

NOVEDADES COMERCIALES

Ley 2195 de 2022 en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción modifica normas aplicables al sector privado.

La ANDI hizo seguimiento del proyecto de ley que devino en la Ley 2195 de 2022 (número 341 de 2020 Senado – 361 Cámara de 2021). Después de realizar análisis de la iniciativa, la Asociación presentó conceptos institucionales ante el Congreso de la República sobre disposiciones sensibles que aportaron a la eliminación de:

- i) La cancelación de la personería jurídica como sanción administrativa para los supuestos de responsabilidad previstos en el artículo 34 de la Ley 1474 de 2011. Bajo la perspectiva ANDI, la facultad se establecía una medida desproporcionada en relación con las ya existentes.
- ii) Las relativas a la protección especial en materia laboral de los trabajadores y servidores públicos denunciantes o testigos de actos de corrupción. En concepto de la ANDI estas disposiciones constituían un tipo de estabilidad laboral reforzada a cargo de los empleadores, incluido el Estado.

Con la promulgación de la ley 2195 del 18 de enero de 2022, las personas jurídicas de derecho privado deberán observar las siguientes disposiciones:

Responsabilidad administrativa sancionatoria contra personas jurídicas y sucursales de sociedades extranjeras: las medidas administrativas vienen contempladas desde el artículo 34 de la Ley 1474 de 2011 (modificado por el artículo 35 de la Ley 1778 de 2016).

La Ley 2195 de 2022, además de hacer una nueva modificación del mencionado artículo 34, adiciona 7 artículos a dicha Ley 1474 de 2011, con lo cual regula ampliamente la materia en lo que respecta con los supuestos que dan lugar a la responsabilidad, los tipos de sanciones, los criterios para la graduación de estas, el procedimiento aplicable y el término de caducidad.

Los **supuestos** que dan lugar a la responsabilidad administrativa de personas jurídicas y sucursales de sociedades extranjeras son:

- i. Que exista sentencia penal condenatoria ejecutoriada o principio de oportunidad en firme, contra alguno de sus administradores o funcionarios, por la comisión de delitos contra la administración pública, el medio ambiente,

el orden económico y social, financiación del terrorismo y de grupos de delincuencia organizada, administración de recursos relacionados con actividades terroristas y de la delincuencia organizada, los consagrados en la Ley 1474 de 2011, o cualquier conducta punible relacionada con el patrimonio público, que hubieren sido realizados directamente; y

- ii. Cuando la persona jurídica o sucursal de sociedad extranjera, domiciliada en Colombia se hubiere beneficiado o buscado beneficiarse, directa o indirectamente por la comisión de la conducta punible cometida por sus administradores o funcionarios; y
- iii. Cuando la persona jurídica o sucursal de sociedad extranjera, domiciliada en Colombia, consintió o toleró la realización de la conducta punible, por acción u omisión, considerando la aplicación de sus respectivos controles de riesgo.

El responsable puede recibir uno o varias de las **sanciones** siguientes:

- i. Multa de hasta 200.000 smmlv, a la que se sumará el mayor valor entre el beneficio obtenido o pretendido. La autoridad competente tendrá en cuenta la capacidad patrimonial de la persona jurídica.
- ii. Inhabilidad para contratar contenida en el literal j) del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 y aplicación de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 9 de la misma ley (no procede la renuncia del contrato a la que se refiere este artículo. La entidad estatal ordenará mediante acto administrativo motivado la cesión unilateral, sin lugar a indemnización alguna al contratista inhábil).
- iii. Publicación en medios de amplia circulación, hasta por 5 veces y con la periodicidad que la autoridad indique, del extracto de la decisión sancionatoria. Igualmente, la publicación en la página web de la persona jurídica sancionada, desde 6 meses hasta por un término máximo de 1 año.
- iv. Prohibición de recibir cualquier tipo de incentivo o subsidio del Gobierno, en un plazo de 10 años.
- v. Remoción de los administradores u otros funcionarios o empleados de la persona jurídica o sucursal de sociedad extranjera domiciliada en Colombia que hayan sido condenados penalmente u objeto de un principio de oportunidad.
- vi. Remoción de los administradores u otros funcionarios o empleados de la persona jurídica que hubiere tolerado o consentido la conducta de la persona

natural condenada penalmente o la conducta objeto de un principio de oportunidad.

Caducidad: la facultad sancionatoria administrativa es de 10 años, contados a partir de la ejecutoria de la sentencia judicial o de la firmeza del reconocimiento de un principio de oportunidad.

Programas de transparencia y ética empresarial: el artículo 23 de la Ley 1778 de 2016 autorizó a la Superintendencia de Sociedades para promover en las personas jurídicas sujetas a su vigilancia la adopción de programas de transparencia y ética empresarial.

La Ley 2195 de 2022 extiende la adopción de estos programas a todas las personas jurídicas sometidas a inspección, vigilancia o control por parte de una autoridad.

Debida diligencia para identificar beneficiarios finales: las medidas respectivas son obligatorias para la entidad del Estado y la persona natural, persona jurídica o estructura sin personería jurídica o similar, que tenga la obligación de implementar un sistema de prevención, gestión o administración del riesgo de lavado de activos, financiación del terrorismo y proliferación de armas, o que tengan la obligación de entregar información al Registro Único de Beneficiarios Reales.

La Ley contempla un plazo de hasta 6 meses para que las autoridades de inspección, vigilancia y control definan las condiciones específicas que deben tomarse en cuenta para adelantar el proceso de debida diligencia.

Multas a personas jurídicas por infracción de las disposiciones sobre promoción de competencia: los artículos 67 y 68 de la Ley 2195 modificaron los artículos 25 y 26 de la ley 1340 de 2009. De esta manera, en materia de imposición de sanciones para personas jurídicas la Superintendencia de Industria y Comercio aplicará el mayor de los criterios siguientes:

- i. Hasta el 20% de los ingresos operacionales.
- ii. Hasta el 20% del patrimonio del infractor en el año fiscal inmediatamente anterior al de la imposición de la sanción.
- iii. Hasta 100.000 salarios mínimos legales mensuales.
- iv. Hasta el 30% del valor del contrato, en los casos de prácticas comerciales restrictivas que afecten o puedan afectar procesos de contratación pública.

Si es posible cuantificar las utilidades derivadas de la conducta, la sanción podrá ser hasta el 300% del valor de la utilidad, siempre que ese valor sea superior al de los criterios i, ii y iii.

Por cada circunstancia agravante, procede un aumento hasta del 10% sobre el importe de la multa.

Cabe advertir que los tres últimos artículos de la Ley 2195 de 2022, entre los cuales está el de las multas a las personas jurídicas por infracción de las disposiciones sobre promoción de competencia, no formaban parte del proyecto de ley original. Tampoco fueron considerados durante el trámite del proyecto de ley en el Senado de la República. Fueron incluidos durante el debate en la Comisión Primera de la Cámara de Representantes, esto es, ya avanzado el trámite legislativo.

De otro lado, la inclusión de estos artículos no guarda relación con el objeto de la ley descrito en el artículo primero. Teniendo en cuenta lo anterior, hay dudas serias en cuanto al cumplimiento de los principios de unidad de materia y de consecutividad frente a los tres últimos artículos de la Ley 2195 de 2022.

Contrato de agencia comercial, la representación, en sentido jurídico, no es elemento sustancial del mismo: así lo dijo la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia número SC3712-2021 (magistrado ponente Octavio Augusto Tejeiro Duque; **Radicación 15001-31-03-016-2012-00626-01**), cuyos apartes pertinentes dicen:

“... Corresponde determinar si el Tribunal violó las normas sustantivas que invoca el recurrente al señalar como presupuesto de la agencia comercial que el agente lleve la representación del empresario...”

“... ”

“Tal preceptiva específica [artículo 1317 del Código de Comercio] ratifica de manera concreta para este tipo de intermediación la opción de que el ‘agente’, como genéricamente se conoce al gestor en este contrato, obre en esa simple condición o como ‘representante’, lo cual indica justamente que puede o no llevar esa vocería calificada, cuya materialización en la práctica queda circunscrita nuevamente a que de manera efectiva el empresario se la otorgue voluntariamente o dé motivos para creer que lo hizo.”

“Es por ello que sin incluir ese concepto, la Corte ha decantado como presupuestos básicos de este contrato de cooperación, sin cuya concurrencia podría derivar en otro diferente, típico o atípico según la ley lo discipline o no: *i)* el encargo de promover o explotar negocios, en virtud del cual el agente se obliga a conseguir, ampliar o reconquistar un mercado para los bienes y servicios que produce o presta el empresario; *ii)* la independencia, conforme a la cual, aquel ejecuta su labor como comerciante autónomo, lo que mejor se entiende al cotejarla con una relación subordinada, sin que ello signifique que no deba obrar “*al tenor de las instrucciones recibidas*” y rendir “*las informaciones relativas a las condiciones del mercado en la zona asignada, y las demás que sean útiles a dicho empresario para valorar la conveniencia de cada negocio*”; *iii)* la estabilidad, con lo que se destaca su continuidad o permanencia en el tiempo, mediante la gestión de una pluralidad de actos de comercio, sin perjuicio de las metas establecidas; *iv)* la remuneración, es decir, la contraprestación percibida a cambio de la labor desempeñada, que puede adoptar múltiples modalidades, siendo la comisión una de las más comunes; y *v)* la actuación por cuenta ajena, cuya esencia radica en que el beneficio o detrimento recaen única y exclusivamente sobre el patrimonio del empresario, quien al final se hace dueño de la clientela y como retribución debe reconocer la “*cesantía comercial*”, equivalente al 12% del promedio de las comisiones recibidas en los tres últimos años de vigencia del acuerdo multiplicado por los que duró o fracción.

“...

“Así las cosas, se concluye que ni la normativa ni la jurisprudencia relacionada han erigido a la *representación*, entendida en los términos jurídicos ya explicados, en supuesto ineludible de la agencia comercial.

“...

“Se vuelve, entonces, al punto de partida, en donde el ‘*agente*’ puede o no tener la representación, lo que de suyo descarta que esta constituya un aspecto definitorio del contrato. En consecuencia, no puede predicarse que sin representación no existe agencia comercial, pues bien puede darse o no”.

Contrato de franquicia y principio de reserva de ley: el artículo 11 de la Ley 2069 de 2020 (que impulsa el emprendimiento en Colombia) señala que el Gobierno Nacional “reglamentará las condiciones técnicas que definen la franquicia, las obligaciones y el régimen de responsabilidad del franquiciante y el franquiciado, a que haya lugar”.

Esta disposición, con base en la cual el Gobierno publicó un borrador de decreto el año pasado, fue impugnada ante la Corte Constitucional por vulnerar el principio de reserva de ley (expediente D-14461).

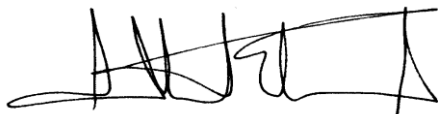
La ANDI intervino en el proceso para coadyuvar los argumentos del demandante Carlos Alberto Carvajal Montoya. En opinión de la ANDI, las limitaciones a la autonomía contractual deben provenir de una ley en sentido formal.

Por último, cabe mencionar que en el Congreso de la República fue radicado un proyecto de ley para regular el contrato de franquicia. Este proyecto es el número 247 de 2021 Senado de autoría de Claudia Castellanos y Ángela Sánchez del partido Cambio Radical. La ponente para primer debate es Claudia Castellanos, quien aún no ha rendido ponencia ante la comisión tercera del Senado.

La ANDI hará seguimiento de esta iniciativa legislativa.

Esperamos que la información sea de su utilidad.

Reciban un cordial saludo,



Alberto Echavarría Saldarriaga
Vicepresidente de Asuntos Jurídicos