

Análisis del compliance y gobierno corporativo como mecanismo para consolidar una política antisoborno en las sociedades de economía mixta en Colombia

Glenys Yaneth Calderón Toro, Daniela Parra Nieto, Lesly Dayana Pérez Gaona

Trabajo de grado para obtener el título de Abogado

Director

Dr. Diego Francisco Calderón Aponte

Universidad Santo Tomás, Bucaramanga

División De Ciencias Jurídicas y Políticas

Facultad de Derecho

2021

Agradecimientos

Como primera medida agradecemos a Dios por la posibilidad de desarrollar el presente trabajo, porque permitió la materialización de una meta académica más y su culminación de la mejor manera.

Agradecemos a nuestros padres y hermanos, el acompañamiento en este proceso de formación en pregrado que culmina con la satisfacción de una investigación que ratifica el conocimiento adquirido a lo largo de 5 años.

A los Dres. Juan Pablo Moncada Flórez y Roberto Pablo Beltrán Flórez por las orientaciones dadas, al Dr. Diego Francisco Calderón Aponte por la dedicación y disposición constante en el desarrollo de la investigación desde el proceso de planeación hasta la culminación del trabajo de grado.

Contenido

1. Análisis del compliance y gobierno corporativo como mecanismo para consolidar una Política Antisoborno en las sociedades de economía mixta en Colombia	10
1.1 Planteamiento del problema	10
1.2 Justificación.....	17
1.3 Objetivos	18
1.3.1 Objetivo general.....	18
1.3.2 Objetivos específicos	18
2. Marco teórico	19
2.1 Antecedentes	19
2.2 Marco Normativo	27
2.2.1 Normativa internacional sobre corrupción.	33
2.2.2 Normativa nacional sobre las sociedades de economía mixta.....	41
2.3 Marco conceptual	51
2.4 Marco jurisprudencial	61
3. Hipótesis	72
3.1 Hipótesis positiva	72
3.2 Hipótesis nula.....	73
4. Metodología	73
4.1 Fuentes de la información	74
4.1.1 Fuentes primarias.....	74
4.1.2 Fuentes secundarias	75
4.2 Diseño metodológico.....	77

5. Resultados esperados	79
6. Cronograma de actividades	80
7. Presupuesto	81
8. Elementos estructurales del gobierno corporativo, compliance y códigos de ética, como medios para combatir el soborno en las sociedades de economía mixta.....	82
8.1 Sobre los órganos de gobierno	84
8.1.1 Sobre la transparencia, la debida diligencia y la división de funciones:	85
8.1.2 Sobre el control de la gestión	86
9. Elementos estructurales de la política antisoborno en las sociedades de economía mixta	91
9.1 Sobre la estructura del gobierno corporativo en las SEM.....	92
9.1.1 Respecto los elementos del ámbito de dirección:	93
9.1.2 Ámbito de gerencia:	103
9.1.3 Sobre el régimen de derechos, deberes, inhabilidades e incompatibilidades	108
9.1.4 Sobre la arquitectura de control de riesgos.....	109
10. Lineamientos de la Política Antisoborno para las sociedades de economía mixta.....	118
10.1 Ámbito de dirección.	119
10.1.1 Primero: respecto del direccionamiento estratégico.	119
10.1.2 Segundo: respecto de la supervisión y monitoreo de la gerencia	129
10.1.3 Tercero: respecto de la debida diligencia	130
10.1.4 Cuarto: respecto del control de información	132
10.1.5 Ámbito de gerencia.....	136
10.1.6 Ámbito de propiedad	137
11. Conclusión	141

12. Referencias.....	144
----------------------	-----

Listado de Tablas

Tabla 1. <i>Cronograma de Actividades</i>	80
Tabla 2. <i>Presupuesto del Proyecto de Investigación</i>	81
Tabla 3. <i>Modalidades de Soborno. Elaboración propia.</i>	113
Tabla 4. <i>Identificación de Riesgos. Elaboración propia</i>	115

Resumen

La presente investigación es de tipo socio jurídico, cualitativa y con alcance descriptivo, toda vez que tiene por objetivo determinar los lineamientos, directrices o parámetros de una Política Antisoborno enfocada en prevenir la comisión de este delito en la relación del servidor público que integra los órganos de gobierno de la sociedades de economía y los actores interesados o stakeholders de dichas sociedades; a partir de: i) la identificación de los elementos estructurales del gobierno corporativo, compliance program y códigos de ética; ii) la categorización de los elementos estructurales que debe integrar la política antisoborno con enfoque en riesgo; y iii) a los criterios generales para la construcción de una arquitectura de control de riesgos, determinando los factores principales de riesgo de soborno y se analizando la manera en que dichos riesgos se pueden configurar en las relaciones entre las SEM y los servidores públicos.

Palabras claves: Gobierno corporativo, compliance program, soborno, servidor público, sociedad de economía mixta.

Abstract

This is a socio-legal, qualitative and descriptive research, since its objective is to determine the guidelines, directives or parameters of an anti-bribery policy focused on preventing the commission of this crime in the relationship between the public servant who is a member of the governing bodies of economic companies and the interested actors or stakeholders of these companies; from: i) the identification of the structural elements of corporate governance, compliance program and codes of ethics; ii) the categorisation of the structural elements that should integrate the anti-bribery policy with a focus on risk; and iii) the general criteria for the construction of a risk control architecture, determining the main bribery risk factors and analysing the way in which these risks can be configured in the relationships between the SEMs and public servants.

Keywords: Corporate governance, compliance programme, bribery, public servant, mixed economy company.

Introducción

Con el fin de establecer los lineamientos que debe contener una política antisoborno enfocada en prevenir la comisión de este delito en las relaciones entre los servidores públicos y las sociedades de economía mixta, se hace necesario el estudio de los elementos estructurales del gobierno corporativo, programa de cumplimiento normativo (compliance) y los códigos de ética, así como el análisis y categorización de los elementos estructurales que debe contener dicha política.

Por ende, el estudio de esta temática resulta de gran relevancia para contrarrestar la problemática de soborno que enfrentan las sociedades de economía mixta, toda vez, que los factores que generan dicho flagelo están relacionados con la falta de controles especializados en prevenir y gestionar aquellas conductas antijurídicas que genera un ambiente propicio para la corrupción; en ese orden de ideas la presente investigación buscará estudiar cada uno de los elementos que conforman el gobierno corporativo, códigos de ética y compliance, así como la identificación de los riesgos que se puedan presentar, buscando así la creación de lineamientos para la política pública anti soborno.

1 Análisis del compliance y gobierno corporativo como mecanismo para consolidar una Política Antisoborno en las sociedades de economía mixta en Colombia

1.1 Planteamiento del problema

Como primera medida y para dar claridad a los elementos específicos dentro de la presente investigación, resulta necesario previo al abordaje de la temática y su proceso evolutivo, establecer que, si bien, en el ordenamiento jurídico colombiano, los eventos de soborno que involucran cargos de administración pública se enmarcan en la conducta punible de cohecho, tipificado en el capítulo III, artículos 405 al 407 de la Ley 599 de 2000 Código Penal colombiano. No obstante, al realizar una revisión en materia doctrinal, es habitual evidenciar que dicha conducta, es delimitada y reconocida bajo la denominación de “soborno”. En razón a ello y teniendo en cuenta que dentro de la presente investigación se citan diversos lineamientos doctrinales será posible evidenciar dicha connotación al hacer referencia a la conducta punible descrita.

Ahora bien, dadas las claridades y en desarrollo de la temática propuesta, es pertinente indicar que en Colombia, la función administrativa ha sido designada por el constituyente como un criterio constitucional básico para garantizar el cumplimiento de los fines esenciales del Estado; puesto que, de ella depende el andamiaje normativo, misional y visional de la administración pública en cabeza del servidor público y de las instituciones de la administración (función administrativa activa); y la existencia y funcionamiento de la estructura e instrumentos de verificación de la legalidad, eficacia y eficiencia de dicha gestión (función administrativa pasiva).

El desarrollo de esta función tiene tres condicionantes principales: **i)** los principios establecidos en el artículo 209 de la Constitución Política de 1991, a saber: la igualdad, la

moralidad, la eficacia, la economía, la celeridad, la imparcialidad y la publicidad; **ii)** la estructura de la administración pública pre establecida en los artículos 1, 150 numeral 7, 300 numeral 7, 313 numeral 6 de la Carta Política y la ley 489 de 1998; y **iii)** las herramientas de la administración pública, específicamente el sistema de control interno; el sistema de desarrollo administrativo y el sistema de gestión de calidad.

Específicamente, el fundamento teleológico de dichos condicionantes radica en la necesidad del Estado de orientar, sistematizar, coordinar, corregir y mejorar la gestión administrativa, a fin de forjar un ambiente propicio para la generación de bienestar económico y social. En pro de ello, el Estado valiéndose de su estructura administrativa descentralizada, se ha vinculado paulatinamente en el mundo empresarial, a partir de figuras como la descentralización funcional o por servicios, la cual consiste en:

La asignación de competencias o funciones del Estado a ciertas entidades que se crean para ejercer una actividad especializada, tales como los establecimientos públicos, las corporaciones autónomas regionales, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta”. (Sentencia C-1050/01. (2001). Corte Constitucional, (Manuel Cepeda, MP).

Especialmente, en el campo de los negocios es destacable el alcance e impacto económico y social de las sociedades de economía mixta, toda vez que dichas sociedades surgen en razón a la necesidad de tecnificar las actividades industriales y comerciales del Estado y de estimular la economía a partir de la participación del sector privado. Estas sociedades tienen una naturaleza comercial, integran la rama ejecutiva del poder público y se encuentran vinculadas a Ministerios o Departamentos Administrativos.

En lo relativo a la constitución de su capital, estas sociedades están integradas con aportes estatales y privados independientemente del grado de participación que el Estado tenga en dicho capital. Por regla general, están sujetas al Régimen privado; no obstante, cuando el porcentaje de participación estatal es igual o superior al 90%, el régimen aplicable para las actividades y los servidores será el de las empresas industriales y comerciales del Estado.

El hecho de que sean entidades vinculadas, implica que cuentan con autonomía administrativa, financiera, personería jurídica y capital independiente para realizar actividades productivas; es decir, este tipo de sociedades cuentan con una capacidad de gestión independiente o autorregulación en los asuntos de orden jurídico, administrativo y contable, destacándose principalmente las siguientes atribuciones: “i) Capacidad de designar sus órganos de gobierno; ii) Poder de gestión de sus propios intereses y iii) Suficiencia financiera para el desempeño de sus competencias” (Sentencia C-1050/01.(2001).Corte Constitucional, (Manuel Cepeda, MP).

En este sentido, el Estado sólo regula los aspectos mínimos de dicha actividad; ya que, en virtud del principio de libertad económica y libertad de empresa, consagrado en el artículo 333 de la Constitución Política, la intervención del Estado en la esfera de los particulares es condicional o subsidiaria y sólo se justifica en el evento en que se configuren los requisitos formales o materiales sistematizados por la Corte Constitucional mediante sentencia C-365 de 2012, los cuales son:

i) necesariamente debe llevarse a cabo por ministerio de la ley; ii) no puede afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa; iii) debe obedecer a motivos adecuados y suficientes que justifiquen la limitación de la referida garantía; iv) debe obedecer al principio de solidaridad; y v) debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad”. (Sentencia C-365/12, (2012, 16 de mayo). Corte Constitucional, (Jorge Igancio, MP)

No obstante, la autonomía de las sociedades de economía mixta no es absoluta, por el contrario, depende de ciertos factores como el porcentaje de participación estatal dentro del capital social de la entidad. En razón a ello, el grado de las exigencias legales y constitucionales varían dependiendo de la naturaleza de los recursos que integran a la sociedad; por tal razón, existe una relación inversamente proporcional entre el grado de participación estatal y el grado de autonomía de la sociedad; es decir, a mayor porcentaje de participación del Estado menor grado de autonomía y viceversa, puesto que se trata de recursos que hacen parte del patrimonio público.

Lo anterior encuentra su justificación, ya que en Colombia existe un marco de responsabilidad social empresarial que obliga a las empresas a garantizar el cumplimiento de los estándares internacionales y nacionales de protección de derechos en el desarrollo de todas sus actividades, con el objetivo de prevenir actos que afecten bienes jurídicos, tales como la corrupción. (Sánchez, 2018). Dicha cuestión, implica según estableció el Alto Comisionado de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos ACNUDH, (2012), “la obligación de abstenerse de realizar alguna actividad que potencialmente pueda vulnerar un derecho, y asumir las consecuencias negativas en caso de que se vulneren”.

Así mismo, las sociedades de economía mixta deben garantizar el cumplimiento de los principios de la función administrativa, ya que, tal como lo estableció la Corte Constitucional en sentencia C-338 de 2011 “no es pertinente aludir a la violación de aquellos principios propios de la función administrativa por la circunstancia de que el legislador asigne a la entidad un régimen de derecho privado” (Sentencia C-338/11. (2011, 4 de mayo). Corte Constitucional, (Alberto Rojas, MP).

No obstante, en la actualidad, Transparencia Internacional, organismo no gubernamental encargado de promover medidas contra el crimen corporativo y la corrupción política a nivel

internacional, ha establecido que, según los índices de corrupción, Colombia ocupa el puesto 92 entre los 180 países más corruptos, pues obtuvo una calificación de 39 puntos de 100 posibles. De igual forma, se ha manifestado que, dentro de los problemas de corrupción en las empresas, el soborno presenta los mayores índices de comisión, por lo que las empresas deben enfocarse en prevenir conflictos derivados de la indebida administración corporativa. (Banco Mundial, la Corporación Financiera Internacional y el Foro Global de Gobierno Corporativo, 2015).

Frente a esta circunstancia, el Estado en el ejercicio de la función administrativa y en su calidad de garante del bien común, debe controlar la legalidad, eficacia y eficiencia de la gestión realizada por las sociedades de economía mixta, bajo el respeto del principio de subsidiariedad y libertad de empresa. Dicho control, se enfoca principalmente en supervisar que las actividades, operaciones y actuaciones del servidor público se realicen de acuerdo con las normas legales y constitucionales vigentes; pues a raíz de la omisión o extralimitación de sus funciones, se genera la afectación a los recursos públicos. Al respecto, la sentencia C-1258 de 2001 establece que:

La autonomía administrativa de las entidades descentralizadas por servicios radica en el ejercicio de competencias asignadas al ente descentralizado para que las ejerza bajo la supervisión o control de otras autoridades administrativas como los ministerios, unidades administrativas especiales, secretarías de despacho, etc. (Sentencia C-1258/01. (2001, 29 de noviembre). Corte Constitucional, (Cepeda Espinosa MP).

Frente a este estado de cosas, en el informe de rendición de cuentas 2003- 2005, la Superintendencia de Sociedades estableció que era necesario propender por la cultura de la responsabilidad social empresarial, a través de códigos de buen gobierno corporativo y procesos de pedagogía empresarial. No obstante, el Consejo de Política Social y Económica, a través del Consejo Nacional de Política Económica y Social, CONPES 3851, (2015) concluyó que:

El Estado enfrentaba grandes retos como propietario de sus empresas, para que estas pudieran generar valor económico y social. En términos generales, diagnosticó que no había claridad sobre su política empresarial, estándares mínimos de gobierno corporativo y los activos de su portafolio que estimaba estratégicos. Indicó que todo esto hacía que se mantuvieran participaciones ineficientes y, en general, incidía en el óptimo desempeño de las entidades. (p.3)

A pesar de lo anterior, actualmente no se ha consolidado un mecanismo articulado de gobierno corporativo en las sociedades de economía mixta, sólo existe una guía de buenas prácticas de gobierno corporativo emitido por la Superintendencia de Sociedades en el año 2020, así como unos controles en el ordenamiento jurídico enfocados en garantizar el cumplimiento normativo por parte de estas sociedades dentro de los cuales se encuentra: el control fiscal, control interno, control de tutela, control político y el control de supervisión ejercido por la Superintendencia de Sociedades de manera residual.

Si bien, estos controles cuentan con un respaldo constitucional y legal, ya que integran el hard law, no están enfocados de manera especializada en prevenir las actuaciones de abusos de poder que crean un ambiente propicio para la comisión del soborno por parte de los servidores públicos en las sociedades de economía mixta. Dicha cuestión, imposibilita que el Estado implemente las medidas necesarias para contrarrestar el flagelo de corrupción por soborno, toda vez que resulta imposible categorizar todos los posibles eventos en que se puede configurar un abuso de poder por parte de los servidores públicos.

Por esta razón, en el marco de la responsabilidad social empresarial las sociedades de economía mixta tienen el deber de actuar como garantes de los fines esenciales del Estado frente

aquellas situaciones en las que, por medio de sus organismos de control y de la función administrativa no pueden garantizar el cumplimiento normativo por ser imposible fácticamente.

A raíz de esta coyuntura países como España, Chile, Reino Unido, Alemania y Estados Unidos han adoptado un tecnología de poder denominada self regulation, que basándose en la facultad de autorregulación de las empresas para gestionar efectivamente sus negocios, les impone la obligación de adoptar e implementar un Programa de Cumplimiento normativo enfocado en prevenir, mitigar y reaccionar con debida diligencia ante los factores de riesgo que generan posibilidad de corrupción, so pena de responsabilidad penal y/o administrativa.

Así mismo, en el marco de esta tecnología se le ha otorgado relevancia a los Códigos de ética, toda vez que, son un instrumento que promueven actuaciones éticas en los miembros de las entidades, frente a asuntos sensibles; así mismo, orientan decisiones y procesos de gestión dentro de un marco de valores en el que se prevengan los conflictos de intereses.

En este orden de ideas, el gobierno corporativo, el compliance program y los códigos de éticos se constituye como un objeto de estudio pertinente frente al problema de corrupción por soborno en las sociedades de economía mixta, toda vez que el carácter ambiguo de los eventos en que puede presentarse el abuso de poder por los servidores públicos en estas sociedades, requiere no sólo la implementación de controles estatales, sino que la empresa en su capacidad de ejercer un control interno pormenorizado adopte mecanismos de cumplimiento enfocados en la gestión y prevención adecuada de los riesgos de soborno, que de la mano con una política de buen gobierno corporativo garantice la estabilidad de la empresa y del patrimonio público.

Por lo anterior, en la presente investigación se determinarán los lineamientos que debe contener una política antisoborno enfocada en prevenir la comisión del soborno en las relaciones

entre el servidor público y las sociedades de economía mixta, a partir de los elementos estructurales del programa de cumplimiento normativo y el buen gobierno corporativo.

1.2 Justificación

Esta investigación se realiza con el fin de determinar los lineamientos de una Política Antisoborno enfocada en prevenir la comisión del soborno en las relaciones entre el servidor público y las Sociedades de Economía Mixta, a partir de los elementos estructurales del Programa de Cumplimiento Normativo y el Gobierno Corporativo. Dicha cuestión, resulta de gran relevancia para contrarrestar la problemática de soborno que enfrentan las sociedades de economía mixta, toda vez, que los factores que generan dicho flagelo están relacionados con la falta de controles especializados en prevenir y gestionar aquellas conductas antijurídicas que genera un ambiente propicio para la corrupción.

Así mismo, la prevención y gestión del soborno requiere del diseño e implementación de estándares éticos que se integren en los lineamientos de la política antisoborno y en la estructura organizacional de los órganos de gobierno corporativo de estas sociedades, puesto que la arquitectura de control y prevención de los riesgos debe tener como parámetro no solo las normas técnicas de gestión emitidas por la International Organization for Standardization, sino que también deben estar orientadas a la transparencia y al compromiso ético por parte de los servidores públicos que ostentan cargos dentro de los órganos de gobierno.

Por lo anterior, es necesario que exista una política enfocada en la identificación, prevención y gestión de los riesgos de naturaleza legal, contable, administrativo, económico, estratégico y reputacionales a los que se exponen los servidores públicos que ostentan cargos de dirección, confianza y manejo dentro de las sociedades de economía mixta. No obstante, dicha

política deberá ser diseñada desde una perspectiva técnica y ética, que permita consolidar buenas prácticas empresariales, prevenir el conflicto de intereses y abuso de poder entre los órganos de gobierno y entre estos y los stakeholders, mejorar el desempeño de las sociedades de economía mixta y garantizar su competitividad, productividad y perdurabilidad.

1.3 Objetivos

1.3.1 *Objetivo general*

Determinar los lineamientos de una Política Antisoborno enfocada en prevenir la comisión del soborno en las relaciones entre el servidor público y las sociedades de economía mixta, a partir de los elementos estructurales del Programa de Cumplimiento Normativo y el Gobierno Corporativo.

1.3.2 *Objetivos específicos*

Identificar los elementos estructurales del gobierno corporativo, compliance program y códigos de ética que justifican la implementación de dichas herramientas, como medio para combatir el soborno en las sociedades de economía mixta.

Categorizar los elementos estructurales que debe contener la política antisoborno teniendo en cuenta la estructura del gobierno corporativo en las sociedades de economía mixta y los factores de riesgo que se presentan en la relación entre los servidores públicos y estas sociedades en materia de soborno.

Proponer los lineamientos de una política antisoborno enfocada en la prevención, mitigación y reacción ante los factores de riesgo que se presentan en la relación entre servidores públicos y sociedades de economía mixta, que generan un ambiente propicio para el soborno.

2 Marco teórico

2.1 Antecedentes

El Programa de Cumplimiento Normativo, reconocido en las siglas inglesas como “*Compliance Program*” es una herramienta gerencial integrada por un Sistema de Análisis, Control y Gestión de riesgos corporativos, Códigos Éticos y Principios de Gobierno Corporativo; cuya internalización e implementación es aplicable a las entidades públicas y privadas con el objetivo consolidar una cultura de respeto al derecho, legalidad y buenas prácticas en la estructura organizacional de la entidad. No obstante, los países que lo han adoptado limitan su exigibilidad para las personas jurídicas privadas, entre estos se destacan: Estados Unidos, Reino Unido, Chile, Italia, Alemania y España; siendo Estados Unidos, Chile y España los que cuentan con una legislación más completa.

Si bien la implementación de las políticas y normatividad en la materia se remonta a épocas contemporáneas propias del siglo XXI, en la cual se posicionó el Compliance como medio de regulación autónomo y se erigieron transformaciones en el desarrollo de los negocios, fue por el incremento de escándalos corporativos y de soborno durante la época de los setenta y ochenta que se propugna relevancia en la materia, ya que se determinó que los riesgos a los que se exponen las organizaciones en la ejecución de su objeto social, así como las consecuencias en el ámbito

político, económico, cultural y social generadas por la configuración de estos, afectan bienes jurídicos sociales y generan daños antijurídicos.

Tal es el caso “watergate” en Estados Unidos, en el que se evidenció un gran número de actividades ilegales que involucran tanto a funcionarios de compañías privadas, como aquellos que prestaban sus servicios en función del Estado; en este caso, se demostró que aproximadamente 400 empresas norteamericanas hicieron aportes financieros ilegales a la campaña de reelección del Presidente Nixon, así como también salieron a la luz casos de sobornos a funcionarios públicos nacionales y empresas nacionales y extranjeras.

Así mismo, en el caso de la compañía norteamericana Enron, considerada de las más estables de los Estados Unidos por 5 años consecutivos, se demostraron los fraudes y artificios contables que alteraron los resultados de los estados financieros, siendo una de las principales causales la implementación de prácticas de soborno dentro de la compañía y en las relaciones con terceros.

Frente a esta problemática, surgió la necesidad Estatal de regular los riesgos derivados de las actuaciones empresariales; sin embargo, dicho requerimiento implicaba una supervisión e intervención estatal pormenorizada, lo cual era inviable ya que el Estado no podía ejercer un control interno en todas las empresas. Por esta razón se estudió la posibilidad de implementar un sistema basado en el deber de autorregulación de las empresas “*self regulation*” que les exigiera demostrar la prevención, mitigación y reacción frente a los riesgos corporativos.

En este contexto, en 1977 se expidió la *Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)*, normativa que exigió la implementación de sistemas de control internos pertinentes y funcionales en las empresas para demostrar la procedencia e implementación de sus recursos financieros, la cual fue

complementada con la *International Antibribery and Fair Competition Act* y la OECD (Convention Combating Bribery) de 1997.

Sin embargo, dicha normativa obvió la importancia de los criterios éticos como factor para alcanzar una cultura adecuada de respeto al derecho; por ello, en 1991 la United States Sentencing Commission realizó la publicación de un *Manual de lineamientos* con carácter consultivo en el que se establecieron pautas para promover el desarrollo de un Programa de Cumplimiento empresarial acorde a la norma, que sentó las bases del “*Effective Compliance and Ethics Program*”, determinándose ciertos aspectos claves para la ética corporativa, como la importancia de contar con un Programa regido por principios y valores que permitieran consolidar actuaciones responsables de la empresa frente a los sujetos que pueden verse afectados por sus acciones “stakeholders”.

Pese a contar con estos avances, los escándalos financieros seguían evidenciándose; por esta razón, se expidió en el año 2002 la *Ley Sarabanes Oxley*, por medio de la cual se crearon incentivos para promover la implementación de este Programa y se enfatizó que era necesario internalizar principios éticos en la cultura empresarial. A raíz de esto, en el año 2017 el Departamento de Justicia publicó un nuevo Guidelines Manual, en el cual se estableció que la existencia y efectividad del Programa de Compliance y los esfuerzos de la empresa para corregir los riesgos, era un factor para evaluar la ética corporativa, así como la responsabilidad penal de la empresa, es decir, la entidad podría responder penalmente por la comisión de delitos societarios al no tener este programa.

Por su parte, el Reino Unido adoptó una postura más especializada, ya que expidió la normativa UKBA (*United Kindong Bribery Act*) o *Ley Antisoborno del Reino Unido* en la que se implantaron estrategias de lucha contra las prácticas más comunes de corrupción (soborno y sus

modalidades); dicha normativa constituyó la base para la Guía de los Procedimientos Adecuados, en la que se constataron cinco cuestiones esenciales que debían tener los Programas de Cumplimiento, y son a saber:

- a) las medidas adoptadas deben ser proporcionales a los riesgos y al tamaño del negocio;
- b) Se requiere el compromiso de los Directivos para asegurar que la organización desarrolla sus negocios sin incidir en soborno; c) debe ejecutarse un análisis de riesgos para lo cual se realizan auditorías (due diligence) de los terceros con los que interactúa la organización; d) el programa debe ser sencillo para que los involucrados lo conozcan y entiendan; y f) debe ser monitoreado, revisado y actualizado ya que los riesgos y otros factores relevantes pueden cambiar con el tiempo. (Guía de los procedimientos adecuados del Reino Unido, 2011)

Ahora bien, otros países europeos como Italia, Alemania y España han adoptado modelos de aplicación de Compliance para garantizar el buen gobierno y la prevención de delitos en las entidades financieras y otras organizaciones. Italia, ha desarrollado un modelo de compliance basado en la responsabilidad penal de la persona jurídica “criminal compliance”, aplicado a delitos concretos por los que se configure además responsabilidad administrativa, así por medio del Decreto Legislativo No. 231 de 2001 se penalizan delitos contra la administración pública, contra la fe pública, entre otros.

Sin embargo, en Alemania la implementación del Compliance ha sido diferente, ya que el Tribunal Supremo Federal Alemán en el año 2009 estableció que no existe un régimen de responsabilidad penal para las personas jurídicas, sino que existe un proceso sancionador y administrativo, que no impide endilgar responsabilidad penal a los miembros que integran la unidad de compliance de una compañía “*Compliance Officer*”, cuando estos se limitan al

cumplimiento mediocre de sus funciones, y no actúan de manera diligente dentro del marco de la legalidad, para evitar daños a la empresa.

Por su parte, España cuenta con un sistema de compliance ampliamente desarrollado desde el año 2010, fecha en que se reformó el Código Penal Español y se creó el régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica. Sin embargo, la evolución de este programa data de 1990, época caracterizada por la influencia de los mercados financieros en el desarrollo de las políticas empresariales ya que la economía española se soportó en las cotizaciones de bolsa que realizaban las empresas. Y se acelera entre los años 2008 y 2012 producto de la crisis financiera que atravesó Europa, en la que adquirió gran importancia sanear la corrupción en las entidades financieras y demás empresas, para estabilizar el mercado y atraer inversores.

En 1998, se elaboró el informe de Gobierno “Olivencia” con el objetivo de analizar las actuaciones de estas empresas y obtener bases para crear un Código Ético de Buen Gobierno de carácter facultativo, que direccionara la política empresarial y el control de los procedimientos. Sin embargo, en el año 2002, diferentes empresas se vieron involucradas en escándalos de corrupción, razón por la cual se creó la Comisión especial para el Fomento de la Transparencia y Seguridad en los mercados y en las sociedades cotizadas, que emitió el “Informe Aldama 2003” en el que se fijaron tres principios rectores de la ética empresarial: el principio de transparencia, debida diligencia y libertad de autorregulación.

A pesar de la importancia ética, estas medidas fueron insuficientes, ya que tenían un carácter facultativo; por eso, en el año 2006 el órgano asesor de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), creó el Código Unificado de Buen Gobierno “Código Conthe”, que a diferencia del anterior Código Ético tuvo pocos aspectos vinculantes.

Finalmente, en el 2015 la CNMV expidió el nuevo Código de Buen Gobierno, en el que se clasifican recomendaciones voluntarias y obligatorias y se crea un principio fundamental denominado “cumplir o explicar”, con base en el cual se exige una explicación cuando las recomendaciones obligatorias no sean aplicadas por las empresas.

Por otra parte, algunos países suramericanos han adoptado en sus legislaciones la exigibilidad del compliance, tal es el caso de Chile, que expidió la Ley 20.393 de 2009 o Ley modelo chilena sobre Compliance, con base en diversos Tratados Internacionales contra la corrupción; en dicha Ley se establece que la persona jurídica (representada por los organos de dirección, propiedad y gerencia) deben diseñar e implementar un programa de cumplimiento que prevenga la comisión de delitos como el lavado de activos, financiamiento al terrorismo y delitos de cohecho a funcionario público nacional o extranjero.

Ahora bien, en el caso colombiano no existe una ley marco o modelo de compliance exigible para las empresas y/o entidades públicas, no obstante, por medio de la Resolución 4559 de 2018 se exige a las entidades de salud el diseño e implementación de un modelo supervisión basado en riesgos, denominado “Modelo de Inspección, Vigilancia y Control” que exige implementar un sistema integral de gestión de riesgos fundamentándose en los lineamientos de compliance, con el objetivo de identificar y evaluar los factores de riesgos que representan mayores amenazas para las entidades vigiladas para evitar y mitigar su materialización.

Bajo una teleología similar, el ordenamiento jurídico ha otorgado a la Superintendencia de Sociedades la facultad de inspección, vigilancia y control con el objetivo de garantizar “la ejecución de las normas que gobiernan la formación, funcionamiento y objeto social de las sociedades mercantiles no vigiladas por otras Superintendencias para que se ajusten a la ley y los estatutos” (Superintendencia de Sociedades, 2006, p.1). Dentro de estas Sociedades, se encuentran

las Sociedades de Economía Mixta, definidas como organismos descentralizados por servicios, constituidas como Sociedades Comerciales, autorizadas por la ley y con autonomía financiera, cuyo capital social se encuentra integrado por aportes públicos y privados.

Por regla general, dichas Sociedades están sujetas a las reglas de derecho privado, no obstante, existen ciertas excepciones, ya que, dependiendo del porcentaje de participación estatal, el grado de responsabilidad social varía, pues se trata de empresas que manejan recursos de la administración pública. No obstante, en la actualidad las Sociedades de Economía mixta se han visto involucradas en actuaciones de abuso de poder y de soborno, tal es el caso de la Sociedad “Valor +” una empresa constituida por aportes de capital privado y dineros públicos provenientes del Instituto para el Desarrollo de Antioquia (IDEA).

Según estudios realizados, se identificó que en dicha entidad se han presentado indebidas contrataciones con el objetivo de beneficiar ciertos sectores políticos. Según el diario Razón Pública:

Denuncian que Valor + ha sido utilizada para todo tipo de contrataciones “asignadas a dedo, con sobrecostos y mal ejecutadas”. En 2016 y 2017 el valor de esos contratos ascendió a 16.960 millones de pesos. La investigación identifica a los funcionarios y beneficiarios de la empresa, donde fueron nombrados allegados de socios políticos y financiadores de la campaña de Luis Pérez, el actual gobernador de Antioquia. Pero además menciona 31 “aliados estratégicos” con los cuales Valor + ha adelantado contratos de distinta índole. (Suarez, Aurelio. (2019). La “economía mixta”: lo último en contratación pública y corrupción. Diario Razón Pública).

De igual forma, se han presentado casos de soborno en Sociedades de Economía Mixta de la ciudad de Barranquilla- Atlántico, bajo el mandato de Alejandro Char; según el Periódico

Heraldo “las Sociedades de Economía Mixta adjudicaron los contratos de construcción de parques, juegos deportivos y obras de todo tipo, a familias políticas amigas del mandatario como los Gerlein, Arce y Donado”. (Diario Razón Pública (como se citó en el periódico el heraldo, 2019)).

Adicionalmente, es posible evidenciar situaciones que han marcado la historia del país, eventos en los que han sido notorias las prácticas de soborno y actuaciones inadecuadas dentro del proceder de las compañías, siendo éstas pertenecientes al sector público en mayor medida, tales como el escándalo de Odebrecht, que involucró en su proyecto más grande en Colombia una sección de la autopista conocida como Ruta del Sol, cuyo costo estimado es de 2.500 millones de dólares pero entre 2009 y 2014, la compañía pagó millonarios sobornos para adjudicarse el contrato, mientras que se aseguró en repetidas ocasiones que desconocían los pagos ilegales, el carrusel de la contratación de Bogotá, Inter bolsa, Reficar, agro ingreso seguro, como unos de los principales casos en el país.

A raíz de esta problemática, se expidió una norma considerada como una de las más relevantes en materia de soborno transnacional, la Ley 1778 de 2016, la cual define el régimen sancionatorio, las disposiciones procedimentales dirigidas a combatir y prevenir la conducta de soborno transnacional y regula de manera especial la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción transnacional, consagrando como uno de los criterios para la graduación de las sanciones por hechos de soborno transnacional, la existencia, ejecución y efectividad de los programas y mecanismos de transparencia, ética empresarial, mecanismos internos anticorrupción y de auditoría.

En este orden de ideas, estos antecedentes evidencian que ninguno de los países que actualmente exigen Programas de Compliance para las entidades privadas, han establecido en su

ordenamiento jurídico la obligatoriedad de implementar un sistema de cumplimiento normativo y de gestión de riesgos para las entidades estatales, por lo que se evidencia una ausencia de antecedentes de regulación y aplicación del Compliance en el derecho administrativo, no así en el ámbito penal y financiero, en el que existe un desarrollo notable sobre la materia.

No obstante, frente a los casos de corrupción por soborno que enfrentan las Sociedades de Economía Mixta, resulta pertinente analizar la herramienta gerencial del Compliance como un aspecto fundamental del Gobierno Corporativo desde una perspectiva estratégica, pues tal como lo demuestra el referente internacional es un mecanismo idóneo para estructurar el diseño e implementación de un Programa de Cumplimiento que promueva el cumplimiento de las normas bajo estándares éticos e inteligentes.

2.2 Marco Normativo

En el marco internacional y nacional no se han expedido normas en materia de Public Compliance; no obstante, existe un desarrollo normativo transnacional sobre el Compliance y su implementación en las personas de derecho privado, así como normatividad que regula aspectos esenciales para el funcionamiento de este programa, tales como, el gobierno corporativo y la corrupción nacional y transnacional en el ámbito empresarial. Dichas normativas deberán estructurarse en el marco de los principios constitucionales y legales que orientan el Gobierno Corporativo y la función administrativa, así como los aspectos diferenciales de las Sociedades de Economía Mixta respecto a otro tipo de sociedades con régimen privado.

Por lo anterior, la estructura normativa de la presente monografía será la siguiente: **i)** Principios de Gobierno Corporativo y la función administrativa; **ii)** Normativa internacional sobre compliance; **iii)** Normativa internacional y nacional sobre corrupción (especialmente sobre

soborno); **iv)** Normativa nacional de la función administrativa; y **v)** Normativa nacional sobre las Sociedades de Economía Mixta.

2.2.1 Sobre los principios de Gobierno Corporativo y de la función administrativa

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) ha establecido seis capítulos en los que se encuentran implícitos los principios de buen gobierno corporativo, entendido este como “el sistema mediante el cual las compañías son dirigidas y controladas con el fin de garantizar su correcto funcionamiento” (Informe Cadbury, 1992); No obstante dichos principios se adaptarán a la realidad de cada empresa, pues no existe un modelo único de buen gobierno, sino que hay elementos comunes que subyacen a todos los modelos, como la transparencia, la rendición de cuentas, la supervisión, el medio ambiente, la ética empresarial y las prácticas anticorrupción.

En este orden de ideas, la OCDE se refiere al “marco eficaz para el gobierno corporativo”, con base en el cual instiga a las personas jurídicas a adoptar un marco legislativo, reglamentario e institucional sólido, claro y específico que rijan las esferas de dirección de la estructura empresarial, de manera que se garantice la transparencia y confianza en las entidades, es decir, que no se limite a lo exigido por la ley, sino que incluya normativa voluntaria para la consolidación de buenas prácticas, tales como Códigos de Gobierno Corporativo y Códigos Éticos.

Así mismo, es imprescindible que existan “Derechos y un tratamiento equitativo de los accionistas” independientemente de si son minoritarios y/o extranjeros, pues detentan roles fundamentales en el gobierno corporativo. De la misma manera, la OCDE hace énfasis en el papel de los actores de la organización, ya que concibe a la cooperación entre los miembros de la empresa como un recurso para construir entidades sólidas a largo plazo, en la medida en que se afiancen

los mecanismos de gestión para garantizar el cumplimiento normativo. A su vez, dichos mecanismos pretenden afianzar la comunicación y transparencia, pues es fundamental que existan canales de interacción organizacional por medio de los cuales se garantice la suficiencia y transparencia en la información financiera y no financiera relevante.

No obstante, lo anterior será efectivo siempre que existan responsabilidades del consejo de administración y de organismos independientes funcionalmente en el control y supervisión de las políticas corporativas, planes estratégicos y programas de cumplimiento aplicables para la dirección estratégica de la empresa, por lo que la rendición de cuentas juega un papel fundamental en los ámbitos de propiedad (asamblea general de accionistas), dirección (junta de socios o instancia similar) y gerencia (administradores). De esta manera, se proporcionan incentivos para generar confianza y atraer a inversores institucionales.

Ahora bien, en lo que refiere a la función administrativa, el concepto 106181 de 2019 establece:

La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios del artículo 209 de la Constitución Política. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley. Concepto 106181 de 2019 (Departamento Administrativo de la Función Pública). 03 de abril de 2019.

Es por ello, que la función administrativa puede entenderse como el conjunto de actividades desempeñadas por servidores públicos y por particulares que sean autorizados por el Estado, los cuales hacen parte de la rama ejecutiva del poder público, en concordancia, el artículo 209 de la Constitución Política de 1991 consagra los principios que orientan la función

administrativa, que son: la igualdad, la moralidad, la eficacia, la economía, la celeridad, la imparcialidad y la publicidad; sin embargo, también existen otros principios relevantes para la gestión pública como la legalidad o debido proceso; la coordinación de las actuaciones administrativas, y el principio de transparencia.¹

La legalidad administrativa es el principio rector del derecho público, ya que con base en él se exige la observancia del debido proceso en todas las actuaciones jurídicas para salvaguardar los derechos constitucionales, este principio se articula con los artículos 6, 123 y 269 de la Carta Magna, en la medida en que exige un riguroso cumplimiento de la normativa administrativa, disciplinaria y funcional impuesta a los servidores públicos, quienes pueden ser declarados responsables por la omisión y/o extralimitación de sus funciones.

Sin embargo, este principio no es absoluto, ya que se encuentra supeditado a la observancia de la moralidad administrativa, tal como lo ha establecido el Consejo de Estado en el fallo 166 de 2001, al advertir que la función administrativa no se rige por una mera legalidad, sino también por valores supraleales, que están vinculados “con los principios, valores y virtudes proclamados por la Constitución” (Consejo de Estado, Fallo 166, 2001).

Otro criterio de inusitada importancia es la coordinación que debe observarse en el proceso de formulación, implementación y evaluación de las políticas, planes, programas y demás herramientas técnicas - operativas de carácter administrativo y organizacional en las entidades públicas; con base en este principio se consolidan las herramientas de la administración pública, a

¹ Para ser efectivos dichos principios el Estado posee una estructura organizacional fundamentada en la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones en entidades encargadas de la administración pública.

saber: el Sistema de Control Interno, el Sistema de Desarrollo administrativo y el Sistema de Gestión de calidad.

Dichas herramientas, sientan las bases estructurales para garantizar el cumplimiento de los objetivos de las entidades y de los principios de la función administrativa a partir de instrumentos que se adapten al esquema de la organización, teniendo como eje central: **i)** el cumplimiento de los deberes funcionales del servidor público y los principios y módulos del Modelo Estándar de Control Interno MECI (sistema de control interno); **ii)** las políticas de desarrollo administrativo, especialmente las Políticas de gestión de la calidad, moralización y transparencia de la administración pública, y de rediseños organizacionales (Sistema de Desarrollo administrativo) y **iii)** la estructura para la operatividad del Sistema de desarrollo administrativo, cuyo fin es garantizar la evaluación y mejora continua de los procesos (Sistema de gestión de calidad).

En concordancia con este principio, el criterio de eficacia exige a la administración pública la obligación de adoptar y ejecutar las medidas de prevención adecuadas para garantizar el cumplimiento normativo. Por su parte, el principio de transparencia tiene un alcance significativo ya que se articula con el principio de publicidad para exigir un ejercicio visible de la administración pública.

En esta medida, dentro del ordenamiento jurídico se han contemplado aspectos conexos y encaminados a lograr el cumplimiento de dichos principios, tal es el caso de la Ley 1778 de 2016 la cual regula aspectos sobre la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción transnacional y se dictan otras disposiciones en materia de lucha contra la corrupción, de la misma manera con la ley 1474 de 2011 se determinaron aspectos relativos a orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.

Ahora bien, a nivel internacional, países como España, Reino Unido y Estados Unidos han desarrollado bases normativas en la materia, en miras de garantizar una buena gobernanza empresarial e internalizar la ética corporativa.

2.2.2 Normativa internacional sobre Compliance

Tal es el caso del *COSO (Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission) de EE. UU*, que se creó con el objetivo de confeccionar marcos de actuación y facilitar orientación sobre la gestión empresarial, el control interno y la eliminación del fraude tanto en entidades públicas como en organizaciones de carácter privado. A la fecha este comité ha desarrollado tres informes denominados COSO I, II y III.

El COSO I, estableció la metodología y componentes del control interno, entendido como el proceso mediante el cual los directivos de una empresa y personal de vigilancia garantizan el cumplimiento de las leyes, salvaguardan los recursos y aseguren la eficiencia en las operaciones. Por su parte, el COSO II, creó el marco integral para la gestión del riesgo centrado en cuatro componentes: la identificación, evaluación y respuesta al riesgo, y la creación de objetivos para la alcanzar las metas; y el COSO III actualizó el contexto de la aplicación del control interno ante la influencia de la globalización.

Por otra parte, en Europa una de las normas más relevantes es la MIFID (Directiva de mercado de instrumentos financieros) la cual figura como precursora del “Compliance officer”, esta norma establece que en las entidades financieras debe existir una Unidad encargada exclusivamente de velar por el cumplimiento normativo en cada nivel de la organización; sin embargo, precisa que la responsabilidad última del cumplimiento recae en los administradores de la entidad, directores generales y quienes desarrollen en la entidad funciones de alta dirección. No

obstante, las disposiciones de esta normativa pueden ser aplicadas a entidades que no son financieras.

Ahora bien, la Organización Internacional de Estandarización (ISO) con el objeto de crear normas técnicas para gestionar procesos organizacionales con calidad, expidió la *ISO 19600* o Sistema de Gestión de Compliance, por medio del cual creó un marco de referencia transversal sobre los procesos de diagnóstico, implementación, evaluación, mantenimiento y mejora que se pueden adoptar en cualquier organización (sea pública o privada) para prevenir, reaccionar y contrarrestar integralmente los riesgos económicos, legales, operacionales, entre otros, a los que se exponen las organizaciones en el desarrollo de su objeto social. Dicha norma tiene como elementos centrales el cumplimiento legal, la transparencia, la ética corporativa y el buen gobierno corporativo.

No obstante, dicha ISO tuvo como referencia otras Normas Técnicas, tales como la *ISO 9001* por medio de la cual se crea el Sistema de Gestión de Calidad (base de la *Norma Técnica de Calidad NTC 1000* que adopta Colombia para gestionar la calidad de los procesos en la Rama Ejecutiva) y la *ISO 31000* por medio de la cual se crea el Sistema de Gestión de Riesgos.

2.2.1 Normativa internacional sobre corrupción.

Así mismo, este marco normativo técnico e internacional, ha servido de referencia para que Reino Unido expidiera la *Ley Anticorrupción*, por medio de la cual se establecen seis principios estratégicos para luchar contra las prácticas más comunes de corrupción, (BRIBERY ACT [UKBA], 2011) “aceptar un soborno, sobornar, sobornar a funcionarios públicos extranjeros y ser empresa y no disponer de protocolos o mecanismos para impedir la corrupción”; dichos principios

son: proporcionalidad, compromiso de la alta dirección, evaluación del riesgo, diligencia debida (due diligence), comunicación y revisión y monitoreo.

Ahora bien, esta norma constituye el pilar de la *ISO 37001* por medio de la cual se crea el Sistema de Gestión por Soborno, en el que se recopilan las mejores prácticas empresariales para combatir el soborno, principalmente las establecidas en la BS 10500: Anticorrupción y ética empresarial creada por British Standard Institute (bsi); las Directrices OCDE sobre gobierno corporativo y corrupción; la Bribery Act (2010) y las Resource Guide to US Corrupt Practices Act (2012). Dicho sistema de Gestión por Soborno tiene como elementos esenciales la evaluación del riesgo y la debida diligencia o “due diligence”.

Análogamente, uno de los instrumentos internacionales más relevantes es la *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción* ratificada por Colombia mediante la ley 970 de 2005, toda vez que fija herramientas relacionadas con los preceptos del compliance program para promover una cultura de rechazo a la corrupción. Entre estas medidas se destacan:

- i) adoptar en las instituciones públicas y privadas, códigos o normas de conductas éticas para asegurar el debido cumplimiento de las funciones públicas; ii) Crear medidas disciplinarias o de otra índole contra todo funcionario público que transgredan dichos códigos.; iii) Adoptar sistemas para prevenir el conflicto de intereses; iv) crear canales de denuncia contra los actos de corrupción que los funcionarios públicos conozcan en el ejercicio de sus funciones. v) crear sistemas eficaces y eficientes de gestión de riesgos y control interno que permita detectar los actos de corrupción; y vi) garantizar la publicidad de la información, la interacción de la sociedad y emitir informes periódicos sobre los riesgos de corrupción en la administración pública (Convención de Mérida, 2004).

En este mismo sentido, la *Convención Interamericana contra la Corrupción*, ratificada por Colombia mediante la Ley 412 de 1997, promueve la cooperación internacional entre los Estados partes para adoptar medidas enfocadas en prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción en la función pública, entre las cuales se destacan: i) la creación, mantenimiento y fortalecimiento de normas de conductas honorables; ii) la existencia de un Mecanismo de Seguimiento a la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción (MESICIC) que funciona a partir de dos órganos: la Conferencia de Estados Parte y el Comité de Expertos; y iii) la consolidación de mecanismos que permitan al funcionario público internalizar las normas éticas que rigen sus funciones (*Convención Interamericana contra la Corrupción*, 1997).

Frente a este contexto, es de gran importancia la *Convención para Combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales* y su anexo de la OCDE, ya que en dicho instrumento se consagran los criterios sancionatorios y preventivos que deben poseer las medidas adoptadas por los Estados Partes para combatir el Cohecho transnacional, entre los que se encuentran: i) crear sanciones eficaces y disuasorias en los países que no cuentan con un régimen de responsabilidad penal para las personas jurídicas; ii) potencializar la prevención del cohecho mediante instrumentos como la auditoría externa, los controles internos, la ética y el cumplimiento; y iv) asegurar que las leyes nacionales garanticen la cooperación (*Convención para Combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales*, 1997).

Es por ello, que la ley 599 del 2000 (código penal), tipificó las diferentes formas como se puede presentar el cohecho, como lo son: i) cohecho propio (artículo 405): Se reguló como aquel acto donde el servidor público que reciba para sí o para otro, dinero u otra utilidad, o acepte

promesa remuneratoria, directa o indirectamente, para retardar u omitir un acto propio de su cargo, o para ejecutar uno contrario a sus deberes oficiales; ii) cohecho impropio (artículo 406): se configura, cuando el servidor público acepta para sí o para otro, dinero u otra utilidad o promesa remuneratoria, directa o indirecta, por acto que deba ejecutar en el desempeño de sus funciones; y iii) cohecho por dar u ofrecer (artículo 407), se configura, cuando determinada persona dé u ofrezca dinero u otra utilidad a servidor público, en los casos previstos en los dos artículos anteriores. Ley 599 del 2000. (2000, 24 de julio). Congreso de la República. Diario Oficial.

Por otra parte, las recomendaciones emitidas por el *GAFIT* y el *GALIFAT*² sientan como fundamento que la prevención y el control son estrategias claves para combatir el blanqueo de capitales proveniente de actividades delictivas, dichas recomendaciones tienen diferentes ejes temáticos, dentro de los que se destaca la corrupción y el soborno.

A propósito de este marco internacional, Colombia ha desarrollado en su ordenamiento jurídico interno, un marco normativo enfocado en regular las conductas del servidor público y de los particulares que ejercen funciones públicas (especialmente administrativas) en las entidades públicas, así como en las Sociedades de Economía Mixta en las que los servidores públicos ostentan cargos de dirección, confianza y manejo dependiendo del porcentaje de participación estatal.

Dentro de la normativa nacional referente a esta materia se encuentra la Ley 87 de 1993, por medio de la cual se crea el Sistema de Control Interno en las entidades y organismos del Estado.

²() El Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica (GAFILAT) es una organización intergubernamental de base regional que fue creado a semejanza del Grupo de Acción Financiera contra el Blanqueo de Capitales (GAFI), reemplazó al GAFISUD y se adhirió a las 40 Recomendaciones emitidas por dicho Grupo como estándar internacional para contrarrestar el lavado de activos y financiación del terrorismo. Colombia hace parte de dichos grupos. (Grupo de acción financiera de Sudamérica, 2013).

Dicho Sistema se concibe como el conjunto de instrumentos integrados (políticas, normas, procedimientos, recursos, planes, programas, proyectos, metodologías, sistemas de información, y tecnologías) en pro de garantizar el cumplimiento de los objetivos de la entidad y de los principios de la función pública, teniendo como base el esquema organizacional de cada entidad y las funciones de los servidores públicos o particulares que desempeñen funciones públicas.

En este contexto, el control interno ha sido catalogado por la sentencia C-826 de 2013 como “un control disciplinario, pues el derecho disciplinario, tiene dos tipos de controles: el interno que ejerce la misma administración pública (poder sancionatorio) y el externo (que ejerce la Procuraduría)”, aspecto que posteriormente fue abordado por la *ley 1952 de 2019* por la cual se expide el Código General Disciplinario. Dicho Código establece los lineamientos y adecuaciones de la ley disciplinaria, las directrices que regulan las conductas del servidor público, enfatiza su contenido en la delimitación y diferenciación de la infracción disciplinaria.

De igual manera, cabe precisar que el *Decreto 943 de 2014*, actualizó el Modelo estándar de Control Interno (MECI); el cual se elaboró teniendo como referente tendencias internacionales sobre la materia, entre las que se destaca el COSO; en el cual se determinan las generalidades y estructura necesaria para establecer, implementar y fortalecer un Sistema de Control Interno en las entidades y organismos obligados a su implementación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5° de la Ley 87 de 1993.

Frente a este modelo estándar, el *Decreto 430 de 2016* estableció que corresponde al Departamento Administrativo de la Función Pública (DAFP) la formulación, instrumentalización, difusión, asesoría y evaluación de la política de control interno con énfasis en su función preventiva, de gestión del riesgo y control y de apoyo al proceso de toma de decisiones. Así mismo, la *ley 2016 de 2020* implementa el Código de integridad del Servicio Público Colombiano

expedido por el DAFP, con el objetivo de realizar la evaluación y el seguimiento a las prácticas ejecutadas por las entidades estatales.

A su vez, este Sistema de control se articula con el Sistema de Desarrollo Administrativo creado por la *Ley 489 de 1998* y el Sistema de Gestión de Calidad, creado por la *Ley 872 de 2003*, los cuales según el artículo 133 de la *Ley 1753 de 2015* se integran como un solo Sistema de Gestión, enfocado en fortalecer la capacidad administrativa y el desempeño institucional de las entidades públicas, así como dirigir y evaluar el desempeño institucional en términos de calidad y satisfacción social.

Específicamente, la *Ley 489 de 1998*, establece que las entidades públicas deben aplicar un conjunto de políticas, metodologías, técnicas y mecanismos de carácter administrativo y organizacional para la gestión y manejo de los recursos de la entidad, que pueden ser de carácter humano (servidores públicos), técnico, financiero, etc., con el objetivo de afianzar su capacidad administrativa y promover la coordinación y colaboración interinstitucional en la administración pública.

En pro de consolidar dicho objetivo, se expide el *Decreto 3622 de 2005* en el cual se adoptan las Políticas de desarrollo Administrativo, destacándose las del Desarrollo del Talento Humano; Gestión de la Calidad; Moralización y Transparencia; y Rediseños Organizacionales; y se establece la estructura para la operatividad del Sistema de Desarrollo Administrativo. Este Decreto desarrolla el artículo 17 de la *ley 489 de 1998*, la cual en su artículo 1 establece que aplica para las Sociedades de Economía Mixta, en concordancia con el artículo 42 de la referida ley.

Por su parte, la *ley 872 de 2003*, establece que el Sistema de Gestión de Calidad es “una herramienta de gestión sistemática que permite dirigir y evaluar el desempeño institucional, en términos de calidad y satisfacción social en la prestación de los servicios a cargo de las entidades

y agentes obligados” (Ley 872, 2003, art.1). Dicha ley, es desarrollada a partir de la norma técnica de gestión de calidad de la administración pública (NTC 1000 de 2004), la cual, a su vez, sigue los parámetros de la ISO 9001, entre los que se encuentran la necesidad de determinar la estructura organizacional de las entidades, las funciones de sus miembros, así como detectar, corregir y controlar los riesgos de incumplimiento normativo, entre otros.

Adicionalmente, dicha ley fue reglamentada por el *Decreto 4485 de 2009*, que determina las generalidades y los requisitos mínimos para establecer, documentar, implementar y mantener un Sistema de Gestión de la Calidad en los organismos, entidades y agentes obligados conforme al artículo 2° de la Ley 872 de 2003, el cual a su vez fue compilado por el *Decreto 1083 de 2015*.

Ahora bien, la *Ley 1474 de 2011* o Estatuto Anticorrupción, dictaminó disposiciones orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y establecer la efectividad del control de la gestión pública. Dicha Ley se vale de la *ley 1712 de 2014* (Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública), la cual es aplicable a toda entidad pública en todos los niveles de la estructura organizacional del Estado. Así mismo, se relaciona con el Decreto 338 de 2019, el cual modifica el Decreto 1083 de 2015, en lo relacionado con el trámite que debe surtirse por el jefe de Control Interno en el seguimiento y evaluación de los procedimientos irregulares de una entidad, y a su vez crea la Red Anticorrupción, la cual está:

Integrada por los jefes de Control Interno o quien haga sus veces, con el objetivo de identificar los riesgos de corrupción, para articular acciones oportunas y eficaces en la identificación de casos o riesgos de corrupción en instituciones públicas, para generar las alertas de carácter preventivo frente a las decisiones de la administración, promoviendo la

transparencia y la rendición de cuentas en la gestión pública. (Decreto 338 de 2019. (2019, 04 de marzo). Presidencia de la República.

De la misma manera, con la incorporación de la Ley 1778 de 2016 por medio de la cual se modifica el Estatuto anticorrupción, se abarcaron los lineamientos de responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por soborno de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales y permite estructurar aspectos del régimen sancionatorio aplicable, de la misma manera delimita su procedimiento e incorporación con el fin de conceder activamente todos los lineamientos requeridos para la consecución de los objetivos para los cuales fue creada.

Siendo la función principal de regulación, vigilancia y control designada a la superintendencia de sociedades, entendida como el ente promotor de la implementación de lo allí descrito. La incorporación de programas como ética empresarial y los elementos propios de la estructura penal permiten establecer aspectos que conduzcan a la disminución de los casos de corrupción que se presentan.

Así las cosas, a partir de la carencia evidenciada se expidió la circular externa 100-000011 de 2021 por medio de la cual se derogan las instrucciones administrativas y recomendaciones relacionadas con la adopción del Programa de Transparencia y Ética Empresarial contenido en la circular 100-000003 de 2016. Toda vez que, se demostró la necesidad de indagar a fondo en los lineamientos administrativos y la estructura normativa implementada, incorporando así, la exigibilidad de mecanismos internos de auditoría, control, prevención y políticas anticorrupción como medios para evitar eventos de soborno y corrupción al interior de la empresa.

Dentro de la circular en mención se da incorporación no sólo la identificación y gestión de los riesgos de soborno trasnacional sino se estructuran elementos contra las prácticas corruptas en

el ámbito empresarial y su relación con las entidades estatales. Previo a esta incorporación ya se habían establecido ciertos elementos para promover todo este rechazo a dichas prácticas, no obstante, las mismas eran facultativas para los sectores económicos mencionados no de carácter obligatorio como se instauró con la circular emitida.

A su vez, es relevante mencionar que El Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES), dio creación al documento 3851 de 2015, con el objetivo de que los recursos invertidos en empresas industriales y comerciales del Estado, sociedades de economía mixta y empresas sociales del Estado que llevan a cabo una actividad industrial o comercial generen mayor valor económico y social, por medio de herramientas de buen gobierno corporativo, un mejor direccionamiento estratégico y un mecanismo constante de rendición de cuentas. Así las cosas, se estableció un marco general en materia de propiedad del Estado, que resalta lo esencial de definir y vigilar la adopción de los mandatos de las empresas públicas, incluidos los esquemas financieros, frente al capital y los niveles de manejo de riesgos, logrando así fortalecer el gobierno corporativo al interior de la empresa.

2.2.2 Normativa nacional sobre las sociedades de economía mixta

El Decreto 410 DE 1971 (Código de Comercio) en su artículo 461 establece que “las Sociedades de Economía Mixta son sociedades comerciales que se constituyen con aportes estatales y privados, las cuales están sujetas al Régimen privado, salvo disposición legal en contrario”. Dichas sociedades, según el *artículo 38 de la Ley 489 de 1998* pertenecen a la Rama Ejecutiva del poder público, específicamente al sector descentralizado por servicios, encontrándose vinculadas a Departamentos Administrativos o Ministerios.

El hecho de que sean entidades vinculadas implica que cuentan con autonomía administrativa, financiera, personería jurídica y capital independiente para realizar actividades productivas; específicamente las Sociedades de Economía Mixta realizan actividades industriales y comerciales, tal como se consagra en el artículo 8 de la Ley 1050 de 1968. Según el artículo 4 de la Ley 489 de 1998, son un instrumento utilizado por el Estado para satisfacer la función administrativa; pues, se busca se vale de la especialidad técnica y operativa del sector privado para generar bienestar y abastecer de las necesidades de la población.

Es importante precisar que dichas sociedades pueden constituirse bajo cualquiera de las formas de sociedad previstas en el Código de Comercio, es decir, como sociedades colectivas, en comandita simples, comandita por acciones, acciones sociedades anónimas y sociedades anónimas simplificadas, ya que la ley colombiana no señala ninguna en especial. No obstante, para su constitución requieren i) estar autorizadas por ley, ordenanza o acuerdo y ii) realizar un contrato de sociedad; tal como lo establece el artículo 462 del Código de Comercio.

Ahora bien, en el párrafo primero del artículo mencionado se establece que, si el porcentaje de participación estatal supera el 90% del capital social, el Régimen aplicable será el de las Sociedades Industriales y Comerciales del Estado, es decir, les aplica las disposiciones de Control Interno de la Ley 87 de 1993. En este caso, el Decreto 3135 de 1968 y la Ley 128 de 1976 establecen que los trabajadores se consideran como trabajadores oficiales y que los miembros de dirección, confianza y manejo (Junta directiva, gerentes, directores o presidentes) de estas Sociedades serán servidores públicos y están sujetos al régimen de inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades de los miembros de las juntas directivas de las entidades descentralizadas y los representantes legales de esta.

En este mismo sentido, el artículo el artículo 2 de la Ley 80 de 1993 establece que “las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado tenga una participación superior al 50% serán consideradas como entidades estatales en materia de contratación, y estarán sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”, cuestión que es reafirmada por el Artículo 93 de la Ley 1474 de 2011 por medio de la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.

No obstante, si la participación estatal es inferior al 90%, no se aplican las disposiciones de la Ley 87 de 1993, sino que tal como lo estableció la Ley 222 de 1995, la Superintendencia de Sociedades asume la facultad de Supervisión y Control, bajo la condición de que en el acta de constitución de la Sociedad de Economía Mixta no se atribuya la supervisión a otro organismo del Estado; en dicho acto, también deberán estar determinados los requisitos, inhabilidades e incompatibilidades en marco de su control interno.

2.2.2.1 Estado del Arte. El desarrollo jurídico del Compliance Program se ha consolidado significativamente en la doctrina internacional a raíz de los estudios científico-dogmáticos realizados por diferentes académicos en el marco del derecho penal, la política criminal transnacional, y el derecho económico y empresarial, en el que se abordan temáticas de ética pública, buenas prácticas y gobierno corporativo, destacándose juristas como Adán Nieto Martín, Costa Marcé, Montenegro Gálvez, Echazarreta Soler, Luisa Montuschi y Gonzalo Pérez.

Sin embargo, la comunidad académica no ha otorgado una relevancia paralela al estudio del compliance como mecanismo jurídico para garantizar la gestión pública, por lo tanto, el avance doctrinal en la materia específica es exiguo, empero, juristas como Gutiérrez Pérez, María

Ryndack y André Guaragni han realizado aproximaciones a esta temática. Por lo anterior, es necesario precisar que, si bien la presente investigación está enfocada en el derecho público y empresarial, será necesario abordar ciertos aspectos en el ámbito del derecho penal, toda vez que los elementos del compliance se desarrollan en este contexto.

Tal cuestión la pone en manifiesto el doctrinante Nieto Martín en su investigación “Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa,” quien previo a la inclusión de los delitos societarios en el Código Penal Español (momento en que empieza a consolidarse el compliance en España) se pronunció sobre la influencia del gobierno corporativo en la política criminal, ya que este tipo de gobierno tiene como base una tecnología de poder denominada “self regulation” o poder de autorregulación, mediante el cual los entes de derecho privado diseñan, implementan, evalúan y mejoran un sistema de dirección, gestión y control interno empresarial.

Según el autor, dicha facultad autorreguladora se convertiría en una estrategia sofisticada de control Estatal, que lejos de flexibilizar el principio de legalidad, impondría cargas de gestión y control interno a la entidad, “enfocadas en regular y supervisar pormenorizadamente un buen número de situaciones que, debido a la complejidad técnica, legal o ética existente en muchos sectores, la ley no está en condiciones de regular (Nieto Adán, 2008, p.5).

De esta manera, se conmina a las entidades a diseñar e implementar modelos de conducta y procesos verificables que promuevan el desarrollo empresarial dentro de un marco de responsabilidad social, es decir sin afectar intereses públicos y colectivos institucionalmente protegidos, garantizando en palabras de Nieto (2008) “la prevención y esclarecimiento de los delitos que atenten contra los bienes jurídicos afectados por la actividad empresarial” (p.2).

Esta investigación es utilidad para la presente monografía, ya que las sociedades de economía mixta son entidades públicas descentralizadas que cuentan con una facultad de autorregulación manifestada en la autonomía administrativa que les confiere el ordenamiento jurídico colombiano para diseñar e implementar un modelo de organización empresarial, reglamentar su propia actividad, sus trámites internos, así como definir estrategias idóneas para el desarrollo económico de la Sociedad.

Sin embargo, dicha facultad no tiene como objetivo favorecer el acopio de prácticas que no se ajusten a los principios de la función pública, sino por el contrario, promueve la creación de sistemas de gestión y control interno de calidad, en pro de: i) garantizar el desarrollo económico del país a partir del trabajo mancomunado entre el sector público y el sector privado, y ii) promover la eficiencia organizacional para prevenir la comisión de delitos y malas prácticas que lesionan intereses sociales, pues el fin último de las actuaciones públicas en un Estado Social de Derecho, es la garantía del bien común.³

En este mismo sentido, Costa Marcé, Montenegro Gálvez y Echazarreta Soler, en su artículo “La cultura organizacional: el gran impulsor de la estrategia futura”, afirman que la base para consolidar un modelo de organización empresarial enfocado en la gestión eficiente e integra de una entidad es la cultura organizacional, la cual está integrada por tres elementos que son: (i) los valores y normas de conducta; (ii) el dinamismo empresarial (liderazgo y tecnología); y (iii) el buen gobierno corporativo.

³ “En la medida en que la sociedad de economía mixta ostenta legalmente características, dentro de las cuales no cabe el ejercicio de ‘función administrativa’, ya que, según la misma ley, debe cumplir actividades industriales y comerciales conforme al derecho privado, “no es pertinente aludir a violación de aquellos principios propios de la función administrativa por la circunstancia de que el legislador asigne a la entidad un régimen de derecho privado”. Sentencia C-338/11. (2011, 4 de mayo). Corte Constitucional (Gabriel Eduardo Mendoza, MP).

Los valores y normas de conducta son aquellos elementos que forjan una conciencia empresarial colectiva basada en criterios éticos, los cuales orientan el diseño, implementación y evaluación de procesos de diferente índole dentro de la entidad con el objetivo de promover buenas prácticas en el desarrollo de dichos procesos. De esta manera, cada miembro de la entidad asume deberes y compromisos éticos para garantizar el cumplimiento normativo con calidad y excelencia, ya que, en palabras de Marcé, Montenegro y Echarreta (2020) “el centro del modelo cultural son las personas” (p.1).

Sin embargo, para consolidar esta cultura organizacional se requiere un dinamismo empresarial, que se refiere a la capacidad de liderazgo por parte de los directivos de la entidad y de los funcionarios que tienen a su cargo la vigilancia de otros, de implementar herramientas tecnológicas que faciliten la dirección, el control, la gestión y la supervisión de los procesos en la entidad. Todo esto, sin olvidar que “la tecnología es un importante driver que promueve la innovación en las empresas, pero las personas son la razón de ser de una organización” (Marcé et al.,2020, p. 20).

Así mismo, se requiere de un buen gobierno corporativo que les permitirá a los directivos de la entidad llevar a cabo sus funciones bajo criterios de desarrollo empresarial sostenible, es decir, cumpliendo los objetivos de la entidad sin descuidar aquellos axiomas necesarios para garantizar una cultura de legalidad y buenas prácticas; axiomas que se encuentran consagrados en los principios sobre gobierno corporativo de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) y del G20.

Teniendo en cuenta lo anterior, se establece que este artículo académico es valioso para la presente monografía, toda vez que la cultura empresarial como base para un modelo de organización y gestión de la integridad, puede ser acoplada a las entidades públicas, y no sólo a

las entidades privadas; puesto que, los tres elementos que la integran son de naturaleza gerencial, es decir, son instrumentos o métodos que promueven la dirección eficaz de una entidad teniendo en cuenta sus particularidades, tales como su naturaleza pública, privada o mixta, o su estructura organizacional.

Sin embargo, en la doctrina y en la práctica se presenta una discusión sobre la exigibilidad de estos elementos, principalmente sobre los elementos éticos, ya que por una parte se prevé que la ética tiene alcances diferentes en el ámbito jurídico- público respecto al jurídico- privado; y por otra parte, en la mayoría de ordenamientos jurídicos (como el colombiano) no es exigible implementar un sistema para controlar y supervisar minuciosamente el cumplimiento de los valores en los procesos de la entidad, por lo que basta con tener un Código ético escrito para considerarse que se respeta la moralidad pública.

Respecto al primer punto, Luisa Montuschi en el artículo “Ética Privada vs Ética Pública”, manifiesta que existe una ética aplicable a cada campo y ámbito del conocimiento, sea jurídico, público o privado, ya que la ética no se limita a lo teórico, sino que “cubre los procesos que relacionan a los agentes, los métodos y objetivos que siguen, así como el comportamiento que observan en sus funciones” (Montuschi, 2014, p.16). Sin embargo, los criterios de aceptación o rechazo (modelos éticos) y reglas conductuales que se aplican en cada ámbito tienen como base común ciertos principios y valores, como el interés y la prosperidad general, sin desconocer que existen principios propios de cada ámbito.

Así las cosas, la ética pública, es aquella que se fundamenta en principios generales como los fines esenciales del Estado, y en principios especiales como los de la función pública (moralidad, transparencia, eficacia, legalidad, etc.), a partir de los cuales se establecen reglas de conducta que orientan el actuar de los funcionarios públicos. Sin embargo, se debe tener en cuenta

lo expresado por Gonzales Pérez en el artículo “La Ética en la administración pública”, el cual inspirado en la teoría de las virtudes de Aristóteles estableció que la ética se manifiesta en la excelencia de los procesos y procedimientos. En palabras de Gonzales Pérez (2000):

“La ética en la administración pública no se agota en la fidelidad a los intereses generales, sino que exige una entrega al servicio, el perfeccionamiento en las técnicas y un esfuerzo en intentar la perfección”. (p.130).

Por su parte, en el ámbito privado la ética se centra en la generación de valor empresarial a partir de prácticas que aseguren la perdurabilidad y competitividad dentro de un marco de responsabilidad social, sin enfocarse pormenorizadamente en el interés público; de manera que, el alcance y rigurosidad de los criterios éticos en la esfera pública y privada dependerá del grado de afectación al interés social, siendo la esfera pública la que requiere una mayor rigurosidad.

Dicha tesis resulta relevante para la presente investigación, ya que en el caso de las sociedades de economía mixta, el diseño e implementación de los criterios de ética empresarial no se deberían limitar a promover de manera genérica e indiscriminada la implementación de los principios de la función pública, y/o el Sistema de Gestión, sino que deberían tener en cuenta dos cuestiones principales: i) El porcentaje de participación estatal dentro del capital privado, ya que el grado de autonomía de los privados y la autoridad del Estado en la administración y dirección de la sociedad tiene una relación directamente proporcional con el porcentaje de participación; y ii) la necesidad de exigir a las empresas que adopten e implementen herramientas internas que garanticen la satisfacción de los intereses públicos y privados.

Empero, en este último caso el criterio ético dependerá de que se puedan verificar: i) la generación de valor empresarial a partir de prácticas eficaces y transparentes que se adapten a las características particulares de cada organización; y ii) la existencia de procesos y procedimientos

enfocados en la gestión y prevención de los riesgos económicos que pueden generar actos que afecten el interés social, tales como el soborno.

Ahora bien, en lo concerniente a la exigibilidad de la ética, la autora establece que en el ámbito jurídico las reglas éticas permiten, prohíben y sancionan, y gran parte de estas están codificadas pues sus enunciados se incluyen en la legislación, sin embargo, Montushi (2014) precisa que:

Un punto que debe señalarse es el referido a la distinción que existe entre el comportamiento legal y el comportamiento ético. No todo comportamiento legal puede considerarse como ético y viceversa no todo comportamiento ético debe ser calificado como legal. Pero tampoco como ilegal. (p.24)

Es decir, las buenas prácticas no se limitan al cumplimiento taxativo de la norma, sino que existen reglas no escritas sobre las cuales hay una expectativa legítima de cumplimiento, pues el ordenamiento jurídico consagra como esenciales ciertos fines que orientan las actuaciones de las entidades, como la prevalencia del interés general y la efectividad de los principios de la función pública.

Estas investigaciones son de gran relevancia, ya que en este contexto se considera ética a una organización en la medida en que tenga herramientas para garantizar el cumplimiento normativo y valores en todas las actuaciones y procesos de la entidad, de manera que no contar con dicho sistema significaría que la entidad no está interesada en generar un ambiente propicio para la legalidad, la moralidad, la eficacia y la transparencia.

Además, tal como lo expresó Montushi (2014):

Si bien es cierto que el estudio de la ética aplicada no puede dar respuestas precisas respecto a lo que hay que hacer en determinadas circunstancias, puede ofrecer orientaciones y

ayudar a identificar los problemas y enfocarlos con ideas más claras acerca de los valores implicados. (p.12).

No obstante, para armonizar estos elementos (buen gobierno corporativo, códigos éticos y valores), y garantizar el cumplimiento de las normas, así como la integridad y excelencia en la gestión de los procesos en las entidades, es necesario diseñar e implementar un Programa de Cumplimiento enfocado en prevenir, mitigar y reaccionar estructuralmente ante los factores de riesgos económicos, legales, operacionales, entre otros, a los que se exponen las organizaciones, teniendo en cuenta la estructura organizacional, el contexto, las prácticas existentes, el desempeño, entre otros factores.

De esta manera, tal como lo ha expresado Elena Gutiérrez Pérez en su artículo “Corrupción pública: concepto y mediciones. Hacia el Public compliance como herramienta de prevención de riesgos penales”, el Compliance Program es una herramienta idónea para construir una estrategia contra la corrupción en las administraciones públicas, ya que a pesar de que los países que actualmente exigen este programa lo limitan al ámbito privado, considera que los elementos del Compliance por su carácter gerencial pueden ser adaptados al ámbito público como un instrumento que permite analizar las condiciones que incentivan los comportamientos corruptos, diseñar un programa integral para la prevención y control de dichas condiciones, promover la eficiente gestión de los riesgos, así como la evaluación y mejora constante de los procesos en la entidad.

Por otra parte, doctrinantes como María Ryndack y André Guaragni (2019) en el artículo “Compliance e Políticas Públicas: caminho preventivo no combate de crimes no âmbito empresarial” han establecido que es posible exigir la implementación del compliance por medio de políticas públicas en los países que no poseen un régimen de responsabilidad penal de los entes jurídicos, ya que el cumplimiento normativo es uno de los pilares básicos del buen gobierno y

trasciende al interés privado y público. Sin embargo, estos autores no enfocan su investigación en la aplicación del compliance en las personas jurídicas públicas, pues cuando se refieren al interés público aluden a la transformación social que produce la exigibilidad del principio de responsabilidad en las empresas.

Este tipo de investigaciones, demuestran la necesidad que tiene el derecho público de desarrollarse como derechos del riesgo, ya que no sólo las personas de derecho privado están expuestas a situaciones que pueden afectar bienes jurídicos sociales, sino que las entidades que tienen una mixtura pública y privada, tales como, las sociedades de economía mixta también son vulnerables frente a riesgos que siendo previsibles y resistibles, no se pueden gestionar por la ausencia de herramientas gerenciales y técnicas que garanticen el buen gobierno.

2.3 Marco conceptual

Los grandes escándalos de corrupción política y financiera en que se vieron involucradas diversas compañías en el mundo dieron lugar al nacimiento de un programa de cumplimiento denominado Compliance; cuyo objetivo es consolidar una cultura de respeto al derecho, legalidad y buenas prácticas en la estructura organizacional de las compañías, a partir de un Sistema con enfoque en riesgos.

Dicho sistema se integra por estructuras, procesos y procedimientos mínimos que deben garantizar los criterios de transparencia, debida diligencia y verificabilidad establecidos en las normas técnicas que los desarrollan, tal es el caso de la ISO 19600, por medio de la cual se desarrolla el Sistema de Compliance y se crea la figura del oficial de cumplimiento (compliance officer). Sin embargo, en virtud de que dichas normas se correlacionan con otros sistemas, tales como la ISO 9001 (Sistema de Gestión de Calidad), 3100 (Sistema de Gestión de Riesgos) y 37001

(Sistema de Gestión por soborno), las empresas deben diseñar e implementar un sistema coordinado que integre jerárquicamente los aspectos fundamentales de cada uno de ellos.

Lo anterior es fundamental, ya que la efectividad del Sistema dependerá del orden en que se estructura el diseño e implementación, teniendo en cuenta las características y necesidades particulares de la entidad, los ámbitos de gobierno, los miembros que integran la organización (stakeholders), y la naturaleza y tipos riesgos, principalmente. Así mismo, dependerá de las herramientas adicionales pero necesarias para garantizar la efectividad del Sistema, tales como los códigos éticos y el gobierno corporativo.

Por otra parte, se debe precisar que dichos Sistemas se deben entender en concordancia con los sistemas aplicables a las empresas de acuerdo con su naturaleza pública o privada, por ejemplo, en el caso de las sociedades de economía mixta se deben tener en cuenta el Sistema de Gestión, los controles aplicables a dichas sociedades para garantizar la efectividad del sistema, y el concepto de servidor público, como un aspecto fundamental de los stakeholders.

Por lo anterior, se definirán los siguientes conceptos: Gobierno Corporativo, Stakeholders, servidor público, códigos de ética, riesgos (enfocándose específicamente en el contexto de soborno), Sistema de Gestión de Calidad, Sistema de Gestión de Riesgos y Sistema de Gestión por soborno, Sistema de Gestión (en el contexto de la función administrativa) y Controles de las Sociedades de Economía Mixta.

En primer lugar, el Gobierno Corporativo hace referencia a la manera en que una empresa es dirigida y controlada, es decir, implica los procesos y procedimientos que se llevan a cabo en las instancias de gobierno de la empresa. Doctrinalmente, se han establecido dos sistemas de gobierno: El sistema de gobierno enfocado en el mercado, que está focalizado en las relaciones de negocios, ganancias y beneficios para los propietarios y directivos de la empresa; y el sistema

enfocado en las relaciones, el cual está focalizado en la generación de valor empresarial teniendo en cuenta las afectaciones que se pueden causar a los actores directos o indirectos que se pueden ver afectados por la entidad, denominados stakeholders.

Este último modelo, se ha concebido doctrinalmente como “buen gobierno corporativo”, y según el Foro Mundial sobre Gobierno Corporativo (2003), tiene como fin “mantener el equilibrio entre los objetivos económicos y los sociales, y entre los objetivos individuales y los comunitarios; así como promover el uso eficiente de los recursos, exigiendo que se rindan cuentas por la administración de esos recursos”.

En relación con esto, es necesario que exista una vigilancia y control interno de los procesos y procedimientos de dichos órganos, para lo cual toma relevancia el Compliance, ya que su fin se adecua a la gestión de los posibles riesgos que se puedan ocasionar en las empresas, así como en proporcionar mecanismos de adhesión y evaluación de su cumplimiento. Para tal fin, surge la figura del oficial de cumplimiento o compliance officer cuya función principal es la evaluación y control del programa en las diferentes organizaciones.

Dicha actividad generalmente es desarrollada por los asesores jurídicos (alto nivel ejecutivo) de las compañías los cuales evitan la comisión de daños económicos y reputacionales. Este órgano no debe estar subordinado a mandos medios, ya que estos pueden interferir en su delicada labor.

Así mismo, otra herramienta imprescindible son los Códigos éticos, los cuales son documentos internos formales compuestos por una serie de normas y reglamentos que determinan los parámetros de conducta que deben acatar los miembros de la organización, cuestión que incluye tanto los órganos de gobierno, como al resto de miembros de la entidad, con el objetivo de prevenir

conflictos de intereses y consolidar una estructura organizacional de transparencia y buenas prácticas.

Ahora bien, resulta estratégico que estas herramientas estén integradas dentro de una Política interna que contenga lineamientos claros respecto a la estructura y forma de aplicación, teniendo en cuenta, entre otras cosas, las funciones de cada miembro de la organización en relación con la naturaleza, factores y tipos de riesgos de sus funciones respecto a temas específicos que afectan directa o indirectamente a los miembros de la organización, así como a la entidad misma. Por lo cual, adquiere gran relevancia el concepto de Stakeholders y riesgos.

En primer lugar, los Stakeholders son las partes interesadas o aquellas personas que tienen un interés en la organización en la medida en que se pueden ver afectados positiva o negativamente por las actuaciones de la empresa, tales como los accionistas, directivos, proveedores, clientes, empleados, e incluso la sociedad civil, entre otros. No obstante, existen diferentes grados de interés entre los stakeholders, puesto que la afectación dependerá de factores, tales como:

1. la relación que tenga con la empresa, la necesidad y conveniencia de la relación; ii) la capacidad de influir en la organización; y iii) los riesgos y oportunidades que puede generar su influencia en un contexto y momento específico. (Michell, Agle y Wood, 1997)

En razón a lo anterior, los stakeholders cuentan con una marcada clasificación propuesta por Freeman, Harrison & Wicks (2008), en la que existen stakeholders primarios y secundarios. Siendo los primeros, aquellos que tienen una relación legalmente establecida con la empresa, y que actúan de forma permanente en ella, teniendo un papel indispensable para la supervivencia de esta, tales como, los miembros de la gerencia, junta directiva, asamblea o junta de socios, entre otros; y los segundos, aquellos que influyen en la empresa, pero no tienen un derecho legítimo

sobre la misma, no son necesarios para su supervivencia pero influyen en su situación, tales como la sociedad civil.

Adicionalmente, otro factor que se debe tener en cuenta en este contexto son los **riesgos**, los cuales han sido concebidos por la ISO 31000, como “el efecto de la incertidumbre sobre los objetivos de determinado ámbito”, específicamente en el ámbito de la empresa, el riesgo se relaciona con la incertidumbre de un resultado que puede generar, por regla general, implicaciones negativas representadas en pérdidas materiales o inmateriales de los componentes que dan valor a la organización.

Ahora bien, en el marco del compliance y gobierno corporativo resulta fundamental la gestión del riesgo que se desarrolla a través del “legal compliance”, el cual utiliza una metodología de cuantificación de riesgos y de sistema de impacto empresarial, para lograr identificar los estándares que deben ser evaluados a través de órganos gestores de riesgos y de esta manera disminuir los posibles actos riesgosos.

En este orden de ideas, es necesario precisar la importancia de identificar y categorizar el tipo de riesgo que se pretende contrarrestar en cada ámbito de la empresa, puesto que, dependiendo de la tipología general del riesgo y del ámbito de la estructura organizacional de la empresa, variarán los factores de riesgos, los niveles de probabilidad de su ocurrencia, el grado de afectación, entre otras cuestiones de esta materia. Así, por ejemplo, en el caso del soborno, se deberá definir específicamente en qué consiste dicha conducta y determinar en cada ámbito de la empresa los factores, probabilidades, etc.

En este contexto, se hace necesario determinar quiénes son servidores públicos, a lo cual la Constitución Política en su artículo 123, establece que:

Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio. Constitución Política de Colombia (1991).

Es por esto, que dentro de los posible actos delictivos que puede cometer un servidor público en ejercicio de sus funciones se encuentra el cohecho, el cual es un delito de mera conducta tipificado en los artículos 405, 406, 407 y 433 del Código penal, el cual se manifiesta en términos generales, por el acuerdo de voluntades entre un servidor público y otro agente para aceptar, recibir, dar, ofrecer o prometer una contraprestación, ya sea en dinero, utilidad, beneficio o recompensa, de forma directa o indirecta, a cambio de realizar u omitir un acto relacionado a su cargo.

Específicamente, existen cuatro tipo de cohecho que son: que son: i) el cohecho propio, el cual se configura cuando el servidor público recibe para sí o para otro, directa o indirectamente, alguna contraprestación a cambio de realizar un acto contrario a sus funciones u omitir una obligación funcional; 2. El cohecho impropio, el cual se configura cuando el servidor público acepta, para sí o para otro, directa o indirectamente alguna contraprestación a cambio de realizar un acto propio de sus funciones.

3. El cohecho por dar u ofrecer, el cual se configura cuando un sujeto no cualificado (sea o no servidor público) da u ofrezca dinero u otra utilidad a servidor público; y iv) el soborno transnacional, el cual se presenta cuando:

Un sujeto no cualificado “dé, prometa u ofrezca a un servidor público extranjero, en provecho de este o de un tercero, directa o indirectamente, sumas de dinero, cualquier objeto de valor pecuniario u otro beneficio o utilidad a cambio de que este realice, omita o retarde cualquier acto relacionado con el ejercicio de sus funciones y en relación con un negocio o transacción internacional. (Código Penal, art.433)

A partir de dicha tipificación, se extraen ciertos elementos tales como, el sujeto activo - pasivo, el objeto material de la conducta, las condiciones del dolo, y la antijuricidad de la conducta, que deben ser tenidos en cuenta para determinar las pautas y directrices del sistema de gestión por soborno en el marco del gobierno corporativo, el compliance program y las Sociedades de economía mixta.

En tal sentido y de conformidad con los lineamientos expuestos, es pertinente indicar que, si bien en materia penal se encuentra establecida dicha conducta punible, el infractor al ostentar la calidad de funcionario público, con la comisión del ilícito y en adecuación de lo establecido en el numeral primero del artículo 48 de la Ley 734 de (2002) : “Realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo” (p. 27), aspecto que como bien se indica configura una falta disciplinaria.

Ahora bien, respecto del Sistema de gestión de riesgos por soborno se establece que su implementación es de vital importancia, ya que este delito afecta la administración pública, entendida esta última como “el bien jurídico integrado por el conjunto de condiciones materiales que se expresan a manera de principios del artículo 209 de la Constitución y que definen los rasgos fundamentales de la ética pública”. Fiscalía General de la Nación. CSJ. Cas. Penal. Auto Interlocutorio feb.01/2018 MP Luis Antonio Hernández Barbosa (50.969)

En otras palabras, el soborno pone en detrimento los principios de la función administrativa y la estabilidad de la administración. En razón a este grado de afectación, lo que se sanciona no es el resultado del soborno, sino el hecho de que se haya establecido un acuerdo de voluntades que ponga en peligro la imagen y sostenibilidad de la administración pública.

Así mismo, la ISO 37001 instauró una serie de medidas con el fin de prevenir, detectar y abordar el soborno. Estas medidas incluyen la adopción de una política contra el soborno, el nombramiento de una persona para supervisar su cumplimiento, la capacitación, las evaluaciones de riesgo y la diligencia debida en proyectos y socios comerciales, así como la implementación de controles comerciales y financieros y la institución de procedimientos de informes e investigación. ISO 37001 (2016). Normas de Estandarización Internacional.

Por otra parte, el sistema de gestión de riesgo puede ser aplicado en cualquier organización ya sea grande, mediana o pequeña, pública o privada; dicha gestión va unida a la responsabilidad empresarial, el cual es un compromiso de crecimiento sostenible aplicado en la gestión y desarrollo de los negocios; es decir, se busca una gestión de negocios integral que trascienda en los valores de la ética, el respeto y la tolerancia.

Así mismo, las sociedades de economía mixta han estado sometidas a una serie de controles por el ordenamiento jurídico, dentro de los que se destacan el control de tutela, el control fiscal, el control interno, y el control político. Dichos controles juegan un papel fundamental en el desarrollo de los deberes funcionales del servidor público en un marco de ética y moralidad.

Tal es el caso del control fiscal, el cual implica la vigilancia de las actividades, operaciones y resultados relacionados con el manejo de bienes de naturaleza pública a través de un sistema de control financiero, de legalidad y gestión de resultados, el cual recae sobre los órganos instituidos en la constitución, bajo la modalidad de una función pública autónoma. El control fiscal, es de

carácter posterior y selectivo realizado por la Contraloría y se considera como un control de segundo grado, respecto al control interno, que se considera como de primer grado.

No obstante, en Colombia los órganos de control fiscal están constituidos por niveles de revisión, “el primero conformado por los mecanismos de control interno de naturaleza previa y administrativa y el segundo por el control fiscal externo, de carácter posterior y selectivo que realiza la Contraloría y que depende de la efectiva articulación de ambos controles”. Sentencia C-103/15. (2015, 11 de marzo). Corte Constitucional (María Victoria Calle, MP).

Por otra parte, el control interno se encuentra inmerso dentro del Sistema de Control Interno, el cual toma como referencia el Modelo estándar de control interno (MECI) y comprende los planes, políticas y procedimientos utilizados para cumplir las estrategias, metas y objetivos que se hayan establecido en la organización. Dicho control, tiene una relación intrínseca con el control disciplinario, tal como se estableció en la sentencia C-826 de 2013 en los siguientes términos: “el control interno es un control disciplinario, pues el derecho disciplinario, tiene dos tipos de controles: el interno que ejerce la misma administración pública (poder sancionatorio) y el externo (que ejerce la Procuraduría)”. Sentencia C-826/13. (2013,13 de noviembre). Corte Constitucional. (Luis Ernesto Vargas MP)

No obstante, para el caso de las Sociedades de Economía Mixta, la implementación del Sistema de Control Interno está condicionado a las reglas jurisprudenciales establecidas en el acápite de marco jurisprudencial, el que se destaca las condiciones del porcentaje de participación estatal. De igual manera, dependiendo del porcentaje de participación estatal la Superintendencia de sociedades ejerce facultades de supervisión en los siguientes términos:

única y exclusivamente sobre las empresas de economía mixta en las que el Estado posea menos del noventa por ciento (90%) de su capital social y por tanto no se encuentren

sometidas al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado, siempre que en el acto de su creación no se atribuya su supervisión a algún otro organismo del Estado. Superintendencia de Sociedades (Oficio, 220-059645 del 04 de junio de 2019)

En este punto, es importante precisar que actualmente el Sistema de Control interno, se articula con el Sistema de Gestión de calidad y el Sistema de desarrollo administrativo, previamente establecidos en el marco normativo.

Así mismo, el control de tutela se hace efectivo en las sociedades de economía mixta, en virtud de su vinculación con la rama ejecutiva, el cual debe entenderse como aquella potestad que ejerce el poder central sobre las entidades y autoridades descentralizadas, específicamente sobre los órganos directivos de los entes funcionalmente descentralizados. Lo anterior, en razón a lo establecido por la Ley 489 de 1998 en los siguientes términos:

Que en el acto de constitución de toda sociedad de economía mixta se señalará las condiciones para la participación del Estado que contenga la disposición que autorice su creación, el carácter nacional, departamental, distrital o municipal de la sociedad; así como su vinculación a los distintos organismos para efectos del control que ha de ejercerse sobre ella”. Ley 489 de 1998 (Art 41). (1998, 29 de diciembre). Congreso de la república. Diario oficial.

Por otra parte, a las sociedades de economía mixta también se le hace aplicable control político, el cual consiste en la vigilancia del desempeño administrativo, financiero, presupuestal, contable y de control interno de las entidades públicas. Así mismo, se encarga de realizar el seguimiento al cumplimiento de los planes de mejoramiento, al informe de los revisores fiscales y al modelo estándar de control interno. Consecuentemente, el Senado de la República (1992) estableció:

“El control político es una atribución que constitucionalmente le ha sido asignada al cuerpo legislativo como tal, y no es consecuencia de un determinado sistema de gobierno, como erróneamente lo hace ver el actor, toda vez que resulta igualmente aplicable dentro de un régimen parlamentario, que de uno presidencial o, incluso del convencional o de asamblea.” sentencia C-198/94. (1994, 21 de abril), Corte Constitucional (Vladimiro Naranjo Mesa, MP).

Por último, dichos controles se hacen efectivos principalmente en los servidores públicos que son aquellos encargados de prestar servicios al Estado, los cuales pueden clasificarse como miembros de corporaciones públicas, empleados y trabajadores del Estado, y se les aplicará teniendo en cuenta las reglas establecidas en el marco jurisprudencial.

2.4 Marco jurisprudencial

El ordenamiento jurídico colombiano no cuenta con un desarrollo jurisprudencial en materia de compliance y gobierno corporativo; sin embargo, las altas cortes de las jurisdicciones contenciosa administrativa, ordinaria y constitucional han abordado dentro del marco de sus competencias algunos elementos tales como: componentes de la administración pública (especialmente el sistema de control interno), controles de tutela, fiscales, de inspección, vigilancia y control ejercido por la Superintendencia de Sociedades. Los cuales, se relacionan teleológicamente con el gobierno corporativo y el compliance en la medida en que fijan parámetros para el control organizacional, en pro de garantizar el cumplimiento normativo bajo criterios de calidad, eficiencia, eficacia y ética.

Así mismo, existe un desarrollo jurisprudencial sobre las sociedades de economía mixta, en el cual se aborda la facultad de autorregulación otorgada a estas, en virtud de su carácter

autónomo y descentralizado. Comedidamente, existe una evolución jurisprudencial respecto a las reglas y excepciones del régimen jurídico aplicable a estas sociedades y su relación con los servidores públicos; todo lo cual, depende de factores como el porcentaje de participación estatal y el ámbito de dirección, confianza y manejo del servidor público, dentro de la estructura organizacional de la sociedad.

Especialmente, los elementos de las herramientas de la administración pública han sido objeto de estudio de estas corporaciones, puesto que detentan como eje central garantizar el cumplimiento de los fines esenciales del Estado y los principios de la función administrativa; a partir de políticas, estrategias y mecanismos que fortalezcan la capacidad administrativa de las entidades, el cumplimiento de sus objetivos y la calidad del servicio prestado. Dentro de estos se destaca el control interno, la coordinación y la moralidad.

En este orden de ideas, la Corte Constitucional estableció en la sentencia C-826 de 2013, que el cumplimiento de las determinaciones de la administración depende de la implementación de una herramienta gerencial que procure el cumplimiento de las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias pertinentes, en el desarrollo de los procesos, operaciones y procedimientos de la entidad, teniendo en cuenta su esquema organizacional. Dicho instrumento se denomina “Control Interno” y es considerado como:

El instrumento de naturaleza gerencial de mayor importancia dentro de la estrategia institucional con el fin de lograr un efectivo control de gestión y de garantizar el cumplimiento de los objetivos superiores asignados a los diferentes órganos del poder público. Sentencia C-826/13. (2013, 13 de noviembre). Corte Constitucional. (Carlos Parra M.P).

Este control interno, es un control de primer grado que se ejerce de manera permanente y concomitante por la Unidad de Control Interno de las entidades estatales, quienes tienen la

obligación de diseñar y aplicar, el Programa de Control Interno. Dicho control se encuentra articulado con el Control Fiscal, el cual funge como un control de segundo grado que se ejerce por regla general de forma posterior y selectiva, y excepcionalmente bajo los supuestos de que se ejerce de forma permanente y concomitante; tal como lo constató la referida sentencia “el control ejercido por las Contralorías está condicionado por la eficacia que se dé en el control de primer grado al interior de las entidades estatales”. Sentencia C-826/13. (2013, 13 de noviembre). Corte Constitucional. (Carlos Parra M.P).

A su vez, el control interno tiene una relación intrínseca con el derecho disciplinario, tal como lo estableció la Corte Constitucional en la referida sentencia: “el control disciplinario se hace efectivo (i) cuando es ejercido por cada entidad que hace parte de la administración pública por su potestad sancionatoria, en este caso se habla de un control interno” (Corte Constitucional, Sentencia C-826, 2013)⁴. De manera que, en pro de garantizar la correcta gestión en las entidades públicas, es imperativo ejercer un control sobre la obediencia, el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia del servidor público en el desarrollo de sus deberes funcionales.

Por esta razón, el control interno tiene como enfoque prevenir la inobservancia de los deberes funcionales del servidor público, lo cual implica, según se ha establecido en la Sentencia C-030 de 2012, i) un deber positivo referente a la diligencia, eficiencia e imparcialidad en el cumplimiento de sus funciones, y ii) un deber negativo referido a “la abstención de cualquier clase de acto u omisión que origine la suspensión o perturbación injustificada de un servicio esencial o el abuso indebido del cargo o de las funciones encomendadas”. Sentencia C-030/12. (2012, 01 de noviembre). Corte Constitucional. (Luis Ernesto Vargas M.P).

⁴ “...(ii) cuando es ejercido por la Procuraduría General de la Nación, este es un control externo previsto por la Constitución”. (Sentencia C-826, 2013)

Estos deberes detentan un fundamento constitucional, ya que, en primer lugar, el Sistema de Desarrollo Administrativo (regulado por ley estatutaria 489 de 1998), prevé como eje central de dos de sus políticas de desarrollo administrativo, la Gestión de la Calidad y la Moralización y Transparencia de la Administración Pública, las cuales exigen una debida diligencia, eficiencia e imparcialidad del servidor público; y en segundo lugar, el artículo 169 de la Constitución Política establece que los servidores públicos sólo están facultados para actuar con base en lo permitido por la ley, y son responsables por la inobservancia o extralimitación de sus funciones.

En este sentido, la sentencia C 397 de 1998 estableció las actuaciones que configuran omisión o abuso de poder, es por ello, que se determinó que se configura el riesgos del soborno, cuando cualquier persona perteneciente a una organización reciba valores pecuniarios u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omita cualquier acto, en el ejercicio de sus funciones públicas relacionado con una transacción de naturaleza económica o comercial. Sentencia C-397/98. (1998). Corte Constitucional. (Antonio Barrera M.P).

Es por ello, que la Corte Suprema de Justicia sala penal, ha determinado que para la configuración del delito de soborno no se requiere que el testigo acceda a las pretensiones del agente, esto es, que se abstenga de recibir, declarar o que declare falaz o parcialmente, porque el delito es de mera conducta y se materializa con el simple ofrecimiento o entrega de la prestación, es por esto, que la ley 599 de 2000 adicionada por la ley 890 de 2004, reglamentó el soborno como una actuación penal punible definido en el artículo 444A. Auto AP8642016 (37568). (2016, febrero 02). Corte Suprema de Justicia. (Eugenio Fernández M.P)

Sin embargo, la totalidad de las infracciones disciplinarias que representan un abuso indebido del cargo o de las funciones encomendada, sancionables a los servidores públicos, no se

encuentran tipificadas taxativamente en la ley, toda vez que resulta imposible especificar el universo de comportamientos que constituyen abusos injustificados del derecho. Por esta razón, el derecho sancionador disciplinario, es más flexible en su tipicidad, y admite los tipos abiertos, cuya finalidad no se centra exclusivamente en sancionar x o y conducta determinada; sino que busca prevenir los riesgos generados por aquellas conductas determinadas o determinables de los servidores públicos o particulares que cumplen funciones públicas, que pueden ocasionar daños a la administración, como el soborno, y que por tanto son de interés para el control de interno, tal como se estableció en la sentencia C-242 de 2010.

En este mismo sentido, la Sentencia C-699 de 2015 establece que estas normas se consideran indeterminadas, e indican de manera imprecisa un supuesto de hecho que varía dependiendo de circunstancias exógenas al ámbito normativo, siempre que la forma típica pueda tener un carácter determinable al momento de su aplicación; para lo cual, es imprescindible que la ley establezca criterios objetivos que permitan razonable y proporcionalmente concretar las hipótesis normativas. Sentencia C-699/15. (2015, 18 de noviembre). Corte Constitucional. (Alberto Rojas M.P).

Sin embargo, la sanción no es determinable sino determinada, por lo que la regla general en el Derecho Disciplinario es la siguiente:

La aplicación de sus normas generales se lleva a cabo a partir de una interpretación sistemática y de una remisión a aquellas otras normas que contienen la prescripción de las funciones, deberes, obligaciones o prohibiciones concretas respecto del cargo o función cuyo ejercicio se les ha encomendado a los servidores públicos, y cuyo incumplimiento genera una falta disciplinaria. Sentencia C-030/12. (2012, 01 de febrero). Corte Constitucional. (Luis Vargas, MP)

De esta manera se infiere que el control interno en las entidades públicas debe ser sistemático, pues se debe tener claridad del marco de referencia general y especial para identificar y gestionar adecuadamente los riesgos de la entidad, de lo contrario los procedimientos internos estarán condenados a crear un ambiente propicio para la corrupción. Por esta razón, las sentencias C-818 de 2005 y C-699 de 2015, establecen que:

i) Si bien existe reserva de ley, tanto en sentido formal como material, sobre la consagración de los elementos esenciales del tipo disciplinario, concretamente: i) las conductas disciplinables, ii) las sanciones o cuantía, iii) los criterios para su fijación y iv) los procedimientos para adelantar su imposición”. Sentencia C-818/05. (2005, 09 de agosto). Corte Constitucional. (Rodrigo Escobar M.P).

ii) Excepcionalmente, siempre que existan en la ley los elementos mencionados, el legislador puede: 1) facultar expresamente a ciertas entidades públicas para definir en sus reglamentos o estatutos internos su propio régimen disciplinario; y 2) Por razones de especialidad, puede delegar al ejecutivo la facultad de hacer una descripción detallada de las conductas disciplinables, siempre y cuando no modifiquen, supriman o contraríen los postulados legales. Sentencia C-699/15. (2015, 18 de noviembre). Corte Constitucional. (Alberto Rojas M.P).

Ahora bien, en relación con las sociedades de economía mixta, tanto la regla general como las excepciones expuestas, se deben analizar desde una perspectiva especializada, ya que en estas sociedades son entidades descentralizadas por servicios y la obligatoriedad del régimen disciplinario depende de un factor esencial, concretamente, el régimen jurídico al que esté sometida la sociedad, que puede ser de derecho privado, por regla general o de derecho público, excepcionalmente.

Respecto de las características de descentralización, la Sentencia C -1051 de 2001 estableció que “consiste en la facultad que se otorga a entidades diferentes del Estado para gobernarse por sí mismas, a través de la radicación de ciertas funciones en sus manos” Sentencia C-1051/01 (2001, 4 de octubre. Corte Constitucional (Jaime Araujo, MP). Así mismo, las sociedades de economía mixta cuentan con autonomía administrativa, es decir tienen “capacidad para gestionar independientemente los asuntos propios”, y al ser entidades descentralizadas por servicios “el ejercicio de competencias asignadas las ejercerá bajo la supervisión o control de otras autoridades administrativas como los ministerios, unidades administrativas especiales, secretarías de despacho, etc.” Sentencia C-1051/01. (2001, 04 de octubre). Corte Constitucional. (Jaime Araujo M.P).

Por otra parte, el Régimen jurídico está determinado por otros factores como el porcentaje de participación estatal dentro del capital social y la naturaleza de la actividad social⁵ (ya sea que esté determinada en el objeto social o que se efectúen en la realización de este). En este orden de ideas, la Corte Constitucional en sentencia C-338 de 2011 ha establecido que en principio las sociedades de economía mixta al estar sometidas al régimen privado, sus trabajadores ostentan la calidad de particulares y no se les aplica el régimen disciplinario; no obstante:

En el caso excepcional de que a dichos particulares se les asigne el ejercicio de funciones públicas o, en desarrollo del objeto social, haya lugar a ejercerlas, es menester emplear el criterio material y, en consecuencia, asumir que el derecho disciplinario les es aplicable. Sentencia C-338/11. (2011, 04 de mayo). Corte Constitucional. (Gabriel Mendoza M.P).

⁵ Las sociedades de economía mixta desarrollan por regla general actividades industriales y comerciales, pero por excepción pueden desarrollar otras actividades. La clase de actividad que se desarrolle no es indiferente respecto al derecho que le es aplicable y a la responsabilidad que se deriva de la misma. (Corte Constitucional, sentencia C-338, 2011)

El criterio material mencionado, se desarrolló en la Sentencia C-286 de 1996, y según este los parámetros que determinan el sometimiento de un sujeto al régimen disciplinario, no radica en la existencia de subordinación entre el particular y la administración, es decir, en la forma de vinculación del servidor público como miembro de corporaciones públicas, empleado público o trabajador oficial; sino que depende del ejercicio de la función pública, ya que dicha función tiene una afectación directa al interés público y por lo tanto “supera el ámbito de derecho privado”.

De manera que, tal como lo estableció la Sentencia C-563 de 1998 si un particular desempeña funciones públicas, está sometido a las responsabilidades que se derivan de dicha función, y puede ser sancionado disciplinariamente como si fuera un servidor público. Sin embargo, se ha manifestado:

Esto no implica que se les traslade en bloque el régimen consagrado para los servidores públicos, pues la sola definición de las hipótesis en las que cabe la aplicación de la normatividad disciplinaria a estos sujetos no implica “una definición íntegra del régimen disciplinario que el Estado puede aplicar a tales personas; le corresponde al legislador establecer el régimen, es decir, “consagrar las faltas que pueden imputarse a las personas en dicha situación, estatuir las reglas procesales aplicables y las pertinentes sanciones”.

Sentencia C-338/11. (2011, 04 de mayo). Corte Constitucional. (Gabriel Mendoza M.P).

Es decir, la condición de servidor público no apareja como inexorable consecuencia la aplicación del régimen disciplinario previsto en la Ley 734 de 2002, dado que, habiendo variedad entre los servidores públicos, así como distintos regímenes jurídicos en lo atinente a su responsabilidad, la asimilación de todos, propuesta en la demanda, no ofrece el término de comparación adecuado para adelantar un juicio de igualdad. Sentencia C-338/11. (2011, 04 de mayo). Corte Constitucional. (Gabriel Mendoza M.P).

Aunado a lo anterior, se deben tener en cuenta ciertos factores que determinan si los trabajadores de estas sociedades pueden ser considerados o no sujetos disciplinables, y por lo tanto estar sometidos al sistema de control interno. Dichos factores se podrían clasificar en tres grupos: i) por el porcentaje de participación estatal; ii) por la materia y iii) por la función o jerarquía.

En primer lugar, en lo que respecta al porcentaje de participación estatal, es importante categorizar a las sociedades que cuentan un porcentaje de participación del Estado i) inferior al 50%; ii) igual o superior al 50% pero menor del 90% e iii) igual o superior al 90%. En el primer caso, la sociedad no se considera como una entidad pública, ya que la ley 80 de 1993 establece que será entidad pública cuando el porcentaje de participación estatal sea superior del 50%, de igual forma el parágrafo del artículo 104 de la ley 1437 de 2011, estableció:

..Se entiende por entidad pública todo órgano, organismo o entidad estatal, con independencia de su denominación; las sociedades o empresas en las que el Estado tenga una igual o superior al 50% de su capital; y los entes con aportes o participación estatal igual o superior al 50%. Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), Ley 1437 de 2011. 18 de enero del 2011.

Así mismo, el sistema de control interno previsto por la ley 87 de 1993 y el régimen disciplinario, tampoco serán aplicables en las sociedades con aportes estatales inferiores o iguales al 50%, ya que sólo es exigible en las sociedades de economía mixta en las cuales el Estado posea el 90% o más de capital social, pues en esta circunstancia la sociedad se rige por el régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado. Departamento Administrativo de la Función Pública. Concepto 131311 de 2021.

En este último supuesto, la Superintendencia de Sociedades asume la competencia residual para ejercer sus facultades de inspección, vigilancia y control, siempre y cuando, no esté sometida

a la vigilancia y/o control de otra Superintendencia. Dentro de estos requerimientos se encuentra a modo de ejemplo, que en el acto de constitución de la sociedad se determinen los requisitos, inhabilidades e incompatibilidades de su control interno; y que en el marco de una investigación administrativa el superintendente encuentre que la sociedad ha incurrido en “abusos de sus órganos de dirección, administración o fiscalización, que impliquen desconocimiento de los derechos de los asociados o violación grave o reiterada de las normas legales o estatutarias”.

Se debe precisar que la vigilancia se ejerce de forma permanente con el fin de asegurar que, en la formación, funcionamiento organizacional, así como en el desarrollo del objeto social de la sociedad se garantice el cumplimiento de las normas legales y estatutarias. Por otra parte, el control tiene un enfoque correctivo, y se ejerce con el fin de subsanar una situación de orden jurídico, contable, económico o administrativo de cualquier sociedad comercial no vigilada por otra superintendencia, siempre que así lo determine el Superintendente de Sociedades mediante acto administrativo de carácter particular.

Como consecuencia de lo expuesto surge el interrogante de cómo opera el régimen disciplinario en las sociedades de economía mixta cuando la participación estatal es inferior al 90%. Pues bien, doctrinalmente se ha establecido que en estos casos adquiere inusitada envergadura el criterio material previamente mencionado, pues se debe determinar en cada caso si el sujeto cumple o no funciones públicas; si la respuesta es afirmativa se deduce que le es aplicable el régimen disciplinario. Sin embargo, esta regla no es absoluta y se debe analizar cada caso concreto.

En segundo lugar, se debe tener en cuenta las posturas que han adoptado sobre el tema el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia (en adelante CSJ), ya que ambas cortes concuerdan que en materia laboral cuando la participación estatal es igual o superior al 90% los

empleados son trabajadores oficiales; sin embargo la discusión surge cuando el porcentaje es inferior al 90%, puesto que, para el Consejo de Estado los empleados de la sociedad son particulares sólo cuando el porcentaje de participación estatal es inferior al 50%, en los demás casos son trabajadores oficiales y se les aplica el régimen disciplinario. No obstante, a criterio de la CSJ siempre que el porcentaje de participación sea menor del 90% del capital social, los empleados serán particulares y por tanto no se aplica el régimen disciplinario, sino que la sociedad determinará en sus estatutos todo lo referente al control interno.

Actualmente está vigente la postura de la Corte Suprema; por esta razón, es menester precisar que tratándose de particulares que laboran en las sociedades de economía mixta, siempre y cuando no cumplan funciones públicas, no les será aplicable el régimen disciplinario, sino que este se aplicará sólo a aquellos que tienen cargos de dirección, confianza y manejo, si y sólo si existe un porcentaje mayoritario del Estado; Puesto que, estos tienen unas funciones relevantes en el tratamiento de los recursos públicos, pero sí a la sociedad de economía mixta excepcionalmente se le ha otorgado funciones administrativas, independientemente de su porcentaje estatal, será objeto del régimen disciplinario y por tanto del sistema de control interno.

Lo anteriormente expuesto, permite evidenciar que en el ordenamiento jurídico colombiano, si bien no se ha consolidado al compliance y el gobierno corporativo como mecanismo anticorrupción, sí se ha otorgado relevancia al sistema de control interno, al sistema de gestión en la administración pública y a los controles a los que están sometidas las sociedades de economía mixta para promover un correcto funcionamiento la función administrativa dentro de las entidades, toda vez que se enfatiza la importancia de prevenir la inobservancia de los deberes funcionales de los servidores públicos y particulares que desempeñan funciones públicas.

No obstante, el Conpes 3851 de 2015 estableció que:

El Estado enfrentó grandes retos como propietario de sus empresas, para que estas pudieran generar valor económico y social. En términos generales, diagnosticó que no había claridad sobre su política empresarial, estándares mínimos de gobierno corporativo y los activos de su portafolio que estimaba estratégicos, e indicó que todo esto hacía que se mantuvieran participaciones ineficientes y, en general, incidía en el óptimo desempeño de las entidades. (Conpes 3851, 2015). (2015, 23 de noviembre).

Por lo tanto, estas jurisprudencias demuestran la viabilidad de que se implemente una herramienta gerencial que sin limitar injustificadamente la autonomía administrativa que tienen las sociedades de economía mixta para definir en sus estatutos las de funciones de control interno, coordine dichas herramientas de control de estas sociedades con los intereses públicos, pues el hecho de que la regla general del régimen jurídico aplicable a estas sociedades sea el privado, no significa que sus intereses sean totalmente privados, pues tienen un marco de responsabilidad social mayor al que tienen las otras sociedades que no manejan recursos públicos.

3. Hipótesis

3.1 Hipótesis positiva

De acuerdo con lo establecido dentro de la investigación y teniendo en cuenta los elementos aportados, será viable establecer que frente al evento de soborno no se cuenta con un mecanismo plenamente competente a la hora de advertir la comisión de este delito en las relaciones entre servidores públicos y sociedades de economía mixta. Tal situación es posible evidenciar puntualmente en la escasa regulación y poca exigencia para los sectores intervinientes, por lo que se hace necesaria la implementación de una política enfocada en prevenir dicha comisión desde los elementos estructurales de cumplimiento normativo.

3.2 Hipótesis nula

Al analizar toda la información será posible evidenciar que los eventos de soborno se presentan a causa de la incorrecta y en algunos casos inexistente aplicación de procedimientos para la prevención y/o mitigación. Por tanto, se hará viable concluir que en este aspecto no se cuenta con la estructura y el tratamiento determinado, medidas necesarias que previenen la comisión de este ilícito.

4. Metodología

En la actualidad, el ordenamiento jurídico colombiano no prevé un sistema de gestión por soborno enfocado en gestionar los factores de riesgos que se generan en las en las sociedades de economía mixta, en el marco de un gobierno corporativo endeble que no ha potencializado la supervisión de los servidores públicos que integran los órganos de gobierno de dichas sociedades; por lo tanto, el alcance la presente investigación es descriptivo, ya que se pretende especificar las propiedades, características y rasgos esenciales que deben integrar las directrices y/o parámetros de un sistema de gestión que contrarreste dicha problemática.

Por lo anterior, el tipo de investigación es cualitativo debido a que pretende caracterizar y cualificar un objeto de estudio determinado dentro del área de las ciencias sociales, así como analizar y comprender la manera como las sociedades de economía mixta se ven afectadas por las prácticas delictivas como el soborno, dejando en evidencia la necesidad de aplicación del Compliance, Gobierno Corporativo y Códigos de Ética como herramientas para gestionar adecuadamente los riesgos de soborno.

En concordancia con el alcance y tipo de investigación, el enfoque metodológico es el documental, toda vez que, para establecer los lineamientos de una política antisoborno basada en herramientas que no se han desarrollado a cabalidad en el ordenamiento jurídico colombiano, tales como, el Compliance, Gobierno corporativo y Códigos ética, será necesario observar, recolectar y analizar fuentes de información primarias y secundarias con el fin de identificar los elementos estructurales de dichas herramientas y de las sociedades de economía mixta; definir la estructura de dicha política teniendo en cuenta los elementos estructurales previamente identificados y el marco legal y reglamentario aplicable; y construir una arquitectura de control de riesgos teniendo en cuenta los factores de riesgos que se presentan en la relación entre los servidores públicos y las SEM en materia de soborno.

De este modo, se puede llegar a establecer las distintas formas de interpretar los escenarios claves del problema investigado, con los cuales se pretende visualizar la problemática que prevalece en las sociedades de economía mixta, lograr los objetivos, proponer estrategias y formular aportes o recomendaciones en torno al mejoramiento de las políticas antisoborno en las sociedades de economía mixta y la eficacia del Compliance ante esta problemática.

4.1 Fuentes de la información

4.1.1 Fuentes primarias

Ahora bien, la fuente primaria se consolida a partir de un conjunto de normas técnicas y de calidad con validez internacional, cuyo propósito versa en el establecimiento de directrices genéricas para promover y consolidar buenas prácticas y procedimientos empresariales en cualquier entidad independientemente de su naturaleza. No obstante, dichas directrices se

adaptarán a la estructura, contexto organizacional y demás características particulares de las empresas, así como a la naturaleza, tipología y categorización de los riesgos que se pretendan contrarrestar.

Tal es el caso de las normas técnicas proferidas por la International Organization for Standardization (ISO) o Instituto Internacional de Normalización en el marco de la gestión de riesgos y de calidad, a saber, la ISO 19600 por medio de la cual se crea el Sistema de Gestión de Compliance; la ISO 9001 por medio de la cual se crea el sistema de gestión de calidad, la cual fue adoptada por Colombia ; la ISO 37001 por medio de la cual se crea el Sistema de Gestión por Soborno; y la ISO 31000 por medio de la cual se crea el Sistema de Gestión de Riesgos. Así mismo, otra fuente primaria es la Guía de buenas prácticas de gobierno corporativo de la Superintendencia de Sociedades, así como también el Informe sobre Principios de gobierno corporativo establecido por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE).

4.1.2 Fuentes secundarias

Entre la legislación que se pretende abordar en este trabajo de investigación es posible destacar la Ley 87 de 1993, por medio de la cual se crea el Sistema de Control Interno en las entidades y organismos del Estado, se concibe como el conjunto de instrumentos integrados en pro de garantizar el cumplimiento de los objetivos de la entidad y de los principios de la función pública, la ley 1952 de 2019 o Código General Disciplinario, el cual establece los presupuestos sustanciales y procesales que regulan las conductas del servidor público. De la misma manera, la Ley 489 de 1998, la cual establece como necesario que las entidades públicas apliquen un conjunto de políticas, metodologías, técnicas y mecanismos de carácter administrativo y organizacional para la gestión y manejo de los recursos de la entidad y finalmente, la Ley 1474 de 2011 o Estatuto

Anticorrupción, dictaminó disposiciones orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y establecer la efectividad del control de la gestión pública.

A su vez, es importante resaltar la jurisprudencia que frente al tema ha sido desarrollada con el fin de lograr determinar cada uno de los elementos con los que se cuenta a la hora de hacer un estudio de eventos de soborno, para ello se abordará la sentencia C-826 de 2013 por medio de la cual la Corte Constitucional estableció como necesaria la estructura de control interno como instrumento de naturaleza gerencial de mayor importancia dentro de la estrategia institucional con el fin de lograr un efectivo control de gestión y de garantizar el cumplimiento de los objetivos de la función pública, la Sentencia C-030 de 2012, en la que, la Corte Constitucional se refiere al control interno y manifiesta que el mismo, tiene como enfoque prevenir la inobservancia de los deberes funcionales del servidor público, lo cual permite evitar que se realice un uso indebido del cargo o de las funciones encomendadas.

Existen muchos doctrinantes que se han interesado por el tema, entre los más destacados se encuentran Gutiérrez Pérez, María Ryndack y André Guaragni, quienes han realizado aproximaciones al estudio del compliance como mecanismo jurídico para garantizar la gestión pública. De la misma, autores como Costa Marcé, Montenegro Gálvez y Echazarreta Soler, han determinado como base para consolidar un modelo de organización empresarial, indispensable para la presente investigación, enfocar la gestión eficiente e integra de una entidad desde la cultura organizacional y para ello, considerar tres elementos que son: (i) los valores y normas de conducta; (ii) el dinamismo empresarial (liderazgo y tecnología); y (iii) el buen gobierno corporativo.

Cada uno de los elementos anteriormente enunciados son la base de esta investigación, pues gracias a ellos será posible el estudio de los elementos y comportamientos que intervienen

en los eventos de soborno, teniendo como base los procesos de la gestión pública y el comportamiento de cada uno de los agentes que directa o indirectamente se ven involucrados. Se hace indispensable que a lo largo del proceso investigativo se realice una evaluación que permita evidenciar desde las diversas fuentes aquí citadas cuál es el proceso más idóneo con el que se logre determinar la estructura para la prevención del riesgo de soborno.

4.2 Diseño metodológico

Para seleccionar la información se va a tener en cuenta tres criterios; un criterio temporal en el cual se abordarán las fuentes primarias y secundarias desde 1991 hasta la actualidad, teniendo en cuenta la evolución y ampliación del derecho en el ámbito de las sociedades de economía mixta. El criterio temático, se desarrolla en el estudio y análisis de la aplicación del Compliance, Gobierno corporativo y Código de ética en las sociedades de economía mixta, realizando un estudio sobre los factores de riesgos y los casos de corrupción presentados en las SEM, con el fin de establecer la necesidad de la aplicación de un programa de cumplimiento normativo para brindar garantías y evitar sanciones y riesgos a las diferentes organizaciones objeto de estudio.

En concordancia, frente al último criterio que versa sobre la naturaleza o procedencia de la información, se hará uso de la jurisprudencia vigente emitida por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado y Corte Suprema de Justicia; de igual manera se indagará el acervo internacional como lo son las normas de estandarización internacional, así como en trabajos de investigación de diversos autores y universidades relacionado con gobierno corporativo.

Por ende, con miras a recolectar la información requerida para el desarrollo de los objetivos establecidos en el presente trabajo de investigación, se usarán fichas bibliográficas textuales y parafraseo.

Es por ello, que, respecto al primer objetivo, se indagarán fichas bibliográficas, jurisprudencia y normas existentes que permitan identificar los elementos estructurales del gobierno corporativo, compliance y códigos de ética. En concordancia, para el desarrollo del segundo objetivo se estudiará los elementos estructurales que deben contener las políticas antisoborno en las SEM, teniendo en cuenta el marco legal y reglamentario, los derechos, deberes e incompatibilidades de los miembros de la sociedad y la estructuración de las sociedades de economía mixta.

Por ende, en cuanto al tercer objetivo, se estudiará los elementos del gobierno corporativo, compliance y códigos de ética, así como también se analizará los elementos que debe contener la política antisoborno, para así lograr establecer cuáles son los lineamientos que debe contener dicha política la cual se enfocara en la prevención, mitigación y reacción ante los factores de riesgo que se presentan entre los servidores públicos y las sociedades de economía mixta.

Es por ello, que la sistematización de la información se organizará respecto a las palabras claves que concuerden con los objetivos previstos. Las cuales tendrán como base los temas de políticas antisoborno, sociedades de economía mixta, Compliance, códigos de ética, gobierno corporativo, entre otros.

Por último, lo que se buscará es la realización de un análisis de acuerdo con los parámetros establecidos en los objetivos específicos, categorizando los elementos estructurales que debe contener una política antisoborno, establecer los factores de riesgo del soborno en las sociedades de economía mixta y por último proponer lineamientos de política antisoborno que sea aplicable a todas las sociedades de economía mixta.

5. Resultados esperados

Con la consecución de los objetivos de investigación planteados se espera:

- Sustentación y defensa de la monografía.
- · Publicación de un artículo de investigación.

ACTIVIDADES POR DESARROLLAR	MESES																					
	Mayo			Junio				Julio				Agosto					Septiembre					
	Semana			Semana				Semana				Semana					Semana					
	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	5	1	2	3	4	
las fuentes de información																						
Delimitar las sociedades de economía mixta y su análisis puntual									x	x												
Categorizar los elementos estructurales de la política antisoborno teniendo en cuenta la estructura organizacional de las entidades de economía mixta.																						
Establecer los factores de riesgo del soborno																						
Identificación de aspectos en lo relativo a la relación entre los servidores públicos y las sociedades de economía mixta.																						
DEL TERCER OBJETIVO ESPECÍFICO																						
Proponer los lineamientos de una política antisoborno																					x	

7. Presupuesto

Tabla 2. *Presupuesto del Proyecto de Investigación*

Rubro	Cantidad	Descripción	Valor total
Personal	3	Abogadas	\$ 0.0

Rubro	Cantidad	Descripción	Valor total
Equipos	3	Computadores	\$ 5.200.000
Software	1	Sistema	\$300.000
Materiales	100	Páginas científicas	\$950.000
Salidas de campo	2	Empresas	\$30.000
Material bibliográfico	10	Libros	\$950.000
Publicaciones	2	Portales Educativos	\$1.000.000
Servicios técnicos	3	Computadores	\$850.000
TOTAL			\$9.280.000

8. Elementos estructurales del gobierno corporativo, compliance y códigos de ética, como medios para combatir el soborno en las sociedades de economía mixta.

En el marco de prevención del soborno, la Superintendencia de Sociedades detenta funciones con alcance preventivo, de investigación y sanción con el objeto de promover una cultura de legalidad, transparencia y ética en las empresas; no obstante, si bien la promoción de una cultura ética y de buenas prácticas empresariales depende, en el contexto latinoamericano, de la intervención de un factor y/o agente estatal que exija, controle y sancione; la consolidación de dicha cultura al interior de cada empresa, depende de la implementación de un sistema especializado en la gestión y control ético de los procesos, procedimientos y relaciones estructurales de la organización, así como de la exigencia de dicha implementación.

En este contexto, los instrumentos y herramientas de gestión y control adquieren relevancia jurídica y estratégica; toda vez que, el grado de utilidad, eficacia, eficiencia y demás beneficios que estos proporcionan, transforman su categorización de simples instrumentos técnicos a instrumentos para la prevención del cohecho. Dentro de estos instrumentos, el gobierno corporativo constituye el sistema general y básico por excelencia para consolidar una cultura ética

y de buenas prácticas empresariales, al tiempo que garantiza la competitividad, productividad y perdurabilidad de la entidad; así lo ha concebido la Superintendencia de Sociedades en los siguientes términos:

“El gobierno corporativo es el conjunto de estructuras, principios, políticas y procesos (buenas prácticas empresariales) para la dirección, administración y supervisión de cualquier empresa, cuyo propósito es mejorar su desempeño, generar valor y garantizar su competitividad, productividad y perdurabilidad. (Superintendencia de Sociedades, Guía de buenas prácticas de gobierno corporativo, 2020)

Como complemento de esta definición, la OCDE ha establecido que:

1. El gobierno corporativo de una sociedad implica el establecimiento de un conjunto de relaciones entre la dirección de la empresa, su consejo de administración, sus accionistas y otros actores interesados. 2. El gobierno corporativo proporciona también la estructura a través de la cual se fijan los objetivos de la sociedad y se determina la forma de alcanzarlos y supervisar su consecución. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). (2019, 22 de mayo).

En este orden de ideas, la finalidad principal del gobierno corporativo es la consolidación de prácticas legales, competitivas, diligentes y productivas, que son fomentadas por los órganos de gobierno de las empresas, pero que dependen del diseño y gestión coordinada, responsable y transparente de los planes, procesos, procedimientos y relaciones entre los órganos de gobierno de cada entidad y entre estos y los demás miembros de la organización (stakeholders). Dicho aditamento se traduce en: 1. seguridad jurídica económica y reputacional de la entidad, y 2. garantiza la responsabilidad social de la empresa.

Así las cosas, se puede establecer que los elementos estructurales del gobierno corporativo son: 1. los órganos de gobierno; 2. la transparencia, debida diligencia y división de funciones y 3. El control de la gestión.

8.1 Sobre los órganos de gobierno

En primer lugar, los órganos de gobierno son los encargados de la dirección y administración de la empresa; dichos órganos definen los elementos claves para la dirección estratégica y empresarial, así como también se encargan de la administración de los negocios sociales. En el marco del gobierno corporativo, el Banco de Desarrollo de América Latina (CAF) y posteriormente la Superintendencia de Sociedades, han establecido que los órganos de gobierno tienen una clasificación funcional tripartita en la que figuran tres ámbitos categóricos, que son: el ámbito de dirección, el ámbito de gerencia y el ámbito de propiedad.

El ámbito de dirección, es el encargado de la organización y dirección estratégica de la empresa, y de la orientación y supervisión de la gestión de la alta gerencia; dentro de sus funciones principales se encuentran: i) monitorear, supervisar y evaluar a la gerencia y sus decisiones; ii) diseñar en cooperación con los departamentos u oficinas idóneas, tales como, la oficina de cumplimiento, un sistema de control interno y control de la información con enfoque en riesgos; y iii) figura como responsable final para una efectiva arquitectura de control de riesgos. (Guía de Buenas Prácticas para el Gobierno Corporativo (2020, p.32). Superintendencia de Sociedades).

Por su parte, el ámbito de gerencia se encarga de la administración y gestión de la empresa, y se dedica principalmente a ejecutar las directrices establecidas por el órgano de dirección; así como también, ejecuta los procesos, procedimientos y negocios alineados con la misión, visión y objetivos estratégicos de la empresa. Por último, el ámbito de propiedad está encargado de la

planificación societaria y de la creación del marco normativo que regula la organización empresarial y las relaciones de los órganos de gobierno, estableciendo el marco de derechos, deberes, inhabilidades e incompatibilidades en materia de gobierno corporativo.

Dichos ámbitos tienen 3 criterios orientadores, que son: La transparencia, la debida diligencia y la división de funciones.

8.1.1 Sobre la transparencia, la debida diligencia y la división de funciones

En primer lugar, la transparencia es el criterio y elemento por medio del cual se exige la ejecución, documentación y visibilidad de las operaciones empresariales bajo criterios legales y éticos, con el objetivo de prevenir actuaciones irregulares por parte de los miembros de dirección, administración y propiedad, ya sea en su relación interna, en la relación con los stakeholders, o la relación externa con otras partes interesadas; por esta razón, en el marco de la transparencia existen tres elementos claves que se deben garantizar, los cuales son: El control de la información, la Supervisión y la rendición de cuentas.

En segundo lugar, la debida diligencia es un criterio clave para garantizar la eficacia del diseño e implementación estratégica y ética de los procesos, procedimientos y en general de todo el marco operacional y procedimental del gobierno corporativo, por lo tanto, el criterio de debida diligencia se debe materializar a partir de acciones concretas que constituyan elementos esenciales mínimos requeridos en el desarrollo del marco procedimental y operacional de la empresa.

No obstante, es necesario precisar que el objeto de la debida diligencia es consolidar un proceso de gestión interna eficaz, suficiente y oportuna con un enfoque basado en riesgos, es decir, a partir de la identificación, segmentación, análisis, y gestión de los riesgos a los que expone la empresa y sus miembros en el desarrollo de su objeto social, así como también a partir de unas

etapas estructuradas que deberán estar especificadas en un manual de procedimientos para la gestión de riesgos y deberán quedar correctamente documentadas.

En tercer lugar, resulta imprescindible que exista una clara estructura empresarial y división de funciones, pues esto permitirá identificar en cierta medida los eventos que generan conflictos de intereses entre los órganos de gobierno, así como también permitirá que haya una interacción más efectiva entre los órganos de gobierno y los stakeholders. Sin embargo, la implementación de estos ámbitos dependerá de ciertos factores, tales como, el tipo de sociedad comercial, el sector económico según la actividad que desarrolle la empresa, el tamaño de la organización, su estructura organizacional, entre otros.

8.1.2 Sobre el control de la gestión

El éxito del gobierno corporativo está condicionado a que las empresas diseñen y gestionen sus estructuras, políticas y directrices estratégicas, operacionales y de gobierno, a partir de un enfoque basado en riesgos, o, en otras palabras, adicional a los planes, procesos y procedimientos, debe existir una arquitectura de control de riesgos que se adapte a la realidad y necesidades de la empresa. Dicha arquitectura, es la llave maestra que asegura el cumplimiento normativo, puesto que su énfasis versa en el análisis y gestión de las diferentes categorías y ámbitos de riesgos para la entidad.

En este sentido, una de las herramientas fundamentales para garantizar el éxito del Gobierno Corporativo es el Compliance Program, el cual es una herramienta gerencial orientada por principios de gobierno corporativo y códigos éticos, compuesto por un conjunto de políticas, procesos y procedimientos de análisis y control de riesgos, cuyo objetivo versa en: i) identificar y clasificar los riesgos que enfrenta la entidad, ii) establecer medidas para prevenir, mitigar y

reaccionar frente a dichos riesgos y iii) reafirmar la confiabilidad, la integridad y el compromiso con todos sus grupos de interés (stakeholders), teniendo un impacto positivo en su estabilidad financiera.

En concordancia, el programa de cumplimiento normativo busca que las organizaciones se adapten y apliquen medidas que eviten la comisión de actos delictivos como el soborno, con el fin de evitar sanciones, pérdidas económicas y/o afectaciones reputacionales; por tal motivo, el compliance exige la creación de sistemas de vigilancia para supervisar y controlar la conducta de sus miembros.

Dada la importancia de esta herramienta, la Organización Internacional de Estandarización (ISO) ha creado un conjunto de normas técnicas, por medio de las cuales se establecen los parámetros para consolidar un programa de cumplimiento normativo o compliance, tales como, la ISO 19600, la cual estableció la guía de referencia para la adopción y aplicación del compliance, así como la estructura evaluativa de quienes lo están implementado; adicionalmente la ISO 31000, dispuso las directrices técnicas para la mitigación del riesgo al interior de las organizaciones.

Dichas normas de estandarización internacional establecen como principios rectores del compliance la buena dirección, proporcionalidad, transparencia y sostenibilidad, los cuales proporcionan orientación para instaurar, desarrollar, incorporar, evaluar, mantener y mejorar un sistema de gestión de cumplimiento efectivo dentro de la organización. No obstante, el alcance de dichos principios depende del tamaño, estructura, naturaleza y complejidad de la empresa, ya que al no ser una norma certificada el alcance y requisitos dependerá de la estructura y naturaleza de la organización.

No obstante, existen ciertos estándares que deberían ser adoptados por las organizaciones para lograr una correcta aplicación del Compliance, tales como: 1. la identificación del contexto

de la organización, 2. la planificación, 3. el apoyo, 4. la ejecución, 5. la evaluación de desempeño y 6. Los planes de mejora. Así mismo, dichos estándares dependerán de la naturaleza, categoría, grado de exposición y afectación de los riesgos externos e internos de la entidad.

En este sentido, la identificación del contexto de la organización exige: 1. identificar y analizar los aspectos externos e internos de la entidad que pueden afectar sus elementos esenciales tales como, su naturaleza pública, privada o mixta; su objeto social, su misión y visión, metas y objetivos estratégicos, mercado, riesgos y oportunidades, relación entre los órganos de gobierno y entre estos y los demás stakeholders. 2. evaluar los posibles riesgos de incumplimiento que se puedan presentar en el desarrollo de las actuaciones u obligaciones de las entidades, para lo cual, es importante analizar y categorizar la naturaleza de los riesgos, ya sean legales, financieros, reputaciones, entre otros, que puedan generar actuaciones delictivas como el soborno. 3. Crear una arquitectura del control de riesgos teniendo en cuenta todos los aspectos del contexto de la organización, sin embargo, se debe precisar que el enfoque del compliance en el marco del gobierno corporativo se centra en los órganos de gobierno y su relación con los stakeholders.

En este punto, es necesario precisar la importancia que tiene la categorización de los stakeholders dentro la entidad (stakeholders primarios y secundarios), ya que de esto dependerá el diseño e implementación del sistema de gestión por soborno; específicamente, a partir dicha categorización variará el análisis de los riesgos en materia de soborno, ya que dependiendo de la jerarquía y potestad que tienen los miembros de la organización para tomar decisiones respecto al manejo de los recursos que integran la entidad, variarán los factores de riesgo, el nivel de probabilidad de su ocurrencia, el interés o beneficio del stakeholder respecto a la ocurrencia del riesgo, entre otros aspectos.

Por esta razón, tratándose del riesgo de cohecho en las SEM, resultará fundamental identificar a los miembros que figuran como servidores públicos e integran las máximas instancias de gobierno, toda vez que, dependiendo del tipo de cohecho y la tipología en que puede manifestarse variará la manera en que se diseñe la arquitectura de control de riesgos del Sistema de Gestión por Soborno. No obstante, dicha cuestión se abordará de manera específica en el segundo capítulo de la presente investigación.

Por otra parte, se deben planificar las acciones para la gestión de los riesgos de cohecho teniendo en cuenta el contexto de la organización y la tipología de este delito (cohecho propio, impropio, de dar u ofrecer y soborno transnacional), para ello se deberán determinar los procesos y procedimientos de monitoreo y de supervisión de los riesgos, así como el seguimiento a la estrategia de la organización tomando en consideración el tamaño, complejidad y perfil de riesgos de la empresa y las actividades específicas de los órganos de gobierno. Así mismo, todo este proceso debe quedar documentado.

Sin embargo, para lograr materializar lo expuesto se requiere el apoyo financiero, logístico y de recursos humanos, destinados a la formación y capacitación de los funcionarios claves y stakeholders. Adicionalmente, es necesario crear un departamento especializado en compliance, liderado por un oficial de cumplimiento o compliance officer, el cual se encargará de gestionar todo lo relacionado con el programa de cumplimiento normativo.

Ahora bien, para la ejecución de este programa se debe llevar a cabo la monitorización de los riesgos, procesos y procedimientos planificados de la entidad, tomando como punto de partida los estándares ISO preestablecidos. Aunado a lo anterior, se debe diseñar e implementar un sistema periódico de evaluación por medio del cual, se evalúe la eficacia del compliance, el grado de consecución de los objetivos empresariales y estratégicos y se detecten falencias en la aplicación

del programa, ya que los sistema de gestión deben evolucionar con las compañías; no obstante, la evaluación que realice el personal de compliance no proscribe la necesidad de realizar las auditorías por parte del jefe de control externo e interno.

Una vez detectadas las falencias de la implementación se deben aplicar medidas correctivas que solucionen las contingencias, sin embargo, se deben realizar informes a la dirección de las organizaciones, donde se comunique sobre los riesgos a los que se ha enfrentado la organización y que afectaciones podría efectuarse al no realizar la corrección de estos. Posteriormente se deben elaborar e implementar planes de mejora, así como también con el fin de consolidar una cultura ética comprometida con la prevención de actos de corrupción.

No obstante, la consolidación de una cultura de ética empresarial no solo depende del gobierno corporativo y el compliance program, sino que también es necesaria la implementación de códigos de ética que regulen directamente la conducta de los miembros de la organización a partir de principios, valores y reglas, especialmente los que ostentan cargos de dirección, confianza y manejo en la empresa. Estos códigos tienen como objetivo promover actuaciones éticas frente a asuntos sensibles y orientar las decisiones y procesos de gestión dentro de un marco de valores en el que se prevengan los conflictos de intereses, es decir, las disyuntivas de los beneficios personales y empresariales; por esta razón, los códigos de ética deben diseñarse teniendo en cuenta el contexto de la organización y los factores de riesgos y riesgos asociados a este.

Así mismo, los códigos de ética deben contar elementos estructurales esenciales como lo son: i) valores conformes a la misión y visión de la entidad, ii) conductas prohibidas, iii) definición clara de los posibles casos donde pueda ocurrir conflictos de intereses, iv) comunicar la importancia de cumplir con las normas establecida a todos los miembros de la organización, v) crear políticas de regalos corporativos, vi) las consecuencias que se generan por incumplimiento

del código y vii) canales de comunicación para reportar el incumplimiento de algunos de los miembros de la entidad.

A partir de lo anterior, se puede concluir que existen tres herramientas corporativas esenciales para la prevención del soborno, las cuales se encuentran categorizadas de la siguiente manera: i) Enfoque macroestructural de las relaciones de poder y de la estructura empresarial (gobierno corporativo), ii) Enfoque microestructural de procesos y procedimientos internos (compliance program) y iii) Enfoque preventivo del conflicto de intereses (código de ética).

Dichas herramientas pueden ser de gran utilidad para que el Estado como copropietario de las sociedades de economía mixta, prevenga y controle los actos de soborno y conflicto de intereses que se puedan presentar en la estructura empresarial y organizacional; ya que desde los órganos de gobierno se toman las decisiones más importantes en materia de gestión y administración de los recursos públicos que componen el capital social. Es decir, a partir de un enfoque de gestión de riesgo por soborno en la esfera del gobierno corporativo, se toman medidas para controlar y supervisar la gestión de los servidores públicos.

9. Elementos estructurales de la política antisoborno en las sociedades de economía mixta

Con el objetivo de determinar los lineamientos de una Política Antisoborno enfocada en prevenir la comisión de este delito en las relaciones entre el servidor público y las sociedades de economía mixta (en adelante SEM), resulta necesario definir la estructura de dicha política teniendo en cuenta: i) los elementos estructurales del gobierno corporativo, compliance program y códigos de ética y la estructura organizacional de las SEM; ii) el marco legal y reglamentario aplicable y el régimen de derechos, deberes, funciones, inhabilidades e incompatibilidades; y iii)

La arquitectura de control de riesgos, en el que toma gran relevancia los factores de riesgo que se presentan en la relación entre los servidores públicos y estas sociedades en materia de soborno.

Por lo tanto, para la consecución de los objetivos propuestos, el presente capítulo se desarrollará de la siguiente manera: i) Se determinará la estructura del gobierno corporativo en las SEM teniendo en cuenta sus ámbitos tripartitos, a saber, ámbito de propiedad, administración y dirección, así como también se tendrán en cuenta las características de los tipos de sociedades; ii) se establecerá el marco legal y reglamentario aplicable y se establecerán pautas genéricas sobre el régimen de derechos, deberes, funciones, inhabilidades e incompatibilidades; y iii) Se determinará los criterios generales para la construcción de una arquitectura de control de riesgos, determinando los factores principales de riesgo de soborno y se analizará la manera en que dichos riesgos se pueden configurar en las relaciones entre las SEM y los servidores públicos.

9.1 Sobre la estructura del gobierno corporativo en las SEM

Tal como se estableció en el capítulo primero, el Gobierno Corporativo tiene una estructura compuesta por tres ámbitos: i) Ámbito de dirección; ii) Ámbito de Gerencia y Ámbito de propiedad. Cada uno de estos ámbitos está integrado por una serie de elementos que deben adaptarse al contexto de la organización, es decir, deben ensamblarse con base a los factores internos y externos de la organización, tales como, el porcentaje de participación estatal y los stakeholders. Por lo tanto, en primera medida, los elementos estructurales de la política antisoborno en las SEM se consolidarán teniendo en cuenta la relación entre cada ámbito y sus elementos, pues son las instancias encargadas del direccionamiento y gestión de los procesos, procedimientos y acciones más relevantes en el marco de gestión y administración de los recursos públicos.

De esta manera, como primera instancia se deberá definir con claridad la estructura de dirección, administración y propiedad, para lo cual se tomará como base el modelo de los stakeholders que integran dichos órganos, centrándose específicamente en los que detentan la calidad de servidores públicos, toda vez que, es la intención de presente investigación. En segunda instancia se definirá de manera general el marco legal y reglamentario aplicable a dicha estructura, teniendo en cuenta las funciones de cada ámbito en el contexto de un buen gobierno corporativo con enfoque basado en riesgos, así como también las obligaciones funcionales preestablecidas en la normativa nacional.

9.1.1 Respecto los elementos del ámbito de dirección

Tal como se especificó en el capítulo primero, la finalidad de este ámbito en el marco del gobierno corporativo es garantizar la organización y dirección estratégica de la empresa, así como también se enfoca en orientar y supervisar la gestión de la alta gerencia teniendo en cuenta las características propias y el régimen funcional de las SEM. Por esta razón, resulta de vital importancia establecer de manera general la estructura organizacional de este ámbito desde un enfoque de stakeholders.

- Sobre los stakeholders: es necesario precisar que según el artículo 97 de la Ley 489 de 1998, el órgano encargado de la dirección será la junta o consejo directivo; pues a diferencia de las sociedades de capital privado donde la junta directiva es opcional, en este tipo de sociedades es necesaria. Adicionalmente, se debe tener en cuenta que la integración de la junta directiva debe garantizar que el Estado participe juntamente con los privados en la administración de la sociedad, pues, el carácter mixto de la sociedad no se limita a la integración de aportes públicos y privados, sino que implica el factor de la administración.

Aunado a lo anterior, el artículo 28 del decreto 1050 establece que quienes representen al gobierno en las juntas directivas de las sociedades de economía mixta son agentes del presidente de la república, de su libre nombramiento y remoción y que ellos deben rendirle informes al presidente sobre las actividades y situación de la entidad ante la cual actúan. A su vez, de acuerdo con lo establecido en el artículo 435 de Código del Comercio “no podrá existir en una junta directiva una mayoría cualquiera formada por personas ligadas entre sí por matrimonio, parentesco dentro del 3° grado de consanguinidad o 2° de afinidad, o 1° civil”.

Por otra parte, dependiendo del capital estatal así serán las reglas aplicables para la conformación de este ámbito, pues tal como lo establece que el artículo 464 del Código de Comercio:

Cuando los aportes estatales sean del noventa por ciento (90%,) o más del capital social, las sociedades de economía mixta se someterán a las disposiciones previstas para las empresas industriales o comerciales del Estado. En estos casos un mismo órgano o autoridad podrá cumplir las funciones de asamblea de accionistas o junta de socios y de junta directiva. (Decreto 410/71.1971, marzo 27). Presidente de la República. art 464).

- La Junta directiva, está integrada por directivos principales y suplentes (existe un régimen de suplencias que regula el reemplazo de los directivos principales). No obstante, para efectos de la conformación y funcionamiento de este órgano, no se permite la figura del delegado como reemplazo de los directivos principales.
- Debe existir un presidente de la junta directiva. No obstante, dependiendo del porcentaje de participación estatal existen unas reglas. Cuando el porcentaje de participación estatal es igual o superior al 90% el presidente de la junta directiva será o consejo directivo será el ministro o jefe de departamento administrativo a que esté vinculada la sociedad.

- En este caso, cuando el porcentaje de participación estatal sea inferior al 90%, el presidente de la república no podrá designar al representante legal, gerente o presidente de la SEM, sino que la facultad de designación recaerá sobre la Asamblea general o junta de socios; así mismo, la presidencia de la junta o consejo directivo no corresponderá al ministro o director de departamento administrativo al que esté vinculado la entidad, sino que será designado por la Asamblea.
- Los miembros de las juntas o consejos directivos de las entidades públicas no tienen, por el hecho de ser directivos, ni por que desempeñen funciones públicas, la calidad de servidor público. (esto aplica cuando el % de capital estatal es superior al 50% y la SEM se considere como entidad pública).
- - En las sociedades de economía mixta los miembros de junta directiva se designan en el acta de constitución de la organización.
- El nombramiento y remoción de los miembros de la junta directiva se rige por las disposiciones especiales relativas a la entidad. Esto aplica tanto para el orden nacional como territorial).
- Si es un particular con funciones públicas que integra la junta directiva, incurre en alguna de las conductas de soborno, en este caso el régimen aplicable será el derecho administrativo sancionatorio (Derecho disciplinario). pues dado que ejerce una función pública sus acciones afectan directamente el interés público y por lo tanto “supera el ámbito de derecho privado”.
- El artículo 28 del decreto 1050 establece que quienes representen al gobierno en las juntas directivas de las sociedades de economía mixta son agentes del presidente de la república,

de su libre nombramiento y remoción y que ellos deben rendirle informes al presidente sobre las actividades y situación de la entidad ante la cual actúan.

- Ahora bien, a partir de un análisis del Modelo de stakeholders propuesto por Mitchell, Agle y Wood, se pudo determinar que los servidores públicos que integran la junta directiva son stakeholders de primer grado; lo anterior, encuentra justificación en las siguientes razones:

1. Tienen una alta capacidad de influir en la organización (grados de poder), esto es así ya que tienen como una sus funciones principales i) Examinar, aprobar o improbar los balances de fin de ejercicio y las cuentas que deban rendir los administradores, ii) Disponer de las utilidades sociales conforme a la ley, iii) Considerar los informes de los administradores o del representante legal sobre el estado de los negocios sociales, y el informe del revisor fiscal, en su caso. (Decreto 410/71. (1971, marzo 27). Presidencia de la República.

2. Tiene un interés directo en la administración de los recursos públicos, de manera que puede existir una conveniencia en los efectos de los negocios.

3. Dado que existe un interés directo y una alta capacidad de influencia, los riesgos a los que se exponen en el desarrollo de las funciones relacionadas con decisiones económicas y de supervisión pueden generar un ambiente propicio para la generación del soborno.

Ahora bien, respecto al régimen funcional mínimo que desempeña este órgano en el marco del gobierno corporativo se establece que sus funciones principales son: i) monitorear, supervisar y evaluar con debida diligencia a la gerencia y sus decisiones; ii) diseñar en cooperación con los departamentos u oficinas idóneas, tales como, la oficina de cumplimiento, un sistema de control interno y control de la información con enfoque en riesgos; y iii) figura como responsable final para una efectiva arquitectura de control de riesgos(Superintendencia de Sociedades. (11 de noviembre de 2020) Guía de Buen Corporativo. p. 32).

De esta manera, se puede evidenciar que el ámbito de dirección está integrado por los siguientes elementos: 1. direccionamiento estratégico; 2. Supervisión y monitoreo de la gerencia; 3. debida diligencia y 4. Control de la información.

Teniendo en cuenta estas precisiones se abordarán los elementos identificados, de la siguiente manera:

9.1.1.1 Direccionamiento estratégico. En primer lugar, el direccionamiento estratégico hace referencia al proceso por medio del cual se determinan los elementos claves que orientarán el diseño y desarrollo de los planes y programas aplicables a la organización, en palabras de Thompson y Strickland (2004):

Es el proceso de crear una visión estratégica, establecer los objetivos y formular una estrategia, así como implantar y ejecutar dicha estrategia, y posteriormente, con el transcurso del tiempo, tomar los ajustes correctivos pertinentes en la visión, objetivos, estrategia, y/o ejecución. (p. 6)

No obstante, en este acápite no se establecerán los lineamientos para garantizar un direccionamiento estratégico, pues será tema del tercer capítulo de la monografía; empero, es oportuno precisar que este direccionamiento deberá tener un enfoque basado en riesgos, es decir, se debe tomar como base la naturaleza, el tamaño, la complejidad y el perfil de riesgos de la empresa y de las actividades específicas que realiza tanto la empresa como el ámbito de Gerencia. Dicha cuestión es fundamental, pues el grado de exigencia en materia de riesgos varía con base a diversos factores, tales como, la naturaleza de los recursos que integran a la empresa, los cuales pueden estar representados en dinero, bienes corporales o incorporeales.

Dado que el artículo 463 del Código de Comercio establece variedad de bienes que pueden integrar el capital social, tales como ventajas financieras o fiscales, garantía de las obligaciones de la sociedad, suscripción de los bonos que ella emita, auxilios especiales, concesiones, etc. se deben tomar medidas para garantizar un mayor control en la gestión de dichos recursos.

9.1.1.1.1 Supervisión y monitoreo de la gerencia. Por lo anterior, es importante adoptar un proceso de supervisión basado en riesgos que recaiga en cabeza del órgano de dirección, cuyo enfoque verse en prevenir, mitigar, evaluar y /o corregir las actuaciones ilegales, ilícitas o poco éticas en que pueda incurrir la Gerencia. Es importante resaltar que el hecho de que exista un porcentaje de participación estatal dentro del capital social implica un nivel de riesgo mayor en comparación con las empresas de capital privado, ya que al tratarse de recursos públicos las consecuencias de una indebida gestión afecta directamente a todos los ciudadanos.

Así mismo, dicho riesgo aumenta entre mayor sea el porcentaje de participación del Estado, por lo tanto, en el proceso de supervisión de la gestión de la gerencia deberán aplicarse medidas mínimas de debida diligencia, es decir, parte de la estructura de la política de gobierno corporativo la constituyen medidas mínimas de debida diligencia. Empero, previo a delimitar dichos conceptos es necesario precisar que, sobre el órgano de dirección, no recae exclusivamente la facultad de supervisión de la gerencia, sino que las instancias de la oficina de Cumplimiento, la auditoría interna, auditoría externa (o revisión fiscal), el control interno, el control de tutela juegan un papel fundamental.

Así las cosas, la Ley 87 de 1993, por medio de la cual se crea el Sistema de Control Interno en las entidades y organismos del Estado, en pro de garantizar el cumplimiento de los objetivos de la entidad y de los principios de la función pública, y teniendo como base el esquema organizacional de cada entidad y las funciones de los servidores públicos o particulares que desempeñen funciones públicas, establece que si el porcentaje de participación estatal supera el 90% del capital social, el Régimen aplicable será el de las Sociedades Industriales y Comerciales del Estado, es decir, les aplica las disposiciones de Control Interno de la Ley 87 de 1993.

En este caso, el Decreto 3135 de 1968 y la Ley 128 de 1976 establecen que los trabajadores se consideran como trabajadores oficiales y que los miembros de dirección, confianza y manejo (Junta directiva, gerentes, directores o presidentes) de estas Sociedades serán servidores públicos y están sujetos al régimen de inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades de los miembros de las juntas directivas de las entidades descentralizadas y los representantes legales de esta. No obstante, si la participación estatal es inferior al 90%, no se aplican las disposiciones de la Ley 87 de 1993, sino que tal como lo estableció la Ley 222 de 1995, la Superintendencia de Sociedades asume la facultad de Supervisión y Control, bajo la condición de que en el acta de constitución de la Sociedad de Economía Mixta no se atribuya la supervisión a otro organismo del Estado; en dicho acto, también deberán estar determinados los requisitos, inhabilidades e incompatibilidades en el marco de su control interno.

De manera que, dentro de los informes que se debe rendir al presidente, la junta directiva deberá constatar las evidencias documentadas del proceso de supervisión que esta haya implementado al interior de la entidad. Así mismo, la Superintendencia debería exigir a la sociedad demostrar que cumple con la adopción de un proceso de supervisión para la gestión de las actividades sociales y de los recursos que integran la sociedad.

Por otra parte, referente al papel del Oficial de cumplimiento en este proceso de supervisión se establece que “el Compliance debe asumir la debida vigilancia en el cumplimiento normativo de forma externa, pero debe abarcar también el control interno que compone las políticas corporativas y reglamentarias de conducta y ética que una organización exige a sus empleados”. No obstante, el compliance officer se encarga de una vigilancia más técnica, y brindará un soporte a la junta directiva en todo el proceso de supervisión.

Por otra parte, la auditoría interna es la instancia encargada de “evaluar y monitorear el sistema integral de gestión de riesgos y el control interno, así como informar al Directorio y al Comité de Auditoría acerca de las debilidades encontradas” (Propuesta de Regulación y Guía de Supervisión del Gobierno Corporativo, 2013, p.20). Por su parte, la auditoría externa, también denominada revisoría fiscal es la instancia encargada de “examinar y expresar una opinión independiente y objetiva sobre la fidelidad de los estados financieros, o, en otras palabras, debe garantizar el aseguramiento y veracidad de la información financiera, así como también la verificación del cumplimiento normativo”. (Superintendencia de Sociedades, Guía de gobierno corporativo, 2020, p.69)

Es necesario precisar que el capítulo tercero, se abordarán los lineamientos que cada una de esas instancias debe tener en cuenta para contribuir en el proceso de supervisión.

9.1.1.1.2 *Debida Diligencia:* se refiere a la capacidad del órgano de actuar eficiente, eficaz y oportunamente en el desarrollo de sus funciones, y frente a las circunstancias que representen riesgos para los intereses de la empresa. El Órgano debe diseñar e implementar procedimientos de debida diligencia que se ajusten de manera integral a la operación, tamaño, actividad económica, forma de comercialización, áreas

geográficas donde opera y demás características particulares de la empresa. A su vez, dichos procedimientos se deberán diseñar e implementar con base a la Arquitectura de control de riesgos.

En términos generales los parámetros para actuar con debida diligencia son:

1. Actuar con la información necesaria desde el punto de vista de la buena práctica.
2. Garantizar la integridad de los sistemas básicos de información y control, para lo cual es necesario definir e implantar cadenas inequívocas de responsabilidad y rendición de cuentas en la organización.
3. Determinar si resulta necesario la creación de Comités especializados para el apoyo en el cumplimiento de las funciones de este órgano, teniendo en cuenta el tamaño y el perfil de riesgo de la empresa, así como la gestión de riesgos.
4. De ser necesaria la Creación de Comités, deberá establecer su composición, estructura, funciones específicas, procesos y procedimientos a seguir.
5. El órgano de administración debe realizar evaluaciones periódicas de sus resultados y valorar si disponen de la combinación adecuada de conocimientos y competencias.

9.1.1.1.3 Control de la información. Es necesario ejercer un control sobre el manejo de la información, ya que la información implementada en el desarrollo de sus funciones ejecutivas permite conocer y verificar la legalidad, licitud y eficacia de la gestión legal, financiera y contable en los negocios sociales. La documentación es fundamental para supervisar y verificar el desarrollo efectivo de los derechos, deberes y funciones de los propietarios, Gerencia y Junta Directiva (dando especial relevancia a los requerimientos

legales y contables); en otras palabras, es fundamental para garantizar la transparencia de las empresas.

La identificación y categorización del tipo de información que maneja cada órgano de gobierno en el desarrollo de los procesos y procedimientos ejecutados en el marco de sus funciones.

- La naturaleza de la información: Pública - Privada – Semiprivada.
- Los mecanismos para la documentación de los procedimientos de los órganos de gobierno, otorgando un tratamiento especializado a la documentación de los procesos e información sensible y de gran riesgo para la empresa.
- La categorización de la sensibilidad de los procesos e información que se maneja en desarrollo de las funciones de cada órgano de gobierno.
- La Política de protección de datos.
- Los parámetros para garantizar la coordinación y gestión de la información entre los órganos de gobierno. Así como las incompatibilidades en el conocimiento de la información por generar riesgos de conflicto de intereses o abuso de poder.
- Los parámetros para garantizar el adecuado control y supervisión de la documentación, los cuales variarán dependiendo del tipo, naturaleza y grado de sensibilidad de la información. No obstante, también dependerá del órgano de Gobierno al que pertenezca la información.
- El control y supervisión que ejercerá la Junta Directiva sobre el desarrollo de la gestión de la Gerencia; el procedimiento para solicitudes y operatividad de auditorías sobre materias específicas en la empresa; El establecimiento de procedimientos para solicitudes de información de cada uno de los órganos. En el caso de los accionistas, se tratará en el acápite de información como derecho de estos propietarios.

- Los sistemas de documentación, especialmente en los procedimientos de supervisión de la Junta Directiva, rendición de cuentas de la Gerencia, control interno de la auditoría interna y control de la auditoría externa o revisión fiscal.

Ahora bien, el segundo ámbito a desglosar será el de la Gerencia.

9.1.2 Ámbito de gerencia

Tal como se precisó en el capítulo anterior, este ámbito se encarga de la administración y gestión de la empresa, y se dedica principalmente a ejecutar las directrices establecidas por el órgano de dirección, así como también, ejecuta los procesos, procedimientos y negocios alineados con la misión, visión y objetivos estratégicos de la empresa. Los miembros que integran el ámbito de gerencia son el Gerente y sus suplentes; y también pueden estar integrados por un equipo gerencial. No obstante, será necesario identificar la estructura organizacional de la Gerencia teniendo el modelo de los stakeholders, de la siguiente manera:

- Sobre los Stakeholders: Adicionalmente, se logró determinar que los servidores públicos miembros de la gerencia hacen parte con la junta directiva de los stakeholders de primer grado; lo anterior, encuentra justificación en las siguientes razones:

1. Tienen una alta capacidad de influir en la organización. Lo anterior, en virtud de las funciones que desempeñan, como lo son: planeación de las actividades que va a desempeñar la sociedad, establecer la dirección de la entidad en un corto, mediano y largo plazo, organización y administración de recursos y estudiar los diferentes asuntos financieros, administrativos, de marketing, en otros.

2. Tiene un interés directo en la planeación, organización y administración de los recursos públicos, con el fin, de desarrollar ambiente para la generación de negocios para la entidad.
3. En concordancia, los miembros de la gerencia al contar estar directamente relacionados en los negocios que desarrolla la sociedad se exponen a mayores riesgos en el desarrollo de sus funciones, principalmente en el manejo y administración de los recursos, así como en la toma de decisiones, lo cual, puede generar ambiente propicio para la comisión de actos delictivos como el soborno.

En concordancia, respecto al régimen funcional mínimo que desempeña la gerencia en el marco del gobierno corporativo se establece que sus funciones principales son: 1. elaborar un plan de acción estratégico interno en cada departamento o subdirección de las sociedades, con el fin de dar cumplimiento a los objetivos establecidos, 2. monitorear, supervisar y evaluar el desarrollo de su gestión; 3. realizar las modificaciones y dar aplicabilidad al plan estratégico de la organización, de ser necesario las modificaciones, la gerencia deberá dentro del lapso establecido en el reglamento interno realizar los ajuste necesarios.

Los elementos de dicho ámbito son principalmente los siguientes: 1. Debida diligencia y 2. Rendición de cuentas. En el marco de la gerencia, la debida diligencia tiene la connotación expuesta en el ámbito de dirección, puesto que, se trata de un criterio orientador del gobierno corporativo. Sin embargo, las medidas mínimas de debida diligencia se deben adaptar a las funciones de cada ámbito.

Por otra parte, las SEM deben adoptar procesos formales de rendición de cuentas en los cuales se prevean reglas mediante las cuales la junta directiva y el equipo gerencial conozcan: a) Los temas respecto de los cuales debe recibir información y generarla; b) Los informes que deben

rendir a otros órganos de dirección; c) Los reportes que deben entregar; y d) La periodicidad de los reportes.

Según la Superintendencia de Sociedades (2020), contar con un mecanismo de Rendición de Cuentas permite:

1. Establecer una cultura de desempeño orientada a generar resultados. 2. Gestionar conflictos de interés en las diferentes instancias de gobierno. 3. Tomar decisiones con mejores elementos de juicio a nivel de sus administradores. 4. Contar con un sistema de pesos y contrapesos que permita proteger los diversos intereses presentes en la empresa. (p.52). Finalmente, el tercer ámbito corresponde a la esfera de propiedad de la empresa, el cual se encuentra integrado por la Asamblea General de accionistas, o en su defecto, por la Junta de socios, dependiendo del tipo de sociedad.

En este orden de ideas, en el tercer capítulo se deberá determinar los temas respecto de los cuales debe recibir información y generar la Gerencia; los informes de gestión que debe rendir a los otros órganos, ya sea a nivel interno o externo; las responsabilidades que se generan en materia de rendición de cuentas; así como también la manera en que se diseña el proceso de relacionamiento entre la supervisión y la rendición de cuentas.

9.1.2.1 Ámbito de propiedad. Es el ámbito encargado de la planificación societaria y de la creación del marco normativo que regula la organización empresarial y las relaciones de los órganos de gobierno, estableciendo el marco de derechos, deberes, inhabilidades e incompatibilidades en materia de gobierno corporativo. Si bien cuenta con una autonomía en su

organización, existen ciertas limitaciones legales para este ámbito, tal como las que se encuentran establecidas en el artículo 446 del Código de Comercio, que reza:

Cuando en las sociedades de economía mixta la participación estatal exceda del cincuenta por ciento (50%) del capital social, a las autoridades de derecho público que sean accionistas no se les aplicará la restricción del voto y quienes actúen en su nombre podrán representar en las asambleas acciones de otros entes públicos. (Artículo 466 del código de comercio)

Es necesario indicar que la asamblea de accionistas no asume responsabilidades operacionales de la sociedad, ya que estas son responsabilidad de la gerencia y la junta directiva. A su vez, el artículo catorce del Decreto 3130 de 1968 establece que

La representación de las acciones que posea la nación en una sociedad de economía mixta corresponde al ministro o jefe de departamento administrativo a cuyo despacho se halla vinculada dicha sociedad. Esta función sólo podrá ser delegada en el viceministro o en el secretario general.

- Sobre los Stakeholders: En concordancia, se logra establecer que dentro de los stakeholders de primer grado se encuentra lo concerniente al ámbito de propiedad ya que,
 1. Tienen una alta capacidad de influir en la estructuración de la organización. Lo anterior, en virtud de las funciones que desempeñan, como lo son: i) diseñar una planificación societaria que conduzca al crecimiento organizado y sostenible de la empresa, ii) acordar y establecer reglas específicas respecto de los derechos, deberes, funciones, inhabilidades e incompatibilidades que le asisten a los órganos de gobierno y la forma de ejercerlos en las sociedades.
 2. Tiene un interés directo en la planeación societaria y en el establecimiento de los deberes, derechos y funciones, con el fin de delegar responsabilidades en los miembros de la organización, así como establecer planes, cuyo fin sea alcanzar los objetivos propuestos.

3. En concordancia, los miembros que componen el ámbito de propiedad de una organización al estar directamente relacionados con la planificación societaria y el establecimiento de derechos, deberes y funciones, se expone a riesgos en el desarrollo de sus funciones, principalmente en el manejo y administración de los deberes y derechos y en la forma en cómo cada órgano de la sociedad se ve inmerso, ya que la toma de decisiones y asignación de obligaciones puede presentarse como un escenario propicio para la comisión de actos delictivos como el soborno.

En concordancia, respecto al régimen funcional mínimo que desempeña el ámbito de propiedad en el marco del gobierno corporativo se establece que sus funciones principales son: 1. garantizar los derechos de los acciones y administradores, 2. Garantizar los derechos entre accionistas mayoritarios y minoritarios, 3. Resguardar los derechos de los accionistas y la junta directiva, 4. prevenir los conflictos de intereses entre los actores anteriormente establecido

Así mismo, se debe precisar que la planificación tiene un enfoque preventivo frente a situaciones que afectan los negocios de la empresa, tales como: 1. eventos de transición que impliquen cambios en la estructura de propiedad, en el modelo de gobierno y en los procesos de toma de decisiones; y 2. factores de riesgos multidisciplinarios a los que se expone la organización en el desarrollo de su objeto social, especialmente se debe estar enfocado en los riesgos relacionados con la gestión de la información por parte de los órganos de gobierno, y la coordinación, verificación y transparencia de los procesos y procedimientos que desarrollan en el marco de sus funciones.

Este ámbito tiene como elemento principal, la creación de reglamentos para los órganos de gobierno, en los cuales se abordarán como mínimo los siguientes temas: Las funciones, derechos, deberes, inhabilidades e incompatibilidades de cada órgano; tratándose específicamente del ámbito

de propiedad se abordará el registro de su derecho de propiedad; la cesión o transferencia de sus acciones o cuotas; el acceso a la información pertinente y relevante; la participación y voto en las juntas generales de accionistas; la elección y destitución de los miembros de la gerencia y la participación en los beneficios.

El Máximo órgano social deberá establecer los mecanismos para la protección de sus derechos; dentro de lo cual juega un papel fundamental la definición y documentación de los procedimientos para ejecutar dichos mecanismos. A su vez, los mecanismos para la protección de los derechos deberán categorizarse dependiendo del tipo de derecho, etapas y parámetros para su ejercicio.

9.1.3 Sobre el régimen de derechos, deberes, inhabilidades e incompatibilidades

Adicionalmente, dicha estructura debe cumplir unas disposiciones normativas contempladas tanto en el ámbito internacional como nacional, tal es el caso de: i) tratados internacionales (Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada, Ley Anticorrupción o BRIBERY ACT (UKBA), Directrices OCDE sobre gobierno corporativo y corrupción; la Bribery Act (2010) y la Convención para Combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales y su anexo de la OCDE) ii) normas internas (Ley 970 de 2005, Ley 1474 de 2011, 1778 de 2016, Circular externa 028 de 2014, Código de Comercio), en concordancia se han establecido disposiciones de carácter voluntario como lo son: i) Norma técnica de gestión de calidad ISO 9001, NTC ISO 3100 Gestión de riesgos, ISO 19600 Compliance, MIDIF-COSO I,II,III y Código ético.

Así mismo, la estructura estará conformada por las funciones de quienes integran el gobierno corporativo, entendido este como el medio idóneo para estructurar una organización,

garantizando el cumplimiento de las directrices normativas previamente enunciadas, ayudado por la ejecución adecuada de las funciones asignadas al personal a cargo. En consecuencia, y como una herramienta de garantía de cumplimiento, el personal mencionado deberá contar con determinados deberes y derechos, que permiten la orientación e ilustración de mejores decisiones para la organización, evitando con ello, situaciones que generen pérdidas económicas, daños reputacionales y afectaciones a los stakeholders.

Aunado a esto, se hace indispensable para el buen funcionamiento de la entidad, se establezcan sanciones y restricciones a los diferentes actores de determinada actividad comercial, que desde su actuación incurran en actos que desacrediten o desvíen la imagen positiva de la SEM frente a los demás actores del mercado. Con ocasión a ello, en dicha estructura se deberá establecer un sistema para gestionar adecuadamente las inhabilidades e incompatibilidades vigentes en la materia, establecidas en el artículo 8 de la ley 80 de 1993 y artículo 13 de la ley 1150 de 2007, a efectos de evitar posibles conflictos de intereses y por ende la configuración de riesgos.

En concordancia, dicha estructura deberá contar con un plan enfocado en la prevención y gestión de riesgos, el cual encuentra su fundamento en el programa de cumplimiento normativo, contando con una guía metodológica integral y especializada en la prevención de riesgos y sus proceso de diagnóstico, control, evaluación y mejora de los riesgos económicos, legales y operacionales a los que se exponen las SEM en el desarrollo de su objeto social; por ende el papel fundamental en dicha gestión pertenece a la alta dirección.

9.1.4 Sobre la arquitectura de control de riesgos

Especialmente, los riesgos constituyen un factor de inusitada envergadura en el contexto del Gobierno Corporativo, ya que la falta de su control y gestión generan afectaciones económicas,

jurídicas, administrativas, contables y reputacionales a la empresa; No obstante, el grado de repercusión del riesgo se incrementa cuando se presenta en el desarrollo de las funciones, deberes, procesos, procedimientos y ejercicio de derechos de los órganos de gobierno, pues toman las decisiones de mayor relevancia en la estructura Organizacional y dirigen la empresa.

Por esta razón, uno de los pilares fundamentales de la Política de Gobierno Corporativo es la ARQUITECTURA DE CONTROL DE RIESGOS. Dicha arquitectura de Control se ajustará a las características particulares de los órganos de gobierno y el tipo de sociedad. No obstante, se debe tener en cuenta que “la arquitectura de control agrupa elementos relacionados con el ambiente de control, la gestión de riesgos, las actividades de control, la información y comunicación, y las actividades de supervisión y monitoreo”. Guía de Buenas Prácticas de Gobierno Corporativo. (Superintendencia de Sociedades, p.62).

Por esta razón, debe observar como mínimo los siguientes factores:

- La arquitectura de control estará enfocada en prevenir, controlar y gestionar los riesgos estratégicos, legales, operacionales, de cumplimiento y financieros a los que se expone la organización en el desarrollo de su objeto social. Para ello, se deberá crear una matriz de control de riesgos, la cual deberá estar compuesta por: 1. Identificación del riesgo; 2. Medición o evaluación del riesgo; 3. control del riesgo; y 4. monitoreo del riesgo.
- La arquitectura de control debe enfocarse en el diseño e implementación de un proceso de control, autoevaluación y evaluación de la gestión que realice la gerencia, la junta directiva y el ámbito de propiedad. No obstante, en este punto se debe tener presente que, si bien la junta directiva asume una facultad de supervisión de la gerencia, dicha facultad debe integrarse con las reglas que al respecto rigen la materia, tales como la facultad que ejerce el órgano de control interno y la facultad excepcional de supervisión ejercida por la

Superintendencia de Sociedades cuando el capital estatal es igual o superior al 90% del capital social.

- La arquitectura de control debe establecer a los entes específicos encargados de realizar el seguimiento y evaluación. No obstante, para el proceso de selección se deberá tener en cuenta no sólo los límites legales, sino también los factores estratégicos que inciden en la eficacia o ineficacia del sistema de control. Así, por ejemplo, en el marco de esta arquitectura juega un papel fundamental la oficina de cumplimiento, la auditoría interna, el control fiscal o auditoría externa, la facultad de supervisión de la SuperSociedades y el Sistema de gestión (Sistema de control interno, Sistema de gestión de calidad y el Sistema de desarrollo administrativo):
- La arquitectura de control debe consolidar parámetros medibles de identificación y gestión de riesgos.
- La arquitectura de control debe permitir determinar o categorizar los asuntos y métodos que deben ser tratados con Debida diligencia, para lo cual deberá tener en cuenta la matriz de riesgos.

Adicionalmente, con el fin de garantizar la efectividad de esta arquitectura resulta indispensable la toma de medidas proporcionales y coherentes con los tipos de riesgo que se presentan en materia de soborno, para lo cual se deberá delimitar las tipologías de soborno que se pueden presentar al interior de dichas organizaciones, así como también las principales modalidades de esta práctica.

En primer lugar, existen cuatro tipos de soborno como lo son: i) el cohecho propio, el cual es regulado por el artículo 405 del código penal, ii) el cohecho impropio, regulado por el artículo 406, iii) el cohecho por dar u ofrecer estipulado en el artículo 407 y iv) Soborno Transnacional

consagrado en el artículo 403 de la misma normativa. En el marco de la gestión de riesgos por soborno se deberá tener en cuenta los componentes particulares de cada uno de estos tipos de soborno, específicamente-: el sujeto activo y el objeto material de la conducta.

Respecto del sujeto activo se establece lo siguiente:

1. Cohecho propio: en esta tipología el sujeto activo tiene cualificación especial ya que debe ser un servidor público, este tipo de cohecho se configura cuando el servidor público recibe para sí o para otro, directa o indirectamente dinero u otra utilidad, o acepte promesa remuneratoria, a cambio de realizar una conducta contraria a sus funciones. La condición de servidor público debe existir en el momento en que se comete dicha conducta.
2. El cohecho impropio: En esta tipología el sujeto activo tiene cualificación especial ya que debe ser un servidor público, este tipo de cohecho se configura cuando el servidor público acepta para sí o para otro, directa o indirectamente dinero u otra utilidad, o acepte promesa remuneratoria, a cambio de realizar una conducta propia de sus funciones. La condición de servidor público debe existir en el momento en que se comete dicha conducta.

Es importante mencionar que en este tipo de cohecho debe existir un acuerdo de voluntades entre quien ofrece y acepta, siendo este el elemento por el cual se configura la materialización de la conducta, es decir, lo que importa no es si quien ofrece el soborno cumple o no cumple, puesto que lo que sanciona es el mero ofrecimiento. Eso significa que la responsabilidad en materia de soborno se analiza de manera individual y por lo tanto la gestión de estos riesgos debe tener en cuenta dicho componente.

De manera que, si lo que se sanciona es el riesgo al que expone la administración por el simple hecho de hacer un ofrecimiento, la política contra el soborno debe enfocarse en los factores de riesgos que genera un ambiente propicio para que los servidores públicos se abstengan o se motiven para recibir o aceptar dinero, utilidad o una promesa remuneratoria. Así mismo, dicha política también deberá enfocarse en las medidas estratégicas que se deben tomar para prevenir la materialización de los ofrecimientos que realice una persona, sea o no servidor público.

Adicionalmente, es importante precisar que la arquitectura de control de riesgos debe tener en cuenta la finalidad del tipo de soborno, es decir, 1. Si lo que pretende es desviar al servidor público de una decisión propia de sus funciones o contraria a ellas, 2. Así mismo, se debe tener en cuenta las posibles maneras en que se puede presentar (modalidades del soborno). Estas modalidades han sido categorizadas por la Superintendencia de Sociedades en concordancia con lo expuesto por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos, destacándose principalmente las siguientes:

Tabla 3. *Modalidades de Soborno. Elaboración propia*

MODALIDADES DE SOBORNO	DEFINICIÓN
Pagos de dinero	Es evidenciado a través de la entrega de sumas de dinero a servidores públicos o miembros de las entidades a cambio de beneficios o favorecimientos.
Pagos de gastos de entretenimiento	Hace referencia a los gastos que asume la entidad respecto de un servidor público por concepto de viajes y cualquier tipo de entretenimiento, en eventos que no tienen relación directa con el objeto contractual del servidor público o no se encuentra delimitado

MODALIDADES DE SOBORNO	DEFINICIÓN
	En su manual de funciones, según su modalidad de vinculación.
Regalos	Corresponde a los elementos de valor monetario que la organización otorga a determinado servidor, el cual no encuentra ninguna justificación con los servicios o bienes objeto del contrato.
Contribuciones Políticas	Entendida esta como, aquellos pagos en dinero o en especie que la entidad realiza como apoyo a campañas políticas las cuales no tienen ningún tipo de relación con el objeto misional de la entidad. De la misma manera, se podrá evidenciar el beneficio otorgado por personal con calidades de servidor público a particulares o determinadas sociedades en razón a pagos o cuotas políticas.
Tráfico de influencias	El funcionario hace uso indebido de sus calidades como miembro de la entidad, con el fin de encaminar el proceso precontractual a efectos de influir en la adjudicación de dicho contrato en favor de determinada persona; lo que afecta de manera grave los principios de selección objetiva, como lo son, la transparencia, responsabilidad, igualdad y economía, previstos en el estatuto de contratación pública, lo que ocasiona afectaciones en la prestación del servicio.
Solicitud y pago de “coimas”	Hace referencia a la solicitud de comisiones por parte de funcionarios de la organización a contratistas, con el fin de omitir

MODALIDADES DE SOBORNO	DEFINICIÓN
	Incumplimientos en materia contractual, dichos pagos se pueden ver reflejados de forma periódica o en adiciones a contratos, las cuales son justificadas como necesarias para el cumplimiento de los contratos; es por ello, que los funcionarios inmersos ocultaran las evidencias, llegando al punto de compartir sus coimas con otros miembros de la sociedad.
Descuido en el ejercicio del servicio público	Esta tipología se refiere a la inexistencia funcional de los funcionarios de la organización, los cuales, de manera negligente omiten sus funciones u obligaciones, lo cual, genera un detrimento patrimonial al interior de la entidad, lo que conlleva un desconocimiento del mandato de salvaguardia de los recursos públicos y el interés general.

Ahora bien, resulta necesario abordar los posibles riesgos en los cuales se pueden ver inmersas las sociedades de economía mixta en relación con este delito. En consecuencia, a continuación, se detallan cada uno de ellos:

Tabla 4. *Identificación de Riesgos. Elaboración propia*

IDENTIFICACIÓN RIESGOS	DEFINICIÓN
1. Desarrollo de negocios	En el presente ámbito las SEM se pueden ver inmersas en la comisión de actos contrarios a la ley como lo es el soborno, ya que por su naturaleza y funciones, las cuales se encuentran plasmadas en el acta de

IDENTIFICACIÓN RIESGOS	DEFINICIÓN
	constitución de la sociedad, todas la actuaciones de la entidad se direccionan en generar ánimo lucro, por ende, los encargados del desarrollo de los negocios de la SEM pueden verse inmersos de casos de soborno en la ejecución de sus actividades ya que quien desee realizar negocios con determinada SEM pueden entregar dineros a los funcionarios con el fin de verse beneficiado con dicho negocio.
2. Control Interno	En ese sentido, todas las SEM se constituyen por un jefe de control interno, el cual es relacionado como el “control de controles” por excelencia al interior de las sociedades; ya que, en razón a su labor evaluadora, determina la efectividad de los componentes estructurales del compliance, gobierno corporativo y códigos de ética en la entidad; con el objetivo de contribuir a la Alta Dirección en la toma de decisiones que orienten el accionar administrativo hacia la consecución de los fines estatales. Pero dicho control, puede verse afectado por casos de corrupción como el soborno, ya que en su función de rendición de cuentas y generación de informes nos alerte sobre los posibles casos de riesgos que se están generando al interior de la SEM, lo anterior, por que busca beneficiar a un tercero.
3. Atención al cliente o ciudadano	Este campo al interior de las SEM puede evidenciar aspectos de incumplimiento normativo y puntualmente, factores de soborno. Una de las principales situaciones evidenciadas es el pago por beneficios en prelación en procesos ante dicha entidad; en tal sentido es pertinente las incorporaciones de lineamientos y estructura organizada al interior de la SEM que permita ejercer control sobre este tipo de situaciones evitando infracciones.

IDENTIFICACIÓN RIESGOS	DEFINICIÓN
4. Aspirantes seleccionados	Los procesos de selección al interior de las SEM requieren de mayor atención al momento de ejercer controles y capacitaciones dentro de la entidad. Todo esto en razón al marcado interés de los aspirantes por acceder a los procesos de selección realizados. En razón a ello, surge la necesidad de establecer procedimientos específicos con requisitos y demás aspectos al personal evaluador, junto con órganos de revisión y control que garanticen el cumplimiento de los parámetros establecidos.
5. Gestión contractual	Toda SEM requiere de un área, dedicada a la redacción y apoyo a procesos establecidos con el fin de apoyar en las adquisiciones de sociedad, convenios y la contratación de funcionarios que apoyen la gestión y desarrollo de actividades de la entidad. Por ende, dicha actividad es reconocida como uno de los principales factores de riesgos, ya que según cifras de transparencia por Colombia, es en la contratación donde más se presentan casos de corrupción ya que, la desviación de los recursos públicos y la toma de decisiones que benefician únicamente intereses particulares, se ha convertido en uno de los factores que más afecta a la entidades tanto del sector público o privado, lo cual, afecta la vida de las personas y disminuyen la legitimidad y la confianza en las entidades.
6. Recursos de caja menor	El manejo de recursos es uno de los entornos que presentan mayor vulnerabilidad a la hora de prevenir conductas delictivas, en tal sentido se hace necesario para la SEM contar con un proceso contable, auditable y de control interno que posibilite la legalización de costos y optimice el ejercicio transparente para el personal encargado de este manejo directo.

IDENTIFICACIÓN RIESGOS	DEFINICIÓN
7. Recepción, aceptación y ejecución de pagos	Las SEM , en el desarrollo de sus actividades y en la búsqueda de la consecución de sus objetivos debe recepcionar, aceptar y realizar pagos a las personas con quien tiene contratos o convenios, lo cual se muestra como un factor riesgo indiscutiblemente, ya que con quienes ejecutan estas actividades al interior de la entidad pueden verse inmersos en casos de soborno, ya que terceros pueden ofrecer dineros con el fin de verse beneficiados con ayudas en la ejecución de su pagó, verse beneficiado con más dinero al correspondiente, entre otros.

A partir de lo expuesto en este capítulo se puede concluir, que los elementos estructurales de una política antisoborno se encuentran categorizados con base en tres acápites, que son: i) la estructura tripartita del gobierno corporativo; ii) el régimen de derechos, deberes, inhabilidades e incompatibilidades y iii) la arquitectura del control de riesgos. A su vez, dichos acápites están integrados por una serie de elementos que son imprescindibles para analizar integralmente los factores de riesgo de soborno y establecer los lineamientos necesarios para una política antisoborno enfocada en la gestión de riesgos desde una perspectiva de gobierno corporativo.

10 . Lineamientos de la Política Antisoborno para las sociedades de economía mixta

En el presente capítulo se establecerán los lineamientos que debe contener una política antisoborno enfocada en prevenir, mitigar y reaccionar frente a los factores de riesgo que se pueden presentar en la relación de los servidores públicos que son miembros de los órganos de gobierno de las sociedades de economía mixta. Por lo tanto, se tomará como base los elementos estructurales de los ámbitos de dirección, gerencia y propiedad, para determinar las directrices que deben tener

en cuenta las SEM para consolidar un gobierno corporativo coordinado, responsable y transparente que garantice la competitividad, productividad y perdurabilidad de la entidad en el marco de prácticas empresariales éticas.

En este orden de ideas, la estructuración de dichos lineamientos se hará de la siguiente manera: i) se establecerá un acápite por cada uno de los tres ámbitos, los cuales estarán integrados por unos estándares mínimos que deberán ser implementados en las SEM teniendo en cuenta sus particularidades, y ii) cada uno de los estándares sugerirá ciertos parámetros a seguir para la configuración efectiva de los estándares mínimos.

10.1 Ámbito de dirección

La junta directiva de las SEM deberá observar los siguientes estándares mínimos:

10.1.1 Primero: respecto del direccionamiento estratégico

El órgano encargado de la dirección estratégica no debería estar al mismo nivel administrativo del órgano de gestión; por el contrario, la junta o consejo directivo debe tener una estructura que permita la adopción de decisiones estratégicas. Así mismo, el direccionamiento estratégico dependerá de que los demás órganos también cuenten con dicha estructura.

Es necesario que exista una estructura y asignación de funciones clara y estratégica de los órganos de gobierno, ya que dependiendo del tipo de sociedad y el porcentaje de participación estatal, la división de estas áreas constituye un factor fundamental para garantizar la transparencia. Tal es el caso de las sociedades de capital concentrado en las que el capital suscrito se encuentra bajo la titularidad de un número reducido de accionistas, los cuales poseen el mayor control dentro de la Asamblea General o Junta de socios.

En este caso, cuando el porcentaje de participación estatal sea inferior al 90%, el presidente de la república no podrá designar al representante legal, gerente o presidente de la SEM, sino que la facultad de designación recaerá sobre la Asamblea general o junta de socios; así mismo, la presidencia de la junta o consejo directivo no corresponderá al ministro o director de departamento administrativo al que esté vinculado la entidad, sino que será designado por la Asamblea.

Empero, dicha cuestión no implica que se elimine la obligación del Estado de participar en la administración de la sociedad, pues la economía mixta requiere no sólo la confluencia de aportes estatales y privados, sino también la participación del Estado en la administración de la entidad, por lo que la Superintendencia de Sociedades ha establecido que *es viable que el director del ente oficial integre o designe directamente a un representante para que se desempeñe como miembro de la junta directiva, y así vele por los intereses del Estado en dicho órgano*. (Superintendencia de sociedades. (22 de julio de 2015) circular externa. (No. 100 -000003).

Sin embargo, en este contexto se presenta una situación riesgosa, ya que los accionistas mayoritarios al tener una incidencia directa en la elección de la gerencia y el equipo gerencial, y a su vez, al tener el mayor poder para seleccionar al resto de miembros de la junta o consejo directivo y su presidente, podrían afectar la independencia de estos órganos; toda vez que, la junta directiva se encargará de la supervisión de la gerencia, la cual se integra por miembros que al ser elegidos por el mismo órgano se relacionan bajo un esquema de lealtad personal entre ellos. Esto podría desencadenar en la comisión de alguno de los tipos de sobornos categorizados en el capítulo anterior.

Ahora bien, tratándose de SEM con aportes estatales igual o superior al 90% el panorama es diferente, ya que en este caso el representante legal, gerente o presidente de la SEM será designado directamente por el presidente de la república; y por su parte, el presidente de la junta

o consejo directivo será el ministro o jefe de departamento administrativo a que esté vinculada la sociedad.

Por lo tanto, es necesario que se fijen criterios para definir y elegir una estructura adecuada que garantice el direccionamiento estratégico y conduzca operativamente los negocios sociales, siendo necesario aclarar que existe una gran diferencia entre la división estructural y funcional de los órganos de gobierno respecto de la cooperación y coordinación en el desarrollo de las funciones de cada órgano, puesto que esta última constituye un “must have” de un Gobierno Corporativo enfocado en la prevención del soborno.

Tales criterios son los siguientes:

- Las SEM deben estudiar la posibilidad de reorganizar la estructura de los órganos de dirección y administración, de esta manera, macroestructuralmente el órgano de dirección debería estar formado por la Junta Directiva y sus Comités (dentro de los que se recomienda crear un Comité de Dirección estratégica Corporativo y un Comité de Auditoría) y el Órgano de administración debería estar formado por el Gerente y sus dos suplentes.

El Comité de dirección estratégica debe fijar objetivos estratégicos para la Empresa en el cual se recojan al menos los elementos para la declaración, gestión y revelación de las situaciones de conflictos de interés. Por su parte, el Comité de dirección auditoría se enfoca en asegurar la calidad de la información financiera que se está produciendo, de la integralidad y efectividad del sistema de administración de riesgos; y de la confiabilidad de los controles desarrollados por la empresa. El Comité de Dirección Estratégica y el Comité de Auditoría trabajaría de la mano con la Oficina de Auditoría Interna de la empresa.

- En pro de tener un buen desempeño y gestión empresarial, el comité de dirección estratégica debe fijar objetivos estratégicos para la empresa en el cual se recojan al menos

los elementos para la declaración, gestión y revelación de las situaciones de conflictos de interés. Con base en dichos objetivos, el gerente y el equipo de gerencia deberán elaborar un plan de acción estratégico o una estrategia de gestión interna en sus departamentos para llevar a cabo el cumplimiento de los objetivos mencionados. Dicho plan deberá ser aprobado o improbadado por la Junta Directiva; de ser improbadado, la junta directiva deberá especificar las razones pertinentes.

- El Plan de acción Estratégico debe quedar debidamente documentado y almacenado en una base de datos de acceso privado a la que exclusivamente podrán acceder los miembros de la junta directiva, el Gerente y eventualmente la asamblea o junta. Dado que la estrategia de gestión es fundamental para el desempeño empresarial y la competitividad de la Empresa, deberá existir una reserva de confidencialidad sobre la información contenida en dicha base de datos. La exigencia de dicha reserva de confidencialidad deberá constar en el Reglamento de los órganos de Gobierno, así como también deberán constar las sanciones pertinentes.
- Deberá diseñarse e implementarse un proceso de control, autoevaluación y evaluación de la gestión que realice el gerente y el equipo gerencial (dicho proceso también deberá diseñarse e implementarse especializadamente para la Junta Directiva), lo cual se desarrollará teniendo en cuenta la arquitectura de control de riesgos; haciendo especial énfasis en la complejidad de los negocios y en la naturaleza, tipo y sensibilidad de la información.
- La junta directiva establecerá los lineamientos generales con base en los cuales el equipo gerencial será evaluado y la oportunidad en la que se efectuará dicha evaluación. Dicho proceso se diseñará con base en los siguientes parámetros:

1. Deberá asignarse a un ente específico la obligación de realizar el respectivo seguimiento y evaluación de la gestión del Gerente y del Equipo Gerencial: Se recomienda que la evaluación del Gerente esté a cargo de la Junta Directiva en su totalidad, es decir, incluyendo los Comités que la integren. Así mismo, se recomienda que el control y evaluación del Equipo Gerencial estará a cargo de la Junta Directiva, específicamente por el Comité de Auditoría, en el cual se deberán establecer los procesos de evaluación y realizar la respectiva evaluación a los miembros que conformen el equipo gerencial (directores de áreas).

No obstante, tanto la Gerencia como el equipo Gerencial deberán realizar de igual manera su propio autocontrol y autoevaluación. El equipo gerencial debería evaluar periódicamente su gestión para el cumplimiento de las funciones que le han sido encomendadas. Dicha periodicidad será determinada por la Junta Directiva.

Así mismo, la Superintendencia de Sociedades ha establecido que como buena práctica la siguiente: La Junta Directiva debe generar un espacio de retroalimentación con la Gerencia, con el fin de comunicarle principalmente: 1. cómo percibe su liderazgo; 2. la calidad de su labor; 3. el cumplimiento de indicadores y 4. El nivel de alineación con la estrategia y la visión de la junta directiva o instancia equivalente. El objetivo es que esta práctica le permita al gerente, como primer ejecutivo, identificar fortalezas y debilidades, así como tomar las acciones correspondientes, para continuar fortaleciendo la gestión ejecutiva de la empresa. (Superintendencia de Sociedades, Guía de Buenas Prácticas de Gobierno Corporativo, 2020)

- Finalmente, resulta fundamental consolidar una estructura de la junta directiva que se acople a los intereses y necesidades de la empresa, dicha estructura tendrá como base dos cuestiones principales: 1. Un factor subjetivo, respecto a los miembros que integran la junta directiva, lo cual incluye criterios y procesos de selección, causales de terminación

de la membresía y revocatoria; y 2. Factor organizacional, referente a los Comités que integran la Junta Directiva y sus respectivas funciones, cuestión que dependerá de la estructura de propiedad, tamaño y la etapa de madurez en que se encuentre la organización. Dichos puntos se abordarán en el siguiente estándar.

ESTÁNDAR 2: Los miembros que se designen para la junta directiva deberán cumplir con ciertas habilidades específicas en materia de gestión empresarial, así como también deben tener un perfil que se adapte a las particularidades y necesidades de cada SEM.

Tal como se precisó, la junta directiva debería estar integrada por dos comités: un comité de dirección estratégica y un comité de auditoría interna, dichos comités deberán estar reglamentados en los siguientes aspectos como mínimo: funciones, responsabilidades, inhabilidades e incompatibilidades, así como también deberán regularse los perfiles de sus miembros.

1. Sobre los perfiles requeridos: Los perfiles exigidos para los miembros que integrarán la junta directiva, podrán categorizarse por competencias técnicas y habilidades blandas, las cuales se refieren respectivamente a las siguientes habilidades blandas: Conocimiento académico y experiencia relativa al negocio en el cual se desarrolla la empresa o con los requerimientos específicos en función de los retos estratégicos de la organización; y competencias técnicas: Experiencia relativa al negocio y a las condiciones y habilidades personales de relacionamiento y liderazgo del equipo gerencial que permiten trabajar juntamente con todos los colaboradores para cumplir el propósito de la empresa”. (Superintendencia de Sociedades. (18 de septiembre de 2020) Guía de Buen Corporativo. p. 45)

Así mismo, otro criterio que se debe observar en este campo es la independencia característica de la junta directiva:

1. Sobre los tipos de miembros de la junta directiva: La Junta Directiva podrá estar integrada por miembros no ejecutivos, independientes y ejecutivos. No obstante, la Superintendencia de Sociedades recomienda que al menos una tercera parte de esta instancia colegiada debería estar conformada por miembros independientes. Superintendencia de Sociedades. 11 de noviembre de 2020) Guía de Buen Corporativo. p. 35)

- Miembros no ejecutivos: Son aquellos que no ejercen funciones gerenciales en la entidad. Sin embargo, excepcionalmente podrán participar en decisiones operativas estratégicas para la empresa.
- Miembros ejecutivos: Son aquellos que hacen parte del equipo gerencial.
- Miembros independientes: Son aquellos que no tienen ni han tenido vínculos negociales con la empresa, así como tampoco son parte de la familia de los miembros de la gerencia. Un miembro de Junta directiva se considera independiente cuando: 1. el miembro no tenga vínculos por matrimonio o parentesco con los socios, empleados o administradores de la sociedad o sus empresas vinculadas; 2. el miembro no sea socio o empleado de entidades que presten servicios de asesoría o consultoría a la sociedad o sus empresas vinculadas; y 3. el miembro no sea administrador de una empresa en cuya junta directiva. participe el representante legal de la sociedad. (Superintendencia de Sociedades. (11 de noviembre de 2020) Guía de Buen Corporativo. p. 86).

Por otra parte, es indispensable que los miembros de la junta directiva de las SEM cumplan funciones y habilidades propias de su cargo como:

1. supervisar el cumplimiento de las disposiciones y políticas que estén desarrollando en la organización.

2. Realizar seguimiento y evaluación a la gestión del gerente y del equipo gerencial, (la evaluación del gerente de la sociedad estará a cargo de la junta directiva en su totalidad, es decir, incluyendo los comités que lo integran y la evaluación al equipo de gerencia estará a cargo de la junta directiva específicamente el comité de auditoría).
3. Hacer seguimiento de forma trimestral a la ejecución del presupuesto definido por la alta gerencia.
4. Cumplir con el deber de supervisión para prevenir y mitigar la materialización de riesgos,
5. La junta directiva deberá promover capacitaciones a todos los miembros de la SEM, especialmente a los miembros gerenciales, asamblea y la misma junta para identificar, desarrollar y analizar los riesgos en los que se puede inmersos la organización, ya que, *“un correcto esquema de control empresarial es aquel en donde se hacen responsable a todos los niveles de la organización, ya que desde el ámbito de cada empleado se logró identificar, coadyuvar y gestionar oportunamente acciones de control”*. (Superintendencia de Sociedades. (11 de noviembre de 2020) Guía de Buen Corporativo. p. 63).

ESTÁNDAR 3: La junta directiva deberá definir la misión y visión; las metas y objetivos estratégicos para la implementación de la Política Antisoborno. Así mismo, deberá tener una participación en la creación de la arquitectura de control de riesgos.

La junta directiva de las SEM en el marco de consolidar el propósito de cada grupo de interés debe establecer: i) misión, ii) visión, iii) metas y objetivos estratégicos de la sociedad, toda vez que estos componentes justifican la realización de actividades y funciones de cada miembro.

- En lo que refiere a la misión como elemento fundamental en el direccionamiento de la SEM: En la misión se puede delimitar el tipo de stakeholders a los cuales se orienta la SEM y los factores que distinguen a la sociedad a la hora de ejecutar sus objetivos en el mercado. La misión contempla algunas preguntas como: ¿qué hacemos? ¿Cuál es el tipo de negocio?

¿Cuál es su público objetivo? ¿Con qué ventajas competitivas cuenta? ¿Qué lo diferencia de la competencia?

- Se debe establecer una visión en las organizaciones: Las SEM en el ámbito de la visión deben establecer la imagen que la empresa quiere transmitir a futuro y su proyección, la creación de la visión responder preguntas como: ¿Qué se quiere lograr? ¿Dónde se quiere estar en el futuro? ¿Para quién se hará? ¿Se ampliará nuestra zona de actuación?

Se debe crear objetivos estratégicos: Se debe crear un sistema mediante el cual se realice un seguimiento a dichos objetivos, ya que para evaluar el cumplimiento de estos, se debe hacer de forma cuantitativa, es decir, deben existir unos indicadores de cumplimiento que permita realizar un análisis cuantificado de la implementación, ejecución y posibles errores que se puedan materializar.

Así mismo, los objetivos estratégicos deben servir como guía cuando la junta directiva formule las metas a nivel táctico y operacional, buscando que las directrices que emanen de la alta dirección al resto de funcionarios que conforman las sociedades estén encaminadas en un mismo direccionamiento. Por lo anterior, es necesario que exista una interacción entre la misión, visión y objetivos estratégicos de las sociedades con el fin de establecer los elementos necesarios para la creación de la arquitectura de mitigación de riesgos por soborno.

Por último, la arquitectura de control de riesgos tendrá como enfoque la prevención desde el Gobierno corporativo, valiéndose principalmente de la instancia de junta directiva, auditoría interna, auditoría externa y oficina de cumplimiento. No obstante, el responsable de dirigir el Sistema de Control Integral de riesgo serán la Junta directivas y la oficina de cumplimiento.

La Junta directiva y la oficina de cumplimiento deberán diseñar y aprobar una Política de Gestión de riesgos que permita identificar los riesgos que pueden afectar a la empresa, su naturaleza o tipología, el nivel o grado de exposición al riesgo, así como el nivel y el área de

afectación. El diseño de dicha política tendrá en cuenta la estructura organizacional de la empresa; el proceso de identificación de stakeholders; las funciones, deberes, responsabilidades de los órganos de gobierno establecidas en los reglamentos de cada órgano.

Esta Política será la base para que se diseñe una Sistema de Gestión integral de riesgos y una estrategia de riesgos, que relacione las condiciones estructurales de los riesgos con el plan de negocios, pues de esta manera se garantizará una mayor seguridad en la ejecución de dicho plan.

Especialmente, el Sistema de Gestión integral de riesgos deberá prestar especial atención a la Gerencia, y debe conducirla a que tome las medidas necesarias y pertinentes para actuar con perspicacia y ética en los negocios, es decir, el Sistema de Gestión integral de riesgo no tiene como única finalidad garantizar la seguridad financiera de la empresa, sino que tiene un enfoque multidisciplinar, pues no sólo existen riesgos de índole financieros, sino también jurídicos, reputacionales, administrativos, operacionales, entre otros, que pueden afectar negativamente a la empresa. Así mismo, se deberá definir un marco procesal y de responsabilidad específico para la gestión de riesgos. Así mismo, deberá establecer las etapas del proceso de gestión de riesgo.

ESTÁNDAR 4: La junta directiva debe contar con un régimen de remuneración que motive al desarrollo de un trabajo de calidad.

La junta directiva cuenta dentro de sus responsabilidades, con la facultad de proponer dentro de una política de remuneraciones y salario a los miembros de la gerencia, adicionalmente, se deberá definir las remuneraciones del auditor interno y externo. Lo anterior, se determinará teniendo a consideración el tamaño de cada SEM, la dificultad de las funciones que realiza, la contribución de cada uno de los miembros en el marco de generar valor a la empresa, lo cual cobra relevancia, toda vez que, dichas remuneraciones incentivan a los miembros de la sociedad a cumplir con su trabajo con excelencia.

10.1.2 Segundo: respecto de la supervisión y monitoreo de la gerencia

ESTÁNDAR 1: Se deberá consolidar un sistema de supervisión y monitoreo con enfoque en riesgos, el cual, deberá integrar las facultades de supervisión de la junta directiva, el sistema de control interno aplicable a las SEM dependiendo del porcentaje de capital estatal, el control de tutela, la auditoría interna, la revisoría fiscal (auditoría externa) y la instancia de la oficina de cumplimiento.

Con el fin de lograr el posicionamiento de la empresa, se deberá establecer al interior de la SEM un sistema estructurado de supervisión y monitoreo que permita ejercer una identificación oportuna de riesgos que pueden afectar a la empresa, su naturaleza o tipología, el nivel o grado de exposición al riesgo, así como el nivel y el área de afectación. Contemplando a su vez, lineamientos de dirección y revisión del ejercicio de funciones para miembros de junta directiva, tendrá en cuenta la estructura organizacional de la empresa, el proceso de identificación de stakeholders, porcentaje de capital estatal, las funciones, deberes, responsabilidades de los órganos de gobierno establecidas en los reglamentos de cada órgano, el control interno y la auditoría externa.

Dicha estructura organizada, deberá ser la base para el diseño de una Sistema de Gestión integral de riesgos y una estrategia de riesgos, que relacione las condiciones estructurales de los riesgos con el objeto social de la SEM, pues de esta manera se garantizará una mayor seguridad en la ejecución de dicho plan. Como aspecto primordial deberá enfocarse en la regulación de los órganos de dirección, y deberá influir en la toma de decisiones de estos, de tal manera que se tomen todas las medidas necesarias y pertinentes para actuar con diligencia y ética en el ejercicio de actividades comerciales.

ESTÁNDAR 2: La junta directiva debe cumplir con un régimen de funciones, derechos, deberes, responsabilidades, inhabilidades e incompatibilidades específicos que garanticen la competitividad y generación de valor empresarial, al tiempo que se garantiza la ética y transparencia.

Se deberá realizar un diagnóstico con el que se tendrá claridad sobre la calidad y eficacia del manejo que al momento se está dando a derechos, deberes, funciones, inhabilidades e incompatibilidades; determinando con ello, compromisos y responsables de ejercer los lineamientos de la empresa y de manera particular la forma de ejecución de los órganos de gobierno.

Una vez agotada esta verificación, evidenciadas las necesidades, entendida como una de las responsabilidades asignadas principalmente a la junta directiva, se deberá dar cumplimiento al mejoramiento de la estructura, de manera que se delimite para los órganos de gobierno y personal en general el cumplimiento cabal de sus funciones al interior de la SEM.

Será necesario entonces, determinar los objetivos prioritarios de la Empresa en materia de Derechos, Deberes, Funciones, inhabilidades e incompatibilidades en el desarrollo de los procesos y procedimientos, adecuando los lineamientos vigentes al momento de la verificación con los estándares mínimos exigidos por la OCDE y la Superintendencia de Sociedades; entendiendo que esta adecuación implica un proceso de transición por lo que se requiere estructurar la planificación detalladamente teniendo en cuenta lineamientos normativos en la materia.

10.1.3 Tercero: respecto de la debida diligencia

ESTÁNDAR 1: La Junta directiva debería estructurar una agenda de trabajo enfocada en asuntos estratégicos que le permita cumplir adecuadamente con sus responsabilidades.

Con el fin de consolidar una estructura de buenas prácticas al interior de las sociedades, la junta directiva en apoyo con la gerencia deberán elaborar una agenda anual de trabajo de la junta directiva, en la cual se establecerá el cronograma de reuniones por comités, lo anterior, con el objetivo de que exista una participación activa en la construcción de la agenda de la SEM, y por lo tanto, se asegure el proceso de información e interacción entre las diferentes instancias de la organización.

La agenda de trabajo permite que la gerencia prepare con antelación a los diferentes comités y por ende los temas que la junta desarrollará en cada sesión respectiva, no obstante, en el transcurso de la anualidad se pueden presentar temas extraordinarios que deben ser analizados y tratados con urgencia, en razón a ello, la junta directiva deberá incluirlos en la agenda del comité con el fin de organizar y priorizar estratégicamente los temas a tratar.

La Superintendencia de Sociedades, estableció los mínimos con los que debe contar dicha agenda:

- 1. Las fechas de las sesiones.*
- 2. Los temas que se abordarán en cada sesión de junta, definiendo prioridades en términos de relevancia y tiempo para atender los frentes de trabajo que requiere estratégicamente la empresa.*
- 3. La duración estimada para cada tema en las diferentes reuniones, priorizando asuntos estratégicos para la organización*
- 4. Actividades de actualización o entrenamiento específico de la junta directiva, con el objetivo de asegurar un mejor cumplimiento de sus responsabilidades*

5. El orden del día que se defina para cada reunión debe quedar documentado y alineado con la agenda anual. (Superintendencia de Sociedades. (11 de noviembre de 2020) Guía de Buen Corporativo. p. 39)

ESTÁNDAR 2: La junta directiva deberá diseñar e implementar procedimientos de debida diligencia que se ajusten de manera integral a la operación, tamaño, actividad económica, forma de comercialización, áreas geográficas donde opera y demás características particulares de la empresa. Así como también, deberá ajustarse a las funciones de la Gerencia.

Para el efectivo ejercicio de las actividades propias de la empresa, deberá tenerse como lineamiento principal la delimitación del funcionamiento de la SEM, que dentro de la misma se cuente con el conocimiento de todos los sectores de operación y dirección con el conocimiento del tamaño, la actividad económica, lugares de operación, entes de dirección, y demás aspectos que promuevan la estructura de solidez dentro de la entidad.

Por esta razón, los órganos de administración deberán actuar de manera eficiente y oportunamente en el desarrollo de sus funciones, haciendo frente a las circunstancias que representen riesgos para los intereses de la empresa; todo ello, sin dejar de lado sus funciones a la hora de afrontar los riesgos a los cuales se encuentra expuesta la SEM y cuya efectiva actuación permite, facilita y promueve consecuencias positivas para la entidad desde la implementación de estructuras sólidas que la impermeabilizan de los posibles riesgos ante los que pudiera verse afectada.

10.1.4 Cuarto: respecto del control de información

ESTÁNDAR 1: La junta directiva, en cooperación con la oficina de control interno deberá diseñar e implementar un sistema de información con enfoque de riesgos que permita conocer y

verificar la legalidad, licitud y eficacia de la gestión legal, financiera y contable en los negocios de las SEM.

Es importante que los miembros de la junta directiva, especialmente, los comités encargados de asuntos económicos, legales y contables, tengan experticia sobre temas financieros, de auditoría técnica, de gobierno corporativo y gestión integral de riesgos, pues son los marcos en los que se presentan los mayores riesgos de soborno. Por esta razón, resulta importante diseñar e implementar un sistema de control de la información enfocada en garantizar la interacción transparente entre los órganos de gobierno, y entre estos y los demás grupos de interés, ya que dicho control está enfocado en consolidar un registro o trazabilidad de las interacciones, actuaciones, procesos y procedimientos de los servidores públicos y los stakeholders. Así mismo, permite conocer y verificar la legalidad, licitud y eficacia de la gestión legal, financiera y contable en los negocios sociales. Por esta razón, se recomienda:

1. Diseñar un sistema de control y gestión de la información financiera y no financiera con enfoque de riesgos de soborno, el cual permita identificar los procesos vinculados a la generación de información y los sujetos responsables, es decir, se deben consolidar cadenas claras de responsabilidad. Aunado a esto, dicho sistema debe estar sujeto a revisiones y evaluaciones periódicas, puesto que, en el marco de la prevención del soborno, resulta fundamental medir la eficacia del diseño e implementación de los sistemas, a partir de indicadores cuantitativos.
2. El sistema debe categorizar la naturaleza, tipo y sensibilidad de la información, con el objetivo de determinar las situaciones en que se requiere aplicar un control más riguroso en proporción al nivel y complejidad del riesgo.

3. La Oficina de cumplimiento será la encargada de operar dicho sistema, la cual trabajará en cooperación con el comité del órgano de dirección (si existiere) encargado de la auditoría interna. No obstante, se deberá tener en cuenta las reglas relacionadas con el porcentaje de participación estatal, pues dependiendo de este varía la implementación del Sistema de Control Interno, integrado por dos controles: i) el control disciplinario, en cabeza de la Oficina de control interno (cuando la SEM es una entidad pública) y la Procuraduría General de la Nación (como control externo); y ii) el control fiscal, en cabeza de la Contraloría. Por esta razón, se debe precisar que entre menor sea el porcentaje de participación estatal en la SEM, mayor autonomía tendrá la Oficina de cumplimiento (Compliance).
4. Se debe asegurar que no exista una influencia capciosa por parte de los servidores públicos en el desarrollo de dicho sistema de control, por lo tanto, es importante analizar los tipos de miembros que integran estos departamentos. Así las cosas, en virtud de que ciertos Comités del órgano de dirección tienen influencia en la implementación del sistema de control, se recomienda que estén integrados, por ejemplo, por miembros independientes altamente cualificados.

De esta manera, el Sistema de Control de la información debe permitir identificar:

- Los grupos de interés de la Organización;
- El tipo de relación existe entre cada uno de los órganos de gobierno y entre estos y los grupos de interés;
- La naturaleza, tipo y grado de sensibilidad de la información que vincula a los stakeholders con los órganos de gobierno;

- La naturaleza, tipo y grado de sensibilidad de la información que vincula a los órganos de Gobierno;
- Los riesgos que se presentan en las relaciones entre los órganos de gobierno y entre estos y los stakeholders respecto de la información que crea o desarrolla el vínculo de la relación;
- Las responsabilidades que tiene cada órgano respecto a la administración y control de la información; las responsabilidades que tiene cada órgano respecto a la rendición de cuentas.

Ahora bien, por otra parte, es importante precisar la importancia del Modelo de Stakeholders que adopten las SEM, toda vez que, a partir de la identificación de los stakeholders y su inclusión en la estrategia empresarial, la empresa podrá comprender:

- El tipo interés que tienen los actores en la organización;
- El proceso de interacción entre los actores de la organización y la confluencia de intereses;
- El margen de alineación de las actuaciones de los actores respecto a los intereses de la empresa, es decir, la empresa podrá comprender cuando una actuación posee un interés empresarial y cuando tiene un interés personal;
- La empresa podrá comprender como un negocio puede ser manejado para rendir cuentas de sus efectos y responsabilidades a todos los stakeholders.

Para la construcción del modelo se recomienda tener en cuenta la Accountability Series – AA1000SES, también denominada norma Stakeholders Engagement Estándar (estándar para el compromiso con los stakeholders), la cual establece los puntos básicos para la estructura y el desarrollo de la estrategia y el manejo operacional.

10.1.5 *Ámbito de gerencia*

ESTÁNDAR 1: Se deberán establecer cadenas claras de responsabilidad y rendición de cuentas que garantice al órgano de Gerencia demostrar el cumplimiento de sus funciones, así como el desarrollo de las gestiones realizadas.

Como primera medida, es un elemento fundamental frente al funcionamiento de la SEM, que la gerencia demuestre su grado de cumplimiento y el desarrollo cabal de sus funciones en el marco de la ética de su actuar contractual. Así las cosas, deberá estructurarse un sistema de responsabilidades y la obligación de rendir cuentas sobre su gestión de conformidad con lo establecido para las SEM en la Ley 1757 de 2015 artículo 48; toda esta estructura tiene por finalidad principal el cumplimiento de los fines de dirección y notificación de gestiones realizadas, cuya periodicidad se determinará de acuerdo con los asuntos de avance.

El marco de las responsabilidades servirá al interior de la SEM para estructurar el avance en el cumplimiento de objetivos, cumplimiento normativo y ejercicio ético de funciones al interior de esta. Al adoptar procesos formales de responsabilidad y rendición se garantiza que tanto la junta directiva como los órganos gerenciales de la organización conozcan a profundidad los temas respecto de los cuales debe recibir información y generarla, los informes que deben rendir a otros órganos de dirección, los reportes que deben entregar y la periodicidad de estos, todo esto que permitirá establecer una cultura de desempeño orientada a generar resultados.

10.1.6 *Ámbito de propiedad*

ESTÁNDAR 1: La asamblea general de accionistas o la junta de socios deberá planificar la implementación de la política de gobierno corporativo y antisoborno a corto, mediano y largo plazo.

La planificación e implementación de una política de gobierno corporativo y antisoborno a corto, mediano y largo plazo, deberá aplicarse en las SEM con el objetivo de crear y configurar un mecanismo idóneo para evitar la comisión de actos contrarios a la ley como lo es el soborno; adicionalmente, contribuye en la generación de confianza frente a los actores del mercado como lo son los stakeholders.

Es por esto, que la creación de dicha política deberá contar con una etapa previa o de corto plazo, en el cual deberá convocarse a una asamblea general con el fin de tratar temas relacionados con el gobierno corporativo, es por ello, que ha dicha reunión deben asistir: la gerencia y la junta directiva, en donde se abordaron temas como, i) los objetivos y justificación de la creación de la política; ii) exposición del ámbito de aplicación de la política, en donde se identifique el contexto de cada SEM, en concordancia, los factores que se deben analizar son:

- El diagnóstico de la estructura organizacional de los órganos de gobierno y su comparación con la guía de buenas prácticas de Gobierno Corporativo emitido por la Superintendencia de Sociedades y la OCDE.
- Revisar el régimen actual de los derechos, deberes, funciones procesos y procedimientos tanto de la gerencia como de la junta directiva, con el objetivo de identificar y categorizar las funciones, procesos y procedimientos actuales de la gerencia y la junta directiva.

- Determinar la complejidad de las funciones, procesos y procedimientos de la gerencia y la junta directiva con el objetivo de identificar los riesgos que se puedan llegar a presentar, riesgos que ya fueron identificados en el capítulo II.
- Establecer y analizar la estructura de las relaciones e interacciones entre los órganos de gobierno en el desarrollo de las funciones, procesos y procedimientos categorizados, frente a los estándares mínimos en materia de gobierno corporativo establecidos por la OCDE. (se comparará el estado actual frente al estado ideal).
- Diagnosticar el estado actual de la arquitectura de control de riesgos de las SEM, en lo referente a la coordinación, control, supervisión y documentación del desarrollo de las funciones, procesos y procedimientos desarrollados por los órganos de gobierno.
- Especificar las disposiciones generales, estructurales y de funcionamiento de la arquitectura de control sugerida por la OCDE y la Superintendencia de Sociedades.
- Identificar los aspectos que deben implementar y/o reestructurar en la Arquitectura de control de las SEM.
- Diagnosticar el proceso de documentación, tratamiento, divulgación e interacción de la información que manejan los órganos de gobierno corporativo en el desarrollo de sus funciones.
- Especificar las correcciones o mejoras que deben hacerse en dicho proceso, tomando como base la normativa vigente como los estándares mínimos que al respecto ha establecido la OCDE y la Superintendencia de Sociedades y normas de alta calidad reconocidas internacionalmente.

- Analizar y estudiar las disposiciones generales, estructura y funcionamiento de SARLAFT Y SAGRILAFY y la forma como será implementado en la SEM.
- Analizar y estudiar la estructura y funcionamiento del Compliance Program, a partir de la norma técnica ISO 19600. (Dicho análisis integrará la arquitectura de control de riesgos).
- Revisar si el reglamento interno de trabajo contiene bases para construir un manual de conducta y códigos de ética empresarial que deben acatar los órganos de gobierno. Para dicha función, es necesario determinar previamente los componentes de un código de ética y transparencia.

En concordancia, en el marco de necesidades actuales las SEM deberán tener en cuenta: 1. Enlistar los negocios que actualmente tiene la sociedad, 2. identificar las necesidades que existen en el marco de dichos negocios, 3. categorizar las necesidades según los criterios de categorización establecidos en la ISO 1960, 4. determinar los estándares mínimos sobre gobierno corporativo, aplicables para la solución de dichos problemas.

Así mismo, en la etapa correspondiente a mediano plazo se centrará en la implementación especializada de la política de gobierno corporativo enfocada en prevenir el soborno al interior de las SEM, en donde, en primera medida deberá convocarse a una Asamblea General con el objetivo de dar apertura a la política antisoborno, a la cual deben asistir, los accionistas, gerencia y la junta directiva; en donde se deberán tratar asuntos relacionados con:

1. contexto de la organización y los stakeholders, 2. Establecer en los estatutos el régimen de derechos, deberes, funciones, inhabilidades de los órganos de gobierno, 3. Revisar el reglamento de los órganos de gobierno y analizar sus disposiciones con base al informe de evaluación de la eficacia y/o inconvenientes que se haya presentado en la etapa de corto

plazo, 4. Diseñar remuneración para ejecutivos, 5. Aprobar una política de operaciones con partes vinculadas para garantizar una adecuada gestión de los conflictos de intereses y se proteja la posición de la sociedad.

ESTÁNDAR 2: La asamblea general de accionistas o la junta de socios, deberá consolidar el régimen de derechos, deberes, incompatibilidades e inhabilidades de los órganos de gobierno.

Es necesario que el máximo órgano social establezca los mecanismos de protección de sus derechos, por ende, se denota la necesidad de la definición y documentación de los procedimientos para ejecutar dichos mecanismos, por ende, deben categorizarse cada mecanismos dependiendo del tipo de derecho, etapas y parámetros, es por esto, que se debe: 1. registrar sus derechos de propiedad, 2. regular lo referente al acceso a la información pertinente y relevante, 3. regular la participación y voto en la junta de accionistas, 4. regular la elección y destitución de los miembros de la gerencia y 5. Elegir y remover libremente al Revisor Fiscal y a su suplente.

Adicionalmente, la asamblea general de accionistas cuenta con una serie de deberes como lo son: 1. Adoptar las medidas que se requieran en el interés de la Sociedad; 2. Señalar la remuneración de los miembros de la Junta Directiva y del Revisor Fiscal; 3. Ordenar que se ejerzan las acciones que correspondan contra los Administradores, Funcionarios Directivos o el Revisor Fiscal; 4. examinar, aprobar y objetar los estados financieros de fin de ejercicio, 5. Decretar, conforme lo disponen la ley y los presentes estatutos, la distribución de utilidades, fijando el monto del dividendo y la forma y plazos de su pago; 6. Reformar estos estatutos con el voto favorable de la mayoría de los votos presentes.

Ahora bien, en lo referente a las incompatibilidades e inhabilidades deberá establecerse mediante un documento privado que emita la SEM, por tanto, se convierte de vital importancia en este punto tener claridad sobre las funciones de cada órgano que exista en la sociedad, para

garantizar una interacción coordinada, estratégica y ética entre todos los órganos de gobierno. No obstante, resulta necesario que a largo plazo dichas medidas deben establecerse en los estatutos de la entidad, lo cual se definirá teniendo en cuenta el entorno, modelo de negocio y grupos de interés con lo que se relacione la SEM.

En razón a ello, el presente capítulo permitió establecer los lineamientos que debe contener una política antisoborno con enfoque en la prevención, mitigación y reacción frente a los factores de riesgo que se pueden presentar en la relación de los servidores públicos que ostenten las calidades de órganos de gobierno de las sociedades de economía mixta. Por lo tanto, y una vez expuesto y abordado como base cada uno de los elementos estructurales de los ámbitos de dirección, gerencia y propiedad, esclarecieron las directrices para tener en cuenta en las SEM para una efectiva consolidación del gobierno corporativo que garantice la competitividad, productividad y perdurabilidad de la entidad bajo la ética empresarial.

11 . Conclusiones

Este apartado evidencia las conclusiones de la presente investigación, las cuales son obtenidas a través de cada una de las deducciones y resultados obtenidos en el desarrollo de los objetivos. Es por esto, que, dentro de la misma, se logra determinar en primera medida que las herramientas que componen el compliance, el gobierno corporativo y códigos de ética resulta de gran utilidad para que el Estado como copropietario de las sociedades de economía mixta, prevenga y controle los actos de soborno y conflicto de intereses que se puedan presentar en la estructura empresarial y organizacional.

En tal sentido, los órganos de gobierno a cargo de la toma de decisiones al interior de la SEM orientan desde su gestión y administración las actividades de esta, con énfasis especial en el

manejo de los recursos públicos. Así las cosas, la implementación de la estructura de gobierno corporativo desde un enfoque de gestión de riesgos por soborno se consolida con el ejercicio constante de control y supervisión a las actuaciones de los servidores públicos en la determinada SEM.

Adicionalmente, la investigación tuvo por fin estructurar el gobierno corporativo en las SEM, de acuerdo con tres aspectos indispensables: el ámbito de propiedad, administración y dirección, junto con ello, los elementos y aspectos característicos de los tipos de sociedades. Este desarrollo, a su vez se respaldó con la incorporación de un marco legal y reglamentario aplicable y un régimen de derechos, deberes, funciones, inhabilidades e incompatibilidades, abarcando con ello, el conocimiento detallado del objeto de estudio.

De la misma manera y como aspecto relevante, se determinaron los criterios generales para la construcción de una arquitectura de control de riesgos, determinando los factores principales de riesgo de soborno y analizando la manera en que dichos riesgos se pueden configurar en las relaciones entre las SEM y los servidores públicos.

Así las cosas, desde lo abordado en la presente investigación se deberá contar con un plan enfocado en la prevención y gestión de riesgos, el cual encuentra su fundamento en el programa de cumplimiento normativo, contando con una guía metodológica integral y especializada en la prevención de riesgos y sus proceso de diagnóstico, control, evaluación y mejora de los riesgos económicos, legales y operacionales a los que se exponen las SEM en el desarrollo de su objeto social; por ende el papel fundamental en dicha gestión pertenece a la alta dirección.

Finalmente, luego de realizar las delimitación y planteamientos, el curso de la investigación se enfocó en abordar los lineamientos que, desde los contenidos propuestos a lo largo de todo el trabajo, se determinó debe contener una política antisoborno con enfoque en la prevención,

mitigación y reacción frente a los factores de riesgo en las relaciones de servidores públicos con calidades de dirección al interior de la SEM. Así las cosas, se logró la estructuración de las directrices para tener en cuenta para una efectiva consolidación del gobierno corporativo como garantía de competitividad, productividad y perdurabilidad de la entidad en la actividad empresarial, pero cumpliendo con parámetros éticos en su ejercicio.

12. Referencias

Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitución Política de Colombia*. Artículo 6.

<https://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Colombia/colombia91.pdf>

Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitución Política de Colombia..* Artículo 123.

<https://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Colombia/colombia91.pdf>

Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitución Política de Colombia*. Artículo 209.

<https://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Colombia/colombia91.pdf>

Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitución Política de Colombia*. Artículo 269.

<https://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Colombia/colombia91.pdf>

Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitución Política de Colombia*. Artículo 333.

<https://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Colombia/colombia91.pdf>

BS 10500 de 201. (2011). *Specification for an anti-bribery management system*

(ABMS).Recuperado 22 de febrero

2021<https://shop.bsigroup.com/ProductDetail?pid=000000000030238856>

Congreso de la República. (1976, 26 de enero). Ley 128 de 1976.

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=1318>

Congreso de la República. (1968, 05 de julio). Ley 1050 de 1968. [https://www.suin-](https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1214759)

[juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1214759](https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1214759)

Congreso de la República. (1993, 29 de noviembre). Ley 87 de 1993.

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=300>

Congreso de la República (1995, 20 de diciembre). Ley 222 de 1995.

http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0222_1995.html

Congreso de la República (1998, 29 de diciembre). Ley 489 de 1998.

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=186>

Congreso de la República (2002, febrero). Ley 734 de 2002.

<https://secretariageneral.gov.co/transparencia/marco-legal/normatividad/ley-734-2002>

Congreso de la República (2003, 30 de diciembre). Ley 872 de 2003.

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=11232>

Congreso de la República Ley 1474 de 2011. (2011, 12 de julio).

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1474_2011.html.

Congreso de la República (2014, 06 de marzo). Ley 1712 de 2014.

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=56882>

Congreso de la República (2016, 8 de febrero). Ley 1778 de 2016.

<http://www.comunidadcontable.com/BancoConocimiento/Otros/aprobada-la-ley->

[antisoborno-en-colombia-ley-1778-del-](http://www.comunidadcontable.com/BancoConocimiento/Otros/aprobada-la-ley-)

[2016.asp?#:~:text=El%2020de%20febrero%20de,de%20lucha%20contra%20la%20c](http://www.comunidadcontable.com/BancoConocimiento/Otros/aprobada-la-ley-)

[orrupti%C3%B3n.](http://www.comunidadcontable.com/BancoConocimiento/Otros/aprobada-la-ley-)

Congreso de la República (2020, 27 de febrero). Ley 2016 de 2020.

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=107254>

Congreso de la república. (1998, 29 de diciembre). Ley 489 de 1998

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0489_1998.html

Congreso de la República (1998, 29 de diciembre). Ley 489 de 1998.

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0489_1998.html

Consejo de Estado de Colombia (17 de junio de 2001). Fallo 116 de 2001. [German Rodríguez].

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=17775#:~:text=E%20Consejo%20de%20Estado%20ha,y%20probados...%22>

Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, 2004.

https://www.unodc.org/documents/mexicoandcentralamerica/publications/Corrupcion/Convencion_de_las_NU_contra_la_Corrupcion.pdf

Convención para Combatir el Cohecho a funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales y su anexo de la OCDE, 21 de noviembre de 1997.

https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_Spanish.pdf

Convención Interamericana contra la Corrupción, 2020.

<http://2020.anticorrupcion.gov.co/SiteAssets/Paginas/Publicaciones/Convenci%C3%B3n%20Interamericana.pdf>

Corte Constitucional de Colombia, C-103-15 <https://www.corteconstitucional.gov.co>

Corte Constitucional (2015, 11 de marzo). Sentencia C-103/15. [MP María Victoria Calle]

<https://www.corteconstitucional.gov.co> ›

Corte Constitucional (2013, 13 de noviembre). Sentencia C-826/13. [MP Jorge Arango]

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-826-13.htm>

Corte Constitucional (2015, 18 de noviembre). Sentencia C-699/15. [MP Alberto Rojas]

<https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/C-699-15.htm>

Corte Constitucional. (1996, Julio 28). Sentencia C-286/96. [MP José Gregorio Hernández Galindo]. [https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-286-](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-286-96.htm#:~:text=Seg%C3%BAn%20la%20misma%20norma%2C%20%22ning%C3%BA)

[96.htm#:~:text=Seg%C3%BAn%20la%20misma%20norma%2C%20%22ning%C3%BA](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-286-96.htm#:~:text=Seg%C3%BAn%20la%20misma%20norma%2C%20%22ning%C3%BA)
[n,%22%20\(subraya%20la%20Corte\).](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-286-96.htm#:~:text=Seg%C3%BAn%20la%20misma%20norma%2C%20%22ning%C3%BA)

Corte Constitucional. (1998, octubre 7). Sentencia C-563/98. [MP Antonio Barrera y Carlos Gaviria]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/c-563-98.htm>

Corte Constitucional. (2001, agosto 9). Sentencia C -1051/001.. [MP Rodrigo Escobar Gil]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-836-01.htm>

Corte Constitucional. (2005, agosto 9). Sentencia C-818/005.. [MP Rodrigo Escobar]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-818-05.htm#:~:text=%E2%80%9CEl%20derecho%20disciplinario%20valora%20la,particular%20que%20cumple%20funciones%20p%C3%BAblicas.>

Corte Constitucional. (2010, abril 7). Sentencia [C-242/10.](https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/C-242-10.htm) [MP Mauricio Gonzales Cuervo]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/C-242-10.htm>

Corte Constitucional (2012, febrero 01). Sentencia C-030/12. [MP Eduardo Montealegre Lynnet] <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=47729>

Corte Constitucional. (2011, mayo 04). Sentencia C-338/11. [MP Juan Carlos Henao]. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=46278>

Corte Constitucional. (2013, noviembre 13) Sentencia C-826/13). [MP Luis Ernesto Vargas] <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-826-13.htm>

Corte Constitucional (2015, noviembre 18). Sentencia C-699/15. [MP Alberto Rojas Ríos] <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/C-699-15.htm>

Departamento nacional de planeación. (2015). *política general de propiedad de empresas estatales de orden nacional.* <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3851.pdf>

Departamento Administrativo de la función pública. (2014). *Manual técnico del modelo estándar de control interno para el estado colombiano MECI 2014.*

<https://www.funcionpublica.gov.co/documents/418537/506911/Manual+T%C3%A9cnico+del+Modelo+Est%C3%A1ndar+de+Control+Interno+para+el+Estado+Colombiano+MECI+2014/065a3838-cc9f-4eeb-a308-21b2a7a040bd>

Decreto 410, Presidencia de la república., Por el cual se expide el Código de Comercio (1971)

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=41102>

Decreto 3135, Presidencia de la república., Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales. (1968).

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=1567#:~:text=Establece%20la%20integraci%C3%B3n%20de%20la,empleados%20p%C3%BAblicos%20y%20trabajadore>

Decreto 3622, Presidencia de la república., Por el cual se adoptan las políticas de desarrollo administrativo y se reglamenta el Capítulo Cuarto de la Ley 489 de 1998 en lo referente al Sistema de Desarrollo Administrativo de 2005. (2005). <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1912811>

Decreto 4485, Presidencia de la república., Por medio de la cual se adopta la actualización de la Norma Técnica de Calidad en la Gestión Pública (2009). <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=37853>

Decreto 943, Presidencia de la república., Por el cual se actualiza el Modelo Estándar de Control Interno (MECI). (2014). <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=59048>

Decreto 1083, Presidencia de la república., Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública. (2015).

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=62866>

Decreto 430, Presidencia de la república., Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública (2016).

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=68813>

Decreto 338, Presidencia de la república., Por el cual se modifica el Decreto 1083 de 2015, Único Reglamentario del Sector de Función Pública, en lo relacionado con el Sistema de Control Interno y se crea la Red Anticorrupción. (2019).

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=90730>

Foro internacional de delitos financieros. (2015, 9 de marzo). Ley Anticorrupción o BRIBERY ACT (UKBA) 2015.

http://www.delitosfinancieros.org/wpcontent/uploads/2015/09/MR9_Corrupcion_Fernando_Nino.pdf

ISO 9001 de 2008. (2008). ISOTools. <https://www.isotools.org/normas/calidad/iso-9001/>

ISO 19600 de 2015. (2015). ISOTools. <https://www.isotools.org/normas/riesgos-y-seguridad/iso-19600-compliance/>

ISO 37001 de 2016. (2016). ISOTools.

<https://www.iso.org/obp/ui#iso:std:iso:37001:ed-1:v1:es>

ISO 31000 de 2018. (2018). ISOTools. <https://www.iso.org/obp/ui#iso:std:iso:31000:ed-2:v1:es>

OCDE. (2016), Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y del G20, Editions OCDE, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264259171-es>

Nieto, A (2008). *La prevención y esclarecimiento de los delitos que atenten contra los bienes jurídicos afectados por la actividad empresarial*”

<https://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/3323>

Norma Técnica de Calidad NTC 1000 de 2011. (2011, 3 de noviembre). ISOTools.

<https://www.isotools.org/2011/11/03/ntc-gp-1000-norma-tecnica-de-calidad-en-la-gestion-publica-colombiana/>

Milkes Sánchez. S (2018). *Los programas de cumplimiento o compliance program en Colombia*

¿una amenaza para la plena garantía de los Derechos Constitucionales?, universidad Externado de Colombia. [tesis de grado], archivo digital

<https://bdigital.uexternado.edu.co/bitstream/001/1638/1/GAA-spa-2018>

[los programas de cumplimiento o compliance program en Colombia](#)

Superintendencia de Sociedades. (18 de septiembre de 2020) *Guía de Buen Corporativo*. p. 45)

https://www.supersociedades.gov.co/delegatura_aec/informes_publicaciones/responsabilidad_social/Cartillas_Guias/Forms/DispForm.aspx?ID=6

Superintendencia de Sociedades. (11 de noviembre de 2020) *Guía de Buen Corporativo*. p. 35.

<https://www.supersociedades.gov.co/Noticias/Paginas/2020/Gobierno-Corporativo-herramienta-para-la--resiliencia-y-la-reactivacion-empresarial.aspx>

Superintendencia de Sociedades. (11 de noviembre de 2020) *Guía de Buen Corporativo*. p. 86.

<https://www.supersociedades.gov.co/Noticias/Paginas/2020/Gobierno-Corporativo-herramienta-para-la--resiliencia-y-la-reactivacion-empresarial.aspx>

Superintendencia de Sociedades. (11 de noviembre de 2020) *Guía de Buen Corporativo*. p. 32.

<https://www.supersociedades.gov.co/Noticias/Paginas/2020/Gobierno-Corporativo-herramienta-para-la--resiliencia-y-la-reactivacion-empresarial.aspx>

Superintendencia de Sociedades. (2020). *Por el cual se establecen criterios para determinar las sociedades que deben adoptar programas de transparencia y ética empresarial.*

https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_resoluciones/Resoluci%C3%B3n_100-006261_de_2_de_octubre_de_2020.PDF