

A close-up photograph of two hands shaking in a firm grip, symbolizing agreement or partnership. The hands are positioned over a laptop screen, which is slightly out of focus. The lighting is warm and soft, creating a professional and trustworthy atmosphere.

MEJORES PRÁCTICAS PARA LA IDENTIFICACIÓN DEL BENEFICIARIO FINAL



ASOBANCARIA

Construyendo
la **Confianza** y **Solidez** del sector financiero



ASOBANCARIA

Construyendo
la **Confianza** y **Solidez** del sector financiero

MEJORES PRÁCTICAS PARA LA IDENTIFICACIÓN DEL BENEFICIARIO FINAL

Autores y colaboradores



Banco ProCredit



{fiduprevisora}



Santiago Castro Gómez

Jonathan Malagón González

Autores y Colaboradores:

Hugo Armando Hernández Useche

Juan Pablo Rodríguez Cárdenas

Harry James Landa

Oscar Moratto S.

Paola Alexandra Roncancio González

Gustavo Rodríguez Cruz

Gina Tatiana Olaya Betancourt

Ana Rosa Villamizar Rángel

Andrea Viviana Rodríguez Rincón

Helena Hernández Córdoba

María del Pilar Núñez

Camilo Antonio Buitrago Pereira

César Octavio Reyes Acevedo

José Fernando Martínez Puertas

Grupo Bancolombia

Unidad de Información y Análisis

Financiero (UIAF).

Edición:

Liz Marcela Bejarano Castillo

Ángela Rocío Adán Nieto

Diseño:

Impresión:

Fotografías:

Código ISBN:

Presidente

Vicepresidente Técnico

Director Unidad de Debida Diligencia Ampliada y FATCA,
Oficial de Cumplimiento Suplente, Banco Colpatría.

Presidente, Rics Management

Consultor Asociado, Rics Management.

Director, Beyond Risk.

Profesional Máster, Asobancaria.

Coordinador SARLAFT y Cumplimiento, FNA.

Profesional SARLAFT, FNA.

Oficial de Cumplimiento, Bancompartir.

Jefe Unidad de Riesgos y AML, Banco Procredit.

Directora Jurídica y Secretaria General, Asofiduciarias.

Coordinadora SARLAFT, Fidupervisora S.A.

Oficial de Cumplimiento, Old Mutual Seguros de Vida S.A.

Superintendente Delegado para Riesgo de Lavado de

Activos, Delegatura para Riesgo de Lavado de Activos, SFC.

Abogado Delegatura para Riesgo de Lavado de Activos, SFC.

Directora Financiera y de Riesgos, Asobancaria.

Profesional Junior, Asobancaria.

Babel Group

Four Fenix S.A.S

www.freepik.com

978-958-9040-71-3

1ª edición Junio 2017

Este documento, publicado por la Asociación Bancaria y de Entidades Financieras de Colombia, Asobancaria, es producto del trabajo de un equipo interdisciplinario de entidades públicas y privadas interesadas en compartir estudios y estadísticas sobre temas bancarios, financieros, económicos, jurídicos y sociales de interés general, dirigidos a prevenir y mitigar el riesgo de lavado de activos y financiación del terrorismo. El compartir estos estudios y estadísticas es una actividad permanente que se realiza entre las entidades agremiadas, entre estas y la Asociación, y entre la Asociación y otros actores como autoridades, centros de estudios, academia y otras agremiaciones. El contenido del presente documento tiene carácter netamente académico e ilustrativo, y, por tal motivo, no debe considerarse como un instrumento vinculante o una hoja de ruta o plan de acción para las entidades agremiadas a Asobancaria o para otros lectores del mismo.



ÍNDICE

Application Form

BUSINESS CONTACT INFORMATION

BUSINESS NAME

TABLA DE CONTENIDO

ADVERTENCIA PREVIA	11
SIGLAS	15
GLOSARIO	19
INTRODUCCIÓN	25
CONTEXTUALIZACIÓN	29
Aspectos Generales	31
En busca de la transparencia	32
Proyecto BOWNET	32
Uso indebido de personas y estructuras jurídicas	34
ESTÁNDARES Y REGULACIÓN INTERNACIONAL Y LOCAL	35
Estándares internacionales y organismo internacionales	37
Guías de la OCDE	37
Comité Supervisión Bancaria de Basilea	37
Convenciones de las Naciones Unidas	38
Principios Wolfsberg	38
Grupo Egmont	39
Banco Mundial y Oficina de las Naciones Unidas contra las Drogas y el Delito	39
40 Recomendaciones del GAFI	40
Foro Económico Mundial	41
Fondo Monetario Internacional (FMI).....	41
Otros grupos de trabajo	42
Cuarta Directiva de la Unión Europea	42
Requerimientos de Debida Diligencia del Cliente para Instituciones Financieras de la Red de Investigación de Crímenes Financieros (FinCEN)	44
Otras iniciativas y estándares de transparencia	44
Regulación Iberoamericana	45
Regulación Local	45
Circular Básica Jurídica (CBJ) - Instrucciones Relativas a la Administración del Riesgo de Lavado de Activos y de la Financiación del Terrorismo	45
Otras regulaciones afines en materia de beneficiario final	46
Normas afines en materia tributaria	49

DEFINICIÓN DEL BENEFICIARIO FINAL	51
Personas físicas que pueden controlar a la persona jurídica a través de participaciones mayoritarias	54
Personas físicas que pueden controlar a la persona jurídica a través de otros medios	54
Personas físicas que pueden ejercer el control a través de las posiciones mantenidas dentro de una persona jurídica	55
Directivas Europeas	55
TIPOLOGÍAS ASOCIADAS AL USO INDEBIDO DE PERSONAS Y ESTRUCTURAS JURÍDICAS	57
Compañías papel, fachada y pantalla	59
Estructuras de propiedad y control complejas	59
Acciones al portador	62
Uso de directores y accionistas nominales	62
Uso de fideicomisos y otras estructuras jurídicas	62
Uso de intermediarios en la formación de las personas jurídicas	64
Uso de testaferros en la formación de las personas jurídicas	64
DEBIDA DILIGENCIA APLICABLE A BENEFICIARIOS FINALES	67
Comprensión del riesgo asociado a los vehículos corporativos	69
Recopilación de información	70
Verificación de información	71
Verificación de la identidad y constitución de la persona jurídica	71
Verificación de la identidad de los beneficiarios finales	72
Verificación contra listas de vigilancia	72
Otras verificaciones	72
Establecimiento de Comités de Aceptación de Clientes	72
Establecimiento de programas de capacitación	73
REFLEXIONES FINALES	75
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	79
ANEXOS	83
Anexo 1. Antecedentes Normativos del Negocio Fiduciario en Colombia	85
Anexo 2. Regulación Iberoamericana	90
Anexo 3. Tipos de sociedad y acuerdos legales en Colombia	92
Anexo 4. Información general de vehículos corporativos en jurisdicciones seleccionadas	96
Anexo 5. Modelo sugerido de declaración de identidad de BF	97
Anexo 6. Recomendación 24 Generalidades sobre los Requisitos Básicos	98
Anexo 7. Recomendación 25 Generalidades sobre los Requisitos Básicos y otras medidas	100
Anexo 8. Fuentes de consulta	101
Anexo 9. Lista de países que van a intercambiar sobre BF	105



ADVERTENCIA PREVIA

ADVERTENCIA PREVIA

Esta cartilla sobre Beneficiario Final incorpora tanto las referencias sobre estándares internacionales como la regulación que actualmente rige en los países de Iberoamérica.

En el caso particular de la “fiducia”, “fideicomiso” o “negocio fiduciario” a lo largo de la cartilla, se incluirán precisiones sobre la normatividad local aplicable, teniendo en cuenta que es importante evidenciar que a diferencia de la situación que se presenta en otras jurisdicciones, la especial regulación y la rigurosa vigilancia y control que ejerce el Supervisor Financiero sobre el fideicomiso en Colombia y sus agentes fiduciarios, ha generado valor al instrumento permitiendo gestionar, prevenir y controlar el Riesgo de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo.

En Colombia el instrumento fiduciario se estableció con la Ley 45 de 1923. Posteriormente, la legislación mercantil colombiana incluyó la figura del fideicomiso en el Título XI del Libro cuarto del Código de Comercio, como parte de los contratos y obligaciones mercantiles, y a partir de la vigencia de la Ley 45 de 1990, solo las Sociedades Fiduciarias autorizadas y supervisadas por la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera) pueden administrar negocios fiduciarios.

Por otra parte, el Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero) catalogó a las Sociedades Fiduciarias como Instituciones Financieras, determinó en forma expresa las operaciones que les están autorizadas en desarrollo de su objeto social, y consagró las medidas para que las entidades vigiladas adopten controles dirigidos a administrar el riesgo

de LAVFT, labor que empezó desde la regulación del Sistema Integral de Prevención del Lavado de Activos (SIPLA) y que hoy se mantiene con el Sistema de Administración del Riesgo de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo (SARLAFT).

Así mismo, la Superintendencia en la Circular Básica Jurídica, y en la Circular Básica Contable y Financiera, establece disposiciones relacionadas con la rendición de cuentas e informes periódicos que las sociedades fiduciarias deben entregar a los clientes, y a la propia Superintendencia, en los cuales se debe remitir información respecto de la identificación de los negocios fiduciarios o patrimonios autónomos que administren.

En Colombia, además, la fiducia ha sido utilizada por el Estado para la “realización de múltiples actos jurídicos inherentes al manejo de asuntos de interés público”, lo cual evidencia que esta constituye una herramienta en la cual se ha depositado la confianza para que a través de ella se ejerza la debida administración de los recursos públicos según la finalidad que el propio Gobierno les asigna a los mismos.

Resulta evidente que en Colombia tanto las Sociedades Fiduciarias, como el negocio fiduciario se encuentran debida y estrictamente regulados, de tal manera que su finalidad ha de ser lícita y las soluciones que se ofrecen a los fideicomitentes y beneficiarios deben enmarcarse dentro de este esencial principio. Todas las partes del contrato deben identificarse, con la misma rigurosidad con la que se realiza por parte de los establecimientos bancarios, dado que la reglamentación es idéntica para ambos tipos de entidades, ejemplo de ello es el

artículo 1230 del Código de Comercio, que prohíbe celebrar negocios fiduciarios “en los cuales el beneficio se concede a diversas personas sucesivamente”, aspecto que también restringe la posibilidad de celebrar contratos de fiducia con clientes que no sean identificables.

Teniendo en cuenta lo anterior, es importante mencionar que las contingencias o advertencias que realizan organismos internacionales, pueden tener

sentido respecto de mercados no regulados. Por todo lo anterior Colombia, ha sido un referente en materia de fiducia por su desarrollo y regulación, para otras jurisdicciones.

Para efectos de ampliar lo aquí mencionado y profundizar sobre los antecedentes normativos del negocio fiduciario en Colombia, se elaboró el Anexo No. 1, que contiene una síntesis de la evolución regulatoria del fideicomiso en el país.



SIGLAS

SIGLAS

A**CAMS:** Asociación de Especialistas Certificados en Delitos Financieros Antilavado de Dinero (sigla en inglés de Association of Certified Anti-Money Laundering Specialists).

ACFCS: Asociación de Especialistas Certificados en Delitos Financieros (sigla en inglés de Association of Certified Financial Crime Specialists).

ALA: Anti Lavado de Activos [sigla en inglés Anti Money Laundering (AML)].

APNFDs: Actividades y Profesiones No Financieras Designadas.

ASOBANCARIA: Asociación Bancaria y de Entidades Financieras de Colombia.

BF: Beneficiario Final [sigla en inglés de Beneficial Owner (BO)].

BFs: Beneficiarios Finales.

BM: Banco Mundial.

BR: Banco de la República.

CBJ: Circular Básica Jurídica.

CFO: Director Financiero (siglas en inglés de Chief Financial Officer).

CFT: Contra la Financiación del Terrorismo.

CRS: Estándar Común de Reporte (sigla en inglés de Common Reporting Standard).

CEO: Oficial Ejecutivo en Jefe (siglas en inglés de Chief Executive Officer).

DCIN: Departamento de Cambios Internacionales.

DDC: Debida Diligencia del Cliente.

DIAN: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

EC: Comisión Europea (sigla en inglés de la European Commission).

EEC: Comunidad Económica Europea (sigla en inglés de European Economic Community).

EGMONT: Grupo de Unidades de Inteligencia Financiera (Siglas en inglés de Group of Financial Intelligence Units).

EOSF: Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

ENF: Entidades No Financieras.

FATCA: Ley de Cumplimiento Fiscal de Cuentas Extranjeras (sigla en inglés de Foreign Account Tax Compliance Act).

FCPA: Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero (sigla en inglés de Foreign Corrupt Practices Act).

FINCEN: Red de Investigación de Crímenes Financieros (sigla en inglés de Financial Crimes Enforcement Network).

FMI: Fondo Monetario Internacional.

FOSYGA: Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad en Salud de Colombia.

FT: Financiación del Terrorismo

GAFI: Grupo de Acción Financiera Internacional (FATF por sus siglas en inglés)

GAFILAT: Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica

IAIS: Asociación Internacional de Supervisores de Seguros (sigla en inglés de International Association of Insurance Supervisors).

IMC: Intermediarios del Mercado Cambiario.

IMOLIN: Red Internacional de Información sobre Lavado de Activos (sigla en inglés de International Money-Laundering Information Network).

IOSCO: Organización Internacional de Comisiones de Valores (sigla en inglés de International Organization of Securities Commissions).

JSMLG: Grupo de Dirección y Articulación de Lavado de Activos (sigla en inglés de Joint Money Laundering Steering Group).

KYC: Conozca su cliente (sigla en inglés de know your customer).

LA: Lavado de Activos.

LTDA: Sociedad de Responsabilidad Limitada.

MHCP: Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

MiFID: Directiva sobre Mercado de Instrumentos Financieros (sigla en inglés de Markets in Financial Instruments Directive).

MONEYVAL: Comité de Expertos sobre Evaluación en la Medición de Lavado de Activos (sigla en inglés de Committee of Experts on the Evaluation of Anti-Money Laundering Measures).

OCDE: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico.

OFAC: Oficina de Control de Activos Extranjeros de Estados Unidos (sigla en inglés de Office of Foreign Assets Control).

ONU: Organización de Naciones Unidas.

PEP: Persona Públicamente Expuesta (según Circular Externa 034 de 2015 de la Superintendencia Financiera). Persona Expuesta Políticamente (Según Decreto 1674 de 2016).

PEPs: Personas Públicamente Expuestas. (según Circular Externa 034 de 2015 de la Superintendencia Financiera). Persona Expuesta Políticamente (Según Decreto 1674 de 2016).

PIC: Compañía personal de inversión (sigla en inglés de Personal Investment Corporation).

RUAF: Registro Único de Afiliados.

SA: Sociedad Anónima.

SAGRLAFT: Sistema de Autocontrol y Gestión del Riesgo de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo.

SARLAFT: Sistema de Administración del Riesgo de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo.

SAS: Sociedad por Acciones Simplificada.

SIAFP: Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensiones.

SIPLA: Sistema Integral para la Prevención y Control del Lavado de Activos.

SFC: Superintendencia Financiera de Colombia.

STAR: Iniciativa para la recuperación de activos robados (sigla en inglés de Stolen Asset Recovery Initiative).

UBO: Último Beneficiario Final (sigla en inglés de Ultimate Beneficial Owner).

UE: Unión Europea.

UIAF: Unidad de Información y Análisis Financiero.

UIF: Unidades de Inteligencia Financiera.

UNODC: Oficina Contra las Drogas y el Delito de las Naciones Unidas (sigla en inglés de United Nations Office on Drugs and Crime).

UT: Unión Temporal.

A stack of several books is shown from a high-angle perspective, with the pages creating a dense, textured pattern. The entire image is overlaid with a semi-transparent green filter. The books are arranged in a slightly overlapping manner, with some spines visible. The lighting is soft, highlighting the edges of the pages.

GLOSARIO

GLOSARIO

Acciones al portador: “Son instrumentos negociables que proporcionan posesión de una empresa a la persona que posea el certificado de la acción al portador. En otras palabras, la persona que tiene posesión física del certificado de acción al portador se le otorga todos los derechos de un accionista”¹. En Colombia, se encuentran prohibidas.

Accionista fiduciario (nominee shareholder): Persona natural o jurídica que actúa como si fuera accionista. Esta definición no aplica para Colombia, por cuanto no está autorizada por las autoridades locales.

Agente registrado o residente: Abogado, persona natural o jurídica que tiene domicilio en la jurisdicción en la que se constituyó la sociedad anónima y representa a sus dueños.

Compañía de “cheque en blanco”³: Compañía diseñada para ser usada por las corporaciones privadas que desean emitir acciones que coticen en bolsa a través de las “fusiones inversas” sin los elevados gastos relacionados con hacer su propia salida a bolsa. Las compañías de “cheque en blanco” a menudo tienen pocos activos; realizan poca actividad comercial y no tienen un plan de negocios o una gerencia experimentada.

Compañías de seguros cautivas (Captive Insurance Companies)⁴: Compañía formada por un grupo de empresas o individuos que sólo asegura sus propias operaciones. Con el fin de generar evasión fiscal, los individuos o compañías formarán una compañía de

seguros cautiva para reclamar una deducción fiscal sobre su propia prima de seguros y luego crearán los métodos para devolver las primas pagadas a los participantes. Sin embargo, existen muchas compañías cautivas cuyos fines son totalmente legales y válidos.

Compañía personal de inversión (PIC)⁵: También conocidas como “sociedades offshore”, las PIC constituyen medios para trasladar la responsabilidad fiscal de un individuo a una entidad empresarial constituida en una jurisdicción en el extranjero, generalmente en un paraíso fiscal. Los individuos pueden transferir activos y propiedades a una PIC y conservar la propiedad efectiva sobre ellos, y al mismo tiempo evitar el pago de los impuestos correspondientes. Frecuentemente, existen múltiples niveles en la formación y control de las PIC.

Empresas fachadas (Front Companies)⁶: En términos generales, una empresa fachada es una compañía u organización creada y controlada por otra compañía o entidad, pero que aparenta no estar relacionada o conectada con la entidad controladora. En el contexto de los delitos financieros, las empresas fachadas a menudo son negocios legítimos con una presencia física y operaciones reales, pero su principal objetivo es el lavado de ganancias ilícitas.

Empresas fantasmas (Shell Companies)⁷: Las empresas fantasmas, normalmente con dueños ocultos, no tienen presencia física y proyectan la imagen de ser empresas normales y sólidas con fondos que son legítimos. En la mayoría de los casos, estas

¹ OCDE. “Utilizando Entidades Corporativas para Propósitos Ilícitos” (Using Corporate Entities for Illicit Purposes), abril de 2001.

² OBERMAIER, Frederik y OBERMAYER Bastian. Panamá Papers. Planeta. 2016.

³ Guía de Estudio para la Certificación CAMS.

⁴ Manual de Estudio para la Certificación CFCS.

⁵ Ibídem.

⁶ Guía de Estudio para la Certificación CAMS.

⁷ Manual de Estudio para la Certificación CFCS.

compañías sólo existen en el papel. Pueden tener cuentas bancarias y realizar transacciones financieras sin dar indicios de que son ficticias. Las empresas fantasmas usualmente no realizan negocios por ellas mismas.

Empresa o sociedad inactiva⁸: Una corporación que no ha mostrado actividad alguna. Fue creada y colocada en archivo. Estas corporaciones, por lo general, son vendidas a personas que prefieren tener una corporación ya existente y no crear una nueva.

Empresa o corporación ficticia⁹: Una compañía que al momento de su constitución no tenía activos u operaciones importantes.

Fiducia mercantil¹⁰: Es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario. Una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario.

Fondo de inversión colectiva¹¹: Todo mecanismo o vehículo de captación o administración de sumas de dinero u otros activos, integrado con el aporte de un número plural de personas determinables una vez el fondo entre en operación, recursos que serán gestionados de manera colectiva para obtener resultados económicos también colectivos. Los Fondos de Inversión Colectiva pueden ser administrados por sociedades fiduciarias, sociedades comisionistas de bolsa y sociedades administradoras de inversión, autorizadas por la Superintendencia Financiera de Colombia (SFC).

Legal arrangement: Expresión en inglés usada en las 40 Recomendaciones del GAFI sobre beneficiario final (BF) que hace alusión a acuerdos legales o instrumentos jurídicos.

Negocio fiduciario¹²: Son actos de confianza en virtud de los cuales una persona entrega a otra uno o más bienes determinados, transfiriéndole o no la propiedad de los mismos, con el propósito de que esta cumpla con ellos una finalidad específica y lícita, bien sea en beneficio del fideicomitente o de un tercero. Incluye la fiducia mercantil y los encargos fiduciarios, al igual que los negocios denominados de fiducia pública y los encargos fiduciarios públicos de que tratan la Ley 80 de 1993 y disposiciones complementarias. El fideicomiso no puede utilizarse para realizar actos que le sean prohibidos al fideicomitente o beneficiario.

Patrimonio autónomo¹³: “En materia de fiducia mercantil, los bienes fideicomitidos salen definitivamente del patrimonio del fideicomitente y se destinan al cumplimiento de la finalidad señalada en el acto constitutivo... “Este se convierte en un centro receptor de derechos subjetivos pudiendo ser, desde el punto de vista sustancial, titular de derechos y obligaciones, y desde el punto de vista procesal, comparecer a juicio como demandante o demandado a través de su titular (el fiduciario).

Registros mercantiles: Recopilan y almacenan información acerca de corporaciones y otras entidades legales creadas dentro de una jurisdicción dada. Usualmente son administrados por una agencia o departamento gubernamental. Dependiendo de la jurisdicción, puede existir un solo registro para todo un país o múltiples registros para diferentes

⁸ Guía de Estudio para la Certificación CAMS.

⁹ Ibidem.

¹⁰ Artículo 1226 del Código de Comercio.

¹¹ Decreto 2555 de 2010 Decreto único del sector financiero, asegurador y del mercado de valores.

¹² Circular Básica Jurídica 029 de 2014 Parte 2, Título II, Capítulo I.

¹³ Circular Básica Jurídica 029 de 2014. Inciso 3 y 4 del numeral 4.2, de la Parte 2, Título II, Capítulo I.

estados, regiones o ciudades. En ellos registran la creación o constitución de una entidad legal nueva, recopilan información sobre esa entidad conforme a los requerimientos de las leyes y regulaciones de su jurisdicción, y típicamente hacen públicas algunas informaciones de entidades legales. Estos existen para identificar entidades con fines impositivos y permiten a otras compañías y a instituciones financieras recopilar información sobre las corporaciones y las entidades legales con las que hacen negocios.

Reportes objetivos: Reportes de las transacciones que realizan los sujetos vigilados y obligados a reportar y que deben ser comunicadas a la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF) de acuerdo con la normatividad que les aplique.

Reportes de operaciones sospechosas y de transacciones inusuales: Información cualitativa y cuantitativa de las transacciones inusuales realizadas por una persona natural y/o jurídica y que no han podido ser justificadas razonablemente.

Sociedad comercial: Persona jurídica constituida por una o más personas las cuales se obligan a realizar un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social.

Sociedades constituidas listas para la venta o en reserva (Shelf Companies)¹⁴: Al igual que las empresas fantasmas, no realizan actividad o negocio alguno. Su nombre hace referencia al proceso mediante el cual estas sociedades son creadas y se dejan “añejar” o, hablando en sentido figurado, se colocan en un “estante” (shelf). Algunas de estas sociedades pueden permanecer completamente inactivas durante años antes de ser vendidas.

Sociedad fiduciaria¹⁵: Entidades de servicios financieros, autorizadas, supervisadas y vigiladas por la SFC.

Sociedad “offshore”: Es un tipo de persona o acuerdo jurídico que se constituye fuera de la jurisdicción de residencia, que no tiene actividad económica real pero facilita trámites financieros y tributarios.

Sujeto de reporte: Persona natural o jurídica que tiene el deber legal de hacer reportes de operaciones sospechosas intentadas y consumadas a la UIAF como reportes de operaciones sospechosas y reportes objetivos.

Sujeto obligado: Persona natural o jurídica que tiene el deber legal de diseñar e implementar un modelo Anti Lavado de Activos (ALA) y Contra la Financiación del Terrorismo (CFT) de acuerdo con la regulación expedida por una autoridad que tiene funciones de supervisión, vigilancia y control.

Testaferros (Strawman): término usado para calificar aquella persona natural o jurídica titular visible de bienes y/o productos financieros con el fin de ocultar el verdadero BF de estos. También es considerado testaferro, la persona que recibe giros o remesas en beneficio de otra persona para ocultar su origen y/o destino ilícito.

Transcrime: Es el Centro de Investigación sobre la delincuencia transnacional de la Universidad Católica del Sacro Cuore de Milán.

¹⁴ Manual de Estudio para la Certificación CFCS.

¹⁵ Artículos 1 y 3 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (EOSF).



INTRODUCCIÓN

INTRODUCCIÓN

Esta cartilla nace como una iniciativa conjunta de los Comités de Cumplimiento de la Asociación Bancaria y de Entidades Financieras (Asobancaria)¹⁶; su finalidad principal es promover la generación de conocimientos y la adopción de buenas prácticas en la identificación del Beneficiario Final (BF) como herramienta fundamental en la lucha contra el lavado de activos (LA) y la financiación del terrorismo (FT).

Por otro lado, se deja constancia que la colaboración de las entidades públicas: Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF), y la Superintendencia Financiera de Colombia (SFC), se llevó a cabo en un marco de cooperación en procura de establecer mecanismos de pedagogía para el conocimiento y entendimiento de los conceptos propios del BF. Las opiniones, puntos de vista, y consideraciones realizadas por las empresas privadas participantes en la elaboración de esta cartilla no comprometen la visión, opinión o posición de estas entidades.

La temática principal abordada en esta cartilla es la identificación y debida diligencia aplicada a beneficiarios finales (BFs) de personas y estructuras jurídicas que acceden a los servicios financieros; temática que se ha convertido en un desafío importante para los países en la implementación de sus sistemas de ALA/CFT, como lo han demostrado los resultados de las evaluaciones mutuas realizadas en los últimos años. En este orden de ideas, el objetivo de la cartilla es brindar información sobre: (i) la regulación actual, (ii) las tipologías asociadas con la transparencia en la información de los BFs de personas y estructuras jurídicas, (iii) las mejores prácticas en la identificación del BF y (iv) las preocupaciones del sector financiero sobre la disponibilidad de información de BF.

Las definiciones y gráficos se basan en información de fuentes oficiales y públicas. También se han incluido cifras sobre las cuales se generan apreciaciones propias. Sin embargo, estas no obedecen a ningún señalamiento en particular.

¹⁶ Comité de Oficiales de Cumplimiento y Comité Intergremial para la Prevención del Lavado de Activos y la Financiación del Terrorismo.



CONTEXTUALIZACIÓN

CONTEXTUALIZACIÓN

APECTOS GENERALES

El conocimiento del BF ha sido relevante en la labor de las entidades financieras desde 1977 cuando el gobierno americano expidió la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero (FCPA), no obstante, en los últimos años han tomado especial importancia en el marco del cumplimiento de: (i) las 40 recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI); (ii) la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, (iii) la Ley de Cumplimiento Fiscal de Cuentas Extranjeras (FATCA); y (iv) el Estándar para Intercambio Automático de Información Financiera en Materia Tributaria – Estándar Común de Reporte (CRS). Con estas regulaciones quedó claro que en los sistemas ALA y CFT se espera que los países implementen leyes para que exista información adecuada, precisa y oportuna sobre el BF de las personas o estructuras jurídicas, y que esté disponible para que las instituciones financieras y demás sujetos puedan adelantar sus obligaciones en materia de administración de riesgo y reporte de información.

Desde la perspectiva del GAFI, este tema se aborda en los procesos de debida diligencia, también conocidos como Conozca su Cliente [know Your Customer (KYC)] que deben implementar las instituciones financieras en pro de conocer de manera efectiva, eficiente, suficiente y oportuna al cliente en los procesos de vinculación y la continuidad de la relación contractual con ellos. Estos procesos a su vez, varían dependiendo de la naturaleza de las operaciones realizadas por los clientes. En algunos casos las personas jurídicas son empleadas con el objetivo de blindar la información de la persona natural detrás de la misma y con ello canalizar los recursos financieros de estos de manera más “anónima”.

Debido a que la implementación de las recomendaciones del GAFI en materia de transparencia en la información de los BFs ha representado un desafío no solo para las autoridades sino también para los sujetos obligados (en especial las instituciones financieras), se hace necesario adoptar un enfoque basado en riesgo, en el cual a partir de una evaluación de los riesgos asociados a los diferentes tipos de personas y estructuras jurídicas, se establezcan las medidas de control adecuadas que permitan una mejor asignación de los recursos en todo el sistema ALA/CFT. Cuando los riesgos identificados son mayores, las medidas implementadas deberán tener un mayor rigor de tal forma que correspondan con la probabilidad e impacto determinados, y en esa medida, cuando los riesgos identificados sean menores se podrá optar por medidas simplificadas.

Con la promulgación de FATCA por parte de los Estados Unidos de América y la publicación por parte de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) del CRS, la identificación de los BFs cobra especial importancia debido a que hace parte de las medidas de debida diligencia que las instituciones financieras deben adoptar con el fin de identificar y reportar las cuentas financieras que están dentro del alcance.

En Colombia los mencionados estándares internacionales para la debida diligencia en la vinculación de clientes y en materia de intercambio de información para fines tributarios se encuentran implementados mediante normas, circulares y resoluciones ampliamente difundidas y adoptadas por los sujetos obligados, especialmente por las instituciones financieras. A pesar de este entramado normativo, la identificación de los BFs no siempre es una tarea fácil, debido a las múltiples razones que anteponen los clientes para no entregar esta información, que en ocasiones sirven de amparo

para ocultar malas prácticas como el incumplimiento de obligaciones legales e impositivas.

EN BUSCA DE LA TRANSPARENCIA

El uso indebido de vehículos corporativos y la dificultad para obtener la información acerca de sus BFs ha sido un tema de preocupación y ha estado en la agenda de la política internacional en los últimos años, originando un número importante de estudios e investigaciones, de los cuales se pueden citar como ejemplos: “Paraísos fiscales, secreto bancario y lavado de dinero” (1998) de la Oficina Contra las Drogas y el Delito de las Naciones Unidas (UNODC) y “El uso indebido de vehículos corporativos” (2006) del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI).

Dos investigaciones que merecen especial mención y de las cuales se hacen varias referencias en esta cartilla son el “Proyecto BOWNET” (2013) y el estudio denominado “Reporte de los Maestros de las Marionetas” (2011). El primero es una iniciativa de la Comisión de la Unión Europea (UE) con el soporte de Transcrime. El segundo es un estudio de la Iniciativa para la recuperación de activos robados (StAR) asociación entre el Banco Mundial (BM) y la UNODC, en el cual se analiza a partir de una base de datos con casos de corrupción, como los actores corruptos esconden sus intereses detrás del velo corporativo.

Estos estudios y sus recomendaciones han contribuido en la formulación de normas internacionales en la materia, de las cuales las Recomendaciones del GAFI constituyen el principal estándar a nivel mundial y a su vez señalan en diferentes apartados la importancia de asegurar la transparencia de las personas y estructuras jurídicas, y de identificar al BF, mediante la debida diligencia a cargo de las instituciones financieras y Actividades y Profesiones No Financieras Designadas (APNFDs), y el establecimiento de medidas que permitan que exista información adecuada, precisa y oportuna sobre los BFs. En las cumbres del G8 y G20 se han emitido declaraciones en las cuales se ha

instado a sus países miembros a promover la adopción de estas recomendaciones mediante la expedición de normas que contribuyan a mejorar la transparencia y la disponibilidad de la información de los BFs.

Recientemente y por iniciativa de los países más desarrollados, se han impartido directrices y emitido leyes que buscan controlar la evasión fiscal requiriendo que las instituciones financieras reporten a las autoridades tributarias información de cuentas en poder de residentes fiscales extranjeros o de personas jurídicas controladas por estas, las cuales pueden ser utilizadas para ocultar activos que deben ser declarados en el país de residencia fiscal. Para personas o estructuras jurídicas que son entidades no financieras (ENF) pasivas, estas directrices y leyes requieren que se reporte información de las personas naturales que ejercen su efectivo control, por lo cual estos nuevos requerimientos normativos se han apalancado en los procesos de debida diligencia para conocimiento del cliente ya implementados.

Aunque el GAFI sugiera a los países incluir la evasión fiscal como delito fuente del LA, algunas legislaciones lo han adoptado a través de cláusulas abiertas, ya que cualquier conducta delictiva tipificada en su normatividad penal puede ser delito subyacente, y en otros casos, se encuentra dentro del listado de los delitos determinantes.

I. PROYECTO BOWNET

A continuación, presentamos algunos apartados del informe final del Proyecto BOWNET denominado “The identification beneficial owners in the fight against money laundering” los cuales no aplican para Colombia toda vez que se basan en la experiencia europea. En este se establece qué información está disponible y qué se necesita para desarrollar un sistema de apoyo que pueda ser usado por las Unidades de Inteligencia Financiera (UIF), las autoridades competentes, los intermediarios financieros y los profesionales de la ley, en la lucha contra el LA, y en particular en la

identificación de los BFs que se encuentran cubiertos a través de vehículos corporativos.

1. Buenos beneficiarios finales versus malos beneficiarios finales

Es común entender a un BF como la persona que intencionalmente usa una o varias compañías para ocultar su identidad, capital y actividades criminales. De hecho, el BM lo menciona como la persona o grupo de personas que tienen el interés o control sobre ganancias o beneficios que normalmente son propiedades o capital financiero y que están tratando de ocultarse a través del mal uso de vehículos corporativos. Sin embargo, es posible interpretar el concepto de una manera más neutral, según el cual, es cualquier persona natural que se beneficie de la posesión o control de una entidad corporativa sin dar detalles de la finalidad en el uso de dicha entidad o corporación, o aduciendo problemas de seguridad.

Lo anterior significa, que no necesariamente el BF está atado a una conducta ilícita, sin embargo, en algunas oportunidades las personas naturales han empleado una o varias compañías para esconder su identidad y origen de los recursos, bien sea para dar apariencia de legalidad de recursos de origen ilícito o para desarrollar una conducta ilícita.

2. Enfoque cuantitativo versus enfoque cualitativo

De acuerdo con la aproximación cuantitativa, la posesión de cierto porcentaje de acciones o derechos de voto en una entidad legal constituye suficiente argumento para que una persona deba ser identificada como BF. Sin embargo, no siempre la perspectiva

cuantitativa puede ser adoptada, por ejemplo, en el caso de las fundaciones y fideicomisos, donde en ocasiones se debe adoptar un criterio cualitativo para la identificación del beneficiario de cierto porcentaje de la propiedad o entidad, por lo que se tiene en cuenta al controlante de los recursos el cual no siempre coincide con el poseedor del porcentaje representativo de los fondos o de la propiedad sostenida por la entidad. Las limitaciones en el acceso a la información también dependen de las figuras societarias de cada país.

3. Entidades corporativas versus acuerdos legales

Si la definición de BF es compleja para las entidades corporativas, lo es en mayor medida para los arreglos o acuerdos legales, como por ejemplo: las fundaciones, las cooperativas, los fideicomisos¹⁷ y las asociaciones; pues aunque generalmente todas las partes son identificadas desde su inicio, es crucial identificar a los BFs toda vez que han sido considerados particularmente vulnerables a un posible mal uso con propósitos ilícitos¹⁸⁻¹⁹. Sin embargo, se debe destacar que de acuerdo con estudios realizados por el BM, del gran número de empresas o compañías confiscadas, muy pocas resultaban ser acuerdos legales²⁰.

Las regulaciones más importantes han venido inclinándose notoriamente a implementar un modelo en el cual los acuerdos legales de cualquier tipo deban revelar información precisa de sus partes. Más adelante se hablará en detalle del tema.

4. Personas jurídicas versus personas naturales

Se debe destacar que dentro de todas las regulaciones en la materia se especifica que siempre el BF debe ser

¹⁷ En Colombia, están ampliamente regulados por la SFC y, por tanto todas las disposiciones y reglas que aplican a los establecimientos bancarios, se cumplen por parte de estas sociedades.

¹⁸ The identification beneficial owners in the fight against money laundering. Transcrime. 2013.

¹⁹ Banco Mundial y UNODC. 2011.

²⁰ The identification beneficial owners in the fight against money laundering. Transcrime. 2013.

una persona natural y nunca una jurídica. Inclusive si vemos la tipicidad de las estructuras, hasta en las más complejas, siempre el BF será una persona natural.

5. Enfoque del investigador versus enfoque del intermediario

La identificación del BF dependerá de quién quiere realizar la identificación y por qué motivos. A los intermediarios se les solicita verificar la información del BF antes de comenzar una relación con una entidad, basándose en las directivas ALA y por las guías nacionales en la materia, se realizará una debida diligencia exhaustiva que iniciará con la información suministrada por el cliente. Identificar el BF es un hecho que se da para cumplir con las regulaciones y obligaciones ALA nacionales e internacionales. Sin embargo se debe mencionar que muchas veces el destinatario final se descubrirá en el medio de la relación²¹.

Las UIF y las Agencias de Aplicación de la Ley de cada país serán las encargadas de realizar los análisis pertinentes en caso de alguna sospecha o presunción de que exista una estructura que busque esconder identidades y fondos, o que tenga intenciones delictivas. Dicho análisis podrá ser iniciado luego del reporte de un sujeto obligado o cuando alguna de las informaciones declaradas por el cliente no sean claras o veraces.

6. Estándares, guías y regulaciones

El mal uso de corporaciones y entidades con propósitos ilícitos como el lavado de activos (LA) o la financiación del terrorismo (FT) han recibido creciente atención de las autoridades, gobiernos y legisladores, lo cual ha hecho

que el tema se convierta en una prioridad en la agenda internacional. En consecuencia, la identificación del BF detrás de entidades corporativas sospechosas se ha convertido en una medida crucial en las estrategias ALA y CFT.

II. USO INDEBIDO DE PERSONAS Y ESTRUCTURAS JURÍDICAS

Los vehículos corporativos²² son clientes habituales e importantes del sector financiero, además son actores fundamentales en el desarrollo económico y social del país. Sin embargo, bajo ciertas circunstancias se han usado en forma indebida con fines ilícitos, como, por ejemplo, para la comisión de delitos como, el LA, la FT, el soborno, la corrupción, el fraude fiscal, o para burlar programas de sanciones. Esto se debe a que son una forma atractiva empleada por los delincuentes para ocultar el origen ilícito de los fondos, el verdadero propósito de un producto o servicio financiero y la identidad de los criminales conocidos o sospechosos o testaferros.

Algunos estudios de casos de corrupción a gran escala en todo el mundo han permitido observar las siguientes características comunes: (i) el uso de vehículos corporativos de diferente tipo; (ii) el aprovechamiento del sistema financiero y de su facilidad para movilizar recursos; (iii) el uso de intermediarios profesionales y; (iv) la opacidad o ausencia de información acerca del BF.

Estos problemas se agravan considerablemente cuando la creación o conformación de un vehículo corporativo involucra numerosos países, impidiendo que las autoridades competentes sigan “el rastro del dinero” a causa de las dificultades en la cooperación internacional y en la disponibilidad de la información.

²¹ Banco Mundial y UNODC. 2011.

²² La expresión “vehículos corporativos” es definida en el glosario de las Recomendaciones del (GAFI) como empresas corporativas, fideicomisos, fundaciones, asociaciones, y otros tipos de personas jurídicas, acuerdos o arreglos legales.

En relación con los fideicomisos y las sociedades fiduciarias en Colombia, debe tenerse en cuenta lo establecido en la Circular Básica Jurídica 029 de 2014, Parte 2, Título II, del Capítulo I.

A person wearing a white lab coat is shown from the chest up, giving a thumbs-up gesture with their right hand. The image is overlaid with a semi-transparent green filter. The person's left hand is holding a pair of tweezers. The background is blurred, suggesting an indoor setting.

ESTÁNDARES Y REGULACIÓN
INTERNACIONAL Y LOCAL

ESTÁNDARES Y REGULACIÓN INTERNACIONAL Y LOCAL

ESTÁNDARES INTERNACIONALES Y ORGANISMO INTERNACIONALES

I. Guías de la OCDE

En 2001 el foro de estabilidad financiera de la OCDE desarrolló mecanismos para reducir la vulnerabilidad de vehículos corporativos con propósitos ilícitos²³. Las guías y lineamientos fueron incluidos en un reporte que tuvo como título “Detrás del velo corporativo. Uso de entidades corporativas con propósitos ilícitos”, en el cual la OCDE deja como conclusión que para combatir y prevenir exitosamente el mal uso de vehículos corporativos con propósitos ilícitos es esencial que todas las jurisdicciones establezcan mecanismos efectivos que lleven a las autoridades a obtener en un tiempo determinado, información sobre el BF y el control de los vehículos corporativos establecidos en sus propias jurisdicciones²⁴.

La OCDE estableció tres objetivos principales que son:

- La información del BF y su control debe ser mantenida y disponible para las autoridades.
- Deben existir adecuados lineamientos, guías y alto nivel de integridad para la obtención de la información del BF y el control.
- La información que sea pública sobre BFs y su control debe ser compartida con los otros reguladores, supervisores y las autoridades de cumplimiento de leyes nacionales e internacionales.

De acuerdo con la OCDE, los principios antes enumerados podrían ser alcanzados de tres maneras:

- A través de la revelación de información adelantada, la cual indica que las compañías y entidades deben

revelar la información pertinente y detallada acerca del BF al momento del registro.

- La contratación de intermediarios, lo cual supone que un tercero presta el servicio para la obtención de toda la información sobre el BF y el control de la compañía o entidad.
- Por medio de un sistema de investigación, el cual es usado solo cuando exista alguna sospecha de un uso ilícito de la corporación, de la entidad o cuando es requerido por las autoridades.

II. Comité Supervisión Bancaria de Basilea

Dentro de las recomendaciones de ese organismo internacional de supervisión bancaria, después de las deficiencias encontradas en 1999 en lo relativo a conozca a su cliente (KYC) por sus siglas en inglés, está la creación en 2001 del Grupo de Trabajo sobre la Debida Diligencia del Cliente y se incluyó la noción de BF manifestando que las entidades financieras deberían establecer procedimientos sistemáticos para identificar la nueva clientela y no deberían establecer relaciones hasta que se identificara satisfactoriamente al cliente y se verificará su información. Para el efecto, la definición de cliente, incluye:

- La persona o entidad que conserva una cuenta en un banco y cualquier persona o entidad en cuyo nombre se mantiene una cuenta (es decir, los BFs).
- Los beneficiarios de las transacciones realizadas por intermediarios profesionales.
- Cualquier persona o entidad relacionada con una transacción financiera que puede suponer un importante riesgo para la reputación u otro riesgo para el banco.

²³ Foro de Estabilidad Financiera. 2001.

²⁴ OECD 2001, 75.

III. Convenciones de las Naciones Unidas

Las Naciones Unidas (ONU) han emitido varias convenciones en las cuales hace referencia a la lucha contra el LA, como, por ejemplo: la de tráfico de estupefacientes en 1988; la de crimen organizado transnacional en el 2000; y la de corrupción en el 2003. No obstante, fue en el artículo 14 de la Convención sobre la Corrupción de 2003 en el que, para detectar y combatir el LA, solicitó a los Estados parte hacer énfasis en la obtención y revelación de información a fin de tener claro la identificación del BF así como la implementación de sistemas de mantenimiento de registros de información y los procedimientos para reportar transacciones sospechosas²⁵ y en el artículo 52 solicitó a los Estados parte que requieran a sus instituciones financieras la verificación de la identidad de sus clientes²⁶.

IV. Principios Wolfsberg

Estos principios sobre prevención del LA en la banca privada, que datan de 2002 y que fueron actualizados en 2012, promueven los métodos adecuados para la identificación del BF. Sus artículos más importantes en la materia son el 1.2.1 y 1.2.3 que mencionan lo siguiente:

- La obligación para las instituciones financieras, incluidas las Sociedades Fiduciarias, sobre el deber de obtener la identidad del BF antes de establecer alguna relación.
- La obligación para las instituciones financieras de crear sistemas y estándares para identificar el BF

de todas las cuentas, así como la realización de una debida diligencia en toda relación. Eso incluye personas naturales, entidades legales, fideicomisos²⁷, sociedades, fundaciones y asociaciones.

En consecuencia, la banca privada debe aplicar los siguientes principios sobre personas naturales, personas jurídicas, fideicomisos, asociaciones, fundaciones y asociaciones no incorporadas:

- **Personas naturales:** Cuando la cuenta está a nombre de una persona natural, el banquero privado debe establecer si el cliente está actuando en su propio nombre. En caso de duda, el banco establecerá el nombre de la persona a nombre de la cual el titular está actuando.
- **Personas jurídicas:** Si el cliente es una compañía de inversión privada, la banca privada debe entender la estructura de la empresa, como para determinar el proveedor de los fondos, el beneficiario de los activos en poder de la empresa y los que tienen la facultad para dar instrucciones a los directores de la compañía. Este principio se aplica independientemente de que el capital social esté conformado por acciones nominativas o al portador.
- **Fideicomisos:** Si el cliente es un fideicomiso²⁸, el banquero privado debe entender la estructura del negocio fiduciario, como para determinar el proveedor de los fondos (por ejemplo fideicomitente), los que tienen control sobre los fondos (por ejemplo los fiduciarios), las personas o entidades que tienen el poder para remover los fiduciarios y las personas en cuyo beneficio se establece el negocio fiduciario.

²⁵ UN 2003, Art 14.

²⁶ UN 2003, Art 52.

²⁷ Los fideicomitentes, beneficiarios y demás partes del contrato de fiducia mercantil, encargo fiduciario o fiducia pública en Colombia, como parte que son de dichos contratos, deben contar con la misma información y restricciones que se exige a los establecimientos bancarios respecto de sus cuentahabientes o clientes en general.

²⁸ Para el caso de Colombia, se reitera que la vinculación de personas jurídicas o naturales a un negocio fiduciario, requiere de los mismos controles que aplican los establecimientos bancarios. Adicionalmente, los patrimonios autónomos pueden abrir cuentas en los establecimientos bancarios, obrando por intermedio de la sociedad fiduciaria, que actúa como vocera de los mismos. Posiblemente en otros países, en los que la actividad fiduciaria no se realiza por parte de sociedades sometidas a supervisión la restricción enunciada en el párrafo es necesaria.

- Asociaciones: Si el cliente es una asociación, la banca privada debe comprender la estructura de la asociación tanto como para determinar el proveedor de los fondos y los socios generales.
- Fundaciones: Si el cliente es una fundación, el banquero privado debe entender la estructura lo suficiente como para determinar el proveedor de los fondos y como se gerencia la fundación.
- Asociaciones no incorporadas: Los principios anteriores se aplican a las asociaciones no incorporadas.

V. Grupo Egmont

Grupo Internacional creado en 1995 para la colaboración y su conexión alrededor del mundo por las diferentes UIF. En 2004 publicó el documento denominado “Las mejores prácticas para el intercambio de información entre UIF” que tiene referencias sobre el BF relativas a tipologías de LA a través de seguros de propiedad; la importancia del acceso de las UIF a la información del BF; la represión del FT respecto de la prohibición para la apertura de cuentas a quien no se identifica o no entregue la identificación del beneficiario y; la lucha contra la corrupción a través de la identificación del BF.

VI. Banco Mundial y Oficina de las Naciones Unidas contra las Drogas y el Delito

En 2011 como iniciativa del BM y la UNODC se publicó el documento llamado el “Reporte de los Maestros de las Marionetas” sobre el uso corrupto de estructuras legales para esconder bienes producto de la corrupción. El documento se basa en investigaciones y entrevistas con banqueros, registros, investigadores y otros expertos que proveen evidencia sobre como los vehículos corporativos son mal usados para esconder la identificación del BF, y los problemas que los bancos, proveedores de servicios e investigadores enfrentan cuando tratan de obtener dicha información.

Las recomendaciones principales obtenidas del mencionado documento son las siguientes:

- Los países deben asegurarse que siempre el BF debe ser una persona natural.
- Los países deben establecer un período de tiempo específico para que el BF se acerque y provea la información requerida.
- Los países deben desarrollar estándares claros para identificar a posibles BFs y tener unas medidas en caso de escenarios de alto riesgo.
- La debida diligencia debe ser obligatoria²⁹.

²⁹ WB/UNODC Rec.

VII. 40 Recomendaciones del GAFI³⁰

El GAFI en las recomendaciones 10³¹, 24³² y 25³³, en sus notas interpretativas y guías, determina los controles y medidas que deben adoptar los países para impedir el uso indebido de las personas jurídicas (distintas de las entidades financieras, de las empresas que emiten acciones, y de las fiduciarias) para el LA y la FT. Por otra parte, en la recomendación 26³⁴, insta a los organismos de supervisión a realizar control a los BFs, lo que supone que las autoridades competentes o supervisores financieros deberán tomar las medidas legales o normativas necesarias para impedir que los delincuentes o sus asociados: tengan o sean el BF de una participación significativa y sean controlantes u ocupen un cargo gerencial en una institución financiera.

Estas recomendaciones exhortan a los países, gobiernos, instituciones financieras y APNFDs a que implementen medidas que permitan contar con adecuada, veraz y oportuna información sobre las personas naturales que ejercen el control final de las personas o estructuras jurídicas, con el objetivo de combatir o prevenir el crecimiento del uso de vehículos corporativos para esconder la identidad del BF y del controlante. En virtud de lo anterior, se introdujo la verificación de identidad del BF a través del uso de la debida diligencia, y en 2012, por instrucción del GAFI, se obligó a las instituciones financieras a solicitar una revelación o declaración jurada de información sobre el BF al momento de abrir cuentas o realizar transacciones.

²⁹ WB/UNODC Rec.

³⁰ Las recomendaciones desarrolladas por el GAFI son en la actualidad las referencias más importantes y significativas a nivel internacional en materia de LA y FT. La primera versión de las recomendaciones fue en 1990, en esta oportunidad en la recomendación 13 se pedía a las instituciones financieras que verificaran la verdadera identidad de las personas que abrían cuentas o llevaban a cabo las transacciones. Posteriormente, fueron revisadas y modificadas en: (i) 1996 versión en la que se les solicitaba a las instituciones financieras que verificaran información como el registro, las planillas legales, las direcciones y los poderes (recomendación 10); (ii) 2003 en donde apareció por primera vez el término de BF, y (iii) en febrero de 2012 en donde dieron a las instituciones financieras y las APNFDs unos parámetros más centrados en cuanto al manejo de sistemas e información para prevenir y controlar el LA y la FT.

³¹ Recomendación 10. Debida diligencia del cliente. Las medidas de DDC a tomar son las siguientes: (a) Identificar al cliente y verificar la identidad del cliente utilizando documentos, datos o información confiable, de fuentes independientes. (b) Identificar al beneficiario final y tomar medidas razonables para verificar la identidad del beneficiario final, de manera tal que la institución financiera esté convencida de que conoce quién es el beneficiario final. Para las personas jurídicas y otras estructuras jurídicas, esto debe incluir que las instituciones financieras entiendan la estructura de titularidad y control del cliente.

³² Recomendación 24. Transparencia y beneficiario final de las personas jurídicas. Los países deben tomar medidas para impedir el uso indebido de las personas jurídicas para el LA o el FT. Los países deben asegurar que exista información adecuada, precisa y oportuna sobre el beneficiario final y el control de las personas jurídicas, que las autoridades competentes puedan obtener o a la que puedan tener acceso oportunamente. En particular, los países que tengan personas jurídicas que puedan emitir acciones al portador o certificados de acciones al portador, o que permitan accionistas nominales o directores nominales, deben tomar medidas eficaces para asegurar que éstas no sean utilizadas indebidamente para el LA o el FT.

Los países deben considerar medidas para facilitar el acceso a la información sobre el beneficiario final y el control por las instituciones financieras y las APNFD que ejecutan los requisitos plasmados en las Recomendaciones 10 y 22.

³³ Recomendación 25. Transparencia y beneficiario final de otras estructuras jurídicas. Los países deben tomar medidas para prevenir el uso indebido de otras estructuras jurídicas para el LA o el FT. En particular, los países deben asegurar que exista información adecuada, precisa y oportuna sobre los fideicomisos expresos, incluyendo información sobre el fideicomitente, fiduciario y los beneficiarios, que las autoridades competentes puedan obtener o a la que puedan tener acceso oportunamente.

Los países deben considerar medidas para facilitar el acceso a la información sobre el beneficiario final y el control por las instituciones financieras y las APNFD que ejecutan los requisitos establecidos en las Recomendaciones 10 y 22." (Estándares Internacionales sobre la Lucha Contra el LA, el FT y la Proliferación)

³⁴ Recomendación 26. Regulación y supervisión de las instituciones financieras. Los países deben asegurar que las instituciones financieras estén sujetas a una regulación y supervisión adecuadas y que implementen eficazmente las Recomendaciones del GAFI. Las autoridades competentes deben tomar las medidas legales o normativas necesarias para impedir que los criminales o sus cómplices tengan, o sean el beneficiario final de, o que tengan una participación significativa o mayoritaria en, o que ostenten una función administrativa en, una institución financiera. Los países no deben aprobar el establecimiento u operación continuada de bancos ficticios.

Adicionalmente, según el GAFI³⁵, para la identificación del BF se requiere de información básica sobre las compañías, la cual como mínimo deberá incluir datos sobre el representante legal, la estructura y control de la compañía, el estatus y poderes de sus accionistas y directores.

En virtud de lo anterior, las compañías creadas en las diferentes jurisdicciones deben estar incorporadas en el registro mercantil que a su vez debe incluir: nombre de la compañía, planillas legales, estatus, dirección o domicilio, poderes, actas y documento constitutivo. Así mismo, será necesario registrar: (i) todos sus miembros accionistas y directores con sus respectivos números de acciones, categorías y derechos a voto; y (ii) cada cambio realizado dentro de la compañía en cuanto a sus actas, accionistas y directores, sin importar que el accionista esté o no dentro del país respectivo.

En relación a los mecanismos que deben ser puestos en práctica para asegurarse de la disponibilidad de la información del BF en los países según el GAFI, se debe usar uno o más de los siguientes:

- Mantener información de compañías actualizada en los registros.
- Tomar medidas para que las compañías mantengan revelada la información del BF a través de programas de cumplimiento.
- Usar la información existente, incluyendo la información obtenida por instituciones financieras, por autoridades, por la compañía y por las bolsas de valores³⁶.

VIII. Foro Económico Mundial

En su agenda global incluye la identificación del BF como una de las prioridades al considerarlo fuente

de corrupción y crimen organizado que facilita las transacciones criminales bajo las estructuras societarias, sus recomendaciones al respecto son las siguientes:

- En cuanto a los registros principales, debe mantenerse el registro de accionistas, dueños y BFs, esta información debe ser revisada y actualizada cada dos meses y debe estar accesible para todo el que la requiera, en especial autoridades.
- En cuanto a la identificación del BF, las instituciones financieras y los proveedores de servicios deben estar obligados a determinar y verificar la identificación del BF y de clientes cuando se establezcan relaciones, creando programas de identificación y cumplimiento que les permita llegar y verificar de manera exhaustiva al BF.
- En cuanto al intercambio de información de los BFs de procedencia internacional, las autoridades deben tener completo acceso a los registros en otros países, sin la necesidad de contar con acuerdos internacionales. Para esto se buscará la creación de métodos de pago que faciliten la prontitud en la obtención de información requerida internacionalmente, con el fin de hacer más fáciles las búsquedas³⁷.

IX. Fondo Monetario Internacional (FMI)

En la reunión de Ministros de Finanzas y Directores de Bancos Centrales del G20 en abril de 2016, el FMI anunció que el Grupo reitera la alta prioridad que concede a la transparencia financiera y la aplicación efectiva de las normas en materia de transparencia para todos, en particular con respecto a la propiedad efectiva de las personas jurídicas y los acuerdos legales, vital para proteger la integridad del sistema

³⁵ The identification beneficial owners in the fight against money laundering. Transcrime. 2013.

³⁶ FATF 1990, REC 24.

³⁷ WEF, 2012 – 19.

financiero internacional, y para evitar el mal uso de estas entidades e instrumentos para la corrupción, la evasión de impuestos, FT y el LA.

En ese sentido, el G20³⁸, promulgó los principios de alto nivel sobre transparencia de la propiedad efectiva con el objetivo de prevenir la utilización indebida de las personas y estructuras jurídicas con fines ilícitos, como la corrupción, la evasión de impuestos y el LA. Estos principios exhortan a los países a contar con una definición de BF, implementar un registro central con información de este y a que al mismo tiempo tengan acceso las autoridades competentes y los sujetos obligados, para tal fin se conformó el Grupo de Trabajo Anticorrupción.

El G-20 reitera que es esencial que todos los países y jurisdicciones cumplan plenamente las normas del GAFI sobre la transparencia y la propiedad efectiva de las personas jurídicas y acuerdos legales y expresan su determinación de dar ejemplo en este sentido. Particularmente se destaca la importancia de los países y jurisdicciones por mejorar la disponibilidad de información sobre el BF, y su intercambio internacional entre las autoridades competentes a los efectos de la lucha contra el fraude fiscal, la FT y el LA.

El GAFI y el Foro Global sobre Transparencia e Intercambio de Información con fines fiscales realizarán propuestas sobre la forma de mejorar la aplicación de las normas internacionales en materia de transparencia, incluyendo la disponibilidad de información sobre el BF y el intercambio internacional de información.

X. Otros grupos de trabajo

Varios grupos de trabajo han avalado las recomendaciones del GAFI, como, por ejemplo:

- El G8³⁹, que publicó en 2013 planes de acción estableciendo los pasos para mejorar la transparencia.
- La OCDE⁴⁰, a través del grupo de Trabajo sobre el Soborno considera que la falta de acceso a la información sobre el “beneficiario real” de las personas jurídicas es un obstáculo para la lucha contra el delito de soborno de funcionarios públicos extranjeros.

Sobre el particular, GAFILAT, la Organización Internacional de Comisiones de Valores (IOSCO), el Comité de Expertos sobre Evaluación en la Medición de Lavado de Activos (MONEYVAL), la Asociación Internacional de Supervisores de Seguros (IAIS), la Red Internacional de Información sobre Lavado de Activos (IMOLIN) y el Grupo de Dirección y Articulación de Lavado de Activos (JSMLG) han coincidido en la importancia de la aplicación de las 40 recomendaciones del GAFI y la identificación del BF como una herramienta eficaz contra el LA.

XI. Cuarta Directiva de la Unión Europea

La Directiva 849 de 2015 del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa⁴¹, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y la FT, con relación a la identificación del BF, estableció que:

³⁸ En el G20 participan Arabia Saudita, Australia, Canadá, Estados Unidos, India, Rusia, Sudáfrica, Turquía, Argentina, Brasil, México, Alemania, Francia, Italia, Reino Unido, China, Corea del Sur, Indonesia y Japón.

³⁹ El G8 se encuentra conformado por Alemania, Canadá, Estados Unidos, Italia, Japón, Francia, Reino Unido y Rusia.

⁴⁰ La OCDE es un organismo de cooperación internacional, cuyo objetivo es coordinar sus políticas económicas y sociales, compuesto por 34 países.

⁴¹ Tras el escándalo de los denominados “panama papers”, la Comisión Europea adoptó la propuesta de cambio a la Cuarta Directiva Europea 2016 con el objetivo de reforzar las normas de la UE contra el blanqueo de capitales para combatir la FT y aumentar la transparencia sobre la titularidad real de las sociedades y los fondos fiduciarios. Los Estados miembros se han comprometido a aplicar las reformas a más tardar a finales de 2016.

- Es necesario identificar a la persona física (natural) que ejerce el control mediante la propiedad u otros medios sobre una persona jurídica.
- La identificación del titular real debe hacerse extensiva a las personas jurídicas que posean otras personas jurídicas.
- Los Estados miembros de la UE deben velar porque las entidades constituidas en su territorio obtengan y conserven información sobre la titularidad real. En aras de una mayor transparencia los Estados miembros deben garantizar que la información relativa a la titularidad real repose en un registro central o base central de datos⁴².

Así mismo, propone incorporar las últimas recomendaciones del GAFI y desarrollar programas para adoptar las últimas normativas sobre la materia; y establece: (i) bajar el monto autorizado de pago de bienes en dinero en efectivo de 15.000 euros a 7.500 euros; (ii) extender la obligatoriedad de debida diligencia en diferentes servicios; (iii) nuevas reglas en debida diligencia; (iv) debida diligencia para Personas Públicamente Expuestas (PEPs); (v) obligatoriedad de las personas jurídicas sobre la revelación de la información del BF; y (vi) obligación de contar con una declaración de estatus en caso de fideicomisos⁴³.

Dentro de la lucha contra la FT se dice que se debe reforzar las competencias de las UIF de la UE y facilitar

su cooperación, para lo cual, las Unidades tendrán acceso a la información de los registros centralizados de cuentas bancarias y cuentas de pago y de los sistemas centrales de búsqueda de datos, que los Estados miembros deberán poner en marcha para identificar a los titulares de cuentas bancarias y de cuentas de pago.

En el caso de las normas de transparencia más estrictas para evitar la elusión fiscal y el blanqueo de dinero, se proponen modificaciones en: (i) acceso público pleno a los registros de titularidad real⁴⁴, (ii) interconexión de los registros⁴⁵; y (iii) ampliación de la información accesible a las autoridades^{46 47}.

En conclusión, esta Directiva busca dejar clara la identificación del BF, sin dejar posibilidades a las estructuras corporativas de difuminar el control o el BF.

Dentro de otras Directivas Europeas relevantes sobre la materia, se encuentran:

- La Directiva de transparencia para armonizarla en los mercados de capitales de la región. (Directiva 104 de 2009).
- La Directiva de formatos previos, cuyo fin es requerir la aprobación de las autoridades con todos los productos previos a ser públicos, para esto se debe mostrar la transparencia y legalidad de lo que se ofertará y una vez aprobado poder proceder. (Directiva 71 de 2003).

⁴² Esta información debe estar disponible no solo para las autoridades competentes, sino también para los sujetos obligados cuando apliquen medidas de debida diligencia con respecto al cliente.

⁴³ En Colombia se establece como obligación a cargo de los fideicomisos obtener y conservar información sobre titularidad real y declararla a las entidades obligadas.

⁴⁴ Los Estados miembros harán pública determinada información de los registros de titularidad real de las sociedades y fondos fiduciarios vinculados a empresas. La información sobre todos los demás fondos fiduciarios se incluirá en los registros nacionales y estará a disposición de quienes acrediten un interés legítimo. Se incluirán en los registros los titulares reales que tengan el 10 % de la titularidad en determinadas sociedades que presenten un riesgo de utilización para fines de blanqueo de capitales y evasión fiscal. El umbral permanecerá en el 25 % para todas las demás sociedades.

⁴⁵ La propuesta prevé la interconexión directa de los registros para facilitar la cooperación entre los Estados miembros.

⁴⁶ La Comisión ha propuesto que tanto las cuentas existentes como las de nueva creación deben ser objeto de controles de diligencia debida. Esto impedirá que las cuentas que puedan ser utilizadas para actividades ilícitas escapen a la detección. Las sociedades y los fondos fiduciarios pasivos, como los mencionados en los Panama Papers, también estarán sujetos a un mayor control y a unas normas más estrictas.

⁴⁷ En Colombia las autoridades judiciales, de control y las fiscales pueden acceder a toda la información de los fideicomisos. El instrumento es totalmente transparente para todos los efecto legales. No existen las modalidades de fideicomiso que pudieran asimilarse a los panama papers”.

- La Directiva sobre Mercado de Instrumentos Financieros (MiFID) que resalta la autorización requerida por las firmas de inversión para poder operar con licencias. (Directiva 39 de 2004).
- La Directiva enfocada en la falta de información actual que se puede obtener en los registros, la falta de cooperación de los registros internacionalmente y dificultar de acceso a la información en otros países. (Directiva 25 de 2004).
- La Directiva sobre la prevención del uso del sistema financiero para el lavado de dinero [Directiva 308 de 1991 de la Comunidad Económica Europea (siglas en inglés EEC)].
- La Directiva para expandir el ámbito de los delitos financieros. [Directiva 97 de 2001 de la Comisión Europea (siglas en inglés EC)].
- La Directiva para implementar las recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (siglas en inglés FATF). (Directiva 60 de 2005).

En julio de 2016, tras el escándalo de los denominados “Panama Papers”, la Comisión Europea⁴⁸ adoptó una propuesta para reforzar las normas de la UE contra el blanqueo de capitales con el objetivo de combatir la FT y aumentar la transparencia sobre la titularidad real de las sociedades y los fondos fiduciarios internacionales. Los Estados miembros se han comprometido a aplicar el paquete más rápidamente de lo previsto inicialmente, a más tardar a finales de 2016.

No obstante lo anterior, en Colombia la regulación sobre fideicomisos no corresponde a lo que sucedió en Panamá, conforme a lo indicado. El EOSF, cataloga a las sociedades fiduciarias como de servicios financieros, y por tanto son sometidas a su control y

supervisión y como se ha mencionado, las sociedades fiduciarias tienen la obligación legal de identificar y revelar a las autoridades a los beneficiarios de los negocios fiduciarios.

XII. Requerimientos de Debida Diligencia del Cliente para Instituciones Financieras de la Red de Investigación de Crímenes Financieros (FinCEN)

La más reciente actualización de los requerimientos de debida diligencia del cliente emitidos por FinCEN en 2016 bajo la Ley de Secreto Bancario (Bank Secrecy Act) comprende cuatro elementos centrales que deben ser a su vez requerimientos explícitos en los programas ALA de las instituciones financieras obligadas, a saber:

- La identificación y verificación del cliente.
- La identificación y verificación del BF.
- El entendimiento de la naturaleza y propósito de la relación con el cliente mediante el desarrollo de un perfil de riesgo del cliente.
- El monitoreo continuo con el fin de reportar operaciones sospechosas, y mantenimiento y actualización de la información del cliente aplicando un enfoque basado en riesgo.

Así mismo, indica que las instituciones financieras pueden implementar una certificación⁴⁹ para la recopilación de información del BF.

XIII. Otras iniciativas y estándares de transparencia

Existen otras iniciativas que propenden por dar transparencia en lo referente a BFs. Dentro de estas iniciativas son de resaltar:

⁴⁸ Propuesta de cambio a la Cuarta Directiva Europea 2016.

⁴⁹ La certificación se encuentra en el Apéndice A de los requerimientos de Debida Diligencia del Cliente para Instituciones Financieras de FinCEN.

- **Global Beneficial Ownership Register⁵⁰**: Esta iniciativa es impulsada por diversas instituciones dentro de las cuales se encuentra Transparencia Internacional, World Wide Web Foundation y Global Witness, busca proveer una plataforma gratuita de recolección de información de BFs a través de la agregación de información de múltiples registros públicos a nivel global con el fin de que la información sea proporcionada como fuente abierta y en forma estandarizada.
- **Open Contracting Partnership⁵¹**: Esta iniciativa tiene como objetivo primordial hacer la contratación pública más transparente mediante la adopción de estándares de publicación de información relacionada con contratos públicos. De esta forma, se espera reducir las oportunidades para la ocurrencia de actos de corrupción a través de la difusión de los BFs y participantes en contratación pública.
- **Extractive Industries Transparency Initiative – EITI⁵²**: El principal propósito de esta iniciativa es el identificar BFs de industrias extractivas. De esta forma, se aumenta la transparencia en procesos de asignaciones de licencias, exploración y extracción en este tipo de industrias. Así, las posibilidades de corrupción y conflictos de intereses pueden minimizarse de forma importante.

REGULACIÓN IBEROAMERICANA

En el Anexo 2 se presentan las regulaciones de Iberoamérica sobre BF, en las que se hace énfasis a la existencia de una definición legal, la norma respectiva, el porcentaje de participación en las personas jurídicas, la posibilidad de que los sujetos obligados al cumplimiento de las normas ALA/CFT puedan

acceder a los registros de las empresas para conocer los datos de los accionistas, la obligación de explicar la composición accionaria y la prohibición de las acciones al portador.

REGULACIÓN LOCAL

I. Circular Básica Jurídica (CBJ) - Instrucciones Relativas a la Administración del Riesgo de Lavado de Activos y de la Financiación del Terrorismo

La SFC por medio de la CBJ (Circular Externa 029 de 2014) que incluye el Sistema de Administración del Riesgo de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo (SARLAFT) en su Capítulo IV, título IV, Parte I, desarrolla de forma suficiente el concepto de BF en diferentes numerales:

- 1.2. definición;
- 1.11. concepto de transferencia;
- 4.2.2.2.1.3. en lo relativo a la obligación de identificar a los accionistas o asociados que tengan directa o indirectamente más del 5% del capital social, aporte o participación de un cliente persona jurídica;
- 4.2.2.2.1.4. sobre el alcance en el sentido de obligar a las entidades a identificar a los beneficiarios finales de los productos y servicios que ofrecen;
- 4.2.2.2.1.4.1. respecto de la información adicional que se requiere del beneficiario en los contratos de seguro y de la ausencia de la misma como constitutiva de una operación inusual;
- 4.2.2.2.1.4.2. que se refiere al momento en que se recauda la información del beneficiario en contratos de seguros o fiducia;

⁵⁰ <http://thecommonwealth.org/sites/default/files/inline/1AnOpenGlobalBeneficialOwnershipRegisterACSbriefing.pdf>

⁵¹ <http://www.open-contracting.org/?lang=es>

⁵² <https://eiti.org/es>

- 4.2.2.2.1.6.4.3. sobre las excepciones de diligenciar el formulario de vinculación y de realizar entrevistas en algunos tipos de contratos de seguros específicos;
- 4.2.2.2.1.6.4.6. se refiere a las mismas excepciones del numeral anterior aplicadas a contratos de reaseguro;
- 4.2.2.2.1.7. respecto a la calidad de PEPs de algunos beneficiarios finales;
- 4.2.7.2.8. relativo a los reportes de patrimonios autónomos administrados por entidades vigiladas;
- 5., 5.1.1.2. y 5.1.1.3. y 5.2. sobre las reglas de transferencias locales como internacionales y pagos de las mismas

Para el efecto, se entiende por BF toda persona natural o jurídica que, sin tener la condición de cliente, es la propietaria o destinataria de los recursos o bienes objeto del contrato o se encuentra autorizada o facultada para disponer de los mismos.

Sin embargo, se advierte que en la actualidad hay un proyecto de modificación de esta regulación sobre el SARLAFT, entre algunos aspectos, lo relativo al BF.

II. Otras regulaciones afines en materia de beneficiario final

En Colombia además de la norma del SARLAFT de la SFC hay otras que también tienen referencias expresas sobre BF. A continuación, se presentan las diferentes menciones en orden cronológico y organizada por tipo de sujeto obligado o sujeto de reporte, sin perder de vista que hay sectores que cuentan con regulaciones ALA/CFT pero que no necesariamente utilizan este concepto:

1. Resolución Externa 8 de 2000 de la Junta Directiva del Banco de la República (BR)

Esta regulación de cambios internacionales de la Junta Directiva del BR no utiliza la expresión BF, pero sí hace alusión al beneficiario de la operación de la compra de divisas en el artículo 75 sobre los datos de identificación, y en el artículo 78 sobre la compra de divisas, no obstante, no trae una definición legal.

En lo que se refiere a la tenencia, posesión y negociación de divisas en su artículo 75 en el numeral 3 establece que para poder comprar y vender profesionalmente divisas y cheques de viajero los residentes deberán cumplir, además, las siguientes condiciones:

- Exigir y conservar una declaración de cambio por sus compraventas de divisas y de cheques de viajero, la cual deberá contener la identificación del declarante, del beneficiario de la operación y las demás características que el BR reglamente de manera general. En dicha reglamentación se definirá el monto a partir del cual deberá exigirse la declaración de cambio. Para el efecto se puede ver la Resolución 07860 de 2006 de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN).
- Pagar en efectivo la compra y venta de divisas y de cheques de viajero cuando su monto sea hasta de tres mil dólares de los Estados Unidos de América (US\$3.000) o su equivalente. Montos superiores deberán ser pagados mediante cheque girado a nombre del vendedor de las divisas, con cláusula que restrinja su libre negociabilidad y para abonar en cuenta.
- Reportar a la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF) del Ministerio de Hacienda y Crédito Público (MHCP), en los términos que ella disponga,

cualquier operación en efectivo, en pesos o divisas, superior a diez mil dólares de los Estados Unidos de América (US\$10.000).

- Reportar a la UIAF, en los términos que ella disponga, cualquier operación que consideren sospechosa de constituir LA o de estar relacionada con dinero de origen ilícito.
- Suministrar la información y prestar la colaboración, que requieran las autoridades para sus propósitos de prevención de actividades delictivas, control cambiario o cualquier otro de su competencia.
- Cumplir las obligaciones mercantiles y tributarias derivadas de su condición de comerciantes.
- Contar con la capacidad operativa, administrativa, financiera y técnica que permita el cumplimiento de las operaciones de cambio, así como con los sistemas adecuados de riesgo de tales operaciones. La DIAN señalará los indicadores de riesgo y de capacidad operativa, administrativa, financiera y técnica que deben cumplir y mantener.

De acuerdo con las normas legales, el incumplimiento de las obligaciones cambiarias aquí establecidas será sancionado por la DIAN y demás autoridades de control competentes.

2. Resolución Externa No. 3 de 2002 de la Junta Directiva del BR

Esta resolución que modificó la 8 de 2000, trajo consigo los siguientes cambios para los profesionales del cambio:

- Exigir una declaración de cambio a las personas a quienes les compren o vendan divisas, en los términos que el BR reglamente.
- Pagar únicamente mediante cheque con cruce restrictivo las compras de divisas superiores a US \$3.000.

- Reportar a la UIAF, en los términos que ella disponga, cualquier operación superior a US \$10.000.
- Reportar a la UIAF, en los términos que ella disponga, cualquier operación que consideren sospechosa de constituir LA o de estar relacionada con dinero de origen ilícito.

3. Circular Reglamentaria Externa del Departamento de Cambios Internacionales (DCIN) 83 de 2003

Esta regulación del BR se refiere al LA cuando habla de las operaciones de cambio, diciendo que:

- En el numeral 1.9 sobre las operaciones de los Intermediarios del Mercado Cambiario (IMC), para efectos de la prevención de LA, la información sobre operaciones de compra y venta de divisas que se realicen de manera individual, múltiple o sucesiva con una misma persona natural o jurídica, deberá remitirse a las entidades de control conforme a las instrucciones impartidas por estos organismos.
- Lo mismo en el numeral 1.10 en lo que se refiere a las operaciones de los Profesionales de Compra y Venta de Divisas y Cheques de Viajero.
- Además la información de las operaciones que realicen los residentes que compren y vendan de manera profesional divisas y cheques de viajeros deberá conservarse y estar a disposición de la UIAF, DIAN y demás autoridades que la exijan, según su competencia, incluyendo la relativa a la prevención de LA, sin perjuicio que deba o no exigirse la presentación de la declaración de cambio, según el mismo numeral 1.10.
- En el numeral 1.11.2. que trata sobre las tarjetas débito prepago, recargables o no, e instrumentos similares, se establece que el IMC que distribuya y venda tarjetas débito prepago, recargables o no, e instrumentos similares únicamente podrá suscribir contratos de distribución y venta con entidades

financieras del exterior que capten recursos del público y los coloquen a través de préstamos o de otras operaciones activas de crédito, equivalentes a las supervisadas por la Superintendencia Financiera de Colombia. Dicha condición debe ser acreditada ante el BR, de manera previa a la celebración del contrato, con el certificado de la entidad especializada de supervisión financiera semejante a la SFC. Adicionalmente, deberá remitirse una comunicación de dicho organismo sobre la existencia y obligación de dar cumplimiento en el país de origen a normas de prevención de LA.

- Igualmente el anterior numeral menciona que el IMC interesado en celebrar el contrato de distribución y venta de tarjetas débito prepago, recargables o no, e instrumentos similares deberá enviar una comunicación al DCIN, informando la entidad financiera del exterior con la cual celebrará el mencionado contrato y declarando que esa entidad mantiene un adecuado sistema de prevención de LA. Así mismo deberá informar la red afiliada de las tarjetas.

4. Resolución Externa No. 6 de 2004 de la Junta Directiva del BR

Esta resolución también modificó la 8 de 2000, así:

- Los residentes en el país podrán comprar y vender de manera profesional divisas en efectivo y cheques de viajero, previa inscripción en el registro mercantil y en el registro de profesionales de compra y venta de divisas que establezca la DIAN conforme a los requisitos y condiciones que señale esa entidad. Dicha autorización no incluye ofrecer profesionalmente, directa ni indirectamente, servicios tales como negociación de cheques o títulos en divisas, pagos, giros, remesas internacionales ni ningún servicio de canalización a través del mercado cambiario a favor de terceros. Los residentes en el país no podrán anunciarse ni utilizar denominación alguna que dé a entender que tienen la calidad de casas de cambio.

- La entrada o la salida de divisas o moneda legal colombiana en efectivo por un monto superior a diez mil dólares de los Estados Unidos de América (US\$10.000) o su equivalente en otras monedas, solo podrá efectuarse por medio de empresas de transporte de valores autorizadas de acuerdo con la regulación que rige esta actividad, o de los intermediarios del mercado cambiario conforme a lo previsto en la presente resolución. Las personas que ingresen o saquen del país divisas o moneda legal colombiana en efectivo por conducto de las empresas de transporte, así como estas últimas, están obligadas a declarar ante la autoridad aduanera tales operaciones en el formulario y condiciones que esta establezca. Las personas que ingresen o saquen del país títulos representativos de divisas o de moneda legal colombiana, por un monto superior a diez mil dólares de los Estados Unidos de América (US\$10.000) o su equivalente en otras monedas, cualquiera que sea la modalidad de ingreso o salida, deberán informarlo a la autoridad aduanera, en el formulario que ella indique.
- Salvo las operaciones que efectúe el BR, las entradas o salidas del país de divisas, moneda legal colombiana o títulos representativos de dichas monedas para pagar operaciones de cambio que deben canalizarse a través del mercado cambiario, deberán efectuarse únicamente a través de los intermediarios de dicho mercado.

El compendio actualizado que contiene las normas vigentes en materia de cambios internacionales, puede ser consultado en la página de internet del BR, en el aparte sobre el Régimen de Cambios Internacionales.

5. Resolución 1265 de 2005 del Fondo de Previsión Social del Congreso

Esta norma regula el manual para la prevención del LA de esta entidad pública y en la parte considerativa dice que cuando se use la expresión “cliente” cubre a afiliados, pensionados, beneficiarios, funcionarios,

usuarios y contratistas y tampoco trae una definición legal.

6. Circular Externa 1536 de 2013 de la Superintendencia de Notariado y Registro, complementada por la Instrucción Administrativa No. 17 del 27 de octubre de 2016

Esta norma establece directrices para que los notarios diseñen e implementen un Sistema Integral de Prevención de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo –SIPLAFT-. Dentro de él se incluye el envío de reporte a la UIAF.

La Instrucción Administrativa No. 17 de 2016 establece una definición de beneficiario final, como aquella “persona natural o jurídica que adquiere derechos como consecuencia del otorgamiento de escritura pública, todo ello teniendo en cuenta la naturaleza jurídica del sector notarial” (cfr. núm. 3 ibíd.).

7. Sector Comercio Exterior

La Circular Externa 170 de 2002 de la DIAN sobre el SIPLA no tiene una definición expresa de BF. Sin embargo, en el numeral 5.2.1., que regula lo relativo al formulario de identificación del cliente enuncia que se requiere los datos de los beneficiarios de las operaciones de comercio exterior y en el anexo de señales de alerta, en las relativas a la exportación de bienes en las operaciones cambiarias sobre los beneficiarios de los pagos.

8. Sector Sociedades Comerciales

La Circular Básica Jurídica (CBJ) 100-000006 de 2016 de la Superintendencia de Sociedades en el literal A. del numeral 3 del Capítulo X. Sobre definiciones, se hace referencia expresa al BF, según el cual, “de acuerdo con lo previsto por las recomendaciones del GAFI, hace referencia a la(s) persona(s) natural(es) que finalmente

posee(n) o controla(n) a una Contraparte o a la persona natural en cuyo jurídica o es (son) titular(es) del 25% o más de su capital, en caso de tener naturaleza societaria”.

9. Sector Salud

La Circular Externa 009 de 2016 de la Superintendencia Nacional de Salud que regula el SARLAFT incorpora una definición legal de BF, según la cual, es la persona natural que finalmente posee o controla a un cliente y/o persona natural en cuyo nombre se realiza la transacción e incluye también a las personas que ejercen el control final sobre una persona jurídica u otra estructura jurídica.

Finalmente, es importante señalar que actualmente las autoridades administrativas que ejercen la supervisión sobre los sectores que deben adoptar sistemas de administración de riesgos de lavado de activos y financiación del terrorismo están trabajando en las inclusiones en dichos sistemas de la siguiente definición de beneficiario final:

“Para efectos del presente acto administrativo de conformidad con las recomendaciones del GAFI se entenderá como beneficiario final a la (s) persona (s) natural (es) que finalmente posee (n) o controla (n) a un cliente y/o persona natural en cuyo nombre se realiza una transacción. Incluye también a las personas que ejercen el control efectivo final o tienen una titularidad por el 25% o más de una persona jurídica.”

III. Normas afines en materia tributaria

Con la emisión de las Resoluciones 060 y 119 de 2015 por parte de la DIAN, con las cuales se da cumplimiento a los acuerdos firmados por Colombia en materia de FATCA de Estados Unidos de América y CRS de la OCDE, vuelve a tomar relevancia la obtención de información acerca del control de las personas jurídicas,

en particular la del BF. Estas resoluciones requieren que para las ENF pasivas se identifiquen y reporten las personas naturales que ejercen control y que a su vez sean residentes fiscales en Estados Unidos de América o en países sujetos a reporte de información.

Para los fines de dar cumplimiento a la normatividad FATCA y CRS las entidades financieras deben establecer la identidad de los BFs que posean o controlen, directa o indirectamente, una participación igual o superior al 5% en una ENF pasiva, de las cuales se requiere la siguiente información:

- Nombre completo de la persona.
- Número del documento de identidad.
- Fecha y lugar de nacimiento.
- País de domicilio.

A stack of three books is positioned on the right side of the image. In the foreground on the left, a pair of black-rimmed glasses is placed. The entire scene is set against a solid purple background. The text 'DEFINICIÓN DEL BENEFICIARIO FINAL' is overlaid in white, bold, uppercase letters in the lower right quadrant.

DEFINICIÓN DEL BENEFICIARIO FINAL

DEFINICIÓN DEL BENEFICIARIO FINAL

El origen del concepto de BF proviene de la edad media cuando Reino Unido buscaba desarrollar las leyes en materia de fideicomisos o “trust”. Durante la época de las cruzadas, los caballeros debían dejar a alguien que se ocupara de sus tierras con completa legalidad, por ejemplo, para tomar decisiones sobre los empleados o las siembras. Sin embargo, los hombres que se iban a las cruzadas seguían manteniendo el control final de sus tierras, y así, cuando regresaran a casa podían tomar los beneficios resultantes de las operaciones cuando ellos no estaban presentes. Hoy en día este concepto se aplica en diferentes situaciones a los fideicomisos, y en esencia se refiere a la persona que en última instancia controla un activo y se beneficia de él.

En consecuencia, luego de esta referencia histórica, se puede decir que un destinatario final es una persona natural que tiene el control final de algo y el beneficio final devengado de dicho control⁵³. Por lo que hoy en día, adoptando el origen mencionado, se cuenta con un concepto más específico el cual es concerniente únicamente al BF de compañías o entidades legales.

La definición internacionalmente aceptada es la que da el GAFI en su glosario de recomendaciones:

“BF se refiere a la(s) persona(s) física(s) que finalmente posee o controla a un cliente y/o la persona física en cuyo nombre se realiza una transacción, lo cual incluye también a las personas que ejercen el control efectivo final sobre una persona jurídica u otra estructura jurídica.

La referencia a “que finalmente posee o controla” y a “control efectivo final” se refiere a las situaciones en las que la titularidad/control se ejerce mediante una cadena de titularidad o a través de otros medios de control que no son un control directo.

Esta definición debe aplicarse también al beneficiario final o a un beneficiario dentro de una póliza de seguro de vida u otra póliza de seguro vinculada a la inversión”.

Las recomendaciones del GAFI⁵⁴ también definen el beneficiario dependiendo del contexto así:

“En las leyes fiduciarias, beneficiario es la persona o personas que tienen derecho al beneficio de un acuerdo fiduciario. Beneficiario puede ser una persona natural o jurídica u otra estructura jurídica. Todos los fideicomisos (que no sean benéficos o fideicomisos no benéficos permitidos estatutariamente) tienen que tener beneficiarios determinados. Aunque los fideicomisos tienen siempre que tener algún beneficiario final determinado, puede que los fideicomisos no tengan beneficiarios existentes definidos, sino solo objetos de un poder hasta que alguna persona pase a tener derecho como beneficiario a los ingresos o el capital al vencer un periodo definido, conocido como periodo de acumulación. Este periodo normalmente se co-extiende con el periodo de perpetuidad del fideicomiso, al cual usualmente se hace referencia en la escritura fiduciaria como el periodo del fideicomiso.

⁵³ Definición del BM y las ONU.

⁵⁴ Glosario General de las Recomendaciones del GAFI de 2012.

En el contexto del seguro de vida u otra póliza de seguro vinculada a la inversión, beneficiario es la persona natural o jurídica o una estructura jurídica o categoría de personas, a los que se le pagarán los activos de la póliza cuando/si ocurre un evento asegurado, el cual cubre la póliza”.

Un aspecto importante de esta definición es que un BF siempre es una persona física (persona natural), una persona jurídica no puede ser, por definición, un BF. Los siguientes son ejemplos de personas físicas que pueden ser considerados como BFs y que aparecen en la Guía sobre Transparencia y BF del GAF⁵⁵:

PERSONAS FÍSICAS QUE PUEDEN CONTROLAR A LA PERSONA JURÍDICA A TRAVÉS DE PARTICIPACIONES MAYORITARIAS

- La(s) persona(s) física(s) que posea(n) directa o indirectamente un porcentaje mínimo de participación en la persona jurídica (enfoque de umbral). Por ejemplo, la Recomendación 24 permite la determinación de los accionistas con participación controladora de una sociedad mercantil con base en un umbral (por ejemplo, cualquier persona que sea titular de más de un determinado porcentaje de la sociedad mercantil, como por ejemplo el 25%). Las Recomendaciones del GAFI no especifican cuál puede ser el umbral adecuado. Al determinar un umbral mínimo, los países deben tener en cuenta el nivel de riesgo de LA/FT identificado para los distintos tipos de personas jurídicas las especificaciones de titularidad establecidos de conformidad con el derecho comercial o administrativo. El enfoque de participaciones en la sociedad sugiere que es probable que exista más de un BF (por ejemplo, con un umbral de más de 25%, podría haber un máximo de tres BFs). En cualquier caso, un porcentaje de

acciones o participaciones en la titularidad debe ser considerado como un factor clave de evidencia, entre otros que deben tenerse en cuenta. También es importante destacar que este enfoque incluye la noción de control indirecto que se puede extender más allá de la titularidad formal, o podría ser, a través de una cadena de vehículos corporativos. En última instancia, los países deben poner en práctica el concepto de participación en la titularidad que sea lo suficientemente claro, práctico, viable y aplicable para todas las personas jurídicas administradas en un país.

- Los accionistas que ejercen el control en forma individual o junto con otros accionistas, incluido a través de un contrato, entendimiento, relación, intermediario o entidad por niveles (un enfoque de participación mayoritaria). También es importante destacar que este enfoque incluye la noción de control indirecto que se puede extender más allá de la propiedad legal (directa) o podría ser a través de una cadena de vehículos corporativos y a través de los miembros nominales. Este control indirecto podría ser identificado a través de diversos medios, como el acuerdo de los accionistas, el ejercicio de una influencia dominante o capacidad de designar a la alta dirección. Los accionistas podrán así colaborar para aumentar el nivel de control por parte de una persona a través de acuerdos formales o informales, o mediante el uso de accionistas nominales. Los países tendrán que considerar varios tipos de participaciones y las posibilidades que existen dentro de su país, incluidos los derechos económicos o de voto. Otras cuestiones que vale la pena considerar son si la sociedad mercantil ha emitido acciones convertibles o tiene alguna deuda pendiente que sea convertible en capital con derecho a voto.

⁵⁵ GAFI. Guía sobre transparencia y beneficiarios final. 2014.

PERSONAS FÍSICAS QUE PUEDEN CONTROLAR A LA PERSONA JURÍDICA A TRAVÉS DE OTROS MEDIOS

- La(s) persona(s) física(s) que ejerce(n) el control de una persona jurídica a través de otros medios tales como las conexiones personales en posiciones descritas anteriormente o que poseen la titularidad.
- La(s) persona(s) física(s) que ejerce(n) el control sin titularidad mediante la participación en la financiación de la sociedad mercantil, o por relaciones familiares estrechas e íntimas, asociaciones históricas o contractuales, o si una sociedad mercantil incumple con ciertos pagos. Además, el control puede suponerse incluso cuando este nunca se ejerció, como el uso, disfrute o beneficios de los activos propiedad de la persona jurídica.

PERSONAS FÍSICAS QUE PUEDEN EJERCER EL CONTROL A TRAVÉS DE LAS POSICIONES MANTENIDAS DENTRO DE UNA PERSONA JURÍDICA

- La(s) persona(s) física(s) responsable(s) de decisiones estratégicas que afectan fundamentalmente a las prácticas comerciales o la dirección general de la persona jurídica. Dependiendo de la persona jurídica y las leyes del país, los directores pueden o no tener un papel activo en el ejercicio de control sobre los asuntos de la entidad, pero la identificación de los directores aún puede proporcionar información útil. Sin embargo, la información sobre directores puede tener un valor limitado si un país permite que los directores nominales actúen en nombre de los intereses no identificados.
- La(s) persona(s) física(s) que ejerce(n) el control ejecutivo sobre los asuntos cotidianos o regulares de la persona jurídica a través de una posición gerencial, como Oficial Ejecutivo en Jefe (CEO), Director

Financiero (CFO), Director de Gestión o Ejecutivo, o Presidente. La(s) persona(s) física(s) que tiene(n) autoridad significativa sobre las relaciones financieras de una persona jurídica (incluidas las instituciones financieras que mantienen cuentas en nombre de una persona jurídica) y los asuntos financieros en curso de la persona jurídica.

DIRECTIVAS EUROPEAS

Adoptando la tercera y cuarta Directiva, que además de desarrollar los conceptos anteriores mencionan lo siguiente:

1. En caso de Personas Jurídicas

- La persona natural que controle o posea una compañía o persona jurídica directa o indirectamente con suficiente porcentaje de acciones y derechos de voto en dicha compañía, incluidos los titulares de acciones al portador diferentes que los portadores de acciones listadas en mercado de capitales sujeto para revelar información requerida por la legislación o sujeto de estándares internacionales, 25% de las acciones más una acción es suficiente para entrar en este criterio
- La(s) persona(s) natural(es) quienes tengan el control sobre el manejo y gerencia de una compañía o persona jurídica

2. En caso de entidades legales como fundaciones y en caso de acuerdos legales establecidos

- Cuando los beneficiarios futuros ya han sido determinados, la persona natural quien es beneficiario del 25% o más de la propiedad del acuerdo legal o de la entidad.

- Cuando el individuo o individuos que se benefician del acuerdo legal o de la entidad no han sido determinados aún. La clase de persona cuyo interés es el de operar o constituir dicha entidad o acuerdo legal.
- La persona natural que tiene el control del 25% o más de la propiedad del acuerdo legal o de la entidad (Directiva 2005/60/EC, artículo 3 - 6).



TIPOLOGÍAS ASOCIADAS AL
USO INDEBIDO DE PERSONAS
Y ESTRUCTURAS JURÍDICAS

TIPOLOGÍAS ASOCIADAS AL USO INDEBIDO DE PERSONAS Y ESTRUCTURAS JURÍDICAS

Los siguientes modos de operación a través de los cuales la información sobre el BF puede ocultarse o diluirse fueron tomados de la Guía Sobre Transparencia y BF del GAFI, el informe final del Proyecto BOWNET y del estudio “Reporte de los Maestros de las Marionetas”:

COMPAÑÍAS PAPEL, FACHADA Y PANTALLA

Las primeras se caracterizan por estar constituidas legalmente, carecen de existencia física, no cumplen su objeto social y son ideales para penetrar los circuitos financieros; las sociedades fachada, también están constituidas legalmente, tienen existencia física, no cumplen su objeto social y en un mismo domicilio empresarial pueden encontrarse varias compañías pero sin llevar a cabo la actividad económica declarada en el registro mercantil; y las de pantalla, igualmente están constituidas legalmente, con existencia física, cumpliendo su objeto social lo que permite mezclar recursos lícitos con ilícitos.

Dentro de esta tipología también se pueden incluir las sociedades constituidas listas para la venta (shelf companies), y las conocidas como “pie en la puerta”, en estas últimas luego de establecida una relación con una institución financiera aparece en escena una parte desconocida anteriormente, que actúa como beneficiaria de las transacciones o con facultades para poder firmar en las cuentas.

Señales de alerta:

- Compañías cuya ubicación donde operan, son sitios de difícil acceso y en ocasiones en direcciones inexistentes.
- Se identifican varias entidades cuyas oficinas se encuentran en la misma dirección y los teléfonos de contacto son los mismos.
- Los teléfonos de contacto siempre están ocupados o desactivados.
- Compañías recién constituidas que buscan abrir productos con créditos otorgados en el extranjero sin soporte razonable.
- Certifican ingresos inexistentes, funciones y fechas de ingreso laboral que no corresponden a la realidad.
- Generan capacidades económicas las cuales sus presuntos funcionarios no están con la capacidad económica de asumir préstamos de consumo, hipotecarios o educativos.
- Crecimiento inusitado de las actividades, ventas y movimientos.
- Exportaciones ficticias.

ESTRUCTURAS DE PROPIEDAD Y CONTROL COMPLEJAS⁵⁶

Cuando la estructura de propiedad y de control involucra muchas capas de acciones registradas a nombre de otras personas jurídicas, siendo habitual que existan diferentes tipos de sociedades, algunas

⁵⁶ Informe final del Proyecto BOWNET denominado “The identification beneficial owners in the fight against money laundering”, iniciativa de la Comisión de la Unión Europea (UE) con el soporte de Transcrime.

constituidas en diferentes jurisdicciones o países. Este tipo de modalidad también se conoce con la expresión de “cajas chinas”.

Caso 1:

En 2007 siete empresas del Sr. E.C. fueron confiscadas por las autoridades judiciales italianas, que presuntamente están vinculados con grupos mafiosos que operan en Sicilia. El Sr. E.C. era el único propietario de la empresa individual 1, y se mantuvo la participación directa en tres sociedades de responsabilidad limitada (empresas 2, 3 y 4). A través de la empresa 1 el Sr. E.C. retuvo participación indirecta en el capital social de tres sociedades de responsabilidad limitada (empresas 5, 6 y 7). Esta compleja estructura de propiedad fue controlada en última instancia por la persona natural, el Sr. E. C., que era, por tanto, el BF de todo el grupo. A través de este esquema de propiedad, blanqueó fondos ilícitos y controla una gran parte de la industria de la construcción en el este de Sicilia, sin embargo, fue contratista de contratos públicos a los que accedió de manera fraudulenta.

La cadena de control de este caso, ha sido reconstruida

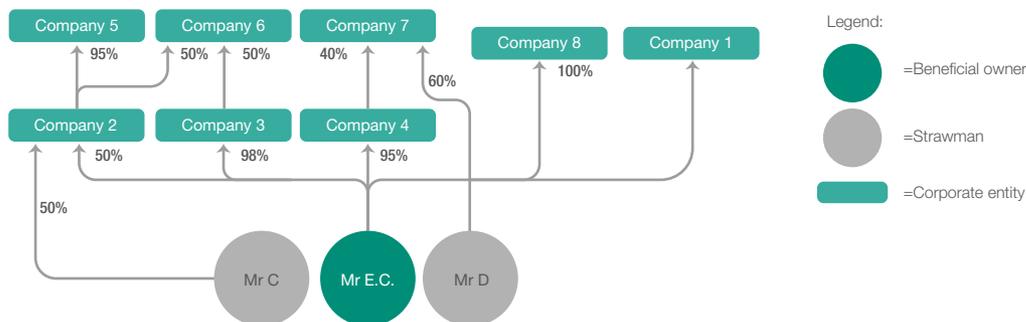
mediante la recuperación de la información del registro de negocios italiano y otros proveedores de información empresarial privada, y mediante la recopilación de información de fuentes abiertas, la prensa e internet.

Señales de alerta:

- Estructura de propiedad y de control no guarda relación con el tipo de negocio o sector de la economía.
- No existe una justificación razonable para la creación de estructuras complejas en relación con la actividad económica.
- Personas jurídicas de diferente tipo integran las diferentes capas de la estructura y en algunos casos experimentan cambios de tipo.
- Cambios en los nombres de las personas jurídicas o sociedades sin que exista aparente necesidad de hacerlo (p.e., fusión, escisión, etc.).
- Sociedades que integran la estructura están constituidas o incorporadas en jurisdicciones de alto riesgo por poseer regímenes ALA/CFT débiles o en zonas francas.

FIGURA 1

ESTRUCTURA DE PROPIEDAD DEL GRUPO DE COMPAÑÍAS CONTROLADAS POR EL SR. E.C. O ESQUEMA DE “CAJA CHINA”



Fuente: Transcrime 2013

Las convenciones de esta figura son: beneficiario final (beneficial owner), hombre de paja o testaferro (strawman) y sociedad (corporate entity).

Caso 2:

Este caso es un claro ejemplo de cómo los criminales pueden controlar una red de compañías sin tener participación en el conglomerado o participación del capital o de una posición dentro de la dirección de las entidades controladas.

En la década del 2000 tres empresas (empresa A, B y C), que operaban en el sector de la construcción y la minería, fueron confiscadas por las autoridades judiciales en una región del sur de Italia. Los principales accionistas de las tres empresas fueron la Sra. A.I., el Sr. N.S. y el Sr. D.S., cuyas participaciones, sobre la base de la regulación ALA de la Unión Europea, se consideraba suficiente para que fueran considerados como BFs de las compañías. Sin embargo, tras un análisis más detallado de otra información, y en particular de sus lazos familiares, se descubrió que los tres individuos fueron, respectivamente, su pareja y los hijos del Sr. R.S., un empresario italiano condenado en 2005 por ser miembro del Clan de la Camorra,

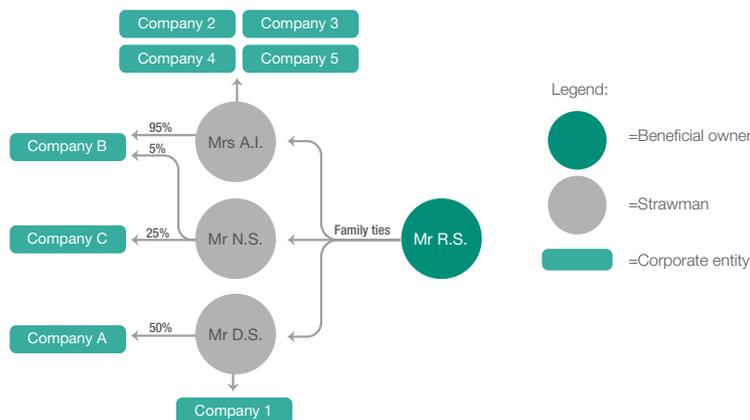
que luego fue identificado como el último BF de todo el grupo. El uso de testaferros por parte del Sr. R.S. puede explicarse tanto por su intención de ocultar sus conexiones con la mafia y por una condena anterior por bancarrota fraudulenta que le impidió el control o la gestión de la empresa directamente.

El propósito del Sr. R.S. en la designación de sus parientes era mantener los beneficios de la ocultación de su antecedente penal, pero al mismo tiempo para mantener el control “interno” sobre las empresas. Debe observarse a este respecto que los familiares de los miembros de la mafia son comúnmente usados en las estructuras de propiedad de personas jurídicas controladas por los grupos del crimen organizado italiano.

La cadena de control de este caso, ha sido reconstruida mediante la recuperación de la información del registro de negocios italiano y otros proveedores de información empresarial privada, y mediante la recopilación de información de fuentes abiertas, la prensa e internet.

FIGURA 2

ESTRUCTURA DE PROPIEDAD DEL GRUPO DE COMPAÑÍAS CONTROLADAS POR EL SR. R.S. EL EMPRESARIO DE LA CAMORRA Y SU TESTAFERRO



Fuente: *Transcrime 2013*

Las convenciones de esta figura son: beneficiario final (beneficial owner), hombre de paja o testaferro (strawman) y sociedad (corporate entity).

ACCIONES AL PORTADOR

Las sociedades con acciones al portador representan un riesgo elevado para las entidades financieras que decidan tenerlas como sus clientes directos o indirectos. A la hora de aplicar las políticas de conozca a su cliente, plantea inconvenientes, ya que los verdaderos dueños no suelen ser identificables y además se caracterizan por la facilidad que otorga su carácter de ser transferibles de manera inmediata y sin registro alguno.

Aparte del desconocimiento del BF de la cuenta, facilita el anonimato y con ello la oportunidad de canalizar de recursos ilícitos. Es importante precisar que el problema del anonimato, proviene de la regulación de algunas jurisdicciones que permiten que no se exija un registro de la identidad del accionista cuando la acción se adquiere o se transfiere.

Vale la pena anotar que este tipo de sociedades no existen en Colombia, sin embargo es importante tenerlas en cuenta cuando se vinculan clientes extranjeros.

Señales de alerta:

- Estructuras jurídicas complejas en las cuales sus accionistas mayoritarios son también compañías y al continuar la cadena de propietarios con el fin de identificar el BF se detectan compañías con acciones al portador, lo que no permite identificar la persona natural.
- Sociedades constituidas en paraísos fiscales que no exigen el registro que identifique los accionistas de una persona jurídica.
- Representante legal o administrador que no tienen conocimiento de quienes son los accionistas de la respectiva sociedad.
- Alta frecuencia transaccional de sociedades con acciones al portador directas o indirectas.

USO DE DIRECTORES Y ACCIONISTAS NOMINALES

El uso de directores y accionistas nominales, o “prestanombres” es característico de ciertas jurisdicciones donde firmas o bufetes especializados ofrecen sus servicios para la formación de personas jurídicas. Los directores o accionistas nominales pueden estar presentes simultáneamente en diferentes personas jurídicas sin que exista relación entre éstas, todo a cambio de un conveniente pago.

Señales de alerta:

- Los directores o accionistas nominales se repiten en diferentes personas jurídicas sin que exista aparente relación.
- Los directores o accionistas nominales están vinculados a firmas o bufetes reconocidos por prestar servicios de formación de personas jurídicas.
- Los directores o accionistas nominales son designados en jurisdicciones donde esta práctica es permitida o está amparada por la ley.
- Negativa de los directores o accionistas nominales de revelar la identidad de su nominador.
- Ausencia de obligación de obtener licencia para que los directores o accionistas nominales actúen como tal y revelen la identidad de su nominador a un registro mercantil o las autoridades competentes.

USO DE FIDEICOMISOS Y OTRAS ESTRUCTURAS JURÍDICAS⁵⁷

Es importante reiterar que en Colombia, los fideicomisos solo pueden ser administrados por sociedades fiduciarias vigiladas por la SFC, las cuales dentro de sus obligaciones tienen la de realizar el conocimiento de fideicomitentes y beneficiarios contractuales que

⁵⁷ Ibidem.

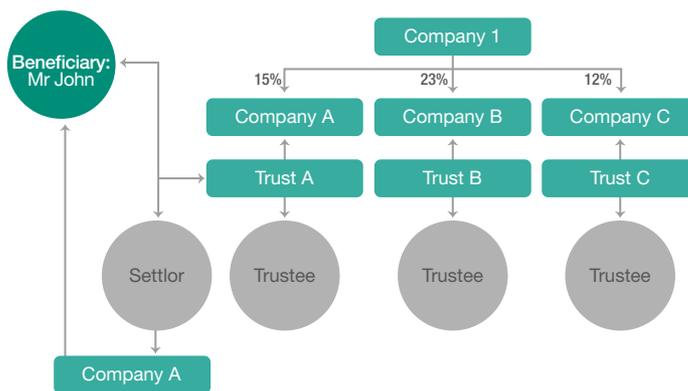
participen en un negocio fiduciario, sin embargo, estas características no son aplicables para todos los países y la legislación que los regula no es estandarizada.

Debido a que los fideicomisos, en jurisdicciones diferentes a la colombiana, conforme a otras estructuras jurídicas permiten la separación de los activos del propietario legal y del BF, pueden ser utilizados para ocultar el producto del delito. En ciertos casos un fideicomiso puede ser creado en una jurisdicción y utilizado en otra, aumentando el anonimato al desvincular al BF de los nombres de terceros, incluyendo el fiduciario, fideicomitente, protector o beneficiario. Estas opciones no pueden utilizarse en Colombia, conforme a las reglamentaciones que sobre el fideicomiso ha establecido la SFC y la autoridad fiscal (DIAN).

El BM y la UNODC desde 2011 han mencionado que todas las partes del negocio fiduciario deben ser consideradas en las investigaciones. Por tanto resulta relevante que las regulaciones de los países cuenten con la normatividad necesaria que exija el conocimiento de quienes intervienen en un contrato de fiducia, en el momento de la constitución y durante el desarrollo del mismo.

Señales de Alerta:

- Personas jurídicas que pretenden constituir un contrato fiduciario sin un objeto claro.
- Personas jurídicas recién constituidas que buscan constituir un contrato fiduciario cuyo origen de recursos es extranjero, por cantidades que sobrepasan la capacidad de ingresos de su objeto social.
- Personas jurídicas constituidas en el extranjero que buscan constituir un contrato fiduciario y que no entregan su estructura de propiedad argumentando pertenecer a otra jurisdicción que no los obliga a entregar dicha información.
- Entidades sin ánimo de lucro que buscan constituir un contrato fiduciario para administrar donaciones, donde sus aportantes no son identificables.
- Personas jurídicas cuya estructura de propiedad está constituida por otras personas jurídicas nacionales o extranjeras, cuya cadena impide conocer al BF real.
- Intento de incluir nuevos beneficiarios luego de la constitución de un contrato fiduciario, tratando de omitir la entrega de información de estos beneficiarios.
- Transferencia de utilidades, rendimientos o redenciones de los productos que se realizan de forma fraccionadas a la cuenta del fideicomitente y/o beneficiario.
- El mismo beneficiario para dos o más fideicomisos sin relación aparente.
- Constitución de dos o más fiducias mercantiles por parte de una misma persona o empresa sin justificación aparente.
- Personas naturales y jurídicas que autorizan, para el manejo de la inversión, a personas con las cuales no tiene una relación aparente.
- Alta rotación (entrada y salida) de fideicomitentes o beneficiarios en los negocios fiduciarios.
- Solicitud de vinculación en una oficina de la sociedad fiduciaria cuya ubicación es diferente a la jurisdicción habitual del cliente.

FIGURA 3**COMPLEJO ESQUEMA DE PROPIEDAD QUE INVOLUCRA VARIOS FIDEICOMISOS**

Fuente: *Transcrime 2013*

USO DE INTERMEDIARIOS EN LA FORMACIÓN DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

El uso de intermediarios especializados en la formación de personas jurídicas, tales como abogados y contadores públicos, facilita ocultar la identidad de los BFs, cuando éstos actúan en jurisdicciones con regímenes débiles en materia de transparencia.

Dentro de esta tipología se encuentran el uso de directores y accionistas nominales donde la identidad del nominador no es revelada.

Señales de alerta:

- El contacto con la institución financiera no es realizado directamente por el cliente sino por un tercero que por lo general es una firma o bufete que actúa en su representación.

- La jurisdicción de origen de la sociedad o personas jurídica es diferente a la de su intermediario.
- No existe justificación para que la persona jurídica contrate los servicios de un intermediario, o los costos incurridos en ello no tienen aparente justificación.

USO DE TESTAFERROS EN LA FORMACIÓN DE LAS PERSONAS JURÍDICAS⁵⁸

El uso de familiares y asociados cercanos también conocidos como “strawman” para figurar como BFs o en posiciones de control y administración es otra tipología utilizada por los delincuentes cuando ya poseen antecedentes o cuando se quiere ocultar su identidad para no evidenciar conexión con los activos o recursos de la persona o estructura jurídica.

⁵⁸ *Ibidem.*

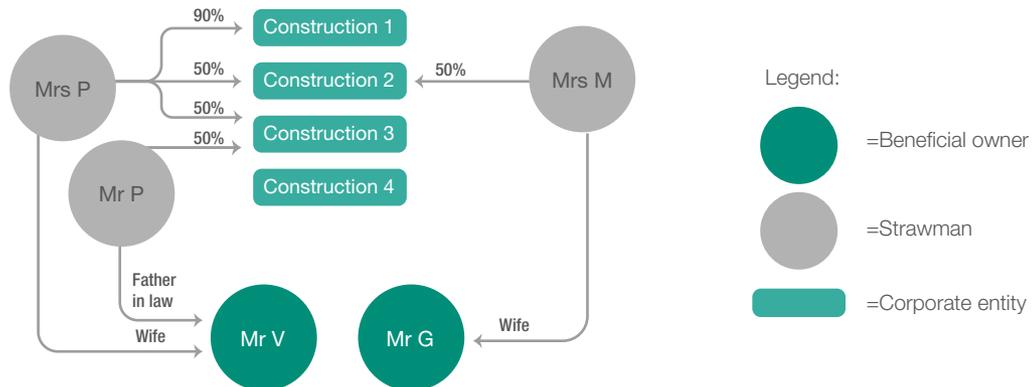
Caso 3:

El Sr. V, emprendedor de la industria de la construcción se alió con el Sr. G quien es el jefe de un clan de la mafia Ndrangheta para extorsionar a sus competidores en una ciudad del sur de Italia. Debido a que Mr. V tenía antecedentes por un fraude por bancarrota, la Sra. P y el Sr. P, su cuñada y suegro respectivamente figuraban como BFs de las compañías de construcción 1, 2, 3 y 4 en asocio con otro testaferro: La Sra. M esposa del Sr. G. En este caso se puede notar que el

uso de testaferros habilita a los criminales a manejar sus compañías directamente sin tener que recurrir a contratar profesionales o proveedores de servicios fiduciarios y societarios.

Este es un caso de la justicia italiana permite apreciar el uso de testaferros quienes figuraban como propietarios de un grupo de compañías de la construcción involucradas en el delito de extorsión a otros competidores de su misma industria.

FIGURA 4 ESTRUCTURA DE PROPIEDAD CON TESTAFERROS



Fuente: Transcrime 2013

A close-up photograph of a hand holding a black pen, poised to write on a document. The image is overlaid with a warm, orange-toned filter. The text is centered in the lower half of the frame.

DEBIDA DILIGENCIA
APLICABLE A
BENEFICIARIOS FINALES

DEBIDA DILIGENCIA APLICABLE A BENEFICIARIOS FINALES

Si bien es cierto que la CBJ de la SFC no establece medidas simplificadas en la identificación de BFs, sí establece que el SARLAFT que diseñen e implementen las entidades vigiladas entre las cuales se encuentran las sociedades fiduciarias, debe estar en consonancia con los estándares de GAFI y GAFILAT. Estos estándares se refieren a la aplicación del enfoque basado en riesgo en el cual los controles ALA/CFT corresponderán a la evaluación de riesgo realizada.

Atendiendo estos estándares a continuación se formulan una serie de recomendaciones para la implementación de procesos de debida diligencia aplicables a la identificación de BFs.

COMPRESIÓN DEL RIESGO ASOCIADO A LOS VEHÍCULOS CORPORATIVOS

El punto de partida de la evaluación con enfoque basado en riesgo, es conocer y entender los diferentes tipos de sociedades y estructuras jurídicas que son habitualmente utilizadas en Colombia, ver Anexo 3⁵⁹, y en otras jurisdicciones con las cuales se tiene relación, ver Anexo 4. Este conocimiento debe permitir identificar y describir los procesos para la creación de los vehículos corporativos y su correspondiente registro bajo la legislación aplicable.

En esta evaluación se deben considerar los riesgos de las jurisdicciones específicas, los tipos de proveedores de servicios que operan, revisar los casos en los que

se ha hecho uso de vehículos corporativos con fines delictivos, y debe convertirse en un insumo básico para el establecimiento de políticas y procedimientos en la materia, las cuales deben hacer parte del Manual SARLAFT del sujeto obligado.

Los siguientes casos plantean condiciones especiales que pueden determinar la aplicación de medidas simplificadas para identificar a los BFs:

- Empresas que cotizan en bolsa. De conformidad con la nota interpretativa de la recomendación No. 10 del GAFI, cuando el cliente o propietario de la participación mayoritaria es una sociedad mercantil cotizada en bolsa y está sujeta a requisitos sobre la revelación que imponen requerimientos en cuanto a asegurar una transparencia adecuada del BF o se trata de una filial de propiedad mayoritaria de una sociedad mercantil como esta, no es necesario identificar y verificar la identidad de ningún accionista o BF.
- Entidades públicas. No es necesario identificar y verificar la identidad del BF dado que es el Estado.
- Entidades financieras vigiladas por la SFC, en virtud de lo establecido en la CBJ Parte I Título 4 Capítulo IV, numeral 2 “Ámbito de aplicación” se pueden exceptuar de la aplicación de procedimientos del SARLAFT. No obstante lo anterior, tales entidades se encuentran obligadas a dar cumplimiento a lo previsto en los artículos 102 a 107 del EOSF en lo que resulte pertinente de acuerdo con su actividad.

⁵⁹ Este anexo provee información acerca de los principales tipos de vehículos corporativos en Colombia con una breve mención de su marco normativo, su forma de operación y su proceso de creación o conformación, a su vez se presenta un apéndice del informe de la iniciativa Star denominado “Maestros de las Marionetas” se entrega información general sobre vehículos corporativos en jurisdicciones seleccionadas. Es importante hacer la aclaración que esta información data de 2011, no obstante es de bastante ilustración.

- Fondos de inversión y carteras colectivas administrados por entidades vigiladas por la SFC. La debida diligencia para identificar BFs es obligación de estas entidades.
- Patrimonios autónomos administrados por sociedades fiduciarias. La debida diligencia para identificar BFs es obligación de estas entidades.

RECOPIACIÓN DE INFORMACIÓN

Cuando el cliente tiene una estructura corporativa en la que existen empresas entre el cliente y los BFs (estructura compleja), se sugiere:

- Identificar a todos los accionistas intermedios, es decir aquellos que son accionistas directos del cliente, como a los accionistas de estos y así sucesivamente hasta llegar a los BFs.
- Rastrear en la estructura corporativa de control las relaciones de propiedad hasta los dueños finales, que pueden ser personas naturales, o posiblemente, una entidad pública (aquellas personas jurídicas que desarrolla la función administrativa en cabeza del Estado, comprende entidades centralizadas y descentralizadas) o empresa que cotiza en bolsa.

En ambos casos es necesario obtener la razón social y número de identidad de las empresas que se ubican entre el cliente y los BFs.

Algunos aspectos a tener en cuenta con el propósito de facilitar la identificación de los BFs:

- A partir de la figura del control accionario, que se ve reflejada en un certificado de cámara de comercio cuando aparecen registradas anotaciones como “situación de control” o “grupo empresarial”. A la empresa que aparezca como controlante se le deberá solicitar la información de su estructura de propiedad.
- A partir del libro de accionistas que debe estar en poder de la persona jurídica.

- Comparar la composición de la Junta Directiva, de la estructura administrativa y de la ubicación de la persona jurídica para determinar coincidencias con: (i) la Junta Directiva de otra sociedad o miembros comunes en distintas juntas directivas; (ii) el nombre de Gerente, Presidente o Representante Legal para varias compañías; y (iii) una dirección única en varias compañías.
- Garantías o firmas cruzadas para respaldar créditos de distintas compañías.
- Una compañía garantizando obligaciones de otra(s) compañía(s).
- Cuando los órganos de dirección y control se encuentren mayoritariamente controlados por las mismas personas.

Para aquellas estructuras jurídicas, donde no se puede identificar al BF, por ejemplo: cooperativas; fondos de empleados; fundaciones; ONGs y similares dado que su finalidad no es la de servir de lucro, se debe identificar las personas pertinentes que ocupan una posición en la alta gerencia dentro de la persona jurídica, como por ejemplo: directores de la alta gerencia, personas facultadas para para disponer de los recursos y que tengan capacidad decisoria. En los casos que aplique es importante identificar a los fundadores o gestores y a los principales donantes o aportantes.

La información de BFs puede ser obtenida directamente del cliente mediante diligenciamiento de documentos internos, como:

- Formularios de Vinculación de Cliente Persona Jurídica: Este formato será suficiente solamente cuando en el primer nivel (accionistas directos) se identifican claramente las personas naturales, entidades públicas o empresas que cotizan en bolsa que tienen la calidad de BFs.
- “Árbol o diagrama corporativo”: Cuando no sea suficiente la información anterior, debido a que existen varios niveles de propiedad entre el cliente y los BFs es necesario obtener un árbol o diagrama corporativo

completo donde quede claramente establecido el porcentaje de cada uno de los accionistas.

- Formatos de Declaración de Identidad de Beneficiarios Finales: Este formato puede ser implementado por las entidades financieras cuando la información de los BFs no puede ser evidenciada a través del formato de conocimiento de cliente antes indicado ni a través de los documentos anexos aportados por el cliente (árbol o diagrama corporativo, certificados de cámara de comercio, certificaciones de composición accionaria, etc.). Este formato debe ser firmado por quien tenga atribuciones de representación

legal o de administración de la empresa (cliente) o directamente por la persona natural que declare ser BF de la empresa (cliente). En el Anexo 5. se incluye un modelo propuesto de este formato.

VERIFICACIÓN DE INFORMACIÓN

I. Verificación de la identidad y constitución de la persona jurídica

Con el fin de verificar la información recopilada de los BFs se sugiere, según el tipo de sociedad, obtener copia de los documentos relacionados en la Tabla No. 1.

TABLA 1 DOCUMENTOS POR TIPO DE SOCIEDAD

	LTDA	SA	SAS	SUCURSALES	PATRIMONIO AUTÓNOMO
Certificado de existencia y Representación Legal: Identificar nombre de los socios y su participación.	X				
Certificado de existencia y Representación Legal: Identifica situación de control o si la sociedad integra algún grupo económico.	X	X	X		
Certificación suscrita por el representante legal y/o contador o revisor fiscal sobre los titulares de las cuotas o acciones.	X	X	X		
Certificado de existencia y Representación Legal: Verificar la existencia de un poder general para representar la sociedad.	X	X	X	X	
Certificado de existencia y Representación Legal: Identificar el nombre de la empresa a la cual pertenece la sucursal.				X	
Certificado de existencia y Representación Legal: Identificar representantes legales y administradores.	X	X	X	X	
Contrato de Fiducia: Identificando Fideicomitente y/o Beneficiario.					X

Fuente: Elaborado por Banco Colpatria

Si se registran personas jurídicas como socias de otras personas jurídicas, se debe solicitar su composición accionaria también (segundo nivel).

II. Verificación de la identidad de los beneficiarios finales

Validación de nombres y apellidos e identificaciones de todos los accionistas o asociados que tengan directa o indirectamente más del 5% de su capital social, aporte o participación en la entidad. Esta verificación se debe realizar contra copia simple de los documentos de identidad o en fuentes de información pública.

III. Verificación contra listas de vigilancia

Así mismo, es importante verificar contra las listas de vigilancia los nombres e identidad de los BFs, así como de las empresas intermedias, con el fin de descartar que no existan restricciones o se trate de PEPs no declarados. En caso de existir concordancias potenciales que requieran ser confirmadas o descartadas se debe recurrir a los datos correspondientes a fecha de nacimiento o incorporación, nacionalidad o país de incorporación y país de domicilio.

Esta verificación debe comprender, en primer lugar, el cruce contra listas restrictivas internacionales vinculantes para Colombia, como lo es la expedida por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas⁶⁰; continuando con la información disponible a nivel nacional y seguimiento de noticias.

IV. Otras verificaciones

- Conocer el origen y uso de los activos vinculados a la persona jurídica, así como también de los fondos que se entregan.

- Conocimiento de la información del representante legal, con el fin de individualizarlo y consultar información y antecedentes del mismo.
- Conocimiento de la información de quien tenga la calidad de apoderado, autorizado o firmante, con el fin de individualizarlo y consultar información y antecedentes del mismo.
- Realizar visita a las instalaciones o sede de negocio del cliente.
- Validaciones de los principales clientes y proveedores.
- Para las personas jurídicas con acciones al portador, obtener los soportes del paso a acciones nominativas o que se entregaron a un custodio autorizado en la jurisdicción de constitución o incorporación de la persona jurídica.
- Consultar la información de los BFs en la del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad en Salud de Colombia (Fosyga) para establecer coherencia entre el perfil declarado por el cliente y que se puede establecer en esta base de datos pública.

ESTABLECIMIENTO DE COMITÉS DE ACEPTACIÓN DE CLIENTES

Cuando un cliente presenta verdaderos desafíos por la complejidad de su estructura de propiedad y control, de tal forma que se generan desacuerdos entre las Áreas de Cumplimiento y de negocios respecto de su nivel de riesgo y conveniencia en su vinculación, se hace necesario considerar la conformación de Comités de Aceptación de Clientes donde se puedan abordar las inquietudes generadas y adelantar una verificación adicional a la debida diligencia aplicada.

Algunas buenas prácticas en este sentido son:

⁶⁰ La verificación de las listas de vigilancia se lleva a cabo de conformidad con lo regulado en el art. 20 de la Ley 1121 de 2006 y las Circulares Externas y resoluciones respectivas de cada autoridad competente.

- Las aprobaciones impartidas por estos comités deben ser unánimes antes de aceptar el cliente.
- La conformación del comité debe garantizar que existan representantes de otras unidades de negocio con una visión independiente y no sesgada por el interés de hacer el negocio.
- Un representante del área de cumplimiento con alto nivel debe tener la capacidad de vetar la aceptación del cliente, privilegiando así una fuerte cultura de cumplimiento en la organización.

ESTABLECIMIENTO DE PROGRAMAS DE CAPACITACIÓN

Con el fin de garantizar que los funcionarios de los sujetos obligados cuentan con una buena comprensión y conocimiento del derecho comercial para ayudarlos a determinar el BF de una estructura jurídica compleja, se deben implementar programas de capacitación que aborden esta temática.

Estos programas de capacitación deben ser revisados y refrendados anualmente, procurando que en la elaboración de sus contenidos participen las áreas legales de la entidad. La contratación de capacitaciones externas también debe ser considerada como parte de esta recomendación.

Un aspecto importante dentro de este programa debe ser la creación y fortalecimiento de una cultura de cumplimiento que prevalezca por encima de los intereses comerciales.

A person wearing a blue long-sleeved shirt is seated at a wooden desk. They are holding a smartphone in their right hand and a pen in their left. A laptop is open in front of them, and their left hand is positioned near the keyboard. On the desk, there are several notebooks and a pen. The background is softly blurred, showing a window with light coming through. The entire image is covered with a semi-transparent blue overlay.

REFLEXIONES FINALES

REFLEXIONES FINALES

- C**omo corolario de todo lo plasmado sobre el BF, se puede concluir, que:
- A. La promoción e implementación de una cultura de transparencia en la información y el estímulo de su entrega por parte de los accionistas, controlantes o representantes legales de personas jurídicas y estructuras jurídicas, redundan en beneficio de las labores de debida diligencia que deben cumplir los sujetos obligados.
 - B. Es de vital importancia que las personas jurídicas y las estructuras jurídicas diseñen e implementen un modelo ALA/CFT, independientemente de si son obligados por una regulación en particular.
 - C. De la misma manera se debe diferenciar el fideicomiso constituido en países cuya legislación contenga exigencias para la identificación de las partes, además de la prohibición de constituir negocios que violen cualquier disposición legal. En Colombia este tipo de requisitos está adecuadamente reglamentados.
 - D. La aplicación de una debida diligencia continua permite reducir las brechas de información sobre BF.
 - E. La identificación de nuevas tipologías y señales de alerta de LAFT que podrían utilizar personas jurídicas y estructuras jurídicas para la comisión de estos delitos, resulta relevante para las labores de debida diligencia en la identificación del BF.
 - F. La existencia de un registro público de BFs es una herramienta complementaria para su identificación, sin embargo, no reemplaza los procedimientos de debida diligencia que los sujetos obligados deben aplicar.
 - G. Los sujetos obligados deben estar atentos a identificar las jurisdicciones en las que la regulación sobre BF no es rigurosa, con el fin de aplicar medidas de debida diligencia ampliada para las contrapartes respectivas.



REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo y la proliferación. Las 40 recomendaciones del GAFI. 2012.

The identification of beneficial owners in the fight against money laundering. Project BOWNET. 2013.

Requerimientos de Debida Diligencia del Cliente para Instituciones Financieras – FinCEN. 2016.

Principios del G-20 de Alto Nivel sobre Transparencia de la Propiedad Efectiva. 2013.

Cuarta Directiva de la Unión Europea, 2015.

Los Maestros Titiriteros. Cómo los corruptos utilizan las estructuras legales para ocultar activos robados y qué hacer al respecto. 2011.



ANEXOS

ANEXOS

ANEXO 1. ANTECEDENTES NORMATIVOS DEL NEGOCIO FIDUCIARIO EN COLOMBIA

El desenvolvimiento de la fiducia con la tipología que se utiliza en Latinoamérica y, particularmente en Colombia, nace en México desde el inicio del siglo XX, país que reguló este instrumento, incluyéndolo en la Ley de Instituciones de Crédito de 1924. No obstante, este ordenamiento se limitó a mencionarla sin llegar a reglamentarla, lo que finalmente se dio en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (LGTOC) de 1932, en la que se la consagra como negocio jurídico típico, considerándola como una de las “operaciones bancarias”, tal como se estableció inicialmente en Colombia por la Ley 45 de 1923. Este esfuerzo legislativo generó, además, una importante corriente doctrinaria, de la que se han beneficiado los distintos países que han incorporado el modelo mexicano. La estructura del negocio que desde el inicio concibieron los mexicanos influyó en la colombiana y con posterioridad en varios países de la región.

Es importante tener en cuenta que algunos académicos consideran que los fideicomisos latinoamericanos no corresponden propiamente a la adaptación de la figura consagrada en el derecho anglosajón. Autores como Emilio Velasco muestran que el fideicomiso concebido a la manera del que se desarrolló inicialmente en México, es un contrato complejo, basado en “[un] principio fundamental de ‘trust’ que es, en efecto, la confianza

que se tiene en una persona llamada ‘trustee’ respecto de los bienes que se le enajenan, para beneficio de un tercero. [...]”⁶¹.

La Misión Kemmerer también participó en Colombia, hasta el punto que en el proyecto que se concretó en la Ley 45 de 1923, se estableció que los Bancos podían actuar como fiduciarios, registrando los negocios en la sección fiduciaria de la entidad. La Misión catalogó dicha actividad como “operación de confianza”.

Pablo Macedo, en su “Estudio del fideicomiso mexicano”, destaca los siguientes conceptos que también tomó el ordenamiento colombiano y que aún perduran; ‘la confianza en el trustee (fiduciario) como esencia del trust, la transmisión de bienes al trustee, en forma de “propiedad fiduciaria’ o ‘legal’; y las limitaciones que esos conceptos implican...”⁶².

Igualmente importante como antecedente histórico lo que expresa Batiza, y que permite identificar la razón por la cual en Latinoamérica, “las aplicaciones prácticas del trust han trascendido de la esfera puramente familiar para extenderse al mundo de los negocios”⁶³, a partir de lo cual tanto en México, como en los demás países de la región que han incorporado la figura, perciben que la adaptación que tuvo esta institución ha tenido una importante consecuencia en la actividad mercantil y financiera, y en otras disciplinas relacionadas con la organización y administración de fondos de ayuda,

⁶¹ Velasco, Emilio, “Los instrumentos de trust y los ferrocarriles” (en Revista General de Derecho y Jurisprudencia, año 3, núm. 3, julio-septiembre, México), citado en Macedo, op. cit., p. IX.

⁶² *Ibidem*, pp. IX y ss.

⁶³ Batiza, op. cit., p. 22.

servicios médicos y pensiones de retiro, tal como lo reconoce el autor⁶⁴.

De la misma manera la doctrina ha afirmado que, “si la idea esencial del fideicomiso es la confianza, la fe, ¿qué mejor término podría escoger la doctrina, la jurisprudencia y la legislación, para designar una nueva institución fundada precisamente en estos conceptos?”⁶⁵.

Importante también como antecedente que aplica a lo que se ha venido concibiendo en Colombia, que el fideicomiso “desempeña una función social encaminada a proteger a ciertas clases o grupos sociales. [...], lo que se traduce “en tendencia creciente a instrumentar, mediante el fideicomiso, todo un sistema de apoyo financiero o asignación masiva de recursos, orientado a las actividades prioritarias de los planes de desarrollo económico y social, complementado con asistencia técnica y supervisión directa [...] que puede ser empleada por el Estado, para la realización de múltiples actos jurídicos inherentes al manejo de asuntos de interés público”⁶⁶.

Desde luego, estas consideraciones llevan a que el “negocio fiduciario”, sin excepción, debe utilizarse para trasladar a un Patrimonio Autónomo bienes o derechos para cumplir una finalidad lícita, principio que se ha considerado de manera rigurosa en Colombia.

Otra importantísima contribución del legislador mexicano se concreta en el texto de la exposición de motivos de la Ley General de Instituciones de Crédito Mexicana de 1928, en la que se fijan los lineamientos que todavía perduran y que se requieren para que la Institución del Fideicomiso pueda desarrollarse. Allí se enuncia textualmente “que esta institución puede ser

de gran utilidad para la actividad económica del país y está destinada probablemente a un gran desarrollo”. Además, establece que “para que la institución pueda vivir y prosperar en nuestro medio, se requiere una definición clara de su contenido y de sus efectos, y una reglamentación adecuada de las instituciones que actúen como fiduciarias”.

Como quedó expresado, la figura del fideicomiso en Colombia se tomó en forma casi textual de la legislación mexicana, incluidas las importantes premisas de su exposición de motivos, que aún permanecen vigentes por ser éstas de la esencia del fideicomiso. Es así como entre nosotros las mismas se adoptaron integralmente en el marco normativo y en los principios y deberes que enmarcan la institución.

La legislación mercantil colombiana incluyó la figura del fideicomiso en el título XI del libro cuarto del Código, como parte de los contratos y obligaciones mercantiles. En el primero de los artículos⁶⁷ se establecen varias de sus características, como que se trata de un negocio jurídico y que resulta de su esencia que se transfieran bienes especificados, para que el llamado fiduciario los administre o enajene para cumplir la finalidad determinada por quien constituye el fideicomiso, en provecho de éste o de un tercero, según lo que se establezca en el contrato. Por su parte, la Circular Básica Jurídica expedida por la Superintendencia Financiera de Colombia⁶⁸ reitera que: “Los negocios fiduciarios son actos de confianza”.

El artículo 1226 del mismo Código establecía también, que solo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria⁶⁹, podrán tener la

⁶⁴ Ibídem, p. 23.

⁶⁵ Macedo, op. cit., p. IX.

⁶⁶ Villagordoa Lozano, José Manuel, Doctrina general del fideicomiso, México, Porrúa, 1982, p. 267.

⁶⁷ Artículo 1226 del Código de Comercio colombiano.

⁶⁸ La Circular Básica Jurídica, divulgada mediante Circular Externa 29 del 3 de octubre 3 de 2014, contiene una serie de instrucciones aplicables al negocio fiduciario.

⁶⁹ La Superintendencia Bancaria, hoy Superintendencia Financiera de Colombia.

calidad de fiduciarios. Esta disposición se modificó con el artículo 118 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero⁷⁰ que ordena que a partir de la vigencia de la Ley 45 de 1990, los establecimientos de crédito no podrán prestar servicios fiduciarios, salvo tratándose de operaciones de recaudo y transferencia de fondos que sean complementarias a sus actividades o cuando obren como agentes de transferencia y registro de valores como depositarios [...]. En consecuencia, a partir de la vigencia de la Ley 45 del 90, solo las Sociedades Fiduciarias pueden participar en negocios fiduciarios, y serán estas entidades las únicas autorizadas por la Superintendencia Financiera y, por tanto, estarán sometidas a su supervisión (artículo 6°). Por otra parte, el artículo 3° del Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico) catalogó a las Sociedades Fiduciarias como Instituciones Financieras y, el artículo 29 del mismo ordenamiento determinó en forma expresa las operaciones que les están autorizadas a las sociedades fiduciarias en desarrollo de su objeto social.

A su vez, en la reglamentación que sobre la materia ha sido expedida por la Superintendencia Financiera, se ordena que el negocio fiduciario no puede utilizarse “para realizar actos o contratos que no pueda celebrar directamente el fideicomitente”⁷¹. Y, con severidad, ordena que el fideicomiso no debe ser, en general, instrumento para hacer fraude a la ley. Igualmente les son aplicables a las sociedades fiduciarias, los artículos 102 a 107 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. En lo que hace al contenido del artículo 102, en el numeral 1°, ordena: “Las instituciones sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Financiera o quien haga sus veces, estarán obligadas a adoptar medidas de control apropiadas y suficientes, orientadas a evitar que en la realización de sus operaciones puedan ser utilizadas como instrumento para el ocultamiento, manejo, inversión o aprovechamiento en cualquier forma de dinero u otros bienes provenientes

de actividades delictivas o destinados a su financiación, o para dar apariencia de legalidad a las actividades delictivas o a las transacciones y fondos vinculados con las mismas...”.

Este mismo artículo, cuando se refiere a los mecanismos de control, adopción de procedimientos y alcance de cobertura y control, le son aplicables también a las sociedades fiduciarias, al igual que los artículos que consagran instrucciones respecto del control de transacciones en efectivo, información periódica, reserva sobre la información reportada, modificación de normas sobre control y sanciones.

En lo que hace a la prevención que deben tener las entidades del sector financiero frente a actividades delictivas, la SFC por medio de la Circular Básica Jurídica de 1996, modificada por la circular externa 29 de 2014, impartió instrucciones a todas las entidades vigiladas, entre cuya Parte I requiere a éstas para que implementen un Sistema de Administración del Riesgo de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo –SARLAFT- con el fin de prevenir que sean utilizadas para dar apariencia de legalidad a activos provenientes de actividades delictivas o para la canalización de recursos hacia la realización de actividades terroristas.

Así, en desarrollo de los arts. 102 y siguientes del EOSF, y en consonancia con el art. 22 de la Ley 964 de 2005, la SFC establece los criterios y parámetros mínimos que las entidades vigiladas deben atender en el diseño, implementación y funcionamiento del mencionado sistema.

En el numeral 6 se exige la rendición de cuentas e informes periódicos que deben prepararse para entregar a los clientes, y a la remisión de información a la SFC. El numeral 7, sobre reportes de información establece, “sin perjuicio de lo dispuesto en otras disposiciones, las sociedades fiduciarias deben reportar la siguiente información: ...7.1. La clasificación de los

⁷⁰ Decreto Ley 663 de 1993.

⁷¹ Superintendencia Financiera de Colombia, Circular Externa 029 de 2014, parte II, tit. II, cap. I, núm. 2.2.3.

tipos y subtipos de negocios fiduciarios, así como la información detallada de la identificación de cada uno de los negocios fiduciarios teniendo en cuenta las características definidas en el módulo de registro bajo los parámetros de los documentos técnicos pertinentes”.

Por otro lado, la circular externa 100 de 1995, denominada “Circular Básica Contable”, exige a las sociedades fiduciarias transmitir mensualmente información correspondiente a los estados financieros de los encargos fiduciarios o patrimonios autónomos que administren pasivos pensionales y de los demás negocios fiduciarios que administre, incluidos los negocios fiduciarios correspondientes a recursos de la Seguridad Social.

Resulta evidente que en Colombia tanto las Sociedades Fiduciarias, como el negocio fiduciario se encuentran debida y estrictamente regulados, de tal manera que su finalidad ha de ser lícita, las soluciones que se ofrecen a los fideicomitentes y beneficiarios deben enmarcarse dentro de este esencial principio. Todas las partes del contrato deben identificarse, con la misma rigurosidad con la que se realiza por parte de los establecimientos Bancarios, dado que la reglamentación es idéntica para ambos tipos de establecimientos y sus clientes y la SFC se encuentra informada con una periodicidad mensual sobre los aspectos que exige conocer.

Este tipo de controles, que contribuyen a la profesionalización del Sector, ha generado confianza, hasta el punto que el instrumento ha servido como promotor del crecimiento del país, de su desarrollo y, también, como apoyo a la política económica ordenada por el alto Gobierno. Lo más importante es que en los tres últimos planes nacionales de desarrollo, se ha dispuesto que el negocio fiduciario debe ser el instrumento para apoyar proyectos de alto contenido social, que incluyen desde el pago de pensiones a funcionarios públicos a nivel nacional, administración

de portafolios de pensiones a cargo de entidades territoriales, además de otros cuya finalidad es la administración de recursos de transporte masivo de ciudades capitales y, una de las de mayor importancia, como es la de servir de instrumento que contribuya a la bancarización de las obras para mejoras de la infraestructura e, incluso, como mecanismo para prevenir los delitos de corrupción⁷². De esta manera, se evidencia cómo el instrumento fiduciario en Colombia constituye una herramienta en la cual se ha depositado la confianza para que a través de ella se ejerza la debida administración de los recursos públicos según la finalidad que el propio Gobierno les asigna a los mismos.

Finalmente, es importante reconocer que a diferencia de la situación que se presenta en otras jurisdicciones, la especial regulación que tienen el fideicomiso en Colombia y sus agentes fiduciarios, ha generado valor al instrumento. La actuación de la SFC ha contribuido en forma sustancial a ello, conforme la estricta supervisión ha permitido consolidar una cultura de control.

Lo que ha diferenciado al Fideicomiso colombiano de otros que se celebran en países con deficiente regulación, es precisamente la rigurosa vigilancia y control que ejerce la SFC, tal como se ha expresado.

Es esta la base fundamental por la cual el Fideicomiso en Colombia no se ha calificado en ningún momento como un instrumento o estructura jurídica riesgosa que pueda prestarse para fines indebidos. Precisamente por ello, se evidencia que la figura del fideicomiso en el país respeta y adopta las mejores prácticas para tener una plena identificación de los BFs como medida fundamental que soporta el cuidado de su reputación y el buen nombre que se fundamenta en la confianza y en la buena fe.

De ahí que en los manuales de riesgo o las guías para prevenir ilícitos, se establezca que los fideicomisos de

⁷² Leyes 100 de 1993, 1151 de 2007, 1450 de 2011, 1508 de 2012, el artículo 91 de la Ley 1474 de 2011, y la Ley 1753 del 9 de junio de 2015, mediante la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018.

idéntica manera deben construirse y cumplirse con base en la necesidad de identificar plenamente a los BF, lo que obedece a una regulación estricta y a una supervisión rigurosa por parte de distintos entes de control. En todo caso, el legislador mercantil, en su artículo 1230 prohibió celebrar negocios fiduciarios “en los cuales el beneficio se concede a diversas personas sucesivamente”, aspecto que también restringe la posibilidad de celebrar contratos de fiducia con clientes que no sean identificables.

A las Sociedades Fiduciarias les corresponde cumplir con especial rigor todas las normas y las

recomendaciones para que el instrumento no se pretenda utilizar en fraude a la ley, en especial para albergar recursos derivados del lavado de activos y la financiación del terrorismo.

La experiencia de agencias internacionales en esta materia, se debe recibir con el mayor interés y compromiso, sobre la base, de que estos instrumentos que se fundamentan en la buena fe y la confianza, requieren de una administración estricta, de todas las variables analizadas.

ANEXO 2. REGULACIÓN IBEROAMERICANA

TABLA 2 REGULACIÓN IBEROAMERICANA SOBRE BF

PAÍS	DEFINICIÓN BF	NORMA QUE CONTIENE LA DEFINICIÓN DE BF	% CONSIDERADO PARA IDENTIFICAR ACCIONISTAS	ACCESO A REGISTRO DE EMPRESAS PARA CONOCER DATOS DE ACCIONISTAS	LA OBLIGACIÓN DE EXPLICAR LA COMPOSICIÓN ACCIONARIA	REGULACIÓN DE ACCIONES AL PORTADOR
Argentina	Sí	Entre otras están la Resolución General 07 de 2015 y la Resolución 22 de 2001 de la UIF.	20%	Sí	No está en el formulario de conozca su cliente.	Están reguladas en la Ley 23771 de 1995
Brasil	Sí	Circular 3461 de 2009 del Banco Central de Brasil y en la Instrucción Normativa 1634 de 2016 de la Receita Federal Brasileña.	La Instrucción Normativa 1634 de 2016 dice que es BF el que tenga más del 25% de acciones.	Sí	Se contempla en la ficha cadastral y el formato de apertura de cuenta que es firmado por los representantes legales.	Existe la obligación de identificar a todas las estructuras jurídicas.
Chile	No	NA	No	Pueden acceder a los registros accionistas de sociedades anónimas abiertas. Lo anterior no aplica para las sociedades anónimas cerradas.	No está regulada, pero por lo general se incluye en el formulario de Conozca Su Cliente.	Existe prohibición sobre las acciones al portador en la Ley 15564 de 1964.
Ecuador	No	NA	25%	Si pueden acceder a través de la en la Superintendencia de Compañías.	Está en el formato de conocimiento del cliente.	Existe prohibición sobre las acciones al portador en el Código Económico Financiero.
El Salvador	Sí	Normas técnicas para la gestión de los riesgos de lavado de dinero y de activos, y de financiamiento al terrorismo (NRP-08) de 2013.	10%	Si pero no está automatizado ni actualizado.	Está en el formato de conocimiento del cliente.	No hay prohibición sobre las acciones al portador.
España	Se habla de titular real y no de BF.	Ley 10 de 2010 y en el Decreto 304 de 2014.	25%, aunque hay discrecionalidad en su aplicación sobre el porcentaje.	Si pueden acceder al registro mercantil o al Consejo General de Notariado.	Está en el formato de conocimiento del cliente.	Están reguladas en la Ley de Sociedades de Capital en el Decreto 1 de 2010.
Estados Unidos	Sí	Norma 31 CFR del FinCEN en los apartados 1010, 1020, 1023, 1024, and 1026 RIN 1506-AB25 sobre Customer Due Diligence Requirements for Financial Institutions.	25%	No	Está en el formato de Vinculación.	Existe prohibición sobre las acciones al portador, pero es necesario remitirse a cada regulación de cada Estado. No existe un registro público donde se pueda libremente obtener la información de los accionistas, pero sí es imprescindible que las acciones se emitan a nombre de los accionistas.
Guatemala	Sí	Guía de Administración de Riesgos de Lavado de Dinero y Financiación del Terrorismo de 2009 que se modificó en 2015.	No se define.	Sí	Está en el formato de Vinculación.	No se permiten las acciones al portador.

PAÍS	DEFINICIÓN BF	NORMA QUE CONTIENE LA DEFINICIÓN DE BF	% CONSIDERADO PARA IDENTIFICAR ACCIONISTAS	ACCESO A REGISTRO DE EMPRESAS PARA CONOCER DATOS DE ACCIONISTAS	LA OBLIGACIÓN DE EXPLICAR LA COMPOSICIÓN ACCIONARIA	REGULACIÓN DE ACCIONES AL PORTADOR
Honduras	Sí	Decreto 144 de 2014 y en la Circular CNBS (Comisión Nacional de Bancos y Seguros) 019 de 2016.	25%	No hay claridad sobre si los sujetos obligados al cumplimiento de las normas ALA/CFT pueden acceder a los registros de las empresas para conocer los datos de los accionistas en el registro mercantil.	No se tiene establecido un formato específico.	No se prohíben las acciones al portador.
México	Sí	Artículo 115 de la Ley de Instituciones de Crédito de 2015 bajo la denominación de "propietario real" y de "proveedor de recursos".	10%	Sí	Está en la política de Conozca Su Cliente.	No se prohíben las acciones al portador.
Panamá	Sí	Artículo 6 del Acuerdo 10 de 2015 de la Superintendencia de Bancos y en la Ley 23 de 2015.	No se define porcentaje, pero se dice que debe tener influencia significativa o control final.	No	Está en formulario Conozca Su Cliente.	Las acciones al portador están prohibidas de acuerdo la resolución 00009 de 2014 de la Superintendencia de Bancos.
Paraguay	Sí	Resolución 436 de 2011 de SEPRELAD (Secretaría de Prevención de Lavado de Dinero).	10%	No	Está en formato de conocimiento del cliente.	No hay prohibición sobre las acciones al portador y se encuentran permitidas por el Código Civil.
Perú	Sí	Resolución 1498 de 2009, 2249 de 2013, Resolución 2660 de 2015 y la Resolución 6420 de 2015 de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP y la Resolución 007 de 2013 de la Superintendencia del Mercado de Valores.	No hay un porcentaje específico para identificar al BF.	No	En el formato de conocimiento del cliente no se solicita información del BF.	La prohibición sobre las acciones al portador se encuentra en la Ley 21604 de 1976.
República Dominicana	Sí	Instructivo de Conozca Su Cliente de 2014 y la norma sobre Debida Diligencia de 10% 2016 de la Superintendencia de Bancos.	10%	Sí, a través del registro mercantil de la Cámara de Comercio.	Está en el formulario de Conozca Su Cliente.	No están prohibidas las acciones al portador.
Uruguay	Sí	Decreto Reglamentario 355 de 2010 de la Ley 18.494 de 2009 aplicable para los APNFDs. En el caso de las entidades financieras, se faculta al Banco Central del Uruguay a establecer las normas reglamentarias.	Las normas del Banco Central de Uruguay establecen por un lado el conocimiento del BF en todos los casos y por el otro, para empresas por acciones, se exige la información de los accionistas con participación mayor al 10% con excepción de aquellas que cotizan en bolsa.	Participación en Sociedades Anónimas, a través del Banco Central de Uruguay. Acciones al Portador, no es pública y no se puede consultar. Sociedades Anónimas con acciones nominativas o de otro tipo, si bien se puede solicitar un certificado en el registro de comercio, las transferencias de acciones pueden no registrarse.	Está en el formulario de Conozca Su Cliente.	No están prohibidas las acciones al portador, pero existe la obligación de identificar a sus tenedores e informarlos en el registro centralizado que administra el Banco Central del Uruguay.

Fuente: Elaborado por Rics Management, 2016.

ANEXO 3. TIPOS DE SOCIEDAD Y ACUERDOS LEGALES EN COLOMBIA

a. Tipos de Sociedades en Colombia

En Colombia, es la ley mercantil la que ha establecido las reglas en materia de estructuración y registro de sociedades comerciales; dicha normatividad se

encuentra establecida en el Código de Comercio, en las Leyes 222 de 1995, 1258 de 2008, Decreto 1023 de 2012, entre otras, en las que se ha indicado la forma, medios y métodos para conformar una sociedad mercantil (registro en la Cámara de Comercio), las funciones de la Superintendencia de Sociedades en la materia, entre otros.

TABLA 3 ESTRUCTURAS SOCIETARIAS EN COLOMBIA

FORMA DE ASOCIACIÓN	DOCUMENTO QUE ACREDITA SU EXISTENCIA	AUTORIDAD QUE EXPIDE EL DOCUMENTO
Sociedad Anónima (SA)	Certificado de existencia y representación legal.	Cámara de Comercio del domicilio social. En algunos casos, dependiendo del objeto social lo hará la Superintendencia Financiera ej: Bancos y aseguradoras.
Sociedad por Acciones Simplificadas (SAS)	Certificado de existencia y representación legal.	Cámara de Comercio del domicilio social.
Sociedad de Responsabilidad Limitada	Certificado de existencia y representación legal.	Cámara de Comercio del domicilio social.
Sociedad en Comandita	Certificado de existencia y representación legal.	Cámara de Comercio del domicilio social.
Sociedad Colectiva	Certificado de existencia y representación legal.	Cámara de Comercio del domicilio social.
Fundaciones	Certificado de existencia y representación legal.	Cámara de Comercio.
Uniones Temporales (UT)	Documento de constitución de la unión temporal.	Directamente por la UT.
Consortio	Documento de constitución del consorcio.	Directamente por el consorcio, pero cada una de las partes que integran el consorcio, deberá aportar el Certificado de Existencia y Representación Legal de la Cámara de comercio.
Sindicatos	Registro en Ministerio del Trabajo	Ministerio del Trabajo
Entidades sin ánimo de lucro obligadas a registrarse	Certificado de existencia y representación legal.	Cámara de Comercio del domicilio social.
Entidades religiosas católicas	Resolución del Ministerio de Gobierno	Ministerio de Gobierno
Entidades religiosas no católicas	Resolución del Ministerio del Interior	Ministerio del Interior
Entidades públicas	Acta de posesión	Será expedida por la entidad según el cargo

Fuente: Elaborado por Banco Colpatria, 2016.

b. Negocios Fiduciarios

Los vehículos fiduciarios utilizados por las Sociedades Fiduciarias autorizadas dentro del marco de la legislación en Colombia, corresponden a los siguientes:

Fiducia Mercantil: Debe tenerse en cuenta que el artículo 1233 del Código de Comercio Colombiano establece que “Para todos los efectos legales, los bienes fideicomitidos deberán mantenerse separados del resto del activo del fiduciario y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios, y forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo”.

“Los patrimonios autónomos conformados en desarrollo del contrato de fiducia mercantil, aun cuando no son personas jurídicas, se constituyen en receptores de los derechos y obligaciones legales y convencionalmente derivados de los actos y contratos celebrados y ejecutados por el fiduciario en cumplimiento del contrato de fiducia”⁷³.

El fiduciario, como vocero y administrador del patrimonio autónomo, celebrará y ejecutará diligentemente todos los actos jurídicos necesarios para lograr la finalidad del fideicomiso, comprometiéndose al patrimonio autónomo dentro de los términos señalados en el acto constitutivo de la fiducia. Para este efecto, el fiduciario deberá expresar que actúa en calidad de vocero y administrador del respectivo patrimonio autónomo⁷⁴.

Encargo Fiduciario⁷⁵: Mediante la celebración de este contrato, el Fideicomitente encomienda a una sociedad fiduciaria la administración de bienes, o los entrega para la ejecución de determinadas actividades, de acuerdo con la finalidad e instrucciones previstas en el contrato. [Literal b) numeral 1 del artículo 29 del EOSF]. El encargo fiduciario únicamente comporta la entrega de los bienes, pero no la transferencia de la propiedad.

Contrato de Fiducia Pública: La Ley 80 de 1993, Estatuto General de la Contratación Administrativa, creó un nuevo tipo de contrato sin definirlo, autónomo e independiente, denominado Fiducia Pública, diferente a la fiducia mercantil y al encargo fiduciario. (Sentencia C-086 del 1º de marzo de 1995 de la Corte Constitucional). El contrato de fiducia pública se asemeja más a un encargo fiduciario que a una fiducia mercantil, puesto que no conlleva el traspaso de la propiedad, ni la constitución de un patrimonio autónomo. A este contrato le son aplicables las normas del Código de Comercio sobre fiducia mercantil, en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en el Estatuto General de la Contratación Administrativa. Excepcionalmente el legislador puede autorizar la creación de un contrato de fiducia mercantil, con recursos del Estado, lo que implica transferencia de la propiedad a un patrimonio autónomo (Ley 80 de 1993).

En el marco de las actividades autorizadas a las sociedades fiduciarias, se han desarrollado diversos productos fiduciarios, al respecto la CBJ de la SFC, Circular Externa 029 de 2014, consagra los siguientes tipos de negocios fiduciarios:

- Fiducia de Inversión.
- Fiducia de Administración.
- Fiducia Inmobiliaria.
- Fiducia en Garantía.

La mencionada Circular establece que “en la celebración de todo negocio, la sociedad fiduciaria debe tener en cuenta y observar los deberes que le asisten de acuerdo con lo señalado en el artículo 1234 del código de comercio, en el artículo. 2.5.2.1.1 del Decreto 2555 de 2010, los principios generales del negocio fiduciario y la jurisprudencia”, entre ellos se encuentran los deberes de información, asesoría, protección de los

⁷³ Decreto 2555 DE 2010, Artículo 2.5.2.1.1

⁷⁴ Ibidem.

⁷⁵ Cartilla Asofiduciarias que puede consultar en el siguiente link: http://www.asofiduciarias.org.co/cartillaimport.aspx?id_cartilla=1

bienes fideicomitidos, lealtad y buena fe, diligencia, profesionalidad y especialidad, previsión, entre otros.

Dentro de los deberes mencionados, se destaca el que tienen las Sociedades Fiduciarias de dar información a sus clientes acerca de las limitaciones existentes en el negocio fiduciario de que se trate. Del mismo modo, corresponde al Fideicomitente suministrar información completa sobre los aspectos involucrados en el negocio y la necesaria para el conocimiento del cliente por parte de la sociedad fiduciaria. En este sentido, las sociedades fiduciarias tienen la obligación de rendir cuentas de manera semestral a sus clientes, y adicionalmente a ello, la CBJ de la SFC, establece que “cuando por su importancia resulte necesario o cuando se establezca una obligación contractual en ese sentido, la fiduciaria debe remitir al fideicomitente o al beneficiario un reporte sobre hechos relevantes que afecten el negocio y las actividades llevadas a cabo frente a los mismos”.

El contrato fiduciario puede constituirse por documento privado, no obstante, cuando se trate de contratos de fiducia mercantil que versen sobre bienes cuya transferencia esté sometida a la solemnidad de instrumento público, deberán elevarse a escritura pública.

En el contrato se establecen las obligaciones de los intervinientes en el mismo, dentro de las cuales se encuentra para el Fideicomitente la de suministrar la información requerida por la fiduciaria para conocimiento del cliente y control del LA, lo que incluye la estructura de propiedad, de acuerdo con lo establecido en la CBJ, Circular Externa 029 de 2014 PI Capítulo VI, Título IV.

Las sociedades fiduciarias también están autorizadas para administrar fondos de inversión colectiva, de acuerdo con el Decreto 2555 de 2010, modificado por el Decreto 1242 de 2013, los cuales se definen como “todo mecanismo o vehículo de captación o administración de sumas de dinero u otros activos, integrado con el aporte de un número plural de personas determinables una vez el fondo entre en

operación, recursos que serán gestionados de manera colectiva para obtener resultados económicos también colectivos”.

c. Uniones Temporales y Consorcios

La Ley 80 de 1993, mediante la cual se expidió el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, definió en sus artículos 7 y 8 los términos Consorcio y la UT.

Artículo 7o. de los consorcios y uniones temporales. Para los efectos de esta Ley se entiende por:

1o. Consorcio:

Cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato. En consecuencia, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que lo conforman.

2o. Unión Temporal:

Cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente por el cumplimiento total de la propuesta y del objeto contratado, pero las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato se impondrán de acuerdo con la participación en la ejecución de cada uno de los miembros de la unión temporal.

Ninguna de las dos constituye una sociedad comercial, y tampoco tienen personería jurídica, en la medida en que no cumplen con los requisitos previstos en la legislación mercantil para el efecto.

Sobre el asunto se pronunció el Consejo de Estado en fallo de fecha 23 de julio de 1987: “El consorcio no genera una nueva sociedad mercantil, porque al no estar constituida con todos los requisitos legales, no forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados (Código de Comercio artículo 98). Por similares razones tampoco es una sociedad irregular (Código de Comercio artículo. 500). Tampoco es una sociedad de hecho en definición legal, y por esta misma razón, carece de personería jurídica (Código de Comercio artículos. 98 y 499). Ni la ley lo considera cuenta en participación, que además, carece de personería jurídica (Código de Comercio artículo. 509)”.

En el mismo sentido se pronunció la Superintendencia de Sociedades: “Finalmente vale expresar, que si bien son pocas las manifestaciones de orden legal en torno al consorcio, la Ley 80 de 1.993, (...) le reconoce tanto a los consorcios como a las uniones temporales capacidad jurídica para contratar , tal y como puede

observarse en su artículo 6º, sobresaliendo como característica importante de estos dos grupos, que los miembros que los conforman no pierden su individualidad jurídica, pero en cambio, asumen un grado de responsabilidad solidaria en el cumplimiento de las obligaciones contractuales;...”

No obstante lo anterior, la SFC en algunos conceptos (2011072071) ha manifestado que las uniones temporales y los consorcios deben ser considerados como clientes por su capacidad jurídica para contratar. La SFC además ha manifestado que teniendo en cuenta que tanto el Consorcio como la UT son clientes de la entidad y que están integrados por pluralidad de personas, es deber de la entidad vigilada conocer además a todos sus integrantes. En el evento en que alguno de ellos sea una persona jurídica, el conocimiento del cliente implica conocer la estructura de su propiedad, es decir, la identidad de quienes tengan directa o indirectamente más del 5% del capital social, aporte o participación en la misma.

ANEXO 4. INFORMACIÓN GENERAL DE VEHÍCULOS CORPORATIVOS EN JURISDICCIONES SELECCIONADAS

Debido a la extensión de este anexo a continuación se incluye el link para su consulta directa en la

página web del BM. http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2015/11/17/090224b0831bf916/2_0/Rendered/PDF/Los0maestros0t0qu00hacer0al0respect.pdf
Referirse al apéndice C.

ANEXO 5. MODELO SUGERIDO DE DECLARACIÓN DE IDENTIDAD DE BF

Razón Social _____

N° de Identificación _____

1. Composición Accionaria

Por favor relacione los socios de su empresa/compañía con participación mayor al 5%:

NOMBRE O RAZÓN SOCIAL	LUGAR Y FECHA DE NACIMIENTO	PORCENTAJE DE PARTICIPACIÓN	PAÍS DE RESIDENCIA FISCAL	NUMERO DE IDENTIFICACIÓN TRIBUTARIA O EQUIVALENTE FUNCIONAL	DIRECCIÓN

Si dentro de su estructura de propiedad existen otras personas jurídicas diferentes a las listadas arriba relaciónelas a continuación y anexe las composiciones accionarias:

NOMBRE O RAZÓN SOCIAL	NÚMERO DE IDENTIDAD	PORCENTAJE DE PARTICIPACIÓN

2. Directores

En caso de existir, a continuación relacione los miembros de su junta directiva o directores:

NOMBRE Y APELLIDOS	NÚMERO DE IDENTIFICACIÓN	CARGO

3. Declaración De Beneficiario Final

A continuación relacione los beneficiarios finales, es decir las personas que en última instancia poseen o controlan a una persona jurídica y/o la persona natural en nombre de quien realiza la transacción.

NOMBRE Y APELLIDOS	DIRECCIÓN	LUGAR Y FECHA DE NACIMIENTO	PAÍS DE RESIDENCIA FISCAL	NUMERO DE IDENTIFICACIÓN TRIBUTARIA O EQUIVALENTE FUNCIONAL	PORCENTAJE DE PARTICIPACIÓN	PEP ¹ S/N

¹PEP: de acuerdo con la Regulación Colombiana se considera una Persona Expuesta Públicamente a aquel individuo que maneja o ha manejado fondos públicos, tiene o tuvo algún grado de poder y/o goza o gozó de reconocimiento público.

El cliente contratante se compromete (automáticamente) (o dentro de un periodo de tiempo razonable y bajo ninguna circunstancia a más tardar en dos semanas) a informar por escrito de cualquier cambio en la información arriba provista.

Firma(s) del cliente:

Firma Gestor Comercial / Relationship Manager:

Fecha _____

Espacio para uso exclusivo de la entidad

Observaciones / Comentarios:

ANEXO 6. RECOMENDACIÓN 24 GENERALIDADES SOBRE LOS REQUISITOS BÁSICOS

TABLA 4

GENERALIDADES SOBRE LOS REQUISITOS BÁSICOS⁷⁶

OBLIGACIONES INICIALES (NI R. 24.2)

- Entender los diferentes tipos de personas jurídicas en el país y describir los procesos para crearlas y obtener información básica y sobre el beneficiario final. Poner a disposición del público dicha información.
- Entender y evaluar los riesgos de LA/FT asociados a los diferentes tipos de personas jurídicas.

IMPLEMENTAR MEDIDAS PARA MEJORAR LA TRANSPARENCIA DE SOCIEDADES MERCANTILES (NI R. 24.3-10, 13-15)

INFORMACIÓN BÁSICA DE SOCIEDADES MERCANTILES

Los países deben:

- Establecer un registro de sociedades mercantiles

Las sociedades mercantiles deben:

- Registrar la información básica de la sociedad mercantil.
- Conservar un registro de accionistas actualizado.

Los registros de las sociedades mercantiles deben:

- Registrar la información básica de la sociedad mercantil.

INFORMACIÓN SOBRE EL BENEFICIARIO FINAL DE SOCIEDADES MERCANTILES

Los países deben utilizar uno o más de los siguientes mecanismos:

Mecanismo 1 - Registros de Sociedades Mercantiles

- Obtener y conservar información actualizada sobre el beneficiario final de las sociedades mercantiles

Mecanismo 2a - Sociedades Mercantiles

- Obtener y conservar información actualizada sobre el beneficiario

Mecanismo 2b – Sociedades Mercantiles

- Tomar medidas razonables para identificar a los beneficiarios finales.

Mecanismo 3 – Utilizar información existente conservada por:

- Registros
- IF y APNFD, incluyendo información de DDC (R. 10/22)
- Sociedades mercantiles
- Otras autoridades competentes (supervisores, autoridades fiscales)
- Bolsas de valores

OTRAS MEDIDAS PARA MEJORAR LA TRANSPARENCIA DE SOCIEDADES MERCANTILES (INDEPENDIEMENTE DEL MECANISMO ELEGIDO)

- Exigir a las sociedades mercantiles que cooperen con las autoridades competentes, incluyendo exigir que una persona física y/o APNFD en el país esté autorizada para cooperar con las autoridades en nombre de la sociedad mercantil, y/u otras medidas razonables.

⁷⁶ Esta tabla representa una visión general de los requisitos de la Recomendación 24 y no limita ni altera los requisitos de forma alguna.

IMPLEMENTAR MEDIDAS PARA SUPERAR OBSTÁCULOS A LA TRANSPARENCIA DE SOCIEDADES MERCANTILES

Acciones al portador y certificados de acciones al portador:

- Prohibirlas
- Convertirlas en acciones nominativas o certificados de acciones
- Inmovilizarlas, o
- Exigir a accionistas con participación mayoritaria que notifiquen a la sociedad mercantil para que ésta pueda actualizar sus registros.

Accionistas y directores nominales:

- Exigir a los nominales revelar a la sociedad mercantil que ellos son nominales, y la identidad de la persona que lo nominó.
- Licenciar a los nominales licenciados, y exigirles que conserven registros de la persona que lo nominó.

IMPLEMENTAR MEDIDAS PARA MEJORAR LA TRANSPARENCIA DE FUNDACIONES, ANSTALT Y SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA (NI R. 24.16)

Tomar medidas similares a las que se requieren para sociedades mercantiles, tomando en cuenta sus diferentes formas y estructuras.

IMPLEMENTAR MEDIDAS PARA MEJORAR LA TRANSPARENCIA DE OTROS TIPOS DE PERSONAS JURÍDICAS (NI R. 24.17)

Implementar medidas determinadas sobre la base de un enfoque basado en el riesgo, teniendo en cuenta los riesgos de LA/FT asociados con otros tipos de personas jurídicas, y sus diferentes formas y estructuras.

- Otros tipos de personas jurídicas deberán registrar y conservar información básica precisa y actualizada similar a la solicitada para sociedades mercantiles (mínimo).
- Información adecuada, precisa y actualizada sobre el beneficiario final también debe estar disponible.
- El objetivo es alcanzar niveles adecuados de transparencia, tomado en cuenta el nivel de riesgo.

REQUISITOS FUNDAMENTALES A SER IMPLEMENTADOS PARA TODAS LAS PERSONAS JURÍDICAS (NI R. 24.11 Y 18)

- Asegurar que la información básica y sobre el beneficiario final sea precisa y actualizada.
- Establecer sanciones eficaces, proporcionales y disuasivas por incumplimiento.

FACULTADES DE LAS AUTORIDADES DEL ORDEN PÚBLICO Y OTRAS AUTORIDADES COMPETENTES (NI R. 24.12)

Asegurar que las autoridades del orden público y otras autoridades competentes cuenten con todas las facultades necesarias para poder obtener acceso a tiempo a la información básica y sobre el beneficiario final de personas jurídicas.

COOPERACIÓN INTERNACIONAL (NI R. 24.19)

Prestar cooperación internacional respecto a la información básica y sobre beneficiario final (R. 37-40).

ANEXO 7. RECOMENDACIÓN 25 GENERALIDADES SOBRE LOS REQUISITOS BÁSICOS Y OTRAS MEDIDAS

TABLA 5

GENERALIDADES SOBRE LOS REQUISITOS BÁSICOS Y OTRAS MEDIDAS⁷⁷

IMPLEMENTAR MEDIDAS PARA MEJORAR LA TRANSPARENCIA DE LOS FIDEICOMISOS (NI R. 25.1-3, 5)

PAÍSES CON LEYES FIDUCIARIAS

- Exigir a los fiduciarios que conserven información sobre el beneficiario final de las partes del fideicomiso (incluyendo fideicomitente, fiduciario(s), protector, beneficiarios o clase de beneficiarios, y cualquier otra persona que ejerza el control final efectivo sobre el fideicomiso).
- Exigir a los fiduciarios que conserven información básica sobre otros agentes regulados del fideicomiso y proveedores de servicios para el fideicomiso.

TODOS LOS PAÍSES

- Exigir que los fiduciarios revelen su estatus a las instituciones financieras y APNFD con las que realizan operaciones comerciales.
- Exigir que los fiduciarios profesionales mantengan la información sobre el fideicomiso al menos 5 años.

OTRAS MEDIDAS POSIBLES

Se exhorta a los países a asegurar que otras autoridades y entidades que realicen operaciones con fideicomisos conserven información sobre los mismos. Las fuentes de información abarcan:

- Registros como un registro de fideicomisos o registros de activos en el caso de tierras u otros bienes.
- Otras autoridades competentes como autoridades fiscales.
- Otros agentes y proveedores de servicios para el fideicomiso como asesores o administradores de inversión, abogados o proveedores de servicios fiduciarios y societarios.

IMPLEMENTAR MEDIDAS PARA MEJORAR LA TRANSPARENCIA DE ESTRUCTURAS JURÍDICAS SIMILARES (NI R. 25.9)

Adoptar medidas similares a las que se requieren para los fideicomisos, con la finalidad de alcanzar niveles similares de transparencia.

- Como mínimo, asegurar que una información similar se registre y se mantenga precisa y actualizada, y que las autoridades competentes tengan acceso oportuno a esa información.

REQUISITOS FUNDAMENTALES QUE DEBEN APLICARSE A TODAS LAS ESTRUCTURAS JURÍDICAS (NI R. 25.6-8, 11)

- Asegurar que toda información básica y sobre el beneficiario final se mantenga precisa y actualizada.
- Establecer sanciones eficaces, proporcionales y disuasivas por incumplimiento.

FACULTADES DE LAS AUTORIDADES DEL ORDEN PÚBLICO Y OTRAS AUTORIDADES COMPETENTES (NI R. 25.4)

Asegurar que las autoridades del orden público y otras autoridades competentes cuentan con todas las facultades necesarias para obtener acceso a tiempo a la información básica y sobre beneficiario final de estructuras jurídicas, independientemente de la parte que conserve dicha información.

COOPERACIÓN INTERNACIONAL (NI R. 25.10)

Prestar cooperación internacional respecto a la información básica y sobre beneficiario final (R. 37-40).

Fuente: *Guía Sobre Transparencia y Beneficiario Final de 2014 - GAFI.*

⁷⁷ Esta tabla representa una visión general de los requisitos de la Recomendación 25 y no limita ni altera los requisitos de forma alguna.

ANEXO 8. FUENTES DE CONSULTA

Como apoyo a los procesos que realiza las entidades para el conocimiento del beneficiario final, se sugiere utilizar los siguientes links de información.

Algunos recursos gratuitos:



Florida Division of Corporations

¿Qué Contiene?:

Registro público de la Florida - USA

¿Dónde se consulta?:

<http://www.sunbiz.org/>



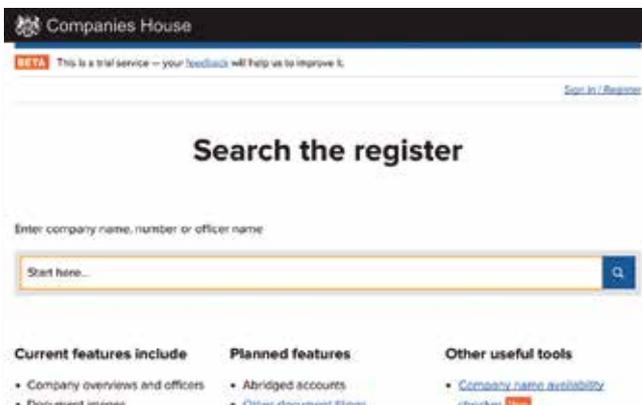
Corporationwiki

¿Qué Contiene?:

BFs y compañías en Estados Unidos

¿Dónde se consulta?:

www.corporationwiki.com



Companies House

¿Qué Contiene?:

Registro público de Reino Unido

¿Dónde se consulta?:

<https://beta.companieshouse.gov.uk/>



CR

¿Qué Contiene?:

Registro público de Hong Kong

¿Dónde se consulta?:

<https://www.cris.cr.gov.hk/csci/>

Algunos recursos por suscripción:



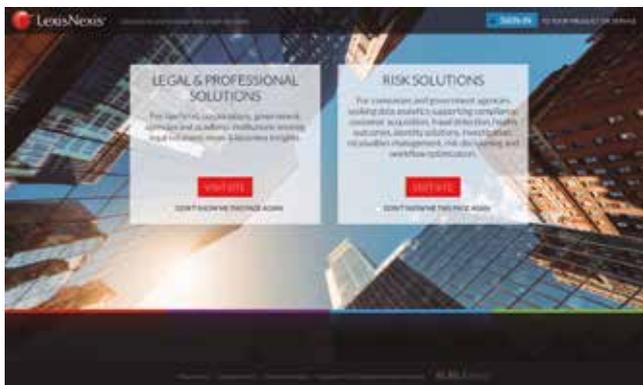
Emis Benchmark

¿Qué Contiene?:

Información, noticias, estadísticas de países, sectores económicos y empresas

¿Dónde se consulta?:

<https://www.emis.com/benchmark>



Lexis Nexis

¿Qué Contiene?:

Servicios pagos para apoyar programas de prevención de LAFT, corrupción y fraude.

¿Dónde se consulta?:

<http://www.lexisnexis.com/en-us/gateway.page>



Dun & Bradstreet

¿Qué Contiene?:

Servicios pagos de información comercial, riesgo y financiera de empresas.

¿Dónde se consulta?:

<http://www.dnb.com/>



Hoovers

¿Qué Contiene?:

Servicios pagos de información comercial, financiera y de ejecutivos de empresas.

¿Dónde se consulta?:

<http://www.hoovers.com/>



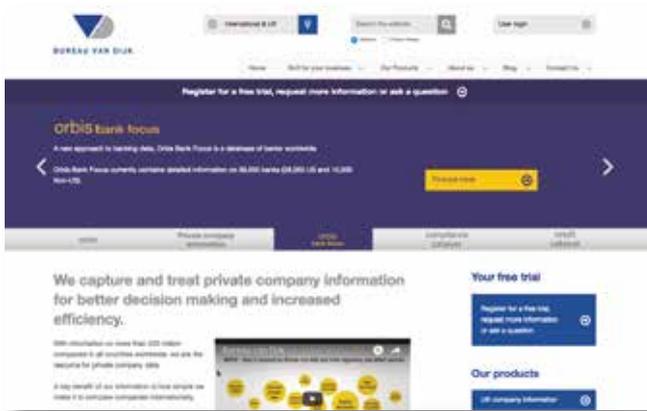
Mergent Online

¿Qué Contiene?:

Base de datos con información financiera de empresas y perfiles de ejecutivos.

¿Dónde se consulta?:

<http://www.mergentonline.com/login.php>



Bureau van Dijk

¿Qué Contiene?:

Servicios pagos para apoyar programas de prevención de LAFT, corrupción y fraude. Incluye información de BFs recopilada de fuentes públicas.

¿Dónde se consulta?:

<http://www.bvdinfo.com/en-gb/home>



Sicex

¿Qué Contiene?:

Información de comercio exterior de más de 50 jurisdicciones.

¿Dónde se consulta?:

<http://www.sicex.com/>

ANEXO 9. LISTA DE PAÍSES QUE VAN A INTERCAMBIAR SOBRE BF

De acuerdo con la revista electrónica ControlCapital.net se dijo que esta iniciativa fue liderada por el Reino Unido para desarrollar un estándar de intercambio de información sobre el beneficial ownership de las empresas ya ha recibido múltiples adhesiones en forma de compromiso de países.

La iniciativa del G5 (Reino Unido, Alemania, Francia, Italia y España) se desveló en abril de 2016 en la reunión del FMI tras el escándalo de los papeles de Panamá

Con este nuevo instrumento se desarrollara un estándar para se realice el intercambio automático de información que tiene como objetivo proveer de un campo de juego global con un gran potencial para ayudar a las fuerzas de seguridad en frenar el mal uso de estructuras jurídicas para el delito financiero, el lavado de dinero y la evasión fiscal.

En le proceso de compromiso se hace un intercambio de notas con el compromiso de proveer a las agencias de investigación, incluyendo las tributarias, de cada jurisdicción con la información sobre titulares / beneficiarios reales.

Entre las adhesiones es muy llamativa la de países o jurisdicciones con reputación de refugios financieros y la de dependencias de la Corona británica como Bermuda, Islas Caimán, Anguilla, Gibraltar, Guernsey, Jersey o Isla de Man.

También otros países europeos como Bélgica, Chipre, Luxemburgo, Malta y Holanda se han adherido al compromiso de intercambio.

Ambos grupos de países comparten la característica de albergar muchos trusts y empresas por fines de planificación fiscal internacional con base en impuestos locales favorables y normas de confidencialidad.

Los 48 países que actualmente están la lista de compromiso es la siguiente:

Afghanistan	Jersey
Anguilla	Latvia
Argentina	Lithuania
Austria	Luxembourg
Belgium	Malta
Bermuda	Mexico
Brazil	Moldova
Bulgaria	Montserrat
Cayman Islands	Netherlands
Chile	Nigeria
Colombia	Norway
Croatia	Poland
Cyprus	Portugal
Czech Republic	Romania
Denmark	Slovakia
Estonia	Slovenia
Finland	Spain
France	Sweden
Gibraltar	United Arab Emirates
Germany	United Kingdom.
Greece	
Guernsey	
Hungary	
Iceland	
India	
Ireland	
Isle of Man	
Italy	



Bogotá D.C.
2017