. No debe entenderse que dicha prohibición se extiende respecto de quienes apoyen las labores de los órganos de auditoría o control interno.*
- e. *No fungir como Oficial de Cumplimiento en más de diez (10) Empresas Obligadas. Para fungir como Oficial de Cumplimiento de más de una Empresa Obligada, (i) el Oficial de Cumplimiento deberá certificar; y (ii) el órgano que designe al Oficial de Cumplimiento deberá verificar, que el Oficial de Cumplimiento no actúa como tal en Empresas que compiten entre sí.*
- f. *Cuando el Oficial de Cumplimiento no se encuentre vinculado laboralmente a la Empresa Obligada, esta persona natural y la persona jurídica a la que esté vinculado, si es el caso, deberán demostrar que en sus actividades profesionales cumplen con las medidas mínimas establecidas en la sección 5.3.1. (Debida Diligencia) de este Capítulo X.*
- 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.*
- h. *Estar domiciliado en Colombia.*¹

1 COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Circular Externa No. 100-000004 (09 de abril de 2021 [Consultado el 20 de mayo de 2021]. Disponible en: https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_circulares/Circular_100-000004_de_9_de_abril_de_2021.pdf

Conforme a lo expuesto, el Capítulo X de la Circular Básica Jurídica brinda unos parámetros mínimos a seguir por cada Empresa Obligada para designar el Oficial de Cumplimiento, con el fin de que la persona natural designada en éste cargo sea la apropiada pueda llevar a cabo las funciones asignadas y pueda vigilar y hacer cumplir el SAGRILAF; sin embargo, entendiendo que se trata de un Sistema de “autocontrol”, la Empresa Obligada debe tener en cuenta las actividades propias de su negocio, los factores de riesgo a los que puede verse sometida y en general todos los aspectos y características propias de la empresa para determinar el tipo de SAGRILAF a establecer y de la misma manera determinar el perfil adecuado del Oficial de Cumplimiento.

Lo anterior significa que además de los requisitos mínimos y funciones ya establecidos en el Capítulo X, la Empresa Obligada puede determinar otros requisitos y otras funciones, según considere necesario para la gestión de su SAGRILAF.

En cuanto a su **segundo interrogante** sobre si se considera una incompatibilidad asignar funciones adicionales al Oficial de Cumplimiento, se informa que la respuesta es negativa, en la medida que las funciones adicionales asignadas no sean propias de los administradores de la sociedad, de los órganos sociales, del revisor fiscal o del auditor interno, tal como lo expresa el artículo 5.1.4.3.1. literal d del Capítulo X de la Circular Básica Jurídica.

Ahora bien, para complementar la respuesta se trae a colación lo señalado por éste Despacho sobre el asunto en el Oficio No. 220-032938 de 2021:

“Según el Diccionario de la Real Academia Española la inhabilidad se define como el “Defecto o impedimento para obtener o ejercer un empleo u oficio”, y la incompatibilidad se entiende como el “impedimento o tacha legal para ejercer una función determinada o para ejercer dos o más cargos a la vez”

La Honorable Corte Constitucional en sentencia C-179 de 2005 definió las inhabilidades e incompatibilidades de la siguiente manera:

“De conformidad con la jurisprudencia constitucional, las inhabilidades son “aquellas circunstancias creadas por la Constitución o la ley que impiden o imposibilitan que una persona sea elegida, o designada para un cargo público y, en ciertos casos, impiden que la persona que ya viene vinculada al servicio público continúe en él; y tienen como objetivo primordial lograr la moralización, idoneidad, probidad, imparcialidad y eficacia de quienes van a ingresar o ya están desempeñando empleos públicos.”[10]. Las inhabilidades también han sido definidas por la Corte como “inelegibilidades”, es decir, como “hechos o circunstancias antecedentes, predicables de quien aspira a un empleo que, si se configuran en su caso



en los términos de la respectiva norma, lo excluyen previamente y le impiden ser elegido o nombrado.”[11] En esa medida, las inhabilidades se distinguen de las incompatibilidades, por cuanto estas últimas implican “una prohibición dirigida al titular de una función pública a quien, por ese hecho, se le impide ocuparse de ciertas actividades o ejercer, simultáneamente, las competencias propias de la función que desempeña y las correspondientes a otros cargos o empleos, en guarda del interés superior que puede verse afectado por una indebida acumulación de funciones o por la confluencia de intereses poco conciliables y capaces, en todo caso, de afectar la imparcialidad y la independencia que deben guiar las actuaciones de quien ejerce la autoridad en nombre del Estado”[12]. Si bien las inhabilidades y las incompatibilidades son especies de un mismo género, es decir, son ambos tipos distintos de prohibiciones, se trata de dos categorías que no son equiparables. La diferencia entre una y otra, a pesar de compartir dicho propósito común, fue expuesta con claridad en la sentencia C564 de 1997[13]:“...con las inhabilidades se persigue que quienes aspiran a acceder a la función pública, para realizar actividades vinculadas a los intereses públicos o sociales de la comunidad, posean ciertas cualidades o condiciones que aseguren la gestión de dichos intereses con arreglo a los criterios de igualdad, eficiencia, moralidad e imparcialidad que informan el buen servicio y antepongan los intereses personales a los generales de la comunidad. // Igualmente, como garantía del recto ejercicio de la función pública se prevén incompatibilidades para los servidores públicos, que buscan, por razones de eficiencia y moralidad administrativa que no se acumulen funciones, actividades, facultades o cargos.”

En Oficio No. 220-061055 de 2019, éste Despacho se refirió a las inhabilidades e incompatibilidades del Oficial de incumplimiento cuando se trataba del SAGRILAF, comentarios que resultan pertinentes y aplicables al SAGRILAF:

“En consecuencia, en cuanto concierne a las sociedades vigiladas por esta Superintendencia, corresponde a la Junta Directiva o al Máximo Órgano Social, y no una entidad de certificación privada, definir en cada caso concreto, lo concerniente a la ocurrencia, trámite y definición de inhabilidades e incompatibilidades del Oficial de Cumplimiento, conforme a la reglamentación que se haya expedido en su propio Sistema de SAGRILAF.

Desde luego que cada sociedad deberá asegurar al momento de regular el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, que el Oficial de Cumplimiento tenga la suficiente autonomía e imparcialidad para ejercer su función, de manera que no se convierta en juez y parte de sus propios actos.

Cabe observar que la misma Circular 100-000016 de 2020 en el numeral 5.1.4.8. indica lo siguiente:

5.1.4.8. Incompatibilidades e inhabilidades de los diferentes órganos En el establecimiento de los órganos e instancias encargadas de efectuar una evaluación del cumplimiento y efectividad del SAGRILAFT, la Empresa Obligada deberá tener en cuenta los conflictos de interés, las incompatibilidades y las inhabilidades de los responsables en el desempeño de sus funciones. Para ello, se recomienda revisar lo establecido por el Comité de Supervisión Bancario de Basilea sobre las tres (3) líneas de defensa para prevenir y controlar el Riesgo LA/FT/FPADM.

En ese sentido, debido a la diferencia de las funciones que corresponden al revisor fiscal, al representante legal y al Oficial de Cumplimiento, no se deberá designar al revisor fiscal o al representante legal como Oficial de Cumplimiento.

Por lo anterior, las inhabilidades e incompatibilidades pueden ser, entre otras, la prohibición de ejercer el cargo por razones de parentesco o por desempeñar un determinado cargo; sin embargo, le corresponde a cada empresa establecerlas dentro del SAGRILAFT”.²

Respecto del **tercer y cuarto interrogante** sobre la asignación de otros cargos y funciones al Oficial de Cumplimiento, es preciso reiterar que la persona designada como tal, no podrá pertenecer a la administración o a los órganos sociales, no podrá fungir como revisor fiscal o pertenecer a la empresa que realiza la revisoría fiscal, ni fungir como auditor interno o quien ejecute funciones similares o haga sus veces en la Empresa Obligada.

Conforme a lo expuesto, le corresponderá a cada Empresa Obligada, en caso de que resuelva asignarle funciones o cargos diferentes a esa persona natural, que éstas no interfieran con las funciones propias del Oficial de Cumplimiento, pues éste debe estar en capacidad de participar activamente en el diseño e implementación del SAGRILAFT, así como de su vigilancia y cumplimiento.

En cuanto al **quinto interrogante**, donde se indaga si es posible que el Oficial de Cumplimiento pueda fungir como tal en el SAGRILAFT y en un Programa de Transparencia y Ética Empresarial, al respecto, basta con señalar lo establecido la Circular No. 100-000003 de 2016:

2 COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio No. 220-032938 (25 de marzo de 2021). Asunto: Designación del Oficial de Cumplimiento-SAGRILAFT [Consultado el 20 de mayo de 2021]. Disponible en: https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/OFICIO_220-032938_DE_2021.pdf



*“(…) **Oficial de Cumplimiento:** Es la persona natural designada por los Altos Directivos para liderar y administrar el Sistema de Gestión de Riesgos de Soborno Transnacional. El mismo individuo podrá, si así lo deciden los órganos competentes de la Persona Jurídica, asumir funciones en relación con otros sistemas de gestión de riesgo, tales como los relacionados con el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo, la protección de datos personales y la prevención de infracciones al régimen de competencia.³ (Subrayado fuera de texto)*

Dado lo anterior, se concluye que la persona natural designada como Oficial de Cumplimiento en el SAGRILAF puede fungir como Oficial de Cumplimiento en un programa de Transparencia y Ética Empresarial; sin embargo, le corresponderá a cada Empresa Obligada evaluar el cumplimiento de los requisitos de cada sistema y si el Oficial de Cumplimiento está en capacidad de cumplir con las funciones en cada uno de ellos.

Para dar respuesta al **último interrogante**, respecto de una sociedad que no tiene empleados y consulta quien podría ejercer el cargo de Oficial de Cumplimiento para la implementación y vigilancia de un Programa de Transparencia y Ética Empresarial, se debe tener en cuenta lo señalado en la Circular 100-000003 de 2016, la cual sugiere:

“Es por esto por lo que, independientemente de la forma de gobierno corporativo que hubiere sido adoptada por la Persona Jurídica, se recomienda que el Sistema de Gestión de Riesgos de Soborno Transnacional se delegue, preferiblemente, en uno de los Empleados con funciones de dirección, confianza o manejo, quien se denominará Oficial de Cumplimiento

Así las cosas, se sugiere que el Oficial de Cumplimiento dependa únicamente de los Altos Directivos y tenga acceso directo a estos últimos. Además, es importante que tal funcionario cuente con la autonomía y los recursos humanos, tecnológicos y económicos requeridos para poner en marcha el respectivo Programa de Ética Empresarial.” (Subrayado fuera de texto)

Conforme a lo anterior, aunque es recomendable que el Oficial de Cumplimiento sea un empleado con función de dirección, confianza y manejo, no es obligatorio que la persona designada como tal en un programa de Transparencia y Ética empresarial esté vinculado laboralmente a la Empresa Obligada, es decir, se da la posibilidad a esta última de designar en el cargo a una persona vinculada a través de un contrato de prestación de

3 COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Circular Externa No. 100-000003 (26 de julio de 2016). Asunto: Guía destinada a poner en marcha programas de ética empresarial para la prevención de las conductas previstas en el artículo 2º de la Ley 1778 de 2016. Pág. 6 [Consultado el 20 de mayo de 2021]. Disponible en: https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_circulares/Circular%20Externa%20100-000003%2026-07-16.pdf

servicios; sin embargo, le corresponderá al máximo órgano social vigilar que la persona contratada tenga a su disposición todos los recursos necesarios para el cumplimiento de sus funciones y cumpla con el objetivo de idoneidad, experiencia y liderazgo para gestionar los riesgos y cualquier otro que se relacione con actos de corrupción.⁴

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida, con los efectos descritos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, no sin antes señalar que en la Página WEB de la Entidad puede consultar directamente la normatividad, los conceptos que la misma emite sobre las materias de su competencia, entre otros.

4 Ibídem. Pág. 15