



TRANSPARENCIA EMPRESARIAL- Implementación de los *Compliance*
Program como herramienta anticorrupción

BARBARA ISABELLA PUENTES ORTIZ
EDWIN MIGUEL VILLALOBOS QUITIAN

UNIVERSIDAD COLEGIO MAYOR DE CUNDINAMARCA
FACULTAD DE DERECHO
PROGRAMA DE DERECHO
2020



TRANSPARENCIA EMPRESARIAL- Implementación de los *Compliance*
Program como herramienta anticorrupción

BARBARA ISABELLA PUENTES ORTIZ
EDWIN MIGUEL VILLALOBOS QUITIAN

MONOGRAFIA SOCIO JURÍDICA PARA OPTAR POR EL TITULO DE
ABOGADO

DIRECTOR DEL TRABAJO DE GRADO
DR. HERNÁN LÓPEZ LÓPEZ

UNIVERSIDAD COLEGIO MAYOR DE CUNDINAMARCA
FACULTAD DE DERECHO
PROGRAMA DE DERECHO
2020

NOTA DE ACEPTACIÓN_____

DIRECTOR DEL TRABAJO DE GRADO
DR. HERÁN LÓPEZ LÓPEZ

JURADO 1

JURADO 2

FECHA____DEL MES DE_____DEL 2020

Resumen

En la presente investigación, se pretende explicar la necesidad de implementar programas de cumplimiento en las grandes empresas en Colombia, como el conjunto de políticas al interior de la compañía “establecidas en la empresa a iniciativa del órgano de administración, con la finalidad de implementar en ella un modelo de organización y gestión eficaz e idóneo que le permita mitigar el riesgo de la comisión de delitos y exonerar a la empresa” (Bufete Moya Jover & Asociados, s.f.).

A fin de proteger la reputación corporativa y mitigar los riesgos de corrupción al interior de la organización, fortaleciendo una cultura de legalidad, desde el sector corporativo (privado), que ha estado íntimamente relacionado con la corrupción en Colombia, sin ser visto como prioridad, pues en general la normatividad ha visto, estudiado e intentado controlar la corrupción como un problema de índole público.

Pero dicha tendencia ha venido cambiando gracias a los avances de las grandes organizaciones internacionales como son en especial la ONU a través de la UNODC “United Nation Office on Drugs an Crime”, la OCDE “Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico” y el Banco Mundial, que, a partir de su influencia en los países miembros, con los cuales tienen relaciones comerciales o bien con los países que quieren acceder o adherirse a tales organizaciones fomentan a través de distintas políticas y requisitos de ingreso, la expedición de normas anticorrupción para los sectores públicos y ahora también enfocados en el sector corporativo de carácter privado.

Políticas que en el caso de Colombia se adoptaron con el fin de adherirnos como nuevos miembros de la OCDE, suceso que ocurrió tras esfuerzos de distinta índole en mayo de 2018 con la firma del acuerdo del

expresidente Juan Manuel Santos en París, y que fue aprobado posteriormente en la República de Colombia a través de la ley 1950 del 8 de enero de 2019.

Se buscará evidenciar los daños que genera la corrupción en Colombia, el papel que juega el sector privado en tal escenario, y como la implementación de los *Compliance Program* podría fortalecer una cultura de legalidad en el país, robustecer la economía y llamar la atención de inversores extranjeros, pues al percibirnos de manera internacional como un país más transparente y ético en los negocios, será más viable la inversión en Colombia.

Lo anterior por medio del análisis de la normatividad actual en Colombia, las herramientas que proporciona y como los escándalos de corrupción como fue el caso ODEBRECHT, hubiera sido probablemente evitado de existir una cultura de ética y transparencia en la consecución de negocios en el sector privado, suceso que causó pérdidas multimillonarias al Estado colombiano y retrasos graves en el desarrollo económico del país.

Palabras Claves

Compliance Program – Corrupción – Legalidad - Riesgo – Grandes Empresas – Cumplimiento

Abstract

This research aims to explain the need to implement compliance programs in large companies in Colombia, such as the set of policies within the company, "established in the company at the initiative of the management body, in order to implement in She is an efficient and suitable organization and management model that allows her to mitigate the risk of committing crimes and exonerate the company " (Bufete Moya Jover & Asociados, s.f.)

In order to protect corporate reputation and mitigate corruption risks within the organization, strengthening a culture of legality from the (private) corporate sector, which has been closely related to corruption in Colombia, without being seen as a priority, since In general, the regulations have seen, studied and attempted to control corruption as a public problem.

But this trend has been changing thanks to the progress of large international organizations such as the UN in particular through the UNODC "United Nation Office on Drugs an Crime", the OECD "Organization for Economic Cooperation and Development" and The World Bank, which, through its influence in the member countries, with which they have commercial relations or with the countries that want to access or join such organizations, promote the issuance of anti-corruption regulations through different policies and entry requirements. for the public sectors and now also focused on the private corporate sector.

Policies that in the case of Colombia were adopted in order to join as new members of the OECD, an event that occurred after efforts of different kinds in May 2018 with the signing of the agreement of former President Juan Manuel Santos in Paris, and which was approved Subsequently in the Republic of Colombia through Law 1950 of January 8, 2019.

It will seek to demonstrate the damage caused by corruption in Colombia, the role played by the private sector in such a scenario, and how the implementation of the Compliance Programs could strengthen a culture of legality in the country, strengthen the economy and attract the attention of investors foreigners, because by perceiving ourselves internationally as a more transparent and ethical country in business, investment in Colombia will be more viable.

The foregoing, through the analysis of current regulations in Colombia, the tools it provides, and the corruption scandals, such as the ODEBRECHT case, would probably have been avoided had there been a culture of ethics and transparency in the conduct of business in the private sector. , an event that caused multimillion-dollar losses to the Colombian State and serious delays in the country's economic development.

Keywords

Compliance Program – Corruption – Legality - Compliance- Risk- Company-

TABLA DE CONTENIDO

Resumen	4
Palabras Claves	5
Abstract	6
Keywords	7
INTRODUCCIÓN	10
FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	15
OBJETIVOS	15
General.	15
Específicos.	15
Marco Metodológico	16
CAPITULO I.	18
1. Que es “ <i>Compliance</i> ” y los elementos que lo componen.	18
1.1. ¿Qué es <i>Compliance</i> ?	18
1.2. Elementos de los <i>compliance programs</i>	22
CAPITULO II.	41
2. Desarrollo normativo- avances en transparencia y programas de cumplimiento en colombia	41
2.1. Antecedentes y escenario normativo actual	41
2.2. Estatuto Anticorrupción Ley 1474 de 2011	44
2.3. Ley 1778 de 2016 “Ley Antisoborno”	54
2.4. La Resolución No. 100-002657 del 25 de julio de 2016.	60
CAPITULO III.	63
3. Caso ODEBRECHT como ejemplo de la necesidad de implementación de los <i>compliance program</i> en las grandes empresas de colombia.	63
CAPITULO IV	72
4. CONCLUSIONES Y ALTERNATIVA DE SOLUCIÓN	72
Conclusiones	72
Alternativa de solución	74
Bibliografía	75

ANEXO A	79
PROYECTO DE LEY ____ DE 2020	79

INTRODUCCIÓN

Colombia como Estado Social de Derecho debe garantizar el efectivo desarrollo de cada uno de los derechos consignados en la Constitución Política, sin importar su rango, aun así, algunos de estos se ven vulnerados directa o indirectamente por fenómenos como la corrupción que es y ha sido un flagelo constante que viven los países de todo el mundo y que ha hecho de Latinoamérica y en especial del país un sector poco desarrollado.

Aunque en muchas ocasiones se entiende la corrupción como un problema de índole público, este siempre ha estado siempre ha estado inmerso en las practicas privadas y en la actualidad, la corrupción es ampliamente visible en el sector corporativo; por ejemplo, entre empresas se utilizan prácticas de competencia desleal, las compañías del sector privado acuden con dadas al sector público, o aceptan pagar en distintas formas, favores y ayudas extralegales para la obtención de negocios cuando los funcionarios públicos así lo solicitan.

Es por ello que para distintas organizaciones internacionales se hace cada vez más importante que los países miembros se esfuercen en el fomento de una cultura de legalidad al interior de sus países y en especial en las empresas del sector privado que se encuentran domiciliadas en los mismos, a fin de fortalecer la economía, mitigar riesgos de lavado de activos, financiación del terrorismo, soborno trasnacional o cualquier otra practica corrupta que pueda truncar el normal desarrollo de los negocios de carácter nacional o internacional.

En lo que respecta a la libre competencia, la libertad económica y de empresa, derechos de rango constitucional, de segunda y tercera categoría, aún falta un largo trecho por recorrer para su garantía efectiva, ya que al haber compañías que ganan contratos, consiguen negocios (en el sector público o privado) o reciben beneficios y tratos preferentes a través de

prácticas no idóneas, ilegales o corruptas, afectan gravemente a las empresas que se esfuerzan en mantener precios competitivos, calidad en sus productos o que han adquirido experiencia a lo largo de los años.

Tales prácticas logran incluso frenar el crecimiento económico del país, hacer cada vez más complicada la constitución y sostenimiento de nuevas empresas en Colombia, deterioran las relaciones público- privadas y causan un sentimiento de desconfianza en la sociedad frente a las instituciones públicas y el Gobierno Nacional.

Fenómeno que según el CONPES 167 de 2013 “Política Pública Integral contra la Corrupción” se define como el “uso del poder para desviar la gestión de lo público hacia el beneficio privado” (Consejo Nacional de Política Económica y Social- Republica de Colombia, 2013). En contravía de los valores fundamentales de la sociedad y de la democracia, en este caso colombiana, desconociendo la ética y la justa competencia, que compromete el desarrollo socioeconómico sostenible y la estabilidad normativa del país.

Pues en últimas en un escenario de corrupción como el que se ha dado en Colombia (evidente incluso a escala internacional), a la hora de realizar negocios entre públicos y privados, o entre privados únicamente, solo quien está dispuesto a participar de la ilegalidad prospera, mientras que los que se sujetan a las reglas están condenados a fracasar, ya que los grandes negocios y las oportunidades son dadas a quienes están dispuestos a competir de forma desleal, por medio del soborno, entrega de regalos, pagos o dadas, entre otras.

Muestra de ello es que Transparencia Internacional (Entidad que lucha contra la corrupción) publicó en 2019 su acostumbrado CPI- Corruption Perceptions Index, en español IPC- Índice de Percepción de la Corrupción, en donde se evaluó la percepción de corrupción de 180 países y territorios, en el cual se calificó de 0 a 100, siendo 0 altamente corrupto y 100 muy

transparente, obteniendo Colombia un resultado de 37 puntos para los años 2015 a 2017, de 36 puntos para el año 2018 y nuevamente de 37 para el año 2019 (Transparency International, 2019), lo cual significa que la percepción de corrupción respecto de nuestro país en el exterior y al interior del mismo es altamente elevada, no ha mejorado a lo largo de los años, sino que empeora o se mantiene.

Otra evidencia de la magnitud de este fenómeno es que en Colombia por ejemplo una de las formas de corrupción más comunes en el sector privado es el pago de sobornos y según la información recolectada por el Consejo Privado de Competitividad en Colombia, a través de su “Informe de Competencia 2018-2019” el país tiene una calificación dada por el WEF “World Economic Forum”, de 0,95 en un escala del 0 al 10 respecto del pago de sobornos en el sector privado, siendo 0 el peor desempeño y 10 el mejor, (Consejo Privado de Competitividad, 2018).

Lo que significa que estamos casi al borde de obtener el peor desempeño posible en prevención, control y castigo del soborno, y que aproximadamente el 90% de las compañías colombianas usan o han usado el soborno como practica para obtención de negocios, o que en promedio 9 de cada 10 empresas del sector privado utilizan o han utilizado dichas prácticas, logrando evidenciar de esta forma la gravedad del escenario y los retos que el derecho societario, constitucional y penal tal vez en algún futuro cercano en Colombia tienen frente a la corrupción en el sector empresarial.

En consecuencia se hace necesario el desarrollo de políticas anticorrupción promovidas por el gobierno nacional no solo al interior de las instituciones públicas, sino en las organizaciones de índole privado, tales como los programas de cumplimiento o *Compliance Program*, recomendados por organizaciones como la OCDE “Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico” y entendidos como

[...] un conjunto de normas de carácter interno, establecidas en la empresa a iniciativa del órgano de administración, con la finalidad de implementar en ella un modelo de organización y gestión eficaz e idóneo que le permita mitigar el riesgo de la comisión de delitos y exonerar a la empresa y, en su caso, al órgano de administración, de la responsabilidad penal de los delitos cometidos por sus directivos y empleados [...]. (Bufete Moya Jover & Asociados, s.f.)

Temas a tratar y desarrollar a lo largo de la presente investigación de forma más profunda a través del análisis de (i) el concepto de *Compliance Program*, sus elementos y los beneficios de su implementación (ii) el escenario normativo actual frente a la corrupción y la influencia de la OCDE en el desarrollo normativo colombiano y (iii) el caso ODEBRECHT como muestra de la necesidad de implementación de los *compliance programs* en las grandes empresas colombianas, a fin de evitar riesgos de corrupción y mitigar los daños a la reputación corporativa.

Dicho análisis abordará principalmente la implementación de los *compliance program* en las grandes empresas colombianas donde por sus características es más recurrente y visible el fenómeno de la corrupción, por las grandes sumas de dinero que tales organizaciones tienen a su disposición y la considerable cantidad de personal que poseen. Pues lo cierto es que aun cuando las pequeñas y medianas empresas pueden verse inmersas en temas de corrupción, es menos probable porque sus recursos económicos son limitados, y sus influencias o contactos con quienes dirigen grandes proyectos son más escasas, lo cual disminuye primero su injerencia en la toma de decisiones externas y segundo su capacidad para el pago de dadas cuantiosas con el fin de ser favorecidos con contratos o reglamentaciones específicas, entre otras.

También vale adicionar que en las pequeñas y medianas empresas por lo general quien toma las decisiones al interior de la organización

controla directamente a su personal, lo conoce y no delega muchas de sus funciones, mientras que en las grandes compañías los representantes legales y la alta gerencia no están muy cerca de los cargos medios y bajos, pues al ser tan amplia la planta de personal se hace necesario delegar responsabilidades de supervisión y dirección.

Siendo por ello mucho más complejo para los administradores de grandes empresas tener bajo control a cada uno de sus empleados, conocer si manejan con responsabilidad y ética el desarrollo y consecución de nuevos negocios y si son cautelosos al momento de hacer convenios, contratar proveedores o prestar servicios a terceros, salvo que implementen herramientas anticorrupción, como los “*corporate compliance programs*” que permiten determinar riesgos, controlarlos, o eliminarlos, sin desconocer que:

Si bien el diseño e implementación de estos programas no garantiza la eliminación de malas prácticas, es de público reconocimiento que las empresas que incorporan políticas y procedimientos anticorrupción de manera integrada en su gestión, son menos vulnerables a posibles actos de corrupción y se exponen menos a pérdidas derivadas del fraude ocupacional que incluye actos de corrupción. (Secretaría de Transparencia- Presidencia de la República, 2016, pág. 7)

Y en consecuencia la implementación de los *compliance program* en las grandes empresas no solo se eleva como la opción más adecuada desde el punto de vista nacional, e internacional, sino que se hace una herramienta necesaria para las compañías al interior de su organización, a fin de mantener bajo control los actos y procedimientos empleados por los trabajadores de la compañía, sus directivos, socios, administradores e incluso contratistas y proveedores.

FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

Con base en lo anterior se formula la presente pregunta como problema de investigación:

¿Por qué es necesaria la implementación obligatoria de los *compliance programs* como herramienta anticorrupción en las grandes empresas del sector privado en Colombia?

OBJETIVOS

General.

Determinar a partir de un análisis socio-jurídico la necesidad de la implementación obligatoria de los “*compliance programs*” para las Grandes empresas del sector privado en Colombia como herramienta anticorrupción.

Específicos.

1. Definir que son los Compliance program y cuáles son los elementos que los componen.
2. Identificar la normatividad relevante en Colombia respecto de los *compliance programs* y su implementación en las empresas del sector privado.
3. Reconocer las causas que harían necesaria la implementación de los *compliance programs*, en las grandes empresas del sector privado en Colombia como herramienta anticorrupción a partir de un análisis socio- jurídico.
4. Explicar la necesidad de implementar los compliance program a partir del caso de corrupción transnacional de la multinacional Odebrecht.

Marco Metodológico

El presente trabajo de grado se circunscribe en la línea de investigación de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca “Derecho, sociedad y cultura en la formación jurídica” teniendo en cuenta que esta “se define como el espacio de observación y análisis de los vínculos jurídicos y sociales que se tejen entre la comunidad a partir de la creación y aplicación del derecho” (Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, 2016).

Así mismo es una investigación de carácter cualitativo y descriptivo; al respecto enuncia Sabino que en las investigaciones

Descriptivas: Su preocupación primordial radica en describir algunas características fundamentales de conjuntos homogéneos de fenómenos. Las investigaciones descriptivas utilizan criterios sistemáticos que permiten poner de manifiesto la estructura o el comportamiento de los fenómenos en estudio [...] (Sabino, 1992, pág. 43)

Lo anterior en concordancia con el objeto de la presente monografía que tiene como propósito el estudio de los elementos que componen (i) a los corporate compliance programs, su definición, la normatividad relacionada y los posibles efectos de su aplicación, junto con (ii) el fenómeno de la corrupción en Colombia y la relación directa del sector empresarial con tal problemática. En consecuencia y teniendo en cuenta que esta es una investigación socio-jurídica y que por lo tanto se encuentra en el marco en las ciencias sociales, es también un estudio de carácter cualitativo desarrollado a partir de la recolección y análisis documental, ya que

En las ciencias sociales el objeto de estudio es, muchas veces, el propio sujeto humano, complejo y singular, cargado con su propia

historia, irreductible casi a cualquier tipo de simplificación que no lo mutile arbitrariamente. En todo caso él es siempre el punto de referencia, directo o indirecto, imprescindible para la comprensión profunda de los problemas. Los diseños cualitativos, exclusivos de este campo del conocimiento, intentan recuperar para el análisis parte de esta complejidad del sujeto y de sus modos de ser y de hacer en el medio que lo rodea. Lo íntimo, lo subjetivo, por definición difícilmente cuantificables, son el terreno donde se mueven por lo tanto los métodos cualitativos. (Sabino, 1992, pág. 74)

De allí que en el presente trabajo se intente hallar la relación del comportamiento de las personas jurídicas, para el caso “Las Grandes Empresas Colombianas” y de las personas naturales que las componen, en relación con el fenómeno de la corrupción, su control y prevención a través de un elemento externo como lo es la adopción de programas de transparencia y anticorrupción al interior de las compañías, tales como los *corporate compliance programs*.

CAPITULO I.

1. Que es “*Compliance*” y los elementos que lo componen.

1.1. ¿Qué es *Compliance*?

El término “*Compliance*” ha sido definido por varios autores desde diferentes perspectivas, unos lo han definido desde el ámbito del derecho penal, otros desde el derecho público, algunos desde lo dictado por el derecho privado y otros desde un punto de vista simplemente etimológico. Sarah Milkes en Tesis de Grado sobre “Los programas de cumplimiento o *compliance program* en Colombia: ¿Una amenaza para la plena garantía de los derechos constitucionales?” (2018) nombra varios conceptos de diferentes doctrinantes, que se enunciarán a continuación así:

Para Troklus, Warner, & Wollschlager (Como citó Milkes, 2018)

El termino *compliance*, de origen anglosajón, hace referencia al cumplimiento de algo (to comply with), es decir, a la sujeción y ejecución de distintas actividades de acuerdo con unas reglas. En su expresión más sencilla, se trata del cumplimiento de las normas y reglamentación que proviene de órganos con capacidad legislativa o de los poderes públicos, vigentes y en algunos casos específicos aplicable sectorialmente; a su vez, de aquellas obligaciones que una organización, privada o del sector público, ha elegido cumplir de forma voluntaria; es allí cuando se habla que una actividad se encuentra in *compliance with the codes*.

Lo que significaría la decisión voluntaria que toma el sujeto de cumplir la normatividad que le aplica, e implementar herramientas adicionales que garantizan que él y su organización (en el caso de las empresas) las

cumplan también. Pero al ser una decisión o herramienta en teoría de origen voluntario, dicha herramienta no sería de carácter general ni igual para todos, sino que se crearía y desarrollaría según el sector y la necesidad de quien la adopta.

Es por ello que los Compliance o Programas de Cumplimiento deben ser políticas internas dentro de las compañías que no sean dirigidas solamente a prevenir riesgos externos, sino que deben comprender los tramites y actuaciones internas del personal (empleados) directivos, representantes legales, accionistas e incluso la iniciación y sostenimiento de relaciones con proveedores y contratistas, pues como se había dicho con anterioridad los actos de corrupción y el ser reconocido por ellos es una mancha difícil de quitar de la reputación de las compañías involucradas directa o indirectamente.

En algunos países, aunque la tesis en Colombia no es esta, se ha ido más allá y se han implementado *criminal compliance* en respuesta al desarrollo normativo que respecto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se ha generado como ejemplo España y México, razón por la que los *compliance* se han entendido también como programas que previenen la comisión de delitos cumpliendo con dos finalidades específicas, prevención y confirmación del derecho.

La primera función busca que las personas que hacen parte de la compañía no logren u obtengan utilidades, para sí, para terceros o para la compañía a causa de infracciones a la ley penal y la segunda función, hace referencia a que quienes integran la empresa cumplan con ciertos parámetros y expectativas respecto de su forma de actuar según su rol en la compañía a través de mecanismos que detecten la infracción y la

comuniquen a las autoridades, es decir, un comportamiento fiel al Derecho (Milkes, 2018)

Otros como Kulhen (citado por Milkes, 2018) consideran los *compliance program* de manera equivocada como mecanismos de autorregulación que implementan las compañías por medio [...] “de normas internas para asegurar que se cumple con aquello que la ley les impone de forma preventiva al posible incumplimiento y, en caso de que se materialice, se pueda sancionar por la misma estructura organizativa y no por el Estado” (subrayado fuera de texto).

Kulhen indica de manera equivocada, en la parte subrayada, que dichos programas tienen dentro de sus objetivos que la compañía a través de los mismos sustituyan al Estado en la función sancionatoria, lo cual no es cierto, ni siquiera en los países que han adoptado o determinado la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pues en todo caso aun cuando a través del programa se determine la responsabilidad de una o varias personas naturales en la comisión de delitos de corrupción y afines, el deber de la compañía es informarlos a las autoridades correspondientes para que estos aplique la pena a que haya lugar.

Incluso como se verá más adelante, el anuncio o denuncia por parte de las empresas de este tipo de conductas y la entrega de información, junto con la implementación de programas de cumplimiento efectivos, serán atenuantes e inclusive eximentes de responsabilidad para las compañías. Por ello en ningún caso podrá entenderse que los programas de cumplimiento o ética empresarial transfieren y/o trasladan responsabilidades del Estado a los particulares.

En efecto las compañías impondrán las sanciones internas, que dentro de sus compañía correspondan, bien sea el despido, la exclusión

como socio, la “desvinculación” del cargo como representante legal o directivo, la terminación de contrato con contratistas y proveedores, sin perjuicio de las acciones legales que por la reparación de los daños y perjuicios causados a la compañía inicie esta, pero dichas sanciones y acciones serán en todo caso netamente dentro del ámbito de la empresa y no corresponderán nunca a la imposición de penas o sanciones que estén a cargo de la administración de justicia Colombiana o extranjera según corresponda.

Para concluir, los *Compliance Programs* o programas de ética empresarial, son políticas internas que adopta una empresa de forma voluntaria (o no como se verá más adelante) con el fin principal de (i) mitigar los riesgos de comisión de delitos de forma directa o indirecta en territorio nacional o de carácter transnacional, (ii) incentivar una cultura de legalidad en la compañía, desde el actuar de los órganos de administración y directivos, hasta los empleados, (iii) atenuar y disminuir las multas que puedan ser impuestas a la empresa por estas causas, (iv) exonerar a la compañía y (v) prevenir los daños en la reputación corporativa.

Para el caso de Colombia y en el mundo entero, como se dijo al inicio de este texto, la corrupción y los daños que causa la misma han llevado a los distintos sectores a implementar herramientas de muchos tipos, con el fin de prevenirla, eliminarla y castigarla; aunque también otros han intentado perpetuar en el tiempo estas prácticas ilegítimas e ilegales por los ganancias que para estas personas naturales o jurídicas traen estas modalidades de realización y consecución de negocios o beneficios legales.

Es válido complementar diciendo que, aunque en muchas ocasiones es el sector público el más afectado por estas prácticas, son las grandes corporaciones las que después de muchas décadas de trabajos sin

resultados efectivos por parte del Estado, deben contribuir en esta lucha, pues siempre será necesario para el funcionario público que trasgrede la ley, la complicidad, contribución o solicitud de actos ilegales por parte de un particular, bien sea persona natural o jurídica.

No obstante, esto no significa que las “relaciones” o interacciones en los actos corruptos se den solo entre públicos y privados aun cuando esta es la forma más común; en la actualidad son cada vez más recurrentes los casos en que la corrupción es vista entre privados o netamente al interior de una compañía, lo cual incentiva y fortalece desde la base de la sociedad (en este caso el ciudadano) una cultura de ilegalidad.

1.2. Elementos de los compliance programs

Los *compliance program* no tienen una estructura única, estos son desarrollados a partir de las necesidades de la empresa, el sector en el que desarrolla sus actividades, la amplitud de la empresa y su forma organizativa, factores que influyen en gran medida pues los controles y riesgos que puede tener una empresa dedicada a la minería o generación de energías o productos a través de combustibles fósiles no son los mismos que los que se presentarían en una compañía productora de alimentos, bien porque el primer sector tiene un entorno más peligroso que el otro, más apetecido y cercano por ejemplo en Colombia a territorios protegidos por leyes ambientales o dominados por grupos al margen de la ley o bien porque sus cadenas de distribución, organización interna y magnitud son diferentes.

Aun con lo anterior como indica la Secretaria de Transparencia de la República de Colombia hay algunos márgenes indicados para la construcción de un programa de cumplimiento efectivo desarrollados por instituciones como la Comisión de Sentencias de Estados Unidos a través de

sus Los Lineamientos Federales para Sentencias de EE. UU para las Organizaciones y la OCDE “Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico”.

La Comisión de Sentencias de Estados Unidos proporcionó pautas para que las corporaciones norteamericanas, desarrollarán al interior de sus compañías Programas Corporativos de Cumplimiento, para la eficacia de estos, determinando como elementos mínimos los siguientes:

- i. Normas y procedimientos establecidos.
- ii. Una supervisión de alto nivel.
- iii. Son dirigidos por empleados competentes y éticos.
- iv. Sistemas de auditoría y monitoreo eficaces.
- v. Medidas disciplinarias adecuadas.
- vi. Respuestas adecuadas ante los incidentes y cambios a las medidas de prevención.
- vii. Comunicación y capacitación eficaces. (Secretaria de Transparencia- Presidencia de la Republica, 2016)

La OCDE por otro lado no se limitó únicamente a establecer pautas a través de su Guía de Buenas Prácticas, esta organización de importante trascendencia mundial estableció como requisitos para los países que desearán ingresar a su organización, la adopción de leyes acordes con sus políticas anticorrupción dentro de cada uno de sus territorios, requisitos que tuvo que cumplir Colombia para ser admitido como miembro de tal organización; sin embargo no dejó de lado la realización de guías prácticas para que las compañías de los países que adoptaran sus medidas implementaran de forma correcta políticas internas que verificaran el

cumplimiento de las normas en general y en especial las anticorrupción involucrando en tal plan de cumplimiento desde los altos mandos (gobierno corporativo) hasta a los empleados.

Dentro de su Guía de Buenas Prácticas sobre Controles Internos, Ética y Cumplimiento de la OCDE recomienda a las compañías que incluyan dentro de sus programas de cumplimiento varios elementos o prácticas, que para el desarrollo del presente documento serán entendidas como las más completas, es decir como la estructura más apropiada para la implementación de *corporate compliance program*, salvo algunos puntos adicionales que se verán más adelante. Dentro de esta estructura dictada por la OCDE se encuentran los siguientes elementos, (como cito la Secretaria de Transparencia, 2016):

- i. Buen ejemplo de los altos ejecutivos.
- ii. Política corporativa claramente articulada y visible que prohíba sobornos en el extranjero.
- iii. Hacer énfasis en la responsabilidad individual de los empleados en cuanto al cumplimiento.
- iv. La supervisión del programa por parte del Consejo de Administración y la Alta Gerencia.
- v. Contar con Programas de Cumplimiento y medidas destinadas a prevenir y detectar el cohecho internacional, aplicable a todos los directores, funcionarios y empleados, así como a todas las entidades sobre las que una empresa tiene un control efectivo, incluyendo subsidiarias, sobre aspectos tales como:
 - Regalos;
 - Entretenimiento y gastos;
 - Viajes al cliente;
 - Contribuciones políticas;

- Donaciones y patrocinios;
- Pagos de facilitación y extorsión.

vi. La orientación específica relacionada con la contratación de agentes, consultores y otros intermediarios.

vii. Fuertes controles internos para asegurar que se tienen registros contables adecuados que permiten, inclusive, prevenir la ocultación de sobornos.

viii. Comunicación y capacitación anticorrupción.

ix. Apoyo para la denuncia de irregularidades (informantes).

x. Medidas disciplinarias adecuadas.

xi. Un proceso confidencial para buscar orientación relacionada con el cumplimiento y la denuncia de irregularidades.

xii. Revisiones periódicas y acciones para actualizar y mejorar el Programa de Cumplimiento. (Secretaria de Transparencia- Presidencia de la Republica, 2016, págs. 21-22)

Para dar amplitud y claridad respecto de lo anterior se desarrollará cada uno de los anteriores puntos de informa individual o conjunta, según favorezca a la explicación, respetando su esencia y el sentido que ha dado la OCDE, de la siguiente forma:

- i. Buen ejemplo de los altos ejecutivos:** El encontrar un ejemplo a seguir en los altos cargos, bien sea en el ámbito público o privado, es de vital importancia porque genera en los “subordinados”, empleados e incluso en los pares, la idea de si quien tiene poder no abusa de tal, y actúa conforme a la ley, teniendo las posibilidades de desobedecerlas sin altas repercusiones por su posición de poder, ellos tampoco deberían hacerlo pues no es necesario, dicho cargo NO es ocupado por alguien que gana y

consigue sus objetivos a través de caminos cortos o más fáciles, así que ellos para hacer lo mismo no necesitan atajos que los lleven a la realización de actos corruptos.

El inicio de la cultura de la legalidad debe darse en este caso de forma vertical, desde la punta y hasta la base. En todos los ámbitos, desde las relaciones internas entre mandos de alto cargo, en el manejo de la competencia entre los mismos, en el desempeño de sus actividades dentro de la compañía y fuera de esta.

- ii. **Política corporativa claramente articulada y visible que prohíba sobornos en el extranjero.** Este punto va íntimamente relacionado con el numeral quinto (v) señalado por la OCDE que hace referencia a “Contar con Programas de Cumplimiento y medidas destinadas a prevenir y detectar el cohecho internacional”, ello en la medida que los sobornos y el cohecho internacional o dentro del territorio en el que la compañía ejerce principalmente sus negocios pueden ser reguladas a través de una política individual de ética empresarial o directamente por un programa de cumplimiento que cubre más campos que solo la regulación de los actos de soborno, aun cuando este último punto es una de las practicas más comunes y por lo tanto centrales en el desarrollo de un programa de cumplimiento.

Lo importante en este punto será entonces, que las compañías regulen por medio del programa o política que deseen este tipo de actos, de manera efectiva, con procedimientos internos que permitan la confidencialidad de la denuncia, la investigación imparcial de los hechos y la determinación de responsabilidad para tomar las decisiones que al interior de la organización haya

lugar y trasladar la información pertinente a las entidades Estatales que deban conocer y castigar la comisión de actos de soborno y cohecho trasnacional.

- iii. **Hacer énfasis en la responsabilidad individual de los empleados en cuanto al cumplimiento.** Es importante que dentro del programa o política de cumplimiento de las empresas se deje claro la responsabilidad individual de los empleados y que “El cumplimiento del Programa es obligatorio y es deber de todas las personas en todos los niveles de la parte” (OCDE, UNODC y Banco Mundial, 2013, pág. 64), es decir que ninguna de las personas que conforman la organización quedan exentos del cumplimiento de los termino pactados en la guía o *compliance program*.

Este punto debe darse de la mano con el numeral octavo (viii) “Comunicación y capacitación anticorrupción” del listado dado por la OCDE y citado anteriormente, puesto que no puede simplemente señalarse a los empleados que serán responsable directos por sus actos, sino que adicionalmente y en desarrollo de uno de los fines principales de los *compliance program* , que refiere a la prevención y desarrollo de una cultura de legalidad, debe darse a conocer la política a los empleados, directivos, socios y administradores a fin de difundir la información, explicarla y que esta sea apropiada en debida forma por cada uno de ellos, según prefiera la compañía podrá hacer lo mismo respecto de sus proveedores y contratistas, para cubrir la mayor cantidad de riesgos posibles.

La OCDE a través de su Guía de Buenas Prácticas, (según cita OCDE, UNODC, y Banco Mundial, 2013) manifiesta que las

empresas deben desarrollar “medidas diseñadas para asegurar una comunicación periódica y una capacitación documentada para todos los niveles de la compañía y, cuando corresponda, para todas sus subsidiarias, sobre la ética y el programa o medidas de cumplimiento”[...] (OCDE, UNODC y Banco Mundial, 2013, pág. 61). Adicionalmente, es importante enfocar esta comunicación y capacitación en los cargos de mayor riesgo y estar abiertos a comentarios respecto de la política de cumplimiento, a fin de mejorarla en los aspectos que tal vez al momento de su construcción hayan podido ser omitidos.

- iv. **La supervisión del programa por parte del Consejo de Administración y la Alta Gerencia.** Adicional al ejemplo de los altos mandos ejecutivos es necesario el compromiso del gobierno corporativo y en especial de las Juntas Directivas o Asambleas de Accionistas cuando no existan las anteriores, a fin de establecer los procesos internos a seguir para el cumplimiento, verificación, seguimiento y efectiva ejecución de los programas de cumplimiento anticorrupción.

Es por ello de igual importancia que la Junta Directiva o Asamblea de Accionistas según corresponda determine o asigne responsabilidades respecto del programa de cumplimiento asumiendo el liderazgo y responsabilidad “de asegurar que la Alta Gerencia, los empleados y terceras partes relevantes relacionadas con la empresa, conozcan y estén advertidas sobre los estándares y el compromiso empresarial para combatir la corrupción y el soborno en cualquiera de sus formas” (Secretaría de Transparencia- Presidencia de la República, 2016).

Dentro de las responsabilidades que los órganos de la Sociedad (Junta Directiva/ Asamblea de Accionistas, según corresponda) deben asignar, se encuentran principalmente dos (2): primero la asignación de responsabilidad al **Oficial de Cumplimiento**, y por lo tanto su nombramiento respectivo, segundo la asignación de responsabilidades y por lo tanto creación del **Comité de Ética**; ambos con características y propósitos diferentes pero no contradictorios entre sí, pues los dos deberán trabajar mancomunadamente por la efectiva aplicación y funcionamiento del programa de cumplimiento anticorrupción. (Secretaría de Transparencia- Presidencia de la República, 2016)

Aunque la OCDE no incluye dentro de sus mínimos el nombramiento y creación de los dos anteriores, la Secretaría de Transparencia en su Guía para empresas en Colombia ¿Cómo y por qué implementar un Programa Empresarial de Cumplimiento Anticorrupción? y la Superintendencia de Sociedades a través de su circular externa 100-000003 del 26 de julio de 2016 “Guía destinada a poner en marcha programas de cumplimiento para la prevención de las conductas previstas en el Artículo 2 de la ley 1778 de 2016” si establecen la necesidad de estos cargos.

Por un lado, para la Secretaría de Transparencia el **Oficial de Cumplimiento** es un funcionario “de alto nivel en la empresa designado por la Junta Directiva para administrar y supervisar el Programa Anticorrupción en la organización [...] Tal funcionario debe contar con independencia, autonomía, autoridad y recursos para el desempeño de sus funciones” (Secretaría de Transparencia- Presidencia de la República, 2016, pág. 39).

Adicionalmente la secretaria establece que el Oficial de Cumplimiento debe “desarrollar métodos efectivos para poder auditar, monitorear y presentar reportes sobre el Programa de Cumplimiento” (Secretaria de Transparencia- Presidencia de la Republica, 2016) con el fin de evaluar el progreso al interior de la organización y los resultados que en materia de prevención de riesgos se han obtenido.

Por otro lado, la Superintendencia de Sociedades define de forma más simple lo que significaría Oficial de Cumplimiento, para esta “el Oficial de Cumplimiento: Es la persona natural designada por los Altos Directivos para liderar y poner en marcha el Sistema de Gestión de Cumplimiento” (Superintendencia de Sociedades, 2016, pág. 5). Este estará encargado de la recepción de las comunicaciones de conductas sospechosas sobre Soborno Transnacional y demás prohibidas por el programa de cumplimiento, deberá también evaluar los riesgos relacionados con las conductas de corrupción que puedan presentarse, debe verificar la contabilidad y las transferencias de dinero o bienes y podrá también según defina el órgano que lo nombró, supervisar la ética en los negocios comerciales internacionales o nacionales que lleve a cabo la Persona Jurídica. (Superintendencia de Sociedades, 2016)

- v. **Contar con Programas de Cumplimiento y medidas destinadas a prevenir y detectar el cohecho internacional.** Este punto debe entenderse, no como si se hablara de algo aparte de los puntos anteriores, por decirse en el enunciado “contar con programas de cumplimiento [...]” sino como la explicación de uno de los temas más importantes a regular dentro del *compliance program*, que es

la prevención y el castigo del soborno y el cohecho internacional, que no es posible sin la ejecución de las actividades mencionadas en los numerales i-iv.

Para iniciar este ítem es necesario identificar que se entiende por Soborno y por cohecho, básicamente son conceptos muy similares, pero el cohecho se reputa en general como un acto que puede ser cometido por servidores públicos, y según el código penal en tres modalidades: Propio (artículo 405 Código Penal), Impropio (Artículo 406) cometidos por servidor público como sujeto activo calificado y Cohecho por Dar u Ofrecer (Artículo 407), que sería la excepción pues en este se incluye la participación de un sujeto ajeno al sector público.

Mientras que el soborno es el termino coloquial que se usa para referir la entregar de dadivas, pagos o regalos a cualquier persona, pública o privada para que, haciendo uso de su cargo, autoridad o poder realice actos en favor de quien otorgo el pago en detrimento de los derechos de terceros. En general desde lo dicho por el ordenamiento jurídico colombiano y en especial por lo estipulado en la ley 1778 de 2016

[...]se entiende por Soborno Transnacional el acto en virtud del cual, empleados, administradores, asociados o incluso terceros vinculados a una persona jurídica, den, ofrezcan o prometan a un servidor público extranjero, de manera directa o indirecta: (i) sumas de dinero, (ii) objetos de valor pecuniario o (iii) cualquier beneficio o utilidad a cambio de que dicho servidor público realice, omita o retarde cualquier acto relacionado con sus funciones y en relación con un negocio o transacción internacional.

Según lo estipulado por el Estatuto Anticorrupción (ley 1474 de 2011) en su artículo 16 que adiciona el artículo 250-A al Código Penal, el soborno desde un ámbito privado, se entiende como los actos de conceder directa o indirectamente “a directivos, administradores, empleados o asesores de una sociedad, asociación o fundación una dádiva o cualquier beneficio no justificado para que le favorezca a él o a un tercero, en perjuicio de aquella” (Observatorio Transparencia y Anticorrupción Presidencia de la República de Colombia, 2016, pág. 56).

Siendo castigado y responsable quien ofrece el soborno y quien lo acepta en igual medida, e incluso con mayor severidad quien acepta tales pagos en contravía de los intereses de la sociedad a la que pertenece. Adicionalmente el código penal contempla como delito soborno (Artículo 444) y el soborno en actuación penal (Artículo 444A), que atacan al bien jurídicamente tutelado de la eficaz y recta impartición de Justicia.

En ese entendido y aclarado el concepto de soborno, actividad que debe ser inequívocamente prohibida por las compañías al interior de sus organizaciones a todos los directores, funcionarios y empleados, así como a todas las entidades sobre las que una empresa tiene un control efectivo, incluyendo subsidiarias, por medio del programa de cumplimiento o a través de políticas anticorrupción, es importante incluir que deben ser especialmente vigiladas las actividades por medio de las cuales podría darse soborno en el ámbito público o privado.

Ojalá regulando incluso los montos hasta los cuales son permitidos los regalos a clientes, (siempre y cuando no sean del sector

público, pues ello podría implicar la comisión de una de las clases de cohecho anteriormente citadas), los gastos máximos por empleados, los viajes a clientes que en general no deberían ser permitidos salvo trayectos cortos que faciliten las reuniones para la negociación de proyectos en casos específicos, las donaciones y patrocinios, y muy especialmente las contribuciones a campañas políticas bien sea con dineros de la sociedad, o de los altos mandos directivos y administrativos de la Sociedad, ya que estas últimas (las contribuciones) a una escala más grande que los regalos, donaciones o patrocinios son actuaciones ampliamente conocidas por su propósito de sobornar y manejar el poder público a favor de privados.

Incluso y como se verá más adelante la contribución a campañas políticas al superar ciertos montos inhabilita a las Sociedades para contratar con el Estado, pues en muchas ocasiones se contribuye a las campañas políticas con grandes sumas de dinero esperando que una vez sea elegido como mandatario municipal, departamental o nacional, se vea en la obligación de retribuir a quien apoyo monetariamente su campaña con contratos, normatividad preferente u otros beneficios.

- vi. **La orientación específica relacionada con la contratación de agentes, consultores, otros intermediarios, y en general cualquier proveedor o contratista.** En este punto la OCDE solo se enfocó en los intermediarios que podría llegar a contratar la compañía, pero sería válido y necesario extenderlo a las relaciones contractuales con contratistas y proveedores no intermediarios, ya que estos también son de especial cuidado al entregar bienes y servicios a la compañía de los cuales es vital conocer su origen y

el origen de los ingresos manejados por tales compañías, intermediarias o no.

Por lo que la política de contratación de la compañía debe enfocarse en todo momento en la consecución de uno o varios de los siguientes ítems al momento de contratar, como son mejor valor de los bienes o servicios (es decir un valor competitivo en el mercado), calidad de los bienes y servicios, que algunos casos incrementa el valor de estos, y por último la experiencia. Estas características pueden concurrir o no en las compañías a contratar, pero debe ser lo único para tener en cuenta al momento de escogerlas o evaluar la conveniencia de la contratación para la compañía. Normalmente si una compañía intenta hacer negocios a través del soborno o por medio de otras prácticas corruptas es porque no posee calidad en sus productos o servicios o no tiene precios competitivos (son excesivos).

- vii. Controles contables adecuados, apoyo para la denuncia de irregularidades, confidencialidad, y medidas disciplinarias adecuadas.** Este punto corresponde a los vii, ix, x y xi del listado de la OCDE, y tienen especial relación con el Oficial de Cumplimiento, ya que este, como se explicó con anterioridad, dentro de sus funciones tiene la revisión y seguimiento de la contabilidad a fin de evitar fugas de dinero, o desvío de fondos para actividades corruptas entre las cuales se encuentra el soborno, también es este (el oficial de cumplimiento) quien será el encargado de recibir las denuncias de irregularidades, directamente o a través de los medios que disponga la organización para tal fin, deberá mantener confidencial de la

identidad del denunciante, y promover estas conductas de honestidad y legalidad.

Adicionalmente las compañías deberán diseñar un modelo de sanción que les permita castigar de forma adecuada y proporcional actos en contravía de la ley y en especial en contravía del programa de cumplimiento al interior de la sociedad, en concordancia con el manual interno de trabajo, los estatutos cuando corresponda a socios, directivos o representantes legales de la sociedad y con arreglo a lo pactado en los contratos y la ley cuando se hable de contratistas y proveedores.

Es por ello que en este tipo de medidas es de vital importancia la Autonomía y la Imparcialidad que debe tener el Oficial de Cumplimiento al interior de la organización

En primer lugar, la *imparcialidad* ha sido entendida por la Corte Constitucional (2016) en sentencia C-496 de 2016, desde una dimensión subjetiva y objetiva, que, si bien hace referencia al servidor público, para estos efectos resulta aplicable. La dimensión subjetiva hace referencia a las probidad e independencia de quien actúa, de manera que el sujeto no se incline frente algún tipo de interés distinto al que le ha sido encomendado y es garantizar la ejecución de una ética empresarial al interior de la organización; por otro lado, la dimensión objetiva hace referencia a las garantías desde el punto funcional y orgánico, para excluir cualquier atisbo de preferencia o parcialización frente alguna situación problemática. En el caso objeto de estudio, la imparcialidad supone que el órgano goce de la máxima independencia, de

forma que su proceder no esté condicionado por obstáculos innecesarios, posibles represalias por parte de los órganos directivos e incluso, la consecución de objetivos comerciales o económicos que impidan el correcto funcionamiento de control y supervisión (Asociación española de Compliance, 2017, pág. 15). De la misma manera, implica que las personas que hacen parte de la estructura del *Compliance*, no participen de las actividades propias o con relación directa del objeto social de la empresa con el fin de evitar que estas se vean supeditadas al cumplimiento de una función sobre la otra o verse inmiscuidas en un posible conflicto de interés. (Milkes, 2018, págs. 57-58)

Respecto a la Autonomía es importante que el Oficial de Cumplimiento sea una persona capacitada en temas de corrupción, cumplimiento y prevención de riesgos, designado por la Junta Directiva o la Asamblea de Accionistas y que pertenezca a la órbita de los altos mandos corporativos para que de dicha forma no esté condicionado a las decisiones, presiones o exigencias de otros dentro de la compañía. Este debe ser públicamente anunciado como el encargado de verificar la correcta implementación del programa de cumplimiento y con facultades exclusivas para actuar en favor de la organización, conforme al programa implementado.

Según la doctrina, el Oficial de Cumplimiento o Compliance Officer “CO” “puede tener una estructura individual o colegiada, de acuerdo con el alcance de la política de cumplimiento necesaria para la empresa. Será necesario una estructura colegiada cuando las exigencias propias de la organización lo ameriten” (Milkes, 2018, pág. 60), pues tanto el tipo de programa como sus elementos esenciales dependerán del tipo de Sociedad, su tamaño

y sus necesidades, por ejemplo, en el caso de una pequeña o mediana empresa es posible que sea necesaria solo una persona natural para el cargo de CO, pero en el caso de las grandes empresas es posible que el *Compliance Officer* tenga una estructura colegiada a la cual pertenezcan los miembros del órgano de administración de la compañía asegurando los elementos de imparcialidad y autonomía.

- viii. Revisiones periódicas y acciones para actualizar y mejorar el Programa de Cumplimiento.** Por último, es importante entender que los programas de cumplimiento no pueden, ni deben ser estáticos, estos se transformarán de acuerdo con los cambios que sufra la organización, los tipos de negocios que realice, si son o no internacionales, y según los resultados periódicos que arroje el programa.

El oficial de cumplimiento y la organización deben monitorear de forma constante el programa y actualizarlo cuando a ello haya lugar, la Secretaría de Transparencia y la Superintendencia de Sociedades establecen algunas modalidades para la evaluación efectiva del *Compliance Program*. Para la Secretaría de Transparencia las

Herramientas de un monitoreo efectivo pueden incluir: entrevistas, grupos focales en determinadas audiencias de áreas críticas con grupos de interés, aplicación de cuestionarios, pruebas ocasionales sobre registros contables y documentos soporte, así como auditorías internas o externas conducidas por profesionales independientes al proceso que se audita relacionado con el Programa. El monitoreo debe estar

alineado con la evaluación de los riesgos del Programa Anticorrupción y focalizarse en las áreas de riesgo priorizadas. (Secretaria de Transparencia- Presidencia de la Republica, 2016, pág. 47)

La Superintendencia de Sociedades por otro lado recomienda elegir entre algunos de los siguientes procedimientos o varios de ellos para supervisar el correcto funcionamiento del programa e identificar sus falencias:

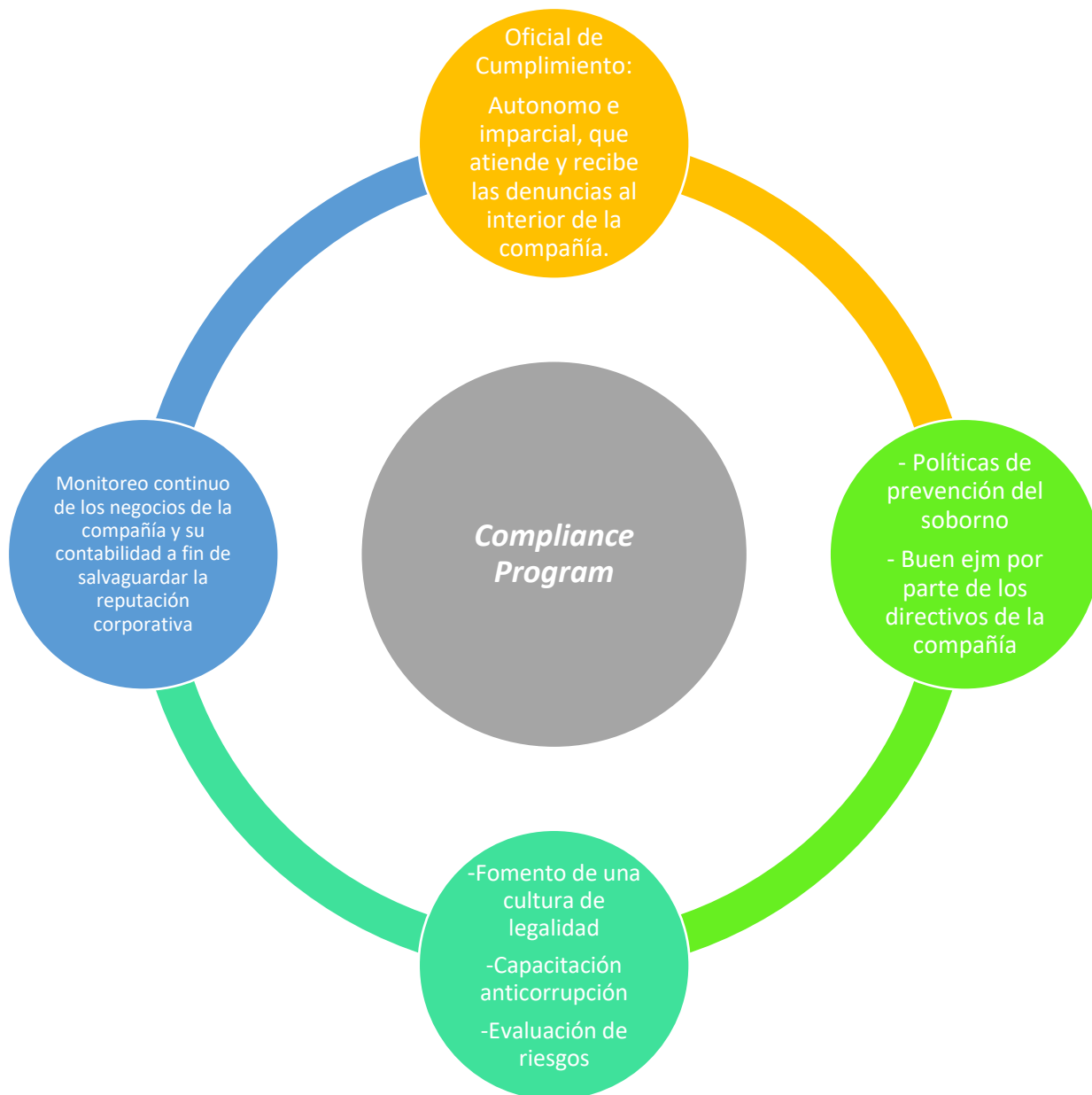
- i. La supervisión por parte del Oficial de Cumplimiento y el revisor fiscal, de ser el caso, respecto de la calidad ética de los negocios comerciales internacionales que lleve a cabo la Persona Jurídica. Para este efecto, los Altos Directivos deberán poner en marcha mecanismos que les permitan a los funcionarios arriba mencionados verificar la eficacia de los procedimientos orientados a la prevención del Soborno Transnacional.
- ii. La realización periódica de Auditorías y Debida Diligencia, a las que se hizo mención anteriormente, cuyos resultados deberán ser entregados a los Altos Directivos.
- iii. La realización de encuestas a los Empleados y Contratistas, con el fin de verificar la efectividad de las Políticas de Cumplimiento. (Superintendencia de Sociedades, 2016, pág. 17).

Ambas coinciden o recomiendan métodos parecidos, pero sin importar cuales de los dos se escojan, o si se realiza una combinación entre ambos, lo importante es que la compañía monitoree constantemente el programa de

cumplimiento, para que este no sea una política anticorrupción de papel. En conclusión, los programas de cumplimiento deberán ser enfocados en que la compañía actúe acorde a la normatividad nacional y cuando aplique la internacional adoptada por Colombia, como son las distintas políticas desarrolladas por Colombia con el propósito de ser nuevos miembros de la OCDE, normatividad que será analizada en el siguiente capítulo.

A fin de resumir la información de este capítulo se ponen los datos más relevantes o elementos más importantes que debe comprender un programa de cumplimiento al interior de una corporación y en especial, y como proponemos, al interior de una gran empresa al implementar un *Compliance Program* con el fin de mitigar riesgos reputacionales y de corrupción al interior de su organización por medio de la siguiente figura:

Figura No. 1. Elementos esenciales de un *Compliance Program Corporativo*



Fuente: Creación propia. Elementos esenciales de un *Compliance Program Corporativo*

CAPITULO II.

2. Desarrollo normativo- avances en transparencia y programas de cumplimiento en colombia

2.1. Antecedentes y escenario normativo actual

En Colombia se ha trabajado progresivamente en la construcción de un compromiso mancomunado entre públicos y privados para la eliminación de la corrupción en ambos sectores, desde el sector público por ejemplo se ha trabajado en el desarrollo de normativas guiadas a frenar, resolver y acabar las distintas modalidades de corrupción por medio de herramientas de seguimiento interno y transparencia empresarial.

Para entender el avance y el punto jurídicamente hablando en el que se encuentra Colombia, debemos hacer un recorrido por la normatividad que regula la implementación de los Compliance Program y sus antecedentes. Como antecedentes generales, previo el inicio del desarrollo normativo por parte del Gobierno de Juan Manuel Santos, tenemos:

- **Ley 412 de 1997** por la cual se aprueba la "Convención Interamericana contra la Corrupción" con el propósito de **(i)** Promover y fortalecer el desarrollo, por cada uno de los Estados Parte, de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción, y **(ii)** Promover, facilitar y regular la cooperación entre los Estados Partes a fin de asegurar la eficacia de las medidas y acciones para prevenir, detectar, sancionar y erradicar los actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y los actos de corrupción

específicamente vinculados con tal ejercicio. (Congreso de la República de Colombia, 1997)

- **Ley 970 de 2005:** por medio de la cual se aprueba la "Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción" y que tiene por finalidad **(i)** promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción; **(ii)** promover, facilitar y apoyar la cooperación internacional y la asistencia técnica en la prevención y la lucha contra la corrupción, incluida la recuperación de activos y **(iii)** Promover la integridad, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos. (Congreso de la República de Colombia, 2005).

Luego de los antecedentes normativos anteriores, para en el año 2010, tiempo en el cual Juan Manuel Santos comenzó su mandato como presidente de Colombia, inicio a su vez con el desarrollo de su plan de Gobierno dentro del cual tenía como objetivo clave, además de la paz, que fue su bandera más importante, el crecimiento sustancial de la economía colombiana, lo logrará o no, y la adhesión del país a la OCDE "Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico".

En consecuencia, para el cumplimiento de dicho propósito, la Presidencia de la Republica puso en marcha su Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 que tenía dentro de sus fines el fortalecimiento del sector empresarial respecto de la implementación de buenas prácticas de transparencia y la regulación de la responsabilidad de las personas jurídicas, conforme a los estándares de la OCDE. Como primer paso se creó la Secretaria de Transparencia con el Decreto 4637 de 2011

[...] el cual sustituyó al Programa Presidencial de Lucha contra la Corrupción (que fue creado en 1998). El espíritu de esta reforma buscaba orientar la lucha contra la corrupción desde la rama ejecutiva del poder público, promoviendo la formulación de la política pública anticorrupción, la coordinación interinstitucional y el diseño de estrategias de promoción de la transparencia, la cultura de la legalidad y el cumplimiento de compromisos internacionales en la materia. (Secretaría de Transparencia- Presidencia de la República de Colombia, 2014, pág. 9)

Dicha secretaria fue pensada además como facilitadora de los procesos que se iniciarían en materia de políticas públicas anticorrupción, promovería prácticas tendientes al castigo de prácticas corruptas y actuaría como órgano asesor de la rama ejecutiva en la lucha contra la corrupción, unificando los esfuerzos de las distintas instituciones que con anterioridad se encontraban involucradas en la batalla contra dicho fenómeno socio jurídico, como eran la contraloría y la fiscalía. Verificaría el cumplimiento del Estatuto Anticorrupción promovido por el Gobierno Nacional ante el Congreso de la República como continuación de los trabajos en pro de la adhesión de Colombia como nuevo país miembro de la OCDE

Con el ánimo de cumplir con los objetivos propuestos, el Gobierno Nacional radicó ante el Congreso de la República, a finales de 2010, un proyecto de ley que buscaba hacerle frente, de manera novedosa y focalizada, al fenómeno de la corrupción. La iniciativa –como de hecho consta en su exposición de motivos– fue producto del diálogo y colaboración entre el Gobierno Nacional, entes de control, academia y sociedad civil. El Proyecto de ley fue aprobado en cuarto

debate por el Congreso en mayo de 2011 y luego de ser conciliado en Cámara y Senado fue sancionado finalmente por el Presidente la República en julio de 2011, convirtiéndose de esta manera en la Ley 1474 de 2011, más conocida como Estatuto Anticorrupción. (Observatorio Transparencia y Anticorrupción Presidencia de la República de Colombia, 2016, pág. 5)

2.2. Estatuto Anticorrupción Ley 1474 de 2011

Dicho Estatuto (ley 1474 de 2011) proporciono al menos en papel, herramientas que ayudarían de forma significativa al desarrollo de una cultura corporativa transparente y mucho más vigilada en el sector público, estableció la importancia que tiene para la reputación de las compañías y para el desarrollo de los distintos contratos públicos el conocer con quien se trabaja, la meritocracia y la no injerencia en la toma de decisiones gubernamentales a través de dadas o aportes cuantiosos en campañas políticas.

Dentro de los principales temas que se proyectó cubrir por medio del Estatuto Anticorrupción se encontraban: **(1) La inhabilidad para contratar con el Estado, a fin de evitar, entre otras que contratistas que hubiesen incumplido sus contratos con el Estado o se hubiesen visto involucrados con el soborno** pudieran por un término prolongado en el tiempo volver a contratar con este. Dicho aparte de la norma fue complementado con posterioridad por la Ley Antisoborno 1778 de 2016, incluyendo adicionalmente a las sociedades que tengan como representantes legales, miembros de junta directiva o socios controlantes

personas que hayan incurrido en tal incumplimiento contractual, o se hubiese visto involucrados en sobornos, junto con sus matrices y subordinadas.

Un punto de vital importancia dentro de dicha regulación fue su parte preventiva, ya que no limitó dicha inhabilidad para contratar únicamente a quienes ya se les hubiere condenado de manera definitiva, es decir sin lugar a recurso, sino que se extendió a los que aun tuvieran pendiente la decisión sobre la impugnación de la sentencia condenatoria, con el propósito de salvaguardar el erario.

Aunque para ser justos dicha inhabilidad, (claramente, previo estudio jurídico de su viabilidad), debería ser aplicada incluso a quienes están siendo investigados por dichos actos, aun cuando no hayan sido condenados, no porque se desconozca el principio de inocencia sino con base en el riesgo, pues este es absurdamente elevado al permitir participar en licitaciones públicas a individuos o sociedades relacionadas con individuos que tienen en curso procesos por tan graves actos, ya que podría implicar a manos del mismo individuo o sociedad, pérdida de dineros provenientes del erario público, estancamiento de obras o programas estatales y atraso económico e industrial para el país.

(2) La inhabilidad para contratar con el Estado para quienes financiarán campañas políticas y superaran un tope del 2,5% de las sumas máximas a invertir por lo candidatos en sus campañas, no pudieran valerse de su aporte al candidato para solicitar en retribución contratos con el Estado, dicho tope fue luego disminuido al 2,0% con el fin de volver más rigurosa la medida a través de la ley 1778 de 2016 que modificó el Artículo 2 del Estatuto anticorrupción, siendo vigente tal inhabilidad durante todo el periodo del candidato al cual había financiado, y extensa para los allegados, dentro del segundo grado de consanguinidad, segundo de

afinidad, primero civil, y a las sociedades en las que los financiadores se encontrarán como representantes legales, miembros de junta directiva, o en calidad de socios controlantes.

(3) La prohibición para gestionar intereses privados, o la mal llamada actividad de puerta giratoria, que correspondía como explica El Observatorio de Transparencia y Anticorrupción (2016) a [...] “la práctica de aquellas personas que alternan el servicio público con el servicio privado, y que aprovechan su función pública para promover o beneficiar a actores del sector privado que, a su turno, terminan por generarles a ellos algún tipo de beneficio.” (pág. 8)

Lo cual se hacía evidente en la mayoría de los casos con el traspaso de funcionarios públicos de alto rango a corporaciones privadas que antes eran reguladas o vigiladas por la entidad que administraba, y que fue restringida por el Estatuto Anticorrupción, causando efectos positivos y negativos, como fue la disminución de este tipo de actividades fraudulentas, pero a su vez la pérdida de capacidad para captar talento en el sector público para puestos de alto rango, por el miedo de los profesionales capacitados de quedar atados de por vida al sector público (Observatorio Transparencia y Anticorrupción Presidencia de la República de Colombia, 2016)

(4) La prohibición en contratos de interventoría, regulada a través del artículo 5 del Estatuto Anticorrupción, por medio del cual se intentaba cerrar o eliminar el vacío normativo que había permitido a las empresas del sector privado por años, “actuar frente a la misma entidad estatal como contratistas y al mismo tiempo como interventores, por medio de testaferros o intermediarios, en detrimento de la neutralidad, imparcialidad y calidad de la

interventoría.” (Observatorio Transparencia y Anticorrupcion Presidencia de la Republica de Colombia, 2016, pág. 9).

(5) La acción de repetición que, aunque para el tema del que trata el presente documento, no es de especial importancia, por ser el eje principal las corporaciones de tipo privado, se hace relevante en la lucha contra la corrupción y el castigo del que serán acreedores quienes incurran en dichas prácticas. Lo anterior teniendo en cuenta la modificación sustancial que realizo el Estatuto Anticorrupción respecto de la presente acción, permitiendo que, si la entidad que a la que le fue menoscabado el patrimonio, no inicia dentro de los seis meses siguientes al pago de la indemnización a que haya habido lugar la acción de repetición, lo pueda hacer en su nombre el Ministerio Publico o la Agencia de Defensa Juridica del Estado, ya no solo cuando las entidades sean del orden nacional. (Observatorio Transparencia y Anticorrupcion Presidencia de la Republica de Colombia, 2016).

(6) Responsabilidad de los revisores fiscales, que a partir de la promulgación del Estatuto están obligados a denunciar actos de corrupción de los que tuvieran conocimiento, por la eliminación del secreto profesional. dicha obligación contribuye en alguna medida a el control que las compañías realizarían internamente, pues en teoría se eliminaría la posibilidad de que el empleado, representante legal o socio controlante, se valiera de dicho secreto profesional que tenía el revisor fiscal, no solo para ocultarlo de las autoridades, sino de la propia compañía, causándole gran daño futuro a la misma.

(7) Castigo directo a la corrupción en el sector privado, que para la Secretaria de Transparencia fue especialmente cubierto por los artículos 30 y 34 del Estatuto Anticorrupción, al regular y tipificar como delito el “Soborno Transnacional” y castigar de forma más severa a las personas jurídicas vinculadas con actos de corrupción, a través de la posibilidad de

suspender y cancelar su personería jurídica, vincular a dichas sociedades o personas jurídicas como terceros civilmente responsables dentro de los correspondientes procesos penales y en el caso de cohecho con multas de hasta 200.000 SMMLV impuestas por la Superintendencia de Sociedades.

Sanciones que serán graduadas novedosamente por la Superintendencia de Sociedades teniendo en cuenta entre otros “la existencia, ejecución y efectividad de programas de transparencia y ética empresarial o de mecanismos anticorrupción en el interior de la sociedad domiciliada en Colombia o sucursal de sociedad extranjera” según lo establecido en el literal (a) del parágrafo 1, del artículo 34 del Estatuto Anticorrupción.

Y es novedoso lo anterior teniendo en cuenta que se ve por primera vez la inclusión de los programas de transparencia o cumplimiento como atenuantes para las compañías en el caso de imposición de multas, por actos de corrupción de sus representantes legales o administradores, ello en razón de que aun cuando las Sociedades colombianas o las sucursales de sociedad extranjera pongan todo su empeño en la lucha contra la corrupción a través de herramientas como las citadas, no están exentos o 100% libres del riesgo de que sus empleados o administradores, por la razón que sea, incurran en conductas delictivas.

No obstante no son los únicos artículos relevantes para el sector corporativo, el Estatuto Anticorrupción también incluye como tipos penales a través de los artículos 16, 17 y 28, la corrupción privada, la administración desleal y el tráfico de influencias de particular en su orden, de tal manera que se inserte en la sociedad civil, en el sector corporativo y en general en el pensamiento de los habitantes del país que la corrupción no un fenómeno

que únicamente afecta al Estado y al sector público, sino que se da y es castigado en todo ámbito, incluyendo el que se desarrolle entre particulares.

Ya que como en todos los aspectos que pueda estudiar o intentar resolver el derecho, la expedición de leyes no es la solución definitiva, como sucede en este caso, pues acompañando a la norma con fines anticorrupción, deben encontrarse herramientas que desarrollen una cultura de transparencia en las distintas corporaciones y ojala a su vez en la sociedad civil, puesto que la corrupción como fenómeno no acabará, a manera de ejemplo, siempre que haya uno dispuesto a dar y otro a recibir por debajo de cuerda, con el propósito de conseguir de forma rápida y fraudulenta un beneficio para si o para un tercero.

De ahí que en el caso de la corrupción privada, el Artículo de 16 del Estatuto Anticorrupción que incluye en el código penal el artículo 250A, impone penas restrictivas de la libertad de hasta 8 años al que prometa, ofrezca o conceda dadas o beneficios no justificados y de hasta 10 años para el directivo, administrador, empleado o asesor de una sociedad que reciba solicite o acepte tal dadas o beneficio, siendo el sujeto activo del delito ya no un servidor público, sino cualquier particular que pueda ejercer tal acción.

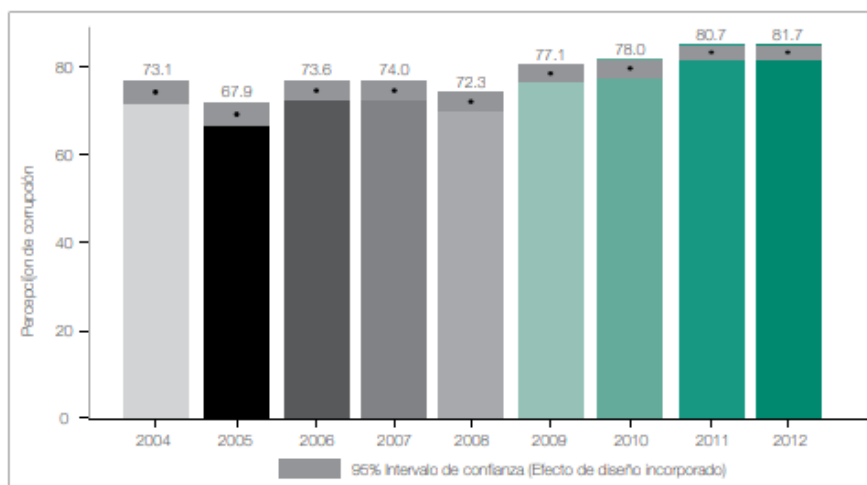
En consecuencia, es razonable decir que el Estatuto Anticorrupción sentó las bases necesarias para el desarrollo de un plan estratégico que permitiera a Colombia ser más competitivo, en la medida en que logrará eliminar ciertos aspectos que hacían al país poco atractivo a manera de ejemplo para los inversionistas extranjeros, mejorando la redacción de normas precedentes, implementando y sugiriendo nuevas herramientas alternativas para prevenir la corrupción en las Sociedades y recrudesciendo o creando tipos penales que castigaran dichas actuaciones ilegales.

Con posterioridad el Gobierno de Juan Manuel Santos en pro de la continuidad de su estrategia, implemento la Política Pública Integral Anticorrupción CONPES 167 de 2013, la Política Nacional Antilavado de Activos y Contra la Financiación del Terrorismo CONPES 3793 de 2013, promovió la expedición de la Ley de Transparencia y del Derecho al Acceso a la Información Pública 1712 de 2014, y por último la ley Antisoborno 1778 de 2016 que modifico algunos apartes del Estatuto Anticorrupción endureciendo las medidas que en ese último se imponían a los empleados públicos y particulares involucrados en temas de corrupción.

La política pública anticorrupción sería la carta de navegación para las leyes posteriores que tuvieran relación con lo que en este se trataba, siendo que como enfoque o problema principal a resolver, se planteó la ineficacia de las herramientas y mecanismos para la prevención, investigación y sanción de la corrupción, ya que pese a los esfuerzos de gobiernos anteriores, lo preceptuado en la Constitución Política de 1991, y las normas expedidas por el Congreso de la Republica, era evidente la ineficacia de tales.

Ejemplo de ello es que, para la época en que se expidió la Política Pública Anticorrupción (2013) según el Barómetro de las Américas, (indicador de percepción de la corrupción) realizado por Latin American Public Opinion Project (Lapop) “Colombia fue el país de la región con mayor percepción de corrupción con un puntaje promedio de 82 puntos sobre 100 (Figura No. 2)” (Consejo Nacional de Política Económica y Social- Republica de Colombia, 2013, pág. 23).

Figura No. 2. Percepción de la corrupción en Colombia 2004-2012



Fuente: Barómetro de las Américas, LAPOP

Lo cual demostraba el amplio y largo camino que tenía por recorrer el país en la materia. Sin embargo y como se ha reiterado, dicha problemática no es algo que atañe exclusivamente al sector público, aun cuando a lo largo de la Política Pública Anticorrupción se haga énfasis en las problemáticas y propuestas de solución respecto del sector público o sus empleados, es claro que debe existir una noción de corresponsabilidad entre públicos y privados, no solo porque lo público es de todos, incluyendo a las corporaciones, sino porque sin ayuda de la sociedad civil y el sector empresarial, nunca va a mermar la problemática en cuestión.

Uno de los más grandes problemas y que ha hecho tan ineficaces a las normas precedentes e incluso a las actuales, es que al enfocarse en el sector público, se deja de lado que la corrupción es básicamente un producto, y son la oferta y la demanda las que mantienen a flote la producción del mismo, el sector público puede demandarlo u ofrecerlo, pero si el sector privado no solicita o acepta comprar el producto – la corrupción- la producción del mismo no será un negocio rentable y dejará paulatinamente de existir.

Para ello a través de la norma se debe no solo prohibir, sino incentivar la cultura de la legalidad y la transparencia corporativa. Dirían algunos a modo de crítica, ¿Por qué habría de incentivarse a las empresas a actuar de forma correcta si ese es su deber?, la respuesta es sencilla y la encontramos en apartes anteriores de este texto, en Colombia y en general en los países en los que la corrupción es un problema tan amplio, quien comete este tipo de actos es el sujeto que “gana”, pues consigue contratos, tratos preferentes, recursos del erario etc.

Mientras que las compañías que actúan conforme a la ley en muchas ocasiones ven como cumpliendo con los requisitos, ofreciendo calidad en sus productos y servicios, y actuado de forma transparente y correcta no prosperan; en consecuencia, el incentivar a las compañía a forma de ejemplo, por medio de disminución en impuestos, cuando estas cumplan con la implementación de programas de cumplimiento y transparencia empresarial no es un regalo, sino una respuesta a la petición de las mismas de competir en igualdad de condiciones, generando de dicha forma una razón fuerte para que las empresas que no han incurrido en prácticas corruptas no lo hagan, y para que las que lo han hecho, se retraigan e inicien el desarrollo de sus actividades a partir de la legalidad.

Entendiendo que el ser legales y transparentes en el mundo corporativo es más rentable que ser corrupto, ya que la compañía no se ve en riesgo de multas multimillonarias, pérdida de clientes o daños a su reputación. Algunas entidades de carácter internacional como la Organización Internacional de Normalización (ISO), pretenden incentivar y exponer de forma fácil y clara parámetros y programas de gestión que ayuden a lograr a las empresas este tipo de objetivos a través de normas como la:

- **ISO 31000** es una norma internacional que ofrece las directrices y principios para gestionar el riesgo de las organizaciones. Esta norma fue publicada en noviembre del 2009 por la Organización Internacional de Normalización (ISO) en colaboración con IEC, y tiene por objetivo que organizaciones de todos los tipos y tamaños puedan gestionar los riesgos en la empresa de forma efectiva, por lo que recomienda que las organizaciones desarrollen, implanten y mejoren continuamente un marco de trabajo cuyo objetivo es integrar el proceso de gestión de riesgos en cada una de sus actividades. (ISO TOOLS EXCELLENCE, 2020)
- **ISO 19600** es una guía de referencia internacional para dotar a las organizaciones de un Sistema de Gestión de Compliance (cumplimiento normativo) con el objetivo de evitar los diferentes riesgos que se producen por el incumplimiento legal, es decir, disminuir los riesgos que existen de sufrir sanciones, multas, contingencias, daños, etc. esta es aplicable a todo tipo de organizaciones, no sólo sirve para las grandes empresas, partiendo del principio de adopción de dichas directrices como puede ser un aporte de valor en cada empresa. (ISO TOOLS EXCELLENCE, 2020)
- **ISO 37001** La cual tiene como objetivo principal ayudar a las empresas a combatir el soborno y promover una cultura empresarial ética.

A partir de lo anterior se plantea el siguiente interrogante ¿Es más rentable para el Estado disminuir el recaudo que a partir de los impuestos pagados por las empresas se recibía o disminuir sustancialmente las cantidades exorbitantes que se pierden por causa de la corrupción? Parte de la respuesta la dio el Gobierno Nacional promoviendo la expedición de la Ley

1778 de 2016 “Ley Antisoborno” por medio de la cual se plantea como atenuante en sanciones por actos de soborno la implementación efectiva de programas de cumplimiento dentro de las compañías.

Lo cual significa que el Estado prefiere otorgar incentivos, establecer atenuantes entre otras, a desgastar sus instituciones en la búsqueda, investigación y de encontrar pruebas sanción de las corporaciones privadas que incumplan la norma, pues ello implica no solo pérdidas de dinero del Estado por tales actos corruptos, sino una inversión adicional para frenar y castigar dichos actos.

2.3. Ley 1778 de 2016 “Ley Antisoborno”

Para ampliarlo un poco, la ley 1778 de 2016 tiene por objeto regular el soborno internacional, determinar la responsabilidad de las personas jurídicas, delimitar la competencia de la Superintendencia de Sociedades cuando de tales actuaciones se refiera, las sanciones que deben imponerse, cuáles serían los sujetos de estas sanciones, los criterios de graduación, el procedimiento y los beneficios para las personas jurídicas por su colaboración en la investigación, descubrimiento y castigo de actos de corrupción, en este caso frente al soborno internacional. Adicionalmente la ley Antisoborno como se había dicho con anterioridad hace más estrictos algunos artículos del Estatuto Anticorrupción y agregar nuevos tipos penales al Código Penal.

Debido a lo anterior señalaremos los artículos más relevantes de esta ley, a fin de evidenciar la innovación que para el tema objeto de estudio (programas de cumplimiento) trae dicha norma, así:

- **Responsabilidad administrativa de las personas jurídicas:** En general a lo largo de la ley 1778 de 2016, se trata y desarrolla la responsabilidad que tendrían las personas jurídicas respecto de actos de corrupción, para el caso específico respecto del soborno internacional; se delimitan los agentes que podrían implicar tal responsabilidad para las personas jurídicas, dentro de los cuales se encuentran socios, empleados, administradores e incluso contratistas, claramente cuando los actos de corrupción perpetrados por estos últimos sean consentidos, avalados o solicitados a estos agentes por la “empresa” y/o persona jurídica. Las aclaraciones, desarrollo y especificaciones sobre este tema dentro de la ley 1778 de 2016 se encuentran especialmente en su artículo segundo (2).
- **Competencia de la Superintendencia de Sociedades respecto del soborno internacional realizado por personas jurídicas domiciliadas en el territorio colombiano:** La competencia de la Superintendencia de Sociedades respecto de los actos de soborno internacional efectuados por personas jurídicas con domicilio principal en el territorio colombiano se circunscribe netamente al ámbito administrativo, dicha competencia para investigar y sancionar se da sobre las conductas de soborno internacional cometidas en territorio nacional, o en territorio extranjero cuando según el artículo 3 de la ley 1778 de 2016 la persona jurídica o la sucursal de sociedad extranjera investigada este domiciliada en Colombia.

Tal capacidad en razón a la naturaleza jurídica de la Superintendencia de Sociedades, como organismo técnico, adscrito al ministerio de Comercio, mediante el cual el Presidente de la República ejerce la inspección, vigilancia y control de las sociedades mercantiles, como informa la misma a través de su página web; dicha competencia

debería ser claramente extendida a cualquier acto de corrupción comprendido o no a través del Estatuto Anticorrupción, pues el soborno internacional no es el único acto corrupto que pueden practicar las personas jurídicas, tampoco es el único que afecta la competencia, el desarrollo económico del país y el crecimiento de las empresas en Colombia.

- **Sanciones por la comisión de las conductas descritas en la ley 1778 de 2016:** La Superintendencia de Sociedades será la entidad competente para investigar y sancionar la realización de las conductas indicadas en la ley 1778 de 2016, dicho régimen sancionatorio se encuentra entre los artículos 5 al 7 de la ley Antisoborno, dentro de las que se comprenden multas de hasta 200.000 SMMLV, inhabilidad para contratar con el Estado colombiano hasta por 20 años, la obligación de las personas jurídicas de publicar en medios de amplia circulación que han sido sancionados por la comisión de dichas conductas, y la prohibición, (por cierto bastante laxa) de recibir incentivos o subsidios del Gobierno por un plazo de 5 años.

También se describen sanciones por las reformas a los Estatutos de las compañías que, siendo investigadas reformen o cambien su naturaleza antes de la expedición del acto sancionatorio, con el fin de eximirse de la multa o sanción (artículo 6), y sanciones de hasta 200.000 SMMLV para las sociedades que se rehúsen a entregar la información requerida por la Superintendencia en el curso de las investigaciones, la oculten, entreguen la información incompleta, con errores o cuando no comparezcan a las diligencias probatorias citadas por la Superintendencia de Sociedades sin justificación según el artículo 21 de la ley 1778 de 2016.

- **Criterios de graduación de las sanciones, beneficios a las personas jurídicas por su colaboración en las investigaciones-atribuciones y obligaciones de la superintendencia:** Para destacar dentro de este punto se encuentra la incorporación de los programas de cumplimiento o ética empresarial no solo como atenuante o criterio de graduación de la sanción por incumplimiento de la normatividad, sino como elemento a desarrollar y reglamentar por la Superintendencia de Sociedades, ya que a partir de lo descrito dentro de la ley 1778 de 2016 en su artículo 23 se pone en cabeza de la Superintendencia la promoción de los programas de transparencia, ética empresarial o cumplimiento en las personas jurídicas sujetas a su vigilancia.

Dentro de los criterios de graduación de las sanciones, propuestos por la Ley 1778 de 2016, se encuentra se encuentra a su vez a forma de atenuante la adopción de estos programas de cumplimiento, la entrega de información y colaboración en las investigaciones así:

ARTICULO 7°. Criterios de graduación de las sanciones. Las sanciones por las infracciones a la presente ley se graduarán atendiendo a los siguientes criterios:

1. El beneficio económico obtenido o pretendido por el infractor con la conducta.
2. La mayor o menor capacidad patrimonial del infractor.
3. La reiteración de conductas.
4. La resistencia, negativa u obstrucción a la acción investigadora o de supervisión y la conducta procesal del investigado.
5. La utilización de medios o de persona interpuesta para ocultar la infracción, los beneficios obtenidos o el dinero, bienes

o servicios susceptibles de valoración económica, o cualquier beneficio o utilidad, ofrecido o entregado a un funcionario público nacional o extranjero, o cualquiera de los efectos de la infracción.

6. El reconocimiento o aceptación expresa de la infracción antes del decreto de pruebas.

7. La existencia, ejecución y efectividad de programas de transparencia y ética empresarial o de mecanismos anticorrupción al interior de la empresa, conforme a lo previsto en el artículo 23 de esta ley.

8. El grado de cumplimiento de las medidas cautelares.

9. Haber realizado un adecuado proceso de debida diligencia, previo a un proceso de fusión, escisión, reorganización o adquisición del control en el que esté involucrada la sociedad que cometió la infracción.

10. Haber puesto en conocimiento de las autoridades mencionadas en la presente ley la comisión de las conductas enunciadas en el artículo 2° por parte de empleados, representante legal o accionistas, conforme a lo previsto en el artículo 19 de esta ley.

Parágrafo. El criterio de graduación previsto en el numeral 6 no podrá ser aplicado cuando se esté en presencia de reiteración de conductas. (Congreso de la Republica de Colombia, 2016)
(Subrayado y negrilla fuera de texto)

- **Beneficios por colaboración:** La ley 1778 de 2016 a través de su artículo 19 permite a la Superintendencia de Sociedades conceder beneficios a quien habiendo participado en las infracciones a dicha ley, entreguen información y pruebas relacionadas con la conducta, la clase de beneficio según el legislador dependerá del tiempo en que tal

colaboración sea dada, la calidad y la utilidad de la información, estos beneficios podrán representar la exoneración total o parcial de la sanción, la exoneración parcial no podrá exceder el 50% de la sanción y la exoneración total solo podrá darse cuando sea la posible sancionada quien informe la comisión de la conducta y siempre que no haya obtenido de tal acto algo para sí.

- **Modificaciones al Estatuto Anticorrupción e inclusión de nuevos tipos penales:** La ley 1778 de 2016 a través de los artículos 31, 32, 33, 34 y 35 modifico en su orden la redacción de los artículos 1 “Inhabilidad para contratar”, 7 “Responsabilidad de los revisores fiscales” con el deber de denuncia de los mismos ante las autoridades penales, disciplinarias o administrativas, 2 “Inhabilidad para contratar para quienes financien campañas políticas”, disminuyendo del 2.5% al 2.0% la suma máxima para poder contratar con el Estado, 72 al cual le adiciono algunos literales, 34 por medio del cual endurece las medidas contra las personas jurídicas; por último la ley adiciona el soborno transnacional como tipo penal por medio de su artículo 30.
- **Procedimiento:** Para finalizar el procedimiento para la investigación e imposición de sanciones se encuentra en los artículos 8 al 22.

Como consecuencia de la expedición de esta norma la Superintendencia de Sociedades tuvo que asumir nuevos retos, en especial respecto de la promoción e implementación de programas de ética empresarial y cumplimiento dentro de las sociedades que vigilaba, es por ello que en cumplimiento de lo estipulado en la ley 1778 de 2016 determino las sociedades obligadas a adoptar los programas de ética empresarial y cumplimiento a través de

2.4. La Resolución No. 100-002657 del 25 de julio de 2016.

En esta determino que solo serían obligadas las compañías que hubieran realizado de manera habitual negocios con personas naturales o jurídicas extranjeras de derecho público o privado, y concurriera además el que estos negocios o transacciones hubieran sido realizadas a través de terceros o que quienes la realizaran pertenecieran a los sectores farmacéuticos, infraestructura y construcción, manufacturero, minero-energético o de las tecnologías de la información, con ingresos brutos entre 75.000 a 500.000 SMMLV y con plantas de personal entre 1000 y 2000 empleados directos según el sector económico al que pertenecieran. (Superintendencia de Sociedades , 2016).

Posteriormente para complementar, desarrollar y explicar la promoción de los programas de cumplimiento y guiar a las empresas obligadas a adoptarlos, expidió la circular externa 100-000003 del 26 de julio de 2016 “Guía destinada a poner en marcha programas de cumplimiento para la prevención de las conductas previstas en el Artículo 2 de la ley 1778 de 2016” en la cual se definen y delimitan los principios, partes y mínimos que debe tener un programa de cumplimiento y ética empresarial.

En todo caso y aun cuando tanto la resolución, como la guía externa cumplen con lo dictado por la ley 1778 de 2016, vale resaltar, que estas cobijan solo a ciertos sectores, ya que no todos están obligados a implementar dichos programas de cumplimiento, dejando sin necesidad abierta una puerta a que otros sectores no obligados no desarrollen dentro de sus compañías una cultura de legalidad que tanta falta le hace al país, es por ello que dentro del presente documento se intentará demostrar la

necesidad de que todas las grandes empresas implementen programas de cumplimiento y ética empresarial efectivos.

Pues una vez más, después de la expedición de la ley 1778 de 2016, la resolución y guía externa, no se vieron cambios significativos en la perspectiva regional y mundial respecto de Colombia, los índices de percepción de la corrupción permanecieron básicamente en los mismos niveles, como se evidencio con anterioridad en este documento, teniendo en cuenta el CPI- Corruption Perceptions Index, en español IPC- Índice de Percepción de la Corrupción, publicado por Transparencia Internacional en 2019 donde se evaluó la percepción de corrupción de 180 países y territorios, con una calificación de 0 a 100, siendo 0 altamente corrupto y 100 muy transparente.

En dicho Índice de Percepción de la Corrupción, Colombia obtuvo un resultado de 37 puntos para los años 2015 a 2017, de 36 puntos para el año 2018 y nuevamente de 37 para el año 2019 (Transparency International, 2019), lo cual significa que la percepción de corrupción respecto de Colombia seguía siendo elevada y que durante los años del Gobierno Santos la situación no mejoro, aun con las distintas actividades que realizo con tal fin, tal vez porque los actos tendientes a mejorar los índices de corrupción en Colombia se realizaron como un simple cumplimiento de requisitos formales para la adhesión a la OCDE “Organización para la Cooperación y el Desarrollo económico” que se logró por fin en mayo de 2018 con la firma del acuerdo del expresidente Juan Manuel Santos en Paris, y que fue aprobado posteriormente en la Republica de Colombia a través de la ley 1950 del 8 de enero de 2019.

Pero aun cuando tal adhesión podría significar grandes beneficios económicos para el país y atraer con mayor facilidad inversión para las empresas colombianas, esas consecuencias lógicas de la unión como miembros de la OCDE no serán evidentes en un corto plazo si lo que dicen las distintas agencias, entidades u organizaciones de percepción de corrupción y transparencia es que en Colombia es uno de los países más corruptos no solo de la región sino del mundo.

O en consecuencia y teniendo en cuenta lo dicho por tales agencias u organizaciones como Transparencia Internacional respecto de Colombia podría en efecto recibirse inversión y realizarse alianzas con sociedades extranjeras, pero estas no serían en la mayoría de casos con fines estrictamente legales, pues el mensaje que damos con tales resultados es el equivocado, y llamamos a los extranjeros menos deseables, “los corruptos” pues lo que decimos es que en Colombia es fácil conseguir contratos, beneficios y ganancias a través de la corrupción, tal como sucedió con el caso ODEBRECHT.

Que no solo hizo perder millonarias sumas del erario, sino que adicionalmente mancho la reputación de varias e importantes empresas colombianas, desbalanceo la economía, freno proyectos de infraestructura y afecto gravemente la libre y justa competencia; el análisis de este caso como ejemplo de la necesidad de implementación de los *compliance program* en Colombia será tratado en el siguiente capítulo.

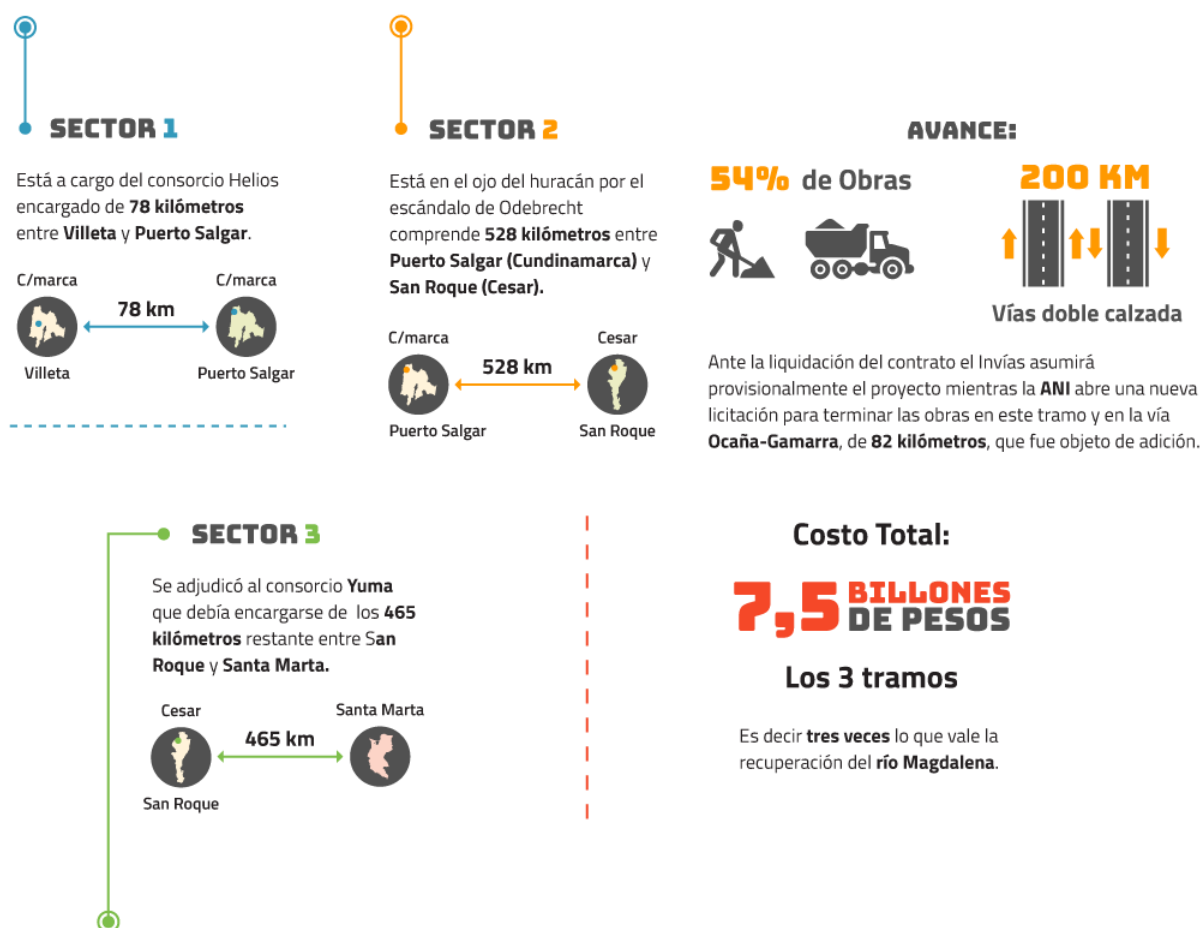
CAPITULO III.

3. Caso ODEBRECHT como ejemplo de la necesidad de implementación de los *compliance program* en las grandes empresas de Colombia.

Para el desarrollo de este capítulo, al tratarse en gran parte del recuento de una historia o análisis de un caso se tomarán como fuentes principales de carácter ilustrativo a la Revista Semana que ha hecho un fiel seguimiento a los sucesos alrededor del escándalo de corrupción a nivel Latinoamérica de ODEBRECHT y la Tesis de Grado de Natalia Guzman Castaño “Estudio de caso: Odebrecht”.

A forma de inicio es importante que sepamos que es ODEBRECHT, Odebrecht S.A. es el holding del Grupo Odebrecht fundado en 1944 por el ingeniero Norberto Odebrecht en Salvador de Bahía. Actualmente tiene presencia en 25 países, incluido Brasil y exporta sus productos y servicios a 98 países. Como holding tiene diversas actividades económicas, entre las cuales se encuentran: ingeniería, construcción, infraestructura, energía, productos químicos, servicios públicos e inmobiliario. (Guzman, 2018, pág. 5)

Este grupo empresarial desarrollo sus negocios en Latinoamérica y algunos países africanos, y fue hasta hace algunos años que se comenzó a “destapar” el escándalo progresivamente en distintos países, en Colombia Odebrecht llego en busca de la adjudicación del tramo 2 de la Ruta del Sol, que es una vía de 1.071 kilómetros que conecta a Bogotá con la Costa Atlántica en menos tiempo, la carretera atravesaría 8 departamentos y 39 municipios, por lo cual y por su extensión se dividió en tres tramos con el fin de hacer obras de doble calzada, rehabilitación y mantenimiento (Publicaciones Semana S.A., s.f.), según la siguiente figura:



(Publicaciones Semana S.A., s.f.)

El contrato del que hizo parte Odebrecht “Sector 2 de la Ruta del Sol” comprendía la construcción de 528 kilómetros de la vía entre Puerto Salgar (Cundinamarca) y San Roque (Cesar), el contrato se suscribió el 14 de enero del 2010 con la concesionaria Ruta del Sol S.A.S. por un valor de \$2,4 billones de pesos. Esta concesionaria estaba compuesta por:

- Constructora Norberto Odebrecht
 - Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S.
 - Estudios y Proyectos de Sol Episol (Del Grupo Sarmiento Angulo).
 - CSS Constructores S. A.
- (Publicaciones Semana S.A., s.f.)

Dicho contrato se adjudicó mediante licitación pública realizada por el Instituto Nacional de Concesiones (INCO), pero tiempo después se descubrió por medio del Departamento de Justicia de Estados Unidos que Odebrecht habría pagado la suma de 6,5 millones de dólares a un alto funcionario del gobierno colombiano durante el 2009 para la adjudicación del contrato. Dicha noticia fue conocida a mediados del mes de diciembre de 2016, lo cual impulso a la fiscalía a iniciar las investigaciones pertinentes y fue así como después de tres semanas de pesquisas el día 13 de enero de 2017 la Fiscalía anunció que quien recibió el soborno fue el ex viceministro de Transporte Gabriel García Morales, quien para la fecha de la adjudicación de la millonaria obra ejercía como director del extinto Instituto Nacional de Concesiones (INCO) (Publicaciones Semana S.A., s.f.)

Pero como no sería sino hasta diciembre de 2016 que se conocería la noticia de los cuantiosos sobornos a diferentes funcionarios del Estado colombiano, para obtención y adjudicación de proyectos, Odebrecht continuó con sus actividades fraudulentas y para el año 2014 presiono de nuevo,

movió sus hilos y puso en funcionamiento su elaborada organización criminal, para conseguir un Otrosí al contrato inicialmente firmado para la “Construcción del Sector 2 de La Ruta del Sol”, en donde se adicionaba al objeto contractual “la construcción y la rehabilitación de la transversal Río de Oro-Aguaclara-Gamarra. [...] por un valor de 900.000 millones de pesos.” (Publicaciones Semana S.A., s.f.) con la ayuda del exsenador Otto Bula quien en teoría habría recibido 4,6 millones de dólares, para influir en el presidente de la ANI “Agencia Nacional de Infraestructura” y en las comisiones permanentes del Congreso de la Republica (tercera, cuarta y sexta).

Los efectos del escándalo de corrupción no se hicieron esperar, fueron afectados públicos y privados, personas físicas y jurídicas por igual, algunos fueron directamente castigados por la ley y tienen en curso procesos penales o ya se encuentran privados de la libertad, y otros fueron dañados en su reputación y buen nombre. Tal fue la amplitud del escándalo que puso en entredicho la integridad del expresidente Juan Manuel Santos, que como se vio en este trabajo había realizado varios actos con el fin de mitigar los efectos y prevenir la corrupción en Colombia con el propósito de ser aceptados como nuevos miembros de la OCDE.

Pues en el curso de las investigaciones el Fiscal General de la Nación de la época, “Néstor Humberto Martínez, dijo que, US\$1 millón que Odebrecht le había girado a Bula, habían ido a parar a la campaña presidencial en 2014 del hoy expresidente Juan Manuel Santos”. (El Espectador, 2017) al parecer dichos dineros habrían sido recibidos por Roberto Prieto el jefe de campaña de Juan Manuel Santos, quien informo que no había sido US \$1.000.000 sino US \$2.000.000 y que estos habrían entrado a los fondos de la campaña sin conocimiento del mandatario colombiano. Lo cual hasta el momento aun es un tema objeto de debate, que

sigue y seguirá causando gran controversia entre tanto no se defina y determine completamente a todos los agentes involucrados en este escándalo.

Que como decíamos no había afectado únicamente al sector público por la pérdida de credibilidad en las instituciones y sus servidores, por el retraso en las obras contratadas o por la pérdida de grandes sumas provenientes del erario, sino que afecto de manera fuerte y abrupta al sector privado, pues la reputación de grandes empresas colombianas se vio comprometida, sus negocios empezaron a decaer y algunos fueron castigados por la sociedad colombiana de forma simbólica.

Como sucedió con las entidades financieras pertenecientes al Grupo Aval, propiedad de Luis Carlos Sarmiento Angulo, que participo del proyecto junto a Odebrecht a través de la Sociedad Estudios y Proyectos de Sol Episol, y que se vio gravemente afectado no solo por verse inmerso en el escándalo, sino porque con ello todas sus compañías parecían ser susceptibles de manejo bajo parámetros de corrupción. Razón por la cual las personas por miedo, prevención y algunos otros a forma de reproche social o castigo comenzaron a retirar los fondos que tenían en sus cuentas de ahorros, cancelaron tarjetas de crédito y terminaron relaciones con el Grupo Aval, conformado por Banco de Occidente, Banco Bogotá, Banco Popular y Banco AV Villas.

Aun así las afectaciones causadas por el comportamiento de los clientes de las entidades financieras que conforman el Grupo Aval no fue la consecuencia más grave de la desafortunada asociación entre Episol filial del Grupo Aval y Odebrecht, pues con posterioridad y a causa del escándalo se comenzaron investigaciones por parte de entidades estadounidenses, cayó el valor de las acciones del Grupo en la bolsa, y se impusieron multas

cuantiosas a cargo de las integrantes del consorcio por las irregularidades en la consecución y ejecución del contrato para la construcción del Segundo Sector de la Ruta del Sol y su correspondiente adición.

En principio el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en un fallo apelable de primera instancia decidió sancionar a las empresas parte del consorcio y a algunos particulares involucrados, con el pago de 800.000 millones de pesos (260 millones de dólares), que pueden ser cobrados en su totalidad “a cualquiera de ellos”. Es decir que si alguno no tiene la plata los demás tienen que responder de manera solidaria. Siendo el socio menos afectado con tal decisión Odebrecht, ya que este no tenía activos en Colombia y por ello solo le pudieron embargar los enseres que tenían en una oficina en arriendo. (Publicaciones Semana, 2018)

Lo anterior significaría que, si Odebrecht se declara imposibilitado para el realizar el pago de dicha multa, sus socios tendrían que salir en su ayuda, sin que ello implique la renuncia a repetir luego contra Odebrecht, pero en principio serían los directamente responsables del pago tanto Episol como los otros socios.

En este caso es evidente que el Grupo Aval o más directamente Episol cometió graves errores, el primero fue escoger la figura de consorcio, en Colombia el ordenamiento jurídico proporciona dos figuras para cuando dos o más empresas desean unirse para la realización de un proyecto, o para la presentación de una oferta con el fin de que se adjudique un contrato, una de esas figuras es el consorcio, la otra la unión temporal, en el caso del consorcio los socios responden de forma solidaria, mientras que en la Unión Temporal los socios responden por el monto de su participación y según las actividades que realicen en el negocio.

Por lo cual hubiera sido mucho más conveniente la figura de Unión Temporal ya que hubiera limitado la responsabilidad en esta clase de

eventos para Episol, pero adicionalmente y para el tema que nos compete, el máximo error que cometió Episol fue no revisar de forma efectiva los antecedentes de sus socios u obviarlos de haberlos conocido.

Recordemos que un programa de cumplimiento efectivo no depende o debe estar supeditado a los caprichos de los accionistas, directivos o administradores de las Sociedades, este debe ser autónomo, imparcial y el papel que juega el oficial de cumplimiento es imprescindible para su correcto funcionamiento. Es muy probable que Episol, sus filiales o en especial el Grupo Aval, contaran con un programa de cumplimiento, pero tal no era efectivo, no previó los riesgos, permitió de lleno que la Sociedad se viera afectada al igual que sus administradores, accionistas y directivos, y no sirvió como atenuante en la imposición de multas de haber existido.

Por ello la importancia de enfatizar que el *corporate compliance program* no puede entenderse como la expedición de un documento sin efectos al interior de la corporación; adicionalmente la compañía debe enfocarse fuertemente en que el programa funcione, se actualice y prevenga a la Sociedad de posibles riesgos internos o externos. Debe garantizar la imparcialidad y autonomía del oficial de cumplimiento y generar uno de los elementos más esenciales la “cultura de legalidad”, sin la cual es mucho más compleja la implementación a largo plazo de políticas de cumplimiento efectivos.

Elemento que como se explicó anteriormente debe construirse desde la posición de los altos mandos y directivos de las Sociedades por medio del ejemplo y la cero tolerancia de cualquier acto ilegal, provenga de quien provenga. Es necesaria también la auditoria periódica de la contabilidad de la empresa, la revisión y seguimiento de los pagos, obsequios, ayudas o

elementos entregados a clientes, y en especial es importante con la protección y ambiente seguro para el denunciante de irregularidades.

De haber reunido o cumplido con los puntos anteriores Episol y su filial “El Grupo Aval” hubieran podido evitar todos los daños que hasta la fecha ha sufrido su reputación, el valor de sus acciones, el monto de sus utilidades, y no habría adquirido los millonarios créditos para el proyecto que ahora debe cancelar junto con millonarias multas. Pero claro, todo lo anterior es de intención, la compañía debe estar realmente comprometida con el programa de cumplimiento pues vale recordar una cita pasada en la cual la Secretaria de Transparencia decía que

Si bien el diseño e implementación de estos programas no garantiza la eliminación de malas prácticas, es de público reconocimiento que las empresas que incorporan políticas y procedimientos anticorrupción de manera integrada en su gestión, son menos vulnerables a posibles actos de corrupción y se exponen menos a pérdidas derivadas del fraude ocupacional que incluye actos de corrupción. (Secretaria de Transparencia- Presidencia de la Republica, 2016, pág. 7)

Adicionalmente vale mencionar que la implementación de estos programas de cumplimiento de forma efectiva no solo genera beneficios individuales, sino que el descubrimiento temprano de prácticas corruptas por parte de socios, directivos, administradores, empleados, contratistas, aliados o proveedores, disminuye el impacto de las mismas al interior de la organización y puede llegar a prevenir a compañías del mismo sector o de sectores distintos respecto de los riesgos de iniciar relaciones con las personas naturales y jurídicas involucradas con la ilegalidad, el soborno y la corrupción.

Resultado que de haberse dado con anterioridad a los sucesos mencionados en el presente capítulo habrían evitado todos los daños causados a los Estados y empresas del sector privado, afectados por las actuaciones de las compañías del Grupo Odebrecht en Latinoamérica y el mundo. Pues Colombia y sus empresas no fueron los únicos agraviados con estos hechos

Según los documentos publicados por el Departamento de Justicia de Estados Unidos, entre el 2001 y el 2016, Odebrecht pagó aproximadamente USD 788 millones en sobornos para la obtención de contratos asociados a más de 100 proyectos en doce países, incluyendo Angola, Argentina, Brasil, Colombia, República Dominicana, Ecuador, Guatemala, México, Mozambique, Panamá, Perú y Venezuela; obteniendo beneficios aproximados de USD 3.336 mil millones. (Guzman, 2018, pág. 6)

De los cuales se entregaron 11,5 millones de dólares por sobornos en Colombia durante los años 2009 y el 2014 de los cuales Odebrecht logró beneficiarse con alrededor de 50 millones de dólares.

Para concluir este capítulo y evidenciado el riesgo que constituye la asociación con terceros sin una revisión previa de sus antecedentes, vale mencionar los elementos que según la Secretaria de Transparencia pueden mitigar estos riesgos y que deben tenerse en cuenta a la hora de crear e implementar el programa de cumplimiento en las grandes empresas en Colombia, o en la Pymes que así lo deseen.

En ese sentido frente a los terceros con los que la compañía desee asociarse o tener algún tipo de relación

- i. La Política debe hacerles extensiva [...], así como la posibilidad de dar por terminado el vínculo contractual por transgresión a esas políticas.

- ii. La Política debe contemplar el derecho a auditar a esa tercera parte, en la implementación de sus Políticas y Procedimientos Anticorrupción.
- iii. Las terceras partes deben tenerse en cuenta al momento de desarrollar la evaluación de riesgos de corrupción.
- iv. La empresa debe contar con procedimientos de due diligence significativas tanto para terceros como para socios de negocio antes de establecer el vínculo correspondiente, los cuales incluyen revisión sobre su idoneidad y condiciones de integridad en los negocios.
- v. Todas las relaciones con terceros deben estar debidamente documentadas. (Secretaria de Transparencia- Presidencia de la Republica, 2016, pág. 45)

CAPITULO IV

4. CONCLUSIONES Y ALTERNATIVA DE SOLUCIÓN

Conclusiones

Como conclusiones del presente trabajo de investigación se presentan las siguientes:

1. La implementación de los *corporate compliance program* en las grandes empresas colombianas constituye una necesidad palpable e inequívoca en el país, en especial en las últimas dos décadas ha sido evidente que el comportamiento de los privados es un elemento determinante en el escenario de corrupción en Colombia, pues las empresas colombianas se han visto constantemente involucradas en prácticas corruptas y grandes escándalos.

2. Para dar solución a este problema (la corrupción) y combatirla de forma efectiva es necesario un frente unido entre el sector público y el sector privado, a fin de generar en todos los sectores de la sociedad colombiana una cultura de legalidad, por medio de políticas claras, concisas y efectivas que permitan a las personas naturales y jurídicas cumplir con más facilidad la normatividad vigente, entenderla y apropiarla, sabiendo lo que significa la responsabilidad individual, y que frente a los actos de corrupción el compromiso es de todos, sin importar el cargo, estatus o poder.
3. Es importante el esfuerzo de las grandes empresas por ser transparentes y llevar sus negocios de forma ética, logrando la efectividad de los *compliance program*, se logrará así mismo hacer efectivo el castigo de las prácticas corruptas tanto al interior de la organización, como a manos de la Justicia, una vez la compañía informe sobre los hechos de los que llegué a tener conocimiento.
4. Debe iniciarse por las grandes empresas teniendo en cuenta que las operaciones de estas son más riesgosas, por el monto de sus activos, su capacidad monetaria, los contactos o personas de altos cargos en el Estado u otras compañías de igual o mayor tamaño a los que tienen acceso los socios, administradores, directivos e incluso algunos empleados, junto con el tamaño de su planta de personal que imposibilita, salvo una buena organización interna, el control y vigilancia de estos y sus actos.
5. Al implementarse programas de cumplimiento y ética empresarial las empresas pueden aminorar riesgos e identificarlos con anterioridad, permitiendo que se salvaguarde la integridad financiera y reputacional

de las grandes compañías colombianas que generan empleo, contribuyen al crecimiento de la economía y al “jugar limpio” y competir en el mercado con lealtad y legalidad, permiten que las pymes también crezcan, lo cual favorece al país entero.

Alternativa de solución

Es por ello que como alternativa de solución proponemos que la implementación de los *compliance program* o programas de cumplimiento anticorrupción de los que trata el presente trabajo y en especial la Resolución 100-002657 del 25 de julio de 2016 de la Superintendencia de Sociedades en concordancia con la ley 1778 de 2016, se haga extensiva a todas las grandes empresas en Colombia y no solo a las grandes empresas pertenecientes a los sectores farmacéuticos, infraestructura y construcción, manufacturero, minero-energético o de las tecnologías de la información, con ingresos brutos entre 75.000 a 500.000 SMMLV y con plantas de personal entre 1000 y 2000 empleados directos.

Siendo grandes empresas todas las que superen o tengan ingresos por actividades ordinarias mayores a los estipulados para las medianas empresas en el Artículo 2.2.1.13.2.2. del decreto 1074 de 2015, a través de un corto y conciso proyecto de ley como el indicado en el ANEXO A.

Bibliografía

- Asociados, B. M. (s.f.). *Bufete Moya Jover & Asociados*. Obtenido de https://www2.javerianacali.edu.co/sites/ujc/files/normas_apa_revisada_y_actualizada_mayo_2019.pdf
- Congreso de la República de Colombia. (7 de noviembre de 1997). Ley 412 de 1997 por la cual se aprueba la "Convención Interamericana contra la Corrupción". *Ley 412 de 1997 por la cual se aprueba la "Convención Interamericana contra la Corrupción"*. Bogotá, Colombia. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0412_1997.html
- Congreso de la República de Colombia. (2005). Ley 970 de 2005 por medio de la cual se aprueba la "Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción", adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas. *Ley 970 de 2005 por medio de la cual se aprueba la "Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción", adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas*,. Bogotá, Colombia. Obtenido de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=17079#fecha>
- Congreso de la Republica de Colombia. (2 de febrero de 2016). Ley 1778 del 2 de febrero de 2016 por la cual se dictan normas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción transnacional y se dictan otras disposiciones en materia de lucha contra la corrupción. Bogotá, Colombia: Congreso de la Republica. Obtenido de <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/LEY%201778%20DEL%2002%20DE%20FEBRERO%20DE%202016.pdf>
- Consejo Nacional de Política Económica y Social- Republica de Colombia. (9 de diciembre de 2013). *Observatorio de Transparencia y Anticorrupción*. Obtenido de http://www.anticorruptcion.gov.co/SiteAssets/Paginas/Publicaciones/Conpes_167.pdf
- Consejo Privado de Competitividad. (24 de octubre de 2018). *Consejo Privado de Competitividad*. Obtenido de https://compite.com.co/wp-content/uploads/2018/10/CPC_INC_2018-2019_Web.pdf
- El Espectador. (25 de julio de 2017). Los hechos claves para entender el escándalo de Odebrecht. *Los hechos claves para entender el escándalo de Odebrecht*. Colombia. Recuperado el 4 de mayo de

2020, de <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/los-hechos-claves-para-entender-el-escandalo-de-odebrecht-articulo-704916>

- Guzman, N. (2018). Estudio de caso: Odebrecht. *Estudio de caso: Odebrecht*. Medellín, Colombia. Obtenido de https://repository.eafit.edu.co/xmlui/bitstream/handle/10784/12940/Natalia_Guzm%C3%A1nCasta%C3%B1o_2018.pdf?sequence=2&isAllowed=y
- Guzmán, N. (2018). Universidad EAFIT Repositorio Institucional. *Estudio de caso: Odebrecht*. Medellín, Colombia. Obtenido de Universidad EAFIT Repositorio Institucional: <https://repository.eafit.edu.co/handle/10784/12940>
- Internacional, T. (2019). *Transparency International*. Obtenido de The global coalition against corruption: <https://www.transparency.org/cpi2019>
- ISO TOOLS EXCELLENCE. (30 de Mayo de 2020). *ISO TOOLS EXCELLENCE*. Obtenido de <https://www.isotools.org/normas/riesgos-y-seguridad/iso-31000/>
- ISO TOOLS EXCELLENCE. (30 de mayo de 2020). *ISO TOOLS EXCELLENCE*. Obtenido de <https://www.isotools.org/normas/riesgos-y-seguridad/iso-19600-compliance/>
- Milkes, S. (2018). "LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO O COMPLIANCE PROGRAM EN COLOMBIA: ¿UNA AMENAZA PARA LA PLENA GARANTÍA DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES?". "LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO O COMPLIANCE PROGRAM EN COLOMBIA: ¿UNA AMENAZA PARA LA PLENA GARANTÍA DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES?". Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia. Obtenido de https://bdigital.uexternado.edu.co/bitstream/001/1638/1/GAA-spa-2018-Los_programas_de_cumplimiento_o_compliance_program_en_Colombia
- Observatorio Transarencia y Anticorrupcion Presidencia de la Republica de Colombia. (2016). Estatuto Anticorrupción Ley 1474 de 2011 Avances y desafíos tras cinco años de su expedición. Obtenido de <http://www.anticorrupcion.gov.co/Documents/Publicaciones/estatuto-anticorrupcion-ley-1474-2011.pdf>

- OCDE, UNODC y Banco Mundial. (2013). Ética Anticorrupción y Elementos de Cumplimiento Manual para Empresas (versión en español). *Ética Anticorrupción y Elementos de Cumplimiento Manual para Empresas*. New York, Estados Unidos de America: OCDE-UNODC- Banco Mundial. Obtenido de <https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2014/Etica-Anticorrupcion-Elementos-Cumplimiento.pdf>
- ODEBRECHT. (4 de Mayo de 2020). *ODEBRECHT*. Obtenido de <https://www.odebrecht.com/es/odebrecht/sobre-odebrecht>
- Publicaciones Semana. (15 de diciembre de 2018). La mala hora del Grupo Aval. *La mala hora del Grupo Aval*. Obtenido de <https://www.semana.com/nacion/articulo/caso-odebrecht-el-grupo-aval-enfrenta-uno-de-sus-momentos-mas-dificiles/595159>
- Publicaciones Semana S.A. (s.f.). *Semana.com*. Recuperado el 4 de mayo de 2020, de <https://especiales.semana.com/ruta-del-sol/>
- Publicaciones Semana S.A. (s.f.). *Semana.com*. Recuperado el 5 de mayo de 2020, de <https://www.semana.com/nacion/articulo/odebrecht-escandalo-de-corrupcion/513209>
- Sabino, C. (1992). El Proceso de Investigación. *El Proceso de Investigación*. Caracas, Venezuela: Panapo. Obtenido de http://paginas.ufm.edu/sabino/ingles/book/proceso_investigacion.pdf
- Secretaria de Transparencia- Presidencia de la Republica. (febrero de 2016). Guía Para empresas en Colombia ¿Cómo y por qué implementar un Programa Empresarial de Cumplimiento Anticorrupción? Obtenido de <http://www.anticorrupcion.gov.co/SiteAssets/Paginas/Publicaciones/guia-empresas-colombia.pdf>
- Secretaria de Transparencia- Presidencia de la República de Colombia. (Diciembre de 2014). *Procuraduría General de la Nación*. Obtenido de https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/informe_secretaria_transparencia2014.pdf
- Superintendencia de Sociedades . (25 de julio de 2016). Resolución 100-002657 del 25 de julio de 2016. Bogotá, Colombia: Superintendencia de Sociedades.
- Superintendencia de Sociedades. (26 de julio de 2016). Circular Externa 100-000003 "Guía orientada a poner en marcha programas de cumplimiento para la prevención de las conductas previstas en el Artículo 2 de la ley 1778 de 2016". Bogotá, Colombia:

Superintendencia de Sociedades. Obtenido de
https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/Documentos/Circular%20Externa%20Gu%C3%ADa%20Soborno%20Transnacional.pdf

Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca. (5 de mayo de 2016).
Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca. Obtenido de
<http://www.unicolmayor.edu.co/portal/index.php?idcategoria=357>

ANEXO A**PROYECTO DE LEY ____ DE 2020**

“Por medio del cual se adiciona un inciso al artículo 23 del Capítulo IV de la Ley 1778 de 2016 “Por la cual se dictan normas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción transnacional y se dictan otras disposiciones en materia de lucha contra la corrupción”

EL CONGRESO DE LA REPUBLICA**DECRETA**

Artículo 1. Adiciónese al Artículo 23 del capítulo IV de la Ley 1778 de 2016, el siguiente inciso:

“En todo caso la Superintendencia de Sociedades deberá incluir en dicho régimen como mínimo a todas las empresas sujetas a su vigilancia que por el monto de sus ingresos por actividades ordinarias anuales sea clasificada como Gran Empresa, en los términos del artículo 2.2.1.13.2.2. del Decreto 1074 de 2015”

Artículo 2. Vigencia. La presente ley rige a partir de su publicación.

FIRMA CONGRESISTA ASIGNADO

EXPOSICION DE MOTIVOS

OBJETIVO DEL PROYECTO DE LEY.

El proyecto de ley tiene por objeto buscar la ampliación o extensión de la aplicación y promoción de programas de cumplimiento o transparencia y ética empresarial a cargo de la Superintendencia de Sociedades, según lo determina el artículo 23 de la Ley 1778 de 2016, como mínimo a todas las compañías colombianas catalogadas como Grandes Empresas en los términos del artículo 2.2.1.13.2.2. del Decreto 1074 de 2015.

Lo anterior teniendo en cuenta que actualmente están obligadas a la implementación de estos programas anticorrupción únicamente las grandes empresas de los sectores farmacéuticos, infraestructura y construcción, manufacturero, minero-energético o de las tecnologías de la información, con ingresos brutos entre 75.000 a 500.000 SMMLV y con plantas de personal entre 1000 y 2000 empleados directos, según el sector en que pertenezcan en virtud de la Resolución 100-002657 del 25 de julio de 2016 de la Superintendencia de Sociedades.

Ya que estas tienen mayor riesgo de verse implicadas en prácticas corruptas de manera directa o indirecta, o por el actuar de sus empleados, directivos, socios, administradores e incluso contratistas de acuerdo con lo estipulado en la Ley 1778 de 2016.

CONTEXTO

Con este proyecto se pretende responder de manera inicial y progresiva a la problemática de corrupción en Colombia, y a la relación directa entre el sector empresarial y tal fenómeno, a través de la adopción e implementación de programas de cumplimiento anticorrupción en las Grandes Empresas del país, con el fin de mitigar los riesgos que, respecto a prácticas corruptas, soborno transnacional, nacional y cohecho puedan haber dentro de las Sociedades.

Con lo cual no solo se previene la corrupción del sector privado al público o entre privados, sino que se protege la reputación del sector corporativo colombiano, lo cual genera una cultura empresarial de legalidad, buena

competencia, estabilidad en la economía y reconocimiento internacional como ambiente seguro para la inversión.

Lo anterior a forma de continuación de los esfuerzos iniciados por el Gobierno de Juan Manuel Santos para la adhesión del país a la OCDE “Organización para la Cooperación y Desarrollo económico”, y que cesaron o disminuyeron una vez logrado el ingreso de Colombia como nuevo miembro de la Organización Internacional indicada en mayo de 2018 y que fue aprobado posteriormente a través de la ley 1950 del 8 de enero de 2019.

Consideraciones jurídicas o marco legal

Cabe recordar que el Gobierno Nacional durante el periodo presidencial de Juan Manuel Santos realizó varias acciones encaminadas al control, eliminación y castigo de la corrupción en Colombia a nivel público y privado, a fin de cumplir los mínimos solicitados en cuanto a buenas prácticas por la OCDE para ingreso del país como nuevo miembro de la organización internacional.

Dentro de esas acciones del Gobierno Nacional estuvo el impulso en especial de dos leyes anticorrupción en las cuales por primera vez se incluyó al sector privado (empresas) como actor necesario para la lucha contra la corrupción y el soborno transnacional, asignándole responsabilidades específicas, ofreciéndole herramientas como los programas de cumplimiento y ética empresarial para mitigar los riesgos al interior de la organización y por último castigando a quienes no acataran los dictados por dichas normas.

Estas leyes fueron:

- La Ley 1474 de 2011 “Estatuto Anticorrupción” por medio del cual se incluyó la corrupción privada, la administración desleal, el tráfico de influencias y el soborno transnacional como nuevos tipos penales en la Ley 599 del 2000 “código penal”, y se reguló las inhabilidades para contratar con el Estado y
- La Ley 1778 de 2016 “Ley Antisoborno” por medio de la cual se estableció la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción y soborno transnacional, se reguló las sanciones a imponer, los criterios de graduación de las sanciones y se otorgó el trabajo de promover programas de cumplimiento y ética empresarial a la Superintendencia de Sociedades.

A propósito de lo anterior vale complementar este acápite o marco normativo con la 100-002657 del 25 de julio de 2016 de la Superintendencia de Sociedades, por medio de la cual se establecen los criterios que actualmente rigen para determinar las empresas obligadas a implementar programas de cumplimiento y ética empresarial en Colombia, y en el cual se incluyen a las grandes empresas de solo algunos sectores determinados.

En virtud de lo anterior se pone a consideración de los honorables congresistas el presente proyecto de ley.

FIRMA CONGRESISTA ASIGNADO