



**SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES**

Más empresa,
más empleo

Boletín

Conceptos Jurídicos emitidos por la Superintendencia de Sociedades

Febrero **2022**

Oficio 220-024757 del 07 de febrero de 2022



Doctrina:

Aspectos relacionados con el plan de normalización del registro de situaciones de control y grupos empresariales - sociedad controlante extranjera

Planteamiento:

- 1 ¿Puede el representante legal de una sociedad controlante extranjera otorgar poder especial para que un representante en Colombia tome los cursos requeridos en cumplimiento del Plan de Normalización?
- 2 En caso de que la respuesta al interrogante anterior sea afirmativa, sírvase confirmar si ¿Puede el representante legal de una sociedad controlante extranjera, domiciliada en un país cuyo idioma principal es el español, otorgar poder especial para que un representante en Colombia tome los cursos requeridos en cumplimiento del Plan de Normalización?"

Posición doctrinal:

“El Plan de Normalización contempla en el numeral 4(iv) la posibilidad de conmutar el 50% de la sanción, por medio del cumplimiento de una obligación de hacer, a cargo de los controlantes incumplidos, consistente en la asistencia a cursos dictados por la Superintendencia de Sociedades. Para ello, se contempló que, en los casos de personas jurídicas controlantes, deberán asistir a los cursos sus representantes

legales principales. No obstante, el Plan de Normalización no contempla eventos adicionales, como los mencionados en la pregunta.

Por ello, con el fin de promover su aplicación y la revelación por parte de controlantes extranjeros, la Superintendencia permitirá que, en los casos de sociedades controlantes domiciliadas en jurisdicciones en las que el español no sea su idioma oficial o principal, los representantes legales otorguen en debida forma poderes para la asistencia a los cursos previstos en el Plan de Normalización, los cuales serán realizados, preferiblemente, de forma virtual y dictados en el idioma español.”

Para responder la primera inquietud planteada, claramente se evidencia que la Superintendencia de Sociedades se refiere a una situación especial mediante la cual se aceptaría que el representante legal de una sociedad extranjera controlante, asistiera a través de apoderado a los cursos con el fin de conmutar la sanción en los términos de la Circular 100-000003 de 2021, situación que se materializa cuando la sociedad extranjera esté domiciliada en jurisdicciones en las que el español no sea su idioma oficial o principal, por lo que solamente en tales casos sería posible que se designe un apoderado para que en forma virtual y en idioma castellano realice el curso respectivo.

Con base en lo anotado se responde la segunda inquietud, señalando que si una sociedad extranjera controlante tiene su domicilio en una jurisdicción donde el idioma oficial o principal es el español, no sería posible la designación de un apoderado para que realice el referido curso y, por tanto, será el representante legal de la sociedad extranjera quien deberá realizar las actividades correspondientes, establecidas en el Plan de Normalización.

(...)

Más información aquí 



Oficio 220-025332 del 08 de febrero de 2022



Doctrina: **Ejecución de una garantía mobiliaria por pago directo antes de ser admitida una sociedad al proceso de reorganización**

Planteamiento:

“1. ¿Podría considerarse correctamente ejecutada una garantía mobiliaria bajo la modalidad de pago directo por parte de un acreedor prendario que, sin tener conocimiento de la radicación de una solicitud de ingreso al régimen de reorganización por parte del deudor, la ejecutó con anterioridad a su admisión?”

2. Sírvase de incluir en dicho concepto, cuál ha sido la posición de esta Superintendencia frente a este tipo de situaciones.”

Posición doctrinal:

Partimos de la base que uno de los principios del régimen de insolvencia es el de la Universalidad, en donde, en términos generales “la totalidad de los bienes del deudor y todos sus acreedores quedan vinculados al proceso de insolvencia a partir de su iniciación”.

En ese sentido, conforme al artículo 18 de la Ley 1116 de 2006, el proceso de reorganización comienza el día de expedición del auto de iniciación del citado proceso, por parte del correspondiente Juez del concurso.

A su vez el artículo 20 de la citada ley, dispone que

“A partir de la fecha de inicio del proceso de reorganización no podrá admitirse ni continuarse demanda de ejecución o cualquier otro proceso de cobro en contra del deudor. Así, los procesos de ejecución o cobro que hayan comenzado antes del inicio del proceso de reorganización, deberán remitirse para ser incorporados al trámite y considerar el crédito y las excepciones de mérito pendientes de decisión, las cuales serán tramitadas como objeciones, para efectos de calificación y graduación y las medidas cautelares quedarán a disposición del juez del concurso, según sea el caso, quien determinará si la medida sigue vigente o si debe levantarse, según convenga a los objetivos del proceso, atendiendo la recomendación del promotor y teniendo en cuen-

ta su urgencia, conveniencia y necesidad operacional, debidamente motivada. (...)”

Posteriormente, fue expedida la Ley 1676 de 2013, la cual, en su artículo 50 de manera clara y expresa señala lo siguiente:

“ARTÍCULO 50. LAS GARANTÍAS REALES EN LOS PROCESOS DE REORGANIZACIÓN. A partir de la fecha de inicio del proceso de reorganización no podrá admitirse ni continuarse demanda de ejecución o cualquier otro proceso de cobro en contra del deudor sobre bienes muebles o inmuebles necesarios para el desarrollo de la actividad económica del deudor y que hayan sido reportados por el deudor como tales dentro de la información presentada con la solicitud de inicio del proceso; con base en esta información se dará cumplimiento al numeral 9 del artículo 19 de la Ley 1116 de 2006.

Los demás procesos de ejecución de la garantía real sobre bienes no necesarios para la actividad económica del deudor, podrán continuar o iniciarse por decisión del acreedor garantizado. El juez del concurso podrá autorizar la ejecución de garantías reales sobre cualquiera de los bienes del deudor, en los términos del artículo 17 de la Ley 1116, cuando estime, a solicitud del acreedor garantizado, que los citados bienes no son necesarios para la continuación de la actividad económica del deudor. También procederá la ejecución de los bienes dados en garantía cuando el juez del concurso estime que los bienes corren riesgo de deterioro o pérdida.

Los bienes en garantía reportados por el deudor al inicio del proceso de reorganización de que trata el inciso 1º de este artículo, deberán ser presentados en un estado de inventario debidamente valorado a

la fecha de presentación de los estados financieros allegados con la solicitud.

(...)”

Ahora bien, es preciso señalar que, acorde con lo establecido en la Ley 1676 de 2013, las garantías mobiliarias constituidas sobre los bienes del deudor pueden hacerse efectivas bajo ciertas condiciones establecidas en el artículo 50 de la mencionada ley.

Por tanto, para proceder a ejecutar una garantía mobiliaria en un proceso de insolvencia, es necesario entrar a distinguir cuando los bienes del deudor son o no necesarios para desarrollar el objeto social de la compañía, es decir, aquellos bienes que son indispensables para poder adelantar la actividad económica. Si los bienes son necesarios, es claro que no podrá iniciarse ni continuarse proceso de ejecución alguno que recaiga sobre aquellos; no obstante, confirmado el acuerdo de reorganización, el acreedor garantizado tendrá derecho a que se pague su obligación con preferencia a los demás acreedores que hacen parte del acuerdo, sin perder de vista lo establecido por la Corte Constitucional: “(...) este derecho solo opera siempre que los demás bienes del deudor sean suficientes para asegurar el pago de las obligaciones alimentarias de los niños y las salariales y prestacionales derivadas del contrato de trabajo, en caso de haberlas, todo lo cual deberá ser verificado por el juez el concurso (...)”.

De no ser los bienes del deudor indispensables para la actividad económica que desarrolla, bien puede el acreedor ejecutar la garantía mobiliaria.

Valga anotar que, si el Juez del concurso estima que los bienes del deudor dados en garantía se encuentran en riesgo de

deterioro o pérdida, procederá a autorizar la ejecución de los mismos.

Respecto del pago directo, la Superintendencia de Sociedades en el Oficio 220067611 del 20 de junio de 2019, manifestó lo siguiente:

“(…)

“En primer lugar, debe indicarse que las autoridades jurisdiccionales competentes para los efectos del régimen de garantías mobiliarias, son: (i) La Superintendencia de Sociedades en el evento en que el garante sea una sociedad sometida a su “Vigilancia” y (ii) el Juez Civil del Circuito, del domicilio del deudor.

Ahora bien, el régimen de garantías mobiliarias, frente al incumplimiento de las obligaciones por parte del deudor, permite que se pueda ejecutar la garantía a través de los procedimientos acordados a saber: 1) pago directo; 2) Adjudicación o realización especial de la garantía real; 3) Ejecución especial de la garantía según el marco regulatorio prescrito para cada caso, en los términos de los artículos 58, 60, 61 y 62 de la Ley 1676 de 2013, y finalmente la posibilidad de la 4) Ejecución judicial de la garantía en los termino generales por el proceso ejecutivo regulado en los artículos 422 y siguientes del Código General del Proceso.

En efecto, en el procedimiento de ejecución de la garantía mobiliaria denominado “pago directo”, el artículo 60 de la Ley 1676 de 2013, dispuso lo siguiente para la designación de los peritos evaluadores, así:

“(…) Artículo 60. Pago directo. El acreedor podrá satisfacer su crédito directamente con los bienes dados en garantía por el valor del avalúo que se realizará de conformidad con lo previsto en el parágrafo 3º del presente artículo, cuando así se haya pactado por mutuo acuerdo o cuando el acreedor garantizado sea tenedor del bien dado en garantía.

Parágrafo 2º. Si no se realizare la entrega voluntaria de los bienes en poder del garante objeto de la garantía, el acreedor garantizado podrá solicitar a la autoridad jurisdiccional competente que libre orden de aprehensión y entrega del bien, con la simple petición del acreedor garantizado.

Parágrafo 3º. En el evento de la apropiación del bien, este se recibirá por el valor del avalúo realizado por un perito escogido por sorteo, de la lista que para tal fin disponga la Superintendencia de Sociedades, el cual será obligatorio para garante y acreedor, y se realizará al momento de entrega o apropiación del bien por el acreedor.”

Conforme lo anotado a lo largo del presente escrito, procedemos a dar respuesta a sus inquietudes de la siguiente manera:

“1. ¿Podría considerarse correctamente ejecutada una garantía mobiliaria bajo la modalidad de pago directo por parte de un acreedor prendario que, sin tener conocimiento de la radicación de una solicitud de ingreso al régimen de reorganización por parte del deudor, la ejecutó con anterioridad a su admisión?”

Sea lo primero poner de presente que a este Despacho le está vedado pronunciarse sobre la validez de actos o contratos, en la medida que es el Juez quien debe definir lo pertinente. Sin perjuicio de lo anterior, a continuación, se expondrán unas consideraciones generales sobre el tema objeto de consulta:

Teniendo en cuenta lo expuesto, es claro que los efectos del proceso de reorganización inician una vez sea admitida la sociedad a dicho proceso, momento a partir del cual comienzan a operar las reglas señaladas en el presente concepto.

Por lo tanto, nada obsta para la ejecución de una garantía mobiliaria por parte del respectivo acreedor, mediante el procedimiento de pago directo, antes de la admisión del deudor al proceso de reorganización.

“2. Sírvase de incluir en dicho concepto cual ha sido la posición de esta Superintendencia frente a este tipo de situaciones.”

En términos generales, la posición de este Despacho en el caso consultado es la contenida en el presente escrito. No obstante, la invitamos a consultar los diferentes pronunciamientos efectuados por la Superintendencia de Sociedades sobre el tema que nos ocupa, en nuestra página web: www.supersociedades.gov.co (Doctrina y Jurisprudencia – Conceptos Jurídicos).

Más información aquí 



Oficio 220-044079 del 22 de febrero de 2022



Doctrina: **Constitución de sociedades de libranza o descuento directo**

Planteamiento:

“¿Cuál es el trámite que se debe realizar para la constitución de una S.A. y una S.A.S, que pueda actuar como operadoras de libranza o descuento directo?”

¿Cuáles son los requisitos que una S.A. y una S.A.S debe acreditar para que se autorice su actuar como operadoras de libranza o descuento directo?

¿Qué entidades son las responsables de autorizar y regular la conducta de operadoras de libranza o descuento directo a una sociedad comercial constituida como S.A. o S.A.S?”

Posición doctrinal:

El marco legal de las operaciones de libranza o descuento directo se encuentra contenido en la Ley 1527 de 2012, modificada por las Leyes 1607 de 2012 y 1902 de 2018, y en el Decreto 1008 de 2020.

De igual forma, se pone de presente que en el Capítulo IX, de la Circular Externa 100-000005 de 2017 de la Superintendencia de Sociedades, se imparten instrucciones administrativas a las sociedades supervisadas por esta Superintendencia que realicen operaciones de libranza o descuento directo.

Así mismo, en la Circular 100-000005 del 30 de abril de 2021 de la Superintendencia de Sociedades, esta entidad fijó su Política de Supervisión para las sociedades supervisadas por la Dirección de Intervención y Asuntos Financieros Especiales que hace parte de la Delegatura de Intervención y Asuntos Financieros Especiales. La referida Delegatura, dentro de sus funciones administrativas, tiene a su cargo la de dirigir el ejercicio de las funciones de supervisión, en sus modalidades de inspección, vigilancia y control, sobre sociedades comerciales y empresas unipersonales operadoras de libranzas o descuento directo.

Así mismo, en la Circular 100-000005 del 30 de abril de 2021 de la Superintendencia de Sociedades, esta entidad fijó su Política de Supervisión para las sociedades supervisadas por la Dirección de Intervención y Asuntos Financieros Especiales que hace parte de la Delegatura de Intervención y Asuntos Financieros Especiales. La referida Delegatura, dentro de sus funciones administrativas, tiene a su cargo la de dirigir el ejercicio de las funciones de supervisión, en sus modalidades de inspección, vigilancia y control, sobre sociedades comerciales y empresas unipersonales operadoras de libranzas o descuento directo.

Ahora bien, atendiendo a las preguntas del peticionario, en cuanto a la constitución de una Sociedad Anónima para que pueda actuar como operadora de libranza o descuento directo, esta debe ser constituida mediante escritura pública, la cual debe ser inscrita en el registro mercantil de la cámara de comercio del domicilio principal de la sociedad, la denominación social de este tipo de sociedad siempre debe estar seguida de las palabras “Sociedad Anónima” o de las letras “S.A.”, la falta de dicha especificación en el contrato social hará a los administradores responsables de manera solidaria respecto de las operaciones sociales que se realicen.

Adicional a ello, entre otras obligaciones, las Entidades Operadoras de Libranza deben indicar en su objeto social la realización de operaciones de libranza y el origen lícito de sus recursos e inscribirse en el Registro Único Nacional de Entidades Operadoras de Libranza o Descuento Directo - RONEOL llevado por las Cámaras de Comercio (salvo las instituciones educativas que les presten servicios a familias de miembros de la Fuerza Pública). La entidad operadora, de acuerdo con su naturaleza, será objeto de inspección, vigilancia y control por parte de la Superintendencia Financiera de Colombia, la Superintendencia de Economía Solidaria, la Superin-

tendencia de Sociedades o la Superintendencia del Subsidio Familiar, según sea el caso.

En lo que tiene que ver con las Sociedades por Acciones Simplificadas, estas pueden ser constituidas por una o varias personas, bien sean naturales o jurídicas, mediante contrato o acto unilateral que conste en documento privado debidamente inscrito en el registro mercantil. Su constitución puede hacerse por documento privado o por escritura pública, en este último caso cuando los activos aportados para su constitución requieran transferencia por medio de escritura pública. En cuanto a la razón social, el nombre de la sociedad debe ir acompañado de las palabras “sociedad por acciones simplificada” o de las letras “S.A.S.”.

Finalmente, en el documento privado de constitución, debe expresarse una relación clara y completa de las actividades principales a las cuales se dedicará la compañía. En el caso objeto de consulta, como se pretende actuar como operadora de libranza o descuento directo, y con el alcance señalado previamente en el presente concepto, se debe indicar en su objeto social la realización de operaciones de libranza y el origen lícito de sus recursos, e inscribirse en el Registro Único Nacional de Entidades Operadoras de Libranza o Descuento Directo - RONEOL llevado por las Cámaras de Comercio, entre otras obligaciones.

Ahora bien, solamente podrán tener la calidad de operadores de libranza las personas que el legislador señaló expresamente en el literal c) del artículo 2 de la Ley 1527 de 2012, modificado por el artículo 2 de la Ley 1902 de 2018, las cuales para poder operar deberán cumplir las disposiciones legales vigentes y estar debidamente registradas en el RONEOL (salvo las excepciones de carácter legal).

Con respecto a la segunda inquietud, se debe recordar lo indicado por la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia de Sociedades adoptada mediante la Resolución No. 100000005 del 22 de noviembre de 2017, específicamente en el literal I del numeral 3 del Capítulo IX, el cual establece lo siguiente:

“I. Obligaciones de la entidad operadora

- a) Normas societarias y contables (...)
- b) Registro RUNEOL (...)
- c) Extractos periódicos (...)
- d) Reporte de datos de información financiera, crediticia, comercial y de servicios (...)
- e) Origen de los recursos (...)
- f) Autorización del beneficiario (...)
- g) Tasas de financiamiento (...)

Por otro lado, el papel que desarrolla esta Superintendencia en cuanto a la supervisión de las sociedades comerciales y empresas unipersonales operadoras de libranzas o descuento directo se encuentra en la Circular 100-000005 del 30 de abril de 2021.

“(…)

En cuanto a la última inquietud, es de reiterar que el artículo 2° de la Ley 1902 de 2018, señala:

“Artículo 2°. El literal c) del artículo 2° de la Ley 1527 de 2012, quedará así:

c) Entidad operadora. Es la persona jurídica o patrimonio autónomo conformado en desarrollo del contrato de fiducia mercantil, que realiza operaciones de créditos que se recaudan a través del mecanismo de libranza, por estar au-

torizada legalmente para el manejo del ahorro del público o para el manejo de los aportes o ahorros de sus asociados. También podrán ser operadoras aquellas personas jurídicas que sin contar con la mencionada autorización de manejo realizan tales operaciones disponiendo de sus propios recursos o a través de mecanismos de financiamiento autorizados por la ley. En estos casos deberá estar organizada como entidad vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia habilitada para otorgar créditos, o ser Instituto de Fomento y Desarrollo (Infis), una Caja de Compensación Familiar, una sociedad comercial, una asociación mutual o cooperativa.

También podrán actuar como operadores de libranza las asociaciones de pensionados o de personal con asignación de retiro de la Fuerza Pública que cumplan los requisitos del Capítulo Segundo del Título Primero de la Ley 454 de 1998. Los clubes sociales de oficiales, suboficiales y agentes de la Fuerza Pública podrán exclusivamente ser operadores de libranza para los servicios, bienes y productos que presten de forma directa.

Las Instituciones Educativas que le presten servicios a familias de miembros de la Fuerza Pública están autorizadas para recibir a través de descuento directo o libranza, únicamente el pago de los emolumentos causados por los servicios educativos prestados, siempre que exista solicitud por parte del padre de familia titular del salario, honorarios o pensión de la cual se vaya a realizar el descuento y que medie autorización expresa de descuento dada al empleador o entidad pagadora, quien en virtud de la suscripción de la libranza o descuento directo otorgada por el asalariado, contratista o pensionado, estará obligado a girar los recursos directamente a la entidad operadora. La institución educativa no estará obligada a inscribirse en el Runeol. Quedan excluidas para las instituciones educativas las demás

prestaciones de productos y servicios financieros a que hace alusión la presente ley. Toda entidad operadora deberá indicar en su objeto social la realización de operaciones de libranza, el origen lícito de sus recursos y cumplir con las demás exigencias legales vigentes para ejercer la actividad comercial.

Parágrafo 4°. “Los fondos de empleados se rigen por el marco regulatorio específico del Decreto-ley 1481 de 1989”.

Siendo así que existen sociedades operadoras de libranzas que manejan dineros del público, con lo cual deberán tener la debida autorización de la Superintendencia Financiera o de la Superintendencia de Economía Solidaria, igualmente las Instituciones educativas tendrán que obtener su permiso correspondiente ante el Ministerio de Educación, entre las cuales se maneja de manera especial una autorización previa antes de prestar sus servicios.

“(…)”

Más información aquí



Oficio 220-044710 del 23 de febrero de 2022



Doctrina: **Fiducia mercantil - transferencia de acciones a fiducias mercantiles**

Planteamiento:

“1. Supuestos genéricos

1.1. Un residente colombiano aporta a un trust incorporado bajo las leyes de los Estados Unidos de América las acciones que posee en una sociedad colombiana.

1.2. El trust regido bajo las leyes de alguno de los estados de la unión americana es un contrato que regula la disposición futura de activos en cabeza de una serie de beneficiarios que accederán a dicha propiedad cuando se cumpla una condición, usualmente el fallecimiento del individuo que transfiere o aporta a título de donación los aportes al trust.

1.3. El trust incorporado tiene como beneficiarios condicionados a varios residentes en Colombia. Este es administrado por un trustee ubicado también en Colombia.

1.4. Tanto los donantes iniciales del trust como sus beneficiarios tienen doble nacionalidad (i.e., colombiana y estadounidense), no obstante, en la actualidad todos residen físicamente en Colombia.

1.5. Bajo las leyes de los Estados Unidos de América, formalmente el accionista de la sociedad es el trustee quien detenta como propiedad fiduciaria la disposición y administración hasta tanto no se cumplan las condiciones establecidas el Acuerdo Privado (Trust) para consolidar la propiedad en cabeza de los beneficiarios.

1.6. La transferencia/aportación de las acciones al trust americano no comporta ningún tipo de giro de divisas desde o hacia el exterior.

2. Petición

De conformidad con las precisiones efectuadas en esta petición, de manera respetuosa se solicita a su Entidad absolver las siguientes consultas:

2.1. ¿En el supuesto en el que se realice la transferencia/aportación de las acciones habría lugar a efectuar alguna modificación o inscripción en el libro de registro de accionistas de la sociedad colombiana?

2.2. ¿Es necesario en la modificación o inscripción del libro de registro de accionistas, reflejar un cambio de accionistas o si en el entendimiento en el que los trusts son vehículos donde prima el principio de transparencia, la composición accionaria permanecería idéntica hasta tanto no se configure la condición suspensiva y la efectiva transferencia de las acciones a los beneficiarios?

2.3. En caso de una respuesta afirmativa de la anterior petición sobre la necesidad de modificación o inscripción, ¿Favor indicar a nombre de quien se realizan los registros y/o se expiden los títulos, del trust (sin personería jurídica); beneficiarios condicionados, trustee (fideicomisario o administrador) o donantes iniciales del trust?"

Posición doctrinal:

Con el alcance indicado, y desde la perspectiva de la transferencia de acciones a fiducias mercantiles, éste Despacho procede a efectuar las siguientes consideraciones de índole general:

“(…)”

Conforme a lo expuesto, siendo la fiducia mercantil la figura jurídica adoptada en Colombia, cuyos antecedentes se encuentran en el Trust anglosajón, es necesario recordar los artículos 1226 y siguientes de la Código de Comercio:

“Artículo 1226. La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario.

Una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario.

Solo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superinten-

dencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios.

Artículo 1227. Los bienes objeto de la fiducia no forman parte de la garantía general de los acreedores del fiduciario y sólo garantizan las obligaciones contraídas en el cumplimiento de la finalidad perseguida.

(…)

Artículo 1233. Para todos los efectos legales, los bienes fideicomitados deberán mantenerse separados del resto del activo del fiduciario y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios, y forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo.

(…)

Artículo 1238. Los bienes objeto del negocio fiduciario no podrán ser perseguidos por los acreedores del fiduciante, a menos que sus acreencias sean anteriores a la constitución del mismo. Los acreedores del beneficiario solamente podrán perseguir los rendimientos que le reporten dichos bienes.

El negocio fiduciario celebrado en fraude de terceros podrá ser impugnado por los interesados.”

Por su parte, el artículo 12 de la Ley 1258 de 2008 establece lo siguiente:

“Artículo 12. Transferencia de acciones a fiducias mercantiles. Las acciones en que se divide el capital de la sociedad por acciones simplificada podrán estar radicadas en una fiducia mercantil, siempre que en el libro de registro de accionistas se identifique a la compañía fiduciaria, así como a los beneficiarios del patrimonio autónomo junto con sus correspondientes porcentajes en la fiducia.

Los derechos y obligaciones que por su condición de socio le asisten al fideicomitente serán ejercidos por la sociedad fiduciaria que lleva la representación del patrimonio autónomo, conforme a las instrucciones impartidas por el fideicomitente o beneficiario, según el caso.”

Aunado a lo anterior, se debe poner de presente que la Superintendencia Financiera de Colombia se ha pronunciado sobre el tema en cuestión de la siguiente forma:

“(…) Así las cosas, la propiedad fiduciaria es meramente instrumental; pero no por ello puede desconocerse que se realiza una transferencia de la propiedad del fideicomitente al fiduciario, necesaria, precisamente, para la finalidad que se persigue con el negocio fiduciario, transferencia que genera efectos frente al propio fideicomitente y frente a los terceros en condiciones especiales respecto de las reglas generales aplicables al derecho real de dominio ordinario y a los derechos de persecución o de “prenda general” de los acreedores respecto de los bienes de su deudor común. (…)

En este sentido, la inscripción del fiduciario en el libro de registro de acciones permite identificar al vocero común de las personas interesadas en el patrimonio autónomo, y que puede corresponder a un enorme número de fiduciantes beneficiarios inversionistas, quienes son titulares de un derecho personal o de crédito de cuyas obligaciones correlativas es deudor el fiduciario, y no de un hipotético derecho real que recaiga sobre el patrimonio en el que formalmente se radican las acciones adquiridas con cargo a los recursos entregados por todos ellos a un fiduciario común. Dichos derechos personales no permiten encargarle al fiduciario una gestión que no sea legalmente posible para el fiduciante o el beneficiario; por eso, a través de una fiducia de inversión, un fiduciante no podría obtener que se usaran los recursos fideicomitados para adquirir acciones que él o que el beneficiario, no pudieran adquirir directa o indirectamente, como ocurriría en el evento de los límites a la participación accionaria en una determinada sociedad en cabeza de una persona. Y se da por sentado que el propio fiduciario tampoco puede abusar de los poderes fiduciarios de modo que su gestión lo aproveche ilegalmente, como ocurriría si pretendiera usar los recursos del patrimonio autónomo para adquirir, negociar o transferir acciones que él legalmente no pudiera poseer, negociar o enajenar en forma directa o indirecta. (…)

Con base en las consideraciones expuestas en el oficio citado, a continuación, plasmamos algunas ideas, las cuales hacen referencia a las inquietudes formuladas en su comunicación: (…)

d) Ni el fideicomitente ni los beneficia-

rios del fideicomiso pueden reputarse accionistas pues el accionista único es el gestor fiduciario quien ejercerá los derechos de voto o decisiones sociales derivadas de tal participación de conformidad con lo previsto en el contrato de fiducia mercantil, en provecho de los beneficiarios;(...)"

De igual forma, es pertinente reiterar el concepto emitido por este Despacho a través del oficio 220-003153 del 20 de enero de 2021, sobre fiducia mercantil, aplicable a la consulta, cuya parte pertinente se transcribe a continuación:

"(...)

Como se ha indicado en el presente escrito, el ejercicio de las facultades propias de la calidad de accionista las realizará el fiduciario, sometiéndose a las reglas del contrato de fiducia en virtud del cual el fideicomitente ha decidido despojarse de la propiedad de las acciones, asunto que deberá ser transparente para accionistas y terceros y, por tanto, deberá registrarse como accionista, en el libro de registro accionistas, al fiduciario como vocero del patrimonio autónomo.

(...)"

Por tanto, para dar conclusión a esta consulta y responder a los tres interrogantes realizados por la petitionaria, en el evento en que se llegue a dar la transferencia de acciones a fiducias mercantiles, adicional al cumplimiento de los demás requisitos legales, se deberá realizar la correspondiente inscripción en el libro de registro de accionistas quedando como accionista el fiduciario como vocero del patrimonio autónomo.

"(...)"

Más información aquí



Oficio 220-045468 del 24 de febrero de 2022



Doctrina: **SAGRILAF - debida diligencia a entidades públicas**

Planteamiento:

“1. Teniendo en cuenta la Circular 100-000016 de 24 de diciembre de 2020 de esta Superintendencia, en lo particular en el numeral 5.3, 5.3.1., 5.3.1.1. y 5.3.2., que menciona la obligatoriedad de las empresas obligadas a realizar la debida diligencia intensificada, y en virtud de este ejercicio ¿es posible que las entidades públicas se puedan negar a la entrega de información por parte de la empresa obligada?

2. ¿Existe alguna excepción por parte de las empresas públicas la cual permita el no cumplimiento en la entrega de información con relación a la debida diligencia intensificada de conformidad con la Circular 100-000016 del 24 de diciembre de 2020?

3. En caso de que le asista alguna excepción por parte de las entidades públicas con relación a la obligatoriedad al cumplimiento de la debida diligencia intensificada, por favor mencionar el soporte normativo de esta.

4. ¿Existe algún mecanismo legal u obligación de las entidades públicas que disponga de la publicación de la información correspondiente a la debida diligencia ampliada para ella y sus respectivos funcionarios?”

Posición doctrinal:

1. Debida diligencia intensificada sobre entidades públicas

En primer lugar, resulta importante mencionar que, respecto de las compañías que se encuentran supervisadas por la Superintendencia de Sociedades, la obligación de adoptar un sistema de prevención de LA/FT/FPADM se predica, únicamente, de aquellas que cumplen los requisitos establecidos en los numerales 4° y 6° del Capítulo X de la Circular 100-000005 de 2017 expedida por esta Superintendencia, y modificado por la Circular 100-000016 de 2020.

Dentro de las órdenes que deben cumplirse, en el marco de la gestión del riesgo LA/FT/FPADM, se halla el adelantamiento de procesos de debida diligencia para asegurar el adecuado conocimiento de la Contraparte y su Beneficiario Final (...).

“(…)” conviene resaltar que una de las premisas del señalado Capítulo X es la proporcionalidad que los procedimientos de gestión deben tener frente a los riesgos identificados: “A mayor riesgo, mayor control”. Con esta premisa, se apunta a exigir que la sociedad intensifique las medidas con las que busca mitigar su exposición al riesgo cuando estos tienen una alta materialidad.

Una de las manifestaciones de esta premisa se halla en la obligación de realizar una debida diligencia intensificada respecto de las Contrapartes que (i) representen un mayor riesgo; (ii) sean Personas Expuestas Políticamente (PEP’s); (iii) estén domiciliadas en jurisdicciones no cooperantes o de alto riesgo; o (iv) desarrollen actividades con Activos Virtuales. Estos procedimientos son complementarios a la debida diligencia ordinaria (numeral 5.3.1) y buscan tener mayor control sobre los riesgos a los que la Empresa Obligada puede ser más vulnerable.

Así las cosas, estos procedimientos de debida diligencia implican: (i) obtener la aprobación de la instancia o empleo de jerarquía superior para la vinculación o continuación de la relación jurídica; (ii) adoptar Medidas Razonables para establecer el origen de los recursos; y (iii) realizar un monitoreo continuo e intensificado de la relación contractual. Todo lo anterior, conforme se expone en el numeral 5.3.2. del tantas veces señalado Capítulo X.

Ahora bien, con su consulta, advertimos que busca establecer: (i) si es necesario realizar un procedimiento de debida di-

ligencia intensificada sobre una entidad pública; (ii) si las entidades públicas, en el marco del desarrollo de estos procedimientos, pueden rehusarse, justificadamente, a suministrar información relacionada con la debida diligencia; y (iii) si es posible exigirle a la entidad pública información que se rehusó a entregar.

Considerando lo anterior, conviene recordar que, según expone el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) en su recomendación No. 10, las relaciones jurídicas que se establezcan con empresas públicas representan un riesgo menor:

“(…)”

Riesgos menores

16. Hay circunstancias en las que el riesgo de lavado de activos o financiamiento del terrorismo puede ser menor. En estas circunstancias, y siempre que medie un análisis adecuado del riesgo por parte del país o la institución financiera, puede ser razonable que un país permita a sus instituciones financieras aplicar medidas simplificadas de DDC. Al evaluar los riesgos de lavado de activos y financiamiento del terrorismo relativos a los tipos de clientes, países o áreas geográficas, y productos en particular, servicios, transacciones o canales de envío, entre los ejemplos de posibles situaciones de riesgo menor se pueden citar los siguientes:

(a) Factores de riesgo con respecto al cliente:

- Instituciones financieras y APNFD – cuando éstas están sujetas a requisitos para combatir el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo en concordancia con las Recomendaciones del GAFI, han implementado con eficacia esos requisitos y están supervisadas o monitoreadas con eficacia en concor-

dancia con las recomendaciones para asegurar el cumplimiento con dichos requisitos.

- Sociedades mercantiles públicas cotizadas en una bolsa y sujetas a requisitos sobre la revelación (ya sea por normas de la bolsa o por las leyes u otros medios coercitivos), que imponen requerimientos para asegurar una adecuada transparencia sobre el beneficiario final.
- Administraciones o empresas públicas.”

A partir de lo anterior, se debe señalar que, si bien el riesgo es menor, la debida diligencia sí debe ser realizada. En consecuencia, lo que varía no es el deber de realizar los procedimientos de debida diligencia sino la proporcionalidad de estos procedimientos frente al riesgo que implica establecer una relación jurídica con una empresa pública. Frente a los riesgos menores, la señalada recomendación No. 10 describe los siguientes procedimientos denominados “Medidas Simplificadas”.

“(…)

En consecuencia, frente a las empresas públicas sí deben realizarse procedimientos de debida diligencia. Sin embargo, no es necesario realizar procedimientos de debida diligencia intensificada, ya que, de acuerdo con la naturaleza de este riesgo, según se expone en la recomendación No. 10 del GAFI, es posible realizar procedimientos simplificados de debida diligencia como la no recopilación de información específica; lo anterior, siempre y cuando no exista sospecha de riesgo LA/FT/FPADM.

2. Información de entidades públicas sometida a reserva

En el artículo 24 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015, se dispone que solo tendrá el carácter de reservado los documentos o información expresamente sometida a la reserva legal; esto, tal como se enlista a continuación:

1. Los relacionados con la defensa o seguridad nacionales.
2. Las instrucciones en materia diplomática o sobre negociaciones reservadas.
3. Los que involucren derechos a la privacidad e intimidad de las personas, incluidas en las hojas de vida, la historia laboral y los expedientes pensionales y demás registros de personal que obren en los archivos de las instituciones públicas o privadas, así como la historia clínica.
4. Los relativos a las condiciones financieras de las operaciones de crédito público y tesorería que realice la nación, así como a los estudios técnicos de valoración de los activos de la nación. Estos documentos e informaciones estarán sometidos a reserva por un término de seis (6) meses contados a partir de la realización de la respectiva operación.
5. Los datos referentes a la información financiera y comercial, en los términos de la Ley Estatutaria 1266 de 2008.
6. Los protegidos por el secreto comercial o industrial, así como los planes estratégicos de las empresas públicas de servicios públicos.

7. Los amparados por el secreto profesional.

8. Los datos genéticos humanos.

Por su parte, en el artículo 2 Ley 1712 de 2014 se reitera lo dispuesto por la Ley 1437 de 2011, el cual dispone que toda información en posesión, bajo control o custodia de un sujeto obligado es pública y no podrá ser reservada o limitada sino por disposición constitucional o legal, de conformidad con la ley.

A su vez, en los artículos 18 y 19 de la norma en mención, se dispone cual información es exceptuada, “(...)”

“(...)”

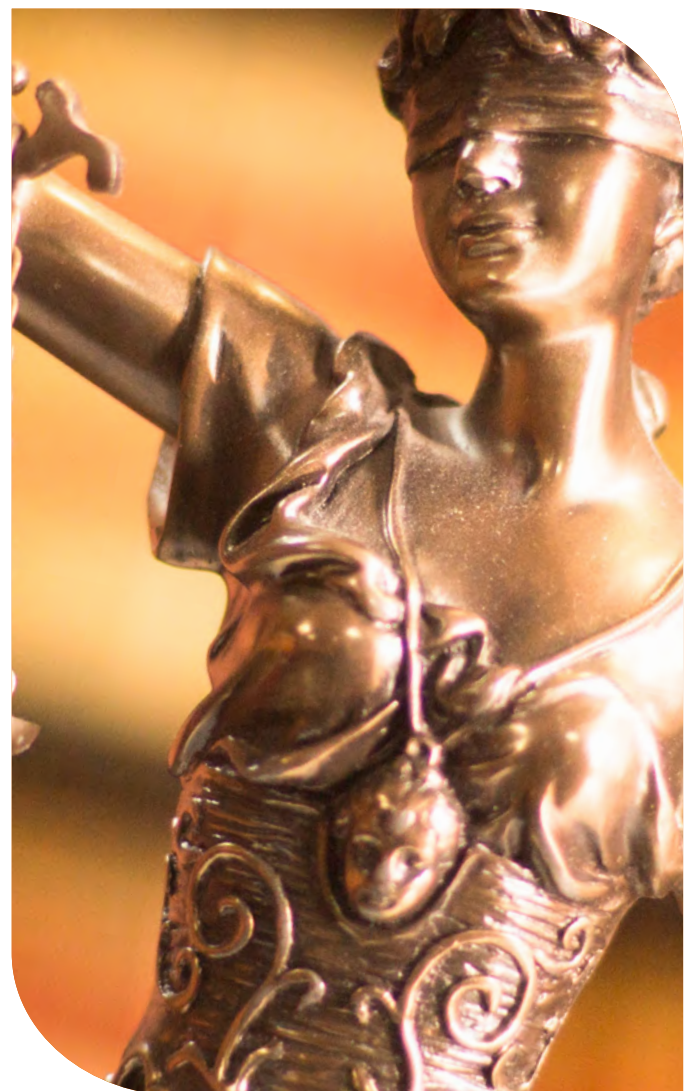
Frente a la primera inquietud, en algunos casos, las entidades públicas, en calidad de contrapartes, pueden acogerse a la reserva de ley para no divulgar parte de su información; no obstante, el Sistema Interno de Prevención del Riesgo de LA/FT/FPADM de la entidad obligada debe contar con suficientes y diversos métodos que permitan a la misma aproximarse, lo más posible, al conocimiento del beneficiario final, real y/o controlante. En todo caso, se recuerda que la debida diligencia de las entidades públicas puede ser objeto de Medidas Simplificadas en los términos de la referida recomendación No. 10.

Con relación a la segunda y tercera solicitud, en los artículos 24 de la Ley 1437 de 2011 modificado por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015, 27 y 28 de la Ley 1712 de 2012, se enlistan los casos en los que las entidades públicas podrán abstenerse de entregar la información solicitada.

Frente a la cuarta inquietud, en el artículo 11 de la Ley 1712 de 2012 se establece la información que las entidades públicas están obligadas a publicar en desarrollo de sus funciones y procedimientos a su cargo.

“(...)”

Más información aquí





**SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES**

Línea de atención al usuario

018000 114319

PBX

601-324 5777- 601-220 1000

Centro de fax

601- 220 1000, opción 2 / 601- 3245000

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



El futuro
es de todos

Gobierno
de Colombia

www.supersociedades.gov.co