

OFICIO 220-182631 DEL 23 DE NOVIEMBRE DE 2021

**ASUNTO: PROGRAMA DE TRANSPARENCIA Y ÉTICA EMPRESARIAL –
ORÍGENES.**

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, que modificó integralmente la Circular Externa No.100-000003 del 26 de julio de 2016 y adicionó el Capítulo XIII de la Circular Básica Jurídica de 2017.

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, para efecto del conteo de términos en la atención de su consulta, que mediante el artículo 5º de la parte resolutive del Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020, 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.

Advertido lo anterior, se dará respuesta a sus inquietudes, no sin antes hacer una somera mención al origen del deber gubernamental de prevenir y atacar los hechos de corrupción en que se ven involucradas las personas jurídicas, hechos que, sin lugar a dudas, causan graves perjuicios reputacionales, económicos, entre otros, no solo a dichos sujetos, sino a los países en donde se han constituido tales personas jurídicas. Dicho deber deviene de la búsqueda por parte de nuestro país de mecanismos que le permitan superar prácticas insanas y propender por el bienestar general. Se espera que la integración de Colombia a organismos internacionales, tales como la OCDE, le allanen el camino en la consecución de tal fin.

Es así como, se inicia haciendo mención a la organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, OCDE, organismo multinacional, con sede en París, que tiene como propósito promover entre sus miembros la formulación y adopción de políticas que provean bienestar económico y social a la población mundial.

En el año 2013, Colombia inició el proceso de adhesión a la OCDE, que finalizó los primeros meses de 2020 con la inclusión de nuestro país como el número 37º entre sus miembros y, para ese momento, el tercero latinoamericano después de Chile y México.

Tal adhesión formal únicamente se dio para el país una vez fue ostensible la implementación interna de reformas legislativas, políticas y prácticas públicas que pretenden acoger los estándares exigidos por la OCDE, entre las que se encuentran las relativas a temas de Gobierno Corporativo, medidas antisoborno, entre otras.

Como ejemplo de las buenas prácticas adoptadas por nuestro país y en aras de su adhesión a la OCDE se expidió la Ley 1573 de 2012¹ por medio de la cual fue aprobada, para su aplicación en el país, la Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales, adoptada por la Conferencia Negociadora en París el 21 de noviembre de 1997.

Mediante el Decreto 369 de 2013 fue ordenada la promulgación de dicha convención.

En años anteriores, programas presidenciales de lucha contra la corrupción dieron lugar a la Ley 190 de 1995 por medio de la cual fueron dictadas normas tendientes a preservar la moralidad en la administración pública y se fijaron disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa. Luego de ésta, fue promulgado el Estatuto Anticorrupción, contenido en la Ley 1474 de 2011.

Retomando la Ley 1573 citada, se tiene que en virtud de lo preceptuado en el artículo 2º de la Convención que ésta aprobó y por virtud del artículo 26 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC), cada uno de los países signatarios se encuentra comprometido a adoptar las medidas internas que sean necesarias para establecer la responsabilidad, ya sea penal, civil o administrativa, de las personas jurídicas por el soborno de servidores públicos extranjeros.

Para Colombia, dicho compromiso se materializó el año 2016 a través de la Ley 1778 referente a "la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción transnacional", que en su artículo 23 dispone que la Superintendencia de Sociedad 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 misma ley; a su vez, le concedió un plazo de seis (6) meses para expedir las instrucciones relacionadas con dicha materia, para cuyo propósito, esta Superintendencia, expidió la Circular 100-000003 del 26 julio de 2016, mediante la cual determinó, por vez primera, la Guía de Prevención Antisoborno, circular derogada por la Circular 100-000011 de

¹ La legislación que hasta el momento de su expedición regía sobre la materia se encontraban en los artículos 30 y 40 de la Ley 1474 de 2011, Estatuto Anticorrupción.

2021 a partir del 1 de enero de 2022, por la cual se modificó la Circular Básica Jurídica contenida en la Circular 100-000005 de 2017 incluyéndole el Capítulo XIII especializado en la materia.

Una vez expuesto lo anterior, se atenderán, en su orden, las inquietudes planteadas en la consulta:

“1. Si el PTEE contiene la Política de Cumplimiento ¿Cuál es la diferencia entre uno y otro? ¿Existen Políticas de Cumplimiento que NO deberían estar incluidas en el PTEE? En caso afirmativo por favor brindar un ejemplo.”

Formalmente, las diferencias entre “Política de Cumplimiento” y “Programa de Transparencia y Ética Empresarial, PTEE” se encuentran en las definiciones que de tales conceptos nos ofrece el Capítulo XIII de la Circular 100-000005 de 2017, incorporado por la Circular 100-000011 de 2021, veamos:

“(…)

- Políticas de Cumplimiento: son las políticas generales que adopta la Entidad Supervisada para llevar a cabo sus negocios y operaciones de manera ética, transparente y honesta; y esté en condiciones de identificar, detectar, prevenir y atenuar los Riesgos de Corrupción o Riesgos de Soborno Transnacional.
- Programa de Transparencia y Ética Empresarial o PTEE: es el documento que recoge la Política de Cumplimiento, los procedimientos específicos a cargo del Oficial de Cumplimiento, encaminados a poner en funcionamiento la Política de Cumplimiento, con el fin de identificar, detectar, prevenir, gestionar y mitigar los Riesgos de Corrupción o los Riesgos de Soborno Transnacional que puedan afectar a una Entidad Supervisada, conforme a la Matriz de Riesgo, y demás instrucciones y recomendaciones establecidas en el presente Capítulo. (…)

Como se expone en la circular, el PTEE es el documento que compila las políticas de cumplimiento, es decir la manifestación de la voluntad de los sujetos obligados a adoptar el programa para perseguir la integridad, como virtud, en todas las manifestaciones de su actuar empresarial a través de conductas adecuadas tanto de directivos, como de empleados y terceros con quienes se relacione, fomentando las buenas prácticas y la aplicación de principios guiados por la ética y el deber ser.

La política o políticas de cumplimiento diseñadas en cada caso por el sujeto obligado resultan integradas en el mismo cuerpo del PTEE, que es el documento en el que se consignan los procedimientos a través de los cuales una política de cumplimiento es aplicada a cada componente societario o empresarial.

Así las cosas, se tiene que el PTEE es el resultado de compilar los procedimientos diseñados por cada sujeto obligado a adoptarlo a través de los cuales se persigue la observancia de la, o las, políticas de cumplimiento en cada uno de los procesos empresariales en aras de que su actuar sea íntegro y sean detectados los sujetos internos y externos que amenazan su observancia, así como prevenir, las conductas que puedan atentar contra las políticas de cumplimiento.

Como puede verse, los términos resultan ser independientes y, por la función compiladora del PTEE, la totalidad de políticas de cumplimiento del sujeto obligado deben ser aterrizadas en aquél, a través del diseño de procedimientos con los cuales el sujeto se compromete a actuar en forma ética y transparente.

“2. Por favor indique, en detalle, el fundamento jurídico incluyendo las Leyes 222 y 1778 pero sin limitarse a estas que en virtud del principio de legalidad otorga competencia de supervisión y sanción a la Superintendencia de Sociedades respecto de la implementación de un Programa PTEE”

Considera esta oficina que la respuesta a este interrogante se encuentra contenida en las consideraciones previas efectuadas al inicio de este oficio relacionadas con la trayectoria de trabajo de nuestro país en la materia que, últimamente, le ha significado a esta Superintendencia arrogarse la responsabilidad de velar porque las personas jurídicas obligadas a adoptar un PTEE, cumplan estas obligaciones conscientes de la trascendencia que implica este asunto.

“3. El acápite 7 de la Circular determina la posibilidad de sanciones. En el marco sancionatorio ¿Qué régimen de responsabilidad aplicará la Superintendencia de Sociedades? ¿Responsabilidad objetiva, culpa presunta, un régimen que observe estrictamente la culpabilidad u otro? Por favor explique en detalle el régimen jurídico sancionatorio que será aplicado.”

Para dar respuesta a este punto debe aclararse que el mismo se relaciona con la actuación administrativa que a esta Superintendencia corresponde adelantar respecto de los sujetos obligados a adoptar un PTEE cuando los mismos se abstienen de implementarlo o lo inobservan, frente a lo cual es preciso remitirse al proceso administrativo general desarrollado en la Parte Primera del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Dispone el numeral 7 del Capítulo XIII de la Circular 100-000005 de 2017, modificada por la Circular 100-000011 de 2021:

“7. Sanciones El incumplimiento de las órdenes e instrucciones impartidas en el presente Capítulo dará lugar a las actuaciones administrativas que sean del caso y a la imposición de las sanciones administrativas pertinentes a las



Entidades Obligadas, su Oficial de Cumplimiento, su revisor fiscal o a sus administradores, de conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 86 de la Ley 222 de 1995 y el numeral 23 del artículo 7 del Decreto 1736 de 2020, sin perjuicio de las acciones que correspondan a otras autoridades.”

Respecto de los procesos administrativos que adelanta esta entidad por incumplimiento del Capítulo XIII de la Circular 100-000005 de 2017 modificada por la Circular 100-000011 de 2021, que, como se vio, carece de un trámite especial, se deben tener en cuenta los principios generales contemplados en el artículo 3º del C.P.A.C.A. como son el del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad, incluyendo la plena garantía de los derechos, entre otros, de defensa y contradicción.

“4. El último párrafo de la Circular indica lo siguiente:

Sin embargo, la Superintendencia de Sociedades podrá supervisar, después de la entrada en vigencia del presente Capítulo, la aplicación de los PTEE por parte de las Sociedades Vigiladas obligadas de acuerdo con la Resolución No. 100-006261 de 2020 y la Circular Externa 100-000003 de 2016.

4.1. ¿Significa esto que la Superintendencia de Sociedades podrá supervisar y sancionar a compañías que no hayan adoptado en tiempo sus PTEEs en los años 2016, 2017, 2018, 2019 y 2020?

4.2. De cara a las finalidades constitucionalmente admisibles del derecho administrativo sancionatorio ¿Qué finalidad persigue la Superintendencia de Sociedades con esta disposición?”

Se dará respuesta conjunta a estos dos interrogantes en tanto obedecen a una común inquietud del consultante referido a la interpretación que éste da al artículo 10º de la Circular 100-000011 de 2021.

Sobre el particular, resulta del caso, en primer lugar, transcribir el texto completo de la disposición de la Circular 100-000011 de 2021, a que aluden ambas preguntas, según el cual:

“10. Vigencia y Derogatorias. El presente Capítulo entra a regir a partir del 1 de enero de 2022. Fecha en la cual quedará derogada la Circular Externa 100-000003 de 2016.

Sin embargo, la Superintendencia de Sociedades podrá supervisar, después de la entrada en vigencia del presente Capítulo, la aplicación de los PTEE por parte de las Sociedades Vigiladas obligadas de acuerdo con la Resolución No. 100-006261 de 2020 y la Circular Externa 100-000003 de 2016.”

De igual forma, corresponde aclarar que desde el año 2017 ya había surgido la obligación para algunas compañías de adoptar su propio Programa de Ética Empresarial. Valga traer a colación que la Resolución 100-002657 de 2016, modificada mediante Resoluciones 200-000558 del 19 de julio de 2018 y 100-006261 de 2020, establecía desde entonces cuáles sujetos resultaban obligados a ello y les fijó un plazo hasta el 31 de marzo de 2017 para implementarlo.

En este orden de ideas, la facultad de supervisión sobre los PTEE que cumple esta entidad, a la que alude el numeral 10 de la Circular 100-000011 de 2021, se refiere a la posibilidad de continuar con la supervisión sobre los aludidos programas que venían siendo obligatorios para algunos sujetos y que a la vigencia de esta última circular continúan siéndolo.

“4.3. ¿Cuál es el término de prescripción para esta investigación?”

Teniendo en cuenta que las actuaciones administrativas sancionatorias adelantadas por esta entidad relacionadas con el seguimiento a los sujetos obligados a adoptar un PTEE no obedecen a las situaciones a las que alude el artículo 235 de la Ley 222 de 1995, las mismas no cuentan con un término de prescripción del actuar de esta superintendencia de cinco (5) años. A juicio de esta Oficina, en este caso, aplicaría el término general de caducidad de la facultad sancionatoria de tres (3) años de ocurrido el hecho, contemplada en el artículo 52 del C.P.A.C.A.

“4.4. El numeral 28 del Artículo 7º del Decreto 1736 del 2020 faculta a la Superintendencia de Sociedades para instruir sobre las medidas para promover la transparencia y ética empresarial ¿Existía un antecedente normativo anterior a este que facultase a la Superintendencia de Sociedades en este sentido?”

Desde la vigencia del Decreto 1023 de 2012 por el cual se determinó para aquel entonces la estructura de la Superintendencia de Sociedades ya la entidad venía asumiendo funciones administrativas relacionadas con situaciones de corrupción acaecidas al interior de sus supervisadas, tal como lo preveía su artículo 14 al fijar la siguiente función al Superintendente Delegado para Inspección, Vigilancia y Control:

“ARTÍCULO 14. DESPACHO DEL SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA LA INSPECCIÓN, VIGILANCIA Y CONTROL. Son funciones de la Delegatura para la Inspección, Vigilancia y Control las siguientes:

1....

(...)

24. Atender dentro de su competencia, las denuncias de los actos de corrupción que el revisor fiscal haya encontrado en el ejercicio de su cargo;

(...)”

No obstante, fue tan solo con la expedición de la Ley 1778 de 2016, que le fue asignada a la Superintendencia de Sociedades la función de dar aplicación a las disposiciones especiales que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos previstos en dicha ley respecto de la prevención, investigación y sanción de las conductas de soborno transnacional.

“4.5. En caso negativo a la pregunta anterior ¿Es violatorio del principio de legalidad investigar y sancionar la no adopción de PTEEs entre 2016 y 2020 sabiendo que el fundamento normativo que otorga las facultades a la Superintendencia de Sociedades surgió hasta el 2020?”

La respuesta a este interrogante se encuentra en la expuesta para los puntos 4.1 y 4.2 anteriores.

“5. Con base en el siguiente recuento temporal:

- La Resolución 100- 006261 del 2 de octubre del 2020 indica que “Las Sociedades que a 31 de diciembre de cada año cumplan con los criterios a los que hace referencia el artículo 1° de la presente Resolución, dispondrán hasta el 30 de abril del año siguiente;
- La Circular 100-000011 fue expedida el 9 de agosto del 2021;
- Esta circular entra a regir el 1 de enero del 2022;
- El artículo 422 y siguientes del Código de Comercio regulan la aprobación de estados financieros en los primeros 3 meses del año, es decir, hasta marzo de cada anualidad.

5.1. En términos de razonabilidad y proporcionalidad normativa ¿Es proporcional y/o razonable que una entidad obligada a quien le fue comunicada en agosto del 2021 los supuestos de obligatoriedad e identifique los mismos aprobando estados financieros en marzo del 2022 tenga tan solo 1 mes para adoptar su PTEE? En caso afirmativo por favor justifique la razonabilidad y proporcionalidad de la medida.”

Respecto de este punto valga mencionar que la obligación de adoptar el PTEE, tal como lo dispone en Numeral 9 del Capítulo XIII de la Circular 100-000005 de 2017, modificada por la Circular 100-000011 de 2021, surge respecto de las **Entidades Obligadas que a 31 de diciembre de cada año cumplan con los criterios establecidos en dicho Capítulo**, sin que dentro de tales requisitos sea exigido que la información financiera se desprenda de estados financieros aprobados por el máximo órgano social.

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 C.P.A.C.A. 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.