

Grupo Aval y Corficolombiana: Análisis de responsabilidad Penal bajo el FCPA y aplicación en Colombia.

Por: Lina María Rodríguez (Monitora CIFD)

Hoy, los temas que conciernen al derecho penal económico aparecen de nuevo en titulares de noticieros nacionales. ¿El motivo? “*Corficolombiana y Grupo Aval*”. Este caso ha generado un interés preponderante dentro de la población colombiana, quizás por la concurrencia de temas y personas (físicas y jurídicas) involucradas. Si mezclamos un grupo económico fuerte, obras públicas, contratación estatal y corrupción, el resultado será atención mediática y opiniones polémicas contrapuestas. Esta entrada busca responder a las siguientes preguntas: ¿Qué es lo que está pasando con Corficolombiana? ¿Por qué Grupo Aval puede ser condenado en USA? Y ¿cuáles pueden ser las consecuencias penales y administrativas para dicho holding?

Fue de público conocimiento la “*Cease-and-desist order*” expedida por la SEC, con fecha del 10 de agosto de 2023. Resumiendo el contexto, la SEC aceptó la Oferta de Acuerdo de Grupo Aval y menciona en sus descubrimientos la participación de Corficolombiana - controlada por Grupo Aval- en un esquema de sobornos relacionados con la Ruta del Sol II, específicamente la vía Ocaña-Gamarra. Por estos hechos, la SEC argumentó la violación a las secciones 30 A, 13(b)(2) (A) y (B) del *Securities Exchange Act* de 1934, y le ordenó a Grupo Aval pagar una suma total de \$40’269.289 USD. (Securities and Exchange Commission, 2023) ¿Cómo es esto posible? ¿Por qué se sanciona a Grupo Aval?

Corficolombiana es una sociedad anónima que capta recursos y efectúa inversiones con el objetivo de fomentar o promover empresas. (Corporación Financiera Colombiana S.A, 2020). Dicho establecimiento de comercio tiene como matriz al Grupo Aval. Esta situación de control se deriva como consecuencia de inversiones directas e indirectas. (Grupo Aval , 2012). Por otra parte, el Grupo Aval transa sus acciones preferenciales en forma de *ADRs* (títulos físicos que son utilizados para respaldar un depósito) en la bolsa de Nueva York (Grupo Aval, s.f.). Además, sus valores están registrados desde el 2011 bajo la Sección 12 del *Securities Exchange Act* de 1934 (SEA) (Securities and Exchange Commission, 2023). Así, el hecho de que una empresa esté registrada de esta forma define que el FCPA le sea aplicable. (FCPA, 1998 art. § 78dd-1 g 1). Considerando que las actuaciones de corrupción fueron para la SEC efectuadas por Corficolombiana, quien remitió los estados financieros a Grupo Aval, por ser su controlante, es esta última la llamada a responder en USA.

¿Qué es el FCPA? El FCPA es lo que nosotros en Colombia llamaríamos un “Estatuto Anticorrupción”. Es una ley estadounidense que establece una serie de lineamientos para personas y empresas en las que se incluyen la proscripción de conductas que constituyen actos de corrupción pública -nacional e internacional- como el soborno a funcionarios públicos (Hunter, 2011, págs. 92, 97) y el mantenimiento de información contable que pueda ser soportada en diferentes registros. (FCPA, 1998)

¿Qué pasa si se incumple con estos lineamientos? Esta ley establece una serie de sanciones, cuya cuantía y tiempo dependerán de cada hecho y pueden ser de naturaleza administrativa o penal (FCPA, 1998 art. § 78dd-2g). De la sanción administrativa se encarga la *Securities*

and Exchange Commission (SEC), mientras que la sanción penal es impuesta por el Department of Justice (DOJ) (Jones Day , 2010).

Ya hablamos del “*Cease-and-desist order*” de la SEC ¿Qué sabemos del DOJ? El Departamento de Justicia suscribió un *deferred prosecution agreement (DPA)* con Corficolombiana y no con Grupo Aval, a diferencia de la sanción impuesta por la SEC que atañe a ambos. Esta información la conocemos por un comunicado de prensa con fecha del 10 de agosto de 2023, en la que se le impone una multa de carácter penal de \$40’600.000 USD. (Office of Public Affairs U.S Department of Justice, 2023) Esta cuestión parece todo menos ecléctica, pues lo que se ha sostenido es que el FCPA es aplicable al Grupo. ¿Por qué se habla de responsabilidad penal de la subsidiaria si ella no tiene acciones en la Bolsa de Nueva York? ¿El argumento sería la utilización el USD como divisa?

Un DPA se puede asimilar a un allanamiento en Colombia: básicamente se renuncia a que se adelante un proceso y se aceptan ciertos hechos. Es un poco confuso porque no se aceptan cargos, porque si bien pueden ser presentados formalmente por la Fiscalía-, el acusador decide aplazar o renunciar al ejercicio de la acción penal si la empresa cumple con un acuerdo. Este acuerdo implica pagar una sanción menor a la que se obtendría si se le encuentra a la corporación como culpable en juicio, en cuyo caso se hablaría de responsabilidad penal en sentido estricto. (Giudice, 2011)

Si una sociedad admite la ocurrencia de delitos pero en Colombia éstas no responden penalmente ¿Qué puede suceder en materia penal-económica? En el documento de la SEC, se habla de que las acciones fueron realizadas por el “*Corficolombiana Executive*” -el administrador, persona física- El punto 10 del “*background*” de dicho documento dice que el administrador asintió el esquema y autorizó los pagos. (Securities and Exchange Commission, 2023). Cabe la pregunta de si se puede descartar la existencia de otras figuras al interior de Corficolombiana como el Revisor Fiscal o la Asamblea General de Accionistas, porque se trata de una sociedad anónima y aquí los administradores usualmente no tienen tantas potestades. (Ley 222,1995) ¿Se podrá hablar en Colombia de una comisión por omisión de personas diferentes al administrador? Esta pregunta es relevante porque en el mismo documento de la SEC en la página 5 menciona que hubo un registro de pagos como legítimos que fueron reportados en los estados financieros de Grupo Aval. (Securities and Exchange Commission, 2023). A la Fiscalía le quedará la tarea de determinar si hubo conocimiento, si éste fue especializado y, en tal caso, si se puede hablar de la existencia de posición de garante, creación o aumento de riesgo jurídicamente desaprobado, y si éste se concretó en el resultado.

En un pie de página del “*Cease-and-desist order*”, la SEC aclara que los hallazgos o afirmaciones sobre los hechos solamente vinculan a las dos sociedades. (Securities and Exchange Commission, 2023). Esto parece una especie de mención de un hecho ajeno, que fácilmente puede ser utilizado como argumento en contra del principio de identidad, porque se observa que únicamente son las personas físicas las que actúan, pues acción en sentido clásico desde von Beling (Beling, 1906, págs. 8-14) y von List (Velásquez, 2011, pág. 564) requiere voluntad. Por esta razón, en Colombia acudimos a la forma de autoría denominada “*actuar por otro*” y, acertadamente rechazamos la responsabilidad penal para personas jurídicas.

¿Qué trae para las personas físicas la “*confesión*” de la sociedad en su proceso? Cuando se habla del caso Odebrecht, el populismo punitivo parece virar en popa. Recientemente se anunció la realización de 55 imputaciones nuevas en este caso. (Portafolio, 2023). Los retos para la Fiscalía serán definir el conocimiento de los implicados, el título de autoría y participación al interior de las sociedades. En materia de razonamiento probatorio quedará la duda de si utilizar la “*confesión*” de las sociedades vulnera o no el derecho a la no incriminación de las personas que pretende procesar.

En conclusión, en esta entrada se explicó el caso Corficolombiana, el porqué es posible que exista una sanción penal y administrativa, el FCPA como fuente normativa y algunas observaciones sobre las repercusiones que pueden tener las declaraciones de las sociedades en los procesos de las personas físicas.

Si estos temas resultan de tu interés, te invitamos a nuestro evento de lanzamiento de la **Colección de Derecho Penal Económico**, el cual será realizado el 14 de septiembre de 2023. ¡Te esperamos! Prontamente estaremos compartiendo más información, así que te invitamos a estar al tanto de nuestras redes sociales.

Bibliografía y referencias

- Beling, E. L. (1906). *Die lehre vom verbrechen*. Mohr (P.Siebeck).
- Corporación Financiera Colombiana S.A. (2020). *Estautos sociales*. Bogotá.
- Cuestión Pública. (2023, 08 10). *Grupo Aval es sancionado por violar la ley de prácticas corruptas en EE. UU.* Retrieved 08 2023, from Cuestión Pública: <https://cuestionpublica.com/grupo-aval-es-sancionado-por-violar-la-ley-de-practic-as-corruptas-en-ee-uu/#:~:text=As%C3%AD%20las%20cosas%2C%20el%20Grupo,d%C3%B3lares%20para%20zanjar%20las%20acusaciones>.
- Giudice, L. (2011). Regulationg Corruption: Analyzing uncertainly in current Foreign Corrupt Practices Act enforcement. *Boston University Law Review*, 91 (1), 347-378.
- Grupo Aval . (2012). *Grupo Aval Acciones y Valores S.A y Subsidiarias. Notas de Estados Financieros Consolidados al 30 de junio de 2013 con cifras corporativas al 31 de diciembre de 2012 (Expresada en millones de pesos)*. Bogotá.
- Grupo Aval. (n.d.). *Preguntas frecuentes*. Retrieved 08 2023, from Grupo Aval: <https://www.grupoaval.com/wps/portal/grupo-aval/aval/inversionistas/preguntas-frecuentes#>
- Hunter, S. (2011). A Comparative Analysis of the Foreign Corrupt Practices Act and the U.K Bribery Act, and the Practical Implications of both on International Business. *ILSA Journal of International and Comparative Law*, 18(1), 89-114.
- Jones Day . (2010). *The Foreign Corrupt Practices Act: Enforcement Trends in 2010 and Beyond*.
- Office of Public Affairs U.S Department of Justice. (2023, 08 10). *Corficolombiana to Pay \$80M to Resolve Foreign Bribery Investigations*. Retrieved 08 2023, from Press Release: <https://www.justice.gov/opa/pr/corficolombiana-pay-80m-resolve-foreign-bribery-investigations>

Portafolio. (2023, 08 18). *Caso Odebrecht: no se halló evidencia contra familia Sarmiento*. Retrieved 08 2023 , from Portafolio:
<https://www.portafolio.co/economia/finanzas/caso-odebrecht-fiscalia-dice-que-no-se-hallo-evidencia-contra-familia-sarmiento-587554>

Securities and Exchange Commission. (2023). *Order instituting cease-and- desist proceedings pursuant to section 21c of the securities exchange act of 1934, making findings, and imposing a cease- and-desist order*.

Velásquez, F. V. (2011). *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*. Jurídica de Chile.