

MEMORANDO 220-009968 DEL 31 DE OCTUBRE DE 2017

ASUNTO: SU MEMORANDO RADICADO CON EL NÚMERO 2017-01-453054. CONSULTA SOBRE EFECTOS DEL DECRETO 119 DE 2017.

Respetado Doctor:

En atención a la consulta que tuvo a bien formular a través del Memorando del Asunto, corresponde a la Oficina Asesora Jurídica revisar las implicaciones de la expedición del Decreto 119 de 26 de Enero de 2017, frente a las competencias de la Superintendencia de Sociedades en materia de imposición de sanciones frente a la comisión de conductas constitutivas de infracciones del Régimen Cambiario. Puntualmente, la cuestión se plantea en los siguientes términos:

“...agradecemos su concepto sobre la aplicación a la nueva normatividad de lo decidido en su momento por el Comité de Integración Jurídica y Doctrinal de la Superintendencia de Sociedades, mediante Acta 1-2011 radicada con el No. 2011-01-121600 del 5 de abril de 2011, en cuanto tiene que ver con la definición como infracción cambiaria o no, del incumplimiento de la obligación de la receptora de la inversión, quien después de haber registrado el ingreso del capital extranjero al país, debe además, actualizar posteriormente el registro de la inversión.

Lo anterior, con el fin de determinar si tal incumplimiento constituirá infracción cambiaria de acuerdo con lo establecido por la nueva normativa.”

El objetivo propuesto, implica la revisión de las modificaciones que introduce el Decreto 119 de 2017, en el Decreto Único Reglamentario –DUR No. 1068 de 2015, compilatorio del Decreto 2820 de 2000 y los decretos que lo modifican, contentivos del Régimen General de Inversiones de capital del exterior en Colombia y de capital colombiano en el exterior.

Particularmente, la inquietud se concreta en la modificación que introduce el Decreto 119 de 2017, en su Artículo 2º, al Título 2 de la Parte 17 del Libro 2 del Decreto 1068 de 2015 y se enfoca en el nuevo contenido del Artículo 2.17.2.7.2., que a su turno modificó el contenido del Artículo 2.17.2.2.3.3., del mismo estatuto.

Así, se manifiesta tal inquietud en la incorporación de la conducta consistente en el incumplimiento a la orden del Banco de la República, dirigida a solicitar la información adicional que considere necesaria sobre inversiones internacionales para efectos estadísticos, como una conducta presuntamente constitutiva de infracción cambiaria, circunstancia que afectaría sustancialmente las competencias de esta Superintendencia, como quiera que la anterior regulación había excluido ese supuesto, como se estableció en el Acta No. 1-2011 del 22 de Marzo de 2011, del Comité de Integración Jurídica y Doctrinal (Rad. 2011-01-121600 del 5 de abril de 2011) de esta Superintendencia.

En otras palabras se trata de establecer si por virtud de las recientes disposiciones legales, el incumplimiento a las reglas sobre actualización de inversión que fueron incluidas en la última

versión de la Circular Reglamentaria Externa DCIN 83 de 2003, vigente desde el 26 de Julio de 2017, es una conducta constitutiva de infracción cambiaria, frente a la cual esta Superintendencia tendría que tomar las medidas que corresponden conforme al régimen sancionatorio.

Para mayor ilustración, se transcriben a continuación las normas que generan la dificultad interpretativa

LEGISLACION ANTERIOR

Título 2 de la Parte 17 del Libro 2 del Decreto 1068 de 2015, especialmente en cuanto corresponde al Artículo 2.17.2.2.3.3., que incorporó el Art 8 del Decreto 2080 de 2000, modificado por el Art 4 del Decreto 4800 de 2010.

ARTÍCULO 2.17.2.2.3.3. Registro. El inversionista de capital del exterior, o quien represente sus intereses, deberá registrar las inversiones iniciales o adicionales en el Banco de la República de acuerdo con el procedimiento que establezca esta entidad y conforme a

los siguientes términos:

a) Las inversiones directas y las inversiones de portafolio en divisas se registrarán con la presentación de la declaración de cambio correspondiente a su canalización a través del mercado cambiario:

b) En el caso de las inversiones de capital del exterior de portafolio, los pagos asociados a las mismas podrán ser objeto de neteo, sin perjuicio de que las inversiones deban registrarse por su monto total, en los plazos y condiciones que establezca el Banco de la República.

El Banco de la República podrá establecer los plazos y condiciones del registro de la inversión extranjera que se realice con ocasión de la

CAMBIOS INTRODUCIDOS

Artículo 2° del Decreto 119 de 2017, por medio del cual se modifica integralmente el Título 2 de la Parte 17 del Libro 2 del Decreto 1068 de 2015, especialmente en cuanto concierne a su nuevo Artículo 2.17.2.7.2.

Artículo 2.17.2.7.2. Información. El Banco de la República podrá solicitar a los inversionistas o a las empresas receptoras de la inversión, la información adicional que considere necesaria sobre las inversiones internacionales para

efectos estadísticos. La solicitud de información adicional se realizará de manera independiente al procedimiento de registro y en nada incidirá con el mismo, ni con los derechos cambiarios del inversionista.

La autoridad de supervisión y control del inversionista o de la empresa receptora de la inversión, podrá tomar las medidas que se deriven del incumplimiento en el suministro de la información adicional conforme con el régimen sancionatorio por la omisión al cumplimiento del deber de remitir información que sea requerida por el Banco de la República

Parágrafo 1. El Banco de República

implementación o funcionamiento de fondos de inversión colectiva bursátiles locales o extranjeras denominadas internacionalmente como "Exchange Traded Funds -ETF's-", y de programas sobre certificados de depósitos negociables representativos de valores, incluido el registro de las operaciones de inversión extranjera necesarias para la constitución y redención de los valores o participaciones emitidos por los mencionados fondos o por dichos programas;

c) Las demás modalidades de inversión de capital del exterior se registrarán dentro de un plazo máximo de doce (12) meses contados a partir del momento en que se efectúe la inversión. Este registro se hará en los términos y condiciones que establezca el Banco de la República;

d) En el caso de la inversión suplementaria al capital asignado de sucursales de los sectores de hidrocarburos y minería sujeta al régimen cambiaria especial establecido por la Junta Directiva del Banco de la República, el registro se efectuará con la presentación de la solicitud correspondiente, dentro de los seis (6) meses siguientes, contados a partir del cierre contable del período de realización de la inversión que para tal efecto determine el Banco de la República;

e) La sustitución de la inversión original, entendiéndose por tal, cambios en los titulares, en la destinación o en la empresa receptora de la misma, deberá registrarse en el Banco de la República. El registro se efectuará dentro de un plazo máximo de doce (12) meses contados a partir del momento en que se efectúe la sustitución. Este registro se hará en los términos y condiciones que establezca el Banco de la República.

mantendrá a disposición de entidades control y vigilancia del régimen cambiario y de inversiones internacionales, y de las demás autoridades administrativas y judiciales que lo requieran para el cumplimiento de sus funciones, la información el registro de las inversiones de que este Título.

Parágrafo 2. El Banco de la República informará periódicamente al Ministerio de Minas y Energía, en relación con las empresas sometidas al régimen especial del sector de hidrocarburos y minería, sobre los movimientos de capital del exterior, identificando los inversionistas del exterior, la empresa receptora, y los montos de inversión registrados.

Parágrafo 3. El Banco de la República informará periódicamente los datos mensuales sobre las inversiones que registre al Departamento Nacional Planeación - DNP, la Unidad Administrativa Especial Dirección de impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN y al Ministerio Comercio, Industria y Turismo, identificando por lo menos, el inversionista, la empresa receptora, y el monto de la inversión registrado.

Parágrafo 4. El Banco de la República informará periódicamente a la Superintendencia Financiera Colombia en relación con las entidades sometidas a su inspección y vigilancia sobre los movimientos las inversiones identificando los inversionistas residentes o no residentes, la empresa receptora, las inversiones y montos registrados.

Parágrafo 5. Si la información que suministren las entidades en desarrollo lo previsto en este artículo tiene el carácter de

PARÁGRAFO 1. Deberán registrarse como inversión extranjera las sumas que el inversionista pague a la empresa receptora por prima en colocación de aportes. Si la sociedad decide hacer reparto de estas sumas recibidas deberá informar de ello al Banco de la República en los términos y condiciones que él establezca.

PARÁGRAFO 2. Para efectos del ordinal v) del literal a) del artículo 2.17.2.2.1.2 del presente título, las sucursales de sociedades extranjeras podrán registrar como inversión extranjera directa las disponibilidades de capital en forma de divisas que permanezcan en la cuenta corriente que mantengan con la casa matriz durante la vigencia anual a la que correspondan sus utilidades, previa demostración de esta circunstancia ante el Banco de la República, conforme a la documentación que este exija. El valor en divisas de estas disponibilidades deberá ser incluido en una cuenta especial que se denominará en el balance de la sucursal como inversiones suplementarias al capital asignado y quedará sujeto al régimen cambiaria que se aplica a dicho capital asignado. En ningún caso las sucursales podrán tener saldos negativos por concepto de inversión suplementaria al capital asignado.

Se exceptúan de lo anterior, las sucursales de sociedades extranjeras de los sectores de hidrocarburos y minería sujetas al régimen cambiarlo especial establecido por la Junta Directiva del Banco de la República, las cuales podrán contabilizar como inversión suplementaria al capital asignado, además de las disponibilidades de divisas, las disponibilidades de capital en forma de bienes o servicios. Estas sucursales podrán tener saldos negativos por concepto de inversión suplementaria al capital asignado.

pública calificada como clasificada o reservada, según los términos previstos en la Ley 1712 de 2014 y demás normas que resulten aplicables, la entidad que remite los datos deberá advertirle de tal circunstancia a la entidad que los recibe, para que esta última excepcione también su divulgación. La entidad que clasifica originalmente la información será la responsable de dar respuesta a las solicitudes de acceso a dicha información.

PARÁGRAFO 3. El Banco de la República, de conformidad con lo previsto en el presente título, podrá establecer procedimientos especiales de registro teniendo en cuenta los mecanismos de transacción utilizados.

PARÁGRAFO 4. El Banco de la República se abstendrá de registrar las inversiones que se realicen en contravención de lo dispuesto en el presente título.

Tampoco se registrarán las inversiones cuando el interesado no presente la declaración de cambio correspondiente a su canalización como inversión a través del mercado cambiario.

PARÁGRAFO 5. El incumplimiento del registro de la inversión extranjera, en la oportunidad y en las condiciones en que deba efectuarse, constituye infracción cambiaria.

PARÁGRAFO 6. El Banco de la República podrá solicitar, dentro del plazo que estime pertinente, la actualización de la información que considere necesaria para efectos del seguimiento al registro de las inversiones extranjeras en Colombia.

Como se puede apreciar de la lectura del Parágrafo 6 de la Legislación anterior, la facultad del Banco de la República para solicitar actualización de información atiente al registro, quedó sin tipificación sancionatoria, circunstancia que le sirvió de fundamento al Comité de Integración Jurídica y Doctrinal de esta Superintendencia, para concluir sin lugar a duda que el incumplimiento a la orden de actualización del registro de la inversión extranjera, emitida por el Banco de la República, había desaparecido como conducta constitutiva de infracción cambiaria.

El contenido de la nueva legislación, por su parte, resulta confuso y dubitativo, para definir si la regulación ahora vigente, deliberadamente volvió a configurar el incumplimiento a la orden de actualización del registro de inversión extranjera, como una conducta constitutiva de infracción cambiaria, circunstancia que motiva la consulta que se estudia.

Para abordar el análisis de la nueva disposición, se hace necesario proyectar sus efectos, desde diferentes ángulos, de manera que se pueda establecer su alcance, su esencia y su estructura, de cara a la configuración de una nueva infracción cambiaria.

a. La primera premisa de la norma en cuestión, Artículo 2.17.2.7.2., del Decreto 1068 de 2015, modificado por el Artículo 2° del Decreto 119 de 2017, dice relación con la atribución de competencia al Banco Emisor, para impartir órdenes a los inversionistas o a las empresas receptoras de la inversión, en la forma, condiciones y detalle que estime conveniente, dirigida a que presenten “...la información adicional que considere necesaria sobre las inversiones internacionales para efectos estadísticos.”

Se trata de una atribución de competencia plena para impartir órdenes, con el objeto de solicitar a los inversionistas o a las empresas receptoras de la inversión, la información adicional, en los términos, condiciones y detalle que estime pertinente.

En desarrollo de esta atribución, el Banco de la República, actualizó la Circular Reglamentaria Externa DCIN 83 de 2003, vigente desde el 26 de julio de 2017, en el sentido de ordenar a las empresas receptoras de la inversión de capital exterior, el reporte de la actualización de la inversión en el Formulario 15, contenido en el aplicativo de esa institución, para lo cual dio como plazos el 15 de julio y el 15 de agosto, de cada anualidad, en función de si el número de NIT de la empresa termina en número par o impar.

Así mismo ordenó la actualización del registro de inversión suplementaria al capital asignado y de las cuentas patrimoniales – sucursales de régimen especial, para lo cual dispuso el reporte de la información en el Formulario 13, dentro de los seis meses siguientes al cierre contable a 31 de diciembre, de cada anualidad.

Como es sabido, una vez el Banco de la República imparte las órdenes correspondientes, claramente surge para los destinatarios de las mismas la obligación de proceder a actualizar el registro correspondiente, en el formulario indicado, dentro de los plazos establecidos y con las

especificaciones previamente determinadas.

b. El segundo componente de la normativa en examen, contiene una mención expresa a la autoridad de supervisión y control del inversionista, o de la empresa receptora de la inversión.

Indiscutiblemente, le atribuye a la autoridad de supervisión, competencia para activar el régimen sancionatorio cambiario, cuando quiera que se incumpla el deber de remitir la información que sea requerida por el Banco de la República.

Así, se presenta en esta elaboración normativa, una descripción que tipifica el incumplimiento a las órdenes del Banco de la República dirigidas a que los sujetos obligados suministren información adicional, como una conducta constitutiva de infracción.

Hay una doble configuración de la tipificación en mención, que hace confuso su entendimiento, pues la norma primero ordena que se implementen “...las medidas que se deriven del incumplimiento en el suministro de la información adicional conforme con el régimen sancionatorio...”, y luego repite que tales medidas se deben activar “...por la omisión al cumplimiento del deber de remitir información que sea requerida por el Banco de la República.”

No obstante lo anterior, tratando de desentrañar el sentido de la disposición invocada, es pertinente plantear la siguiente conclusión:

A partir de la expedición del Decreto 119 de 2017, el Banco de la República tiene competencia para ordenarle al inversionista, o a la empresa receptora de la inversión, la actualización del registro (suministro de información adicional), en los términos, condiciones y detalle que estime pertinente.

Aunque la norma citada no lo indica expresamente, el incumplimiento a las órdenes impartidas por la mencionada autoridad se entendería como una infracción cambiaria, por lo cual, correspondería a la entidad de supervisión adelantar la correspondiente investigación a efectos de definir la responsabilidad de los presuntos infractores.

Si bien su texto utiliza términos equívocos, que ocultan, condicionan y confunden tal atribución de competencia sancionatoria, en tanto que la redacción de la disposición, adopta una fórmula facultativa para definir el alcance de la competencia de la autoridad de supervisión, en el sentido de señalar que “...podrá tomar las medidas que se deriven del *incumplimiento en el suministro de información adicional...*”, es de suponer que los que trata de señalar en su sustancia no es otra cosa que la autoridad de supervisión deba disponer la apertura de una investigación administrativa cambiaria tendiente a definir la responsabilidad de los sujetos obligados, cuando quiera que objetivamente se presente la infracción a las órdenes impartidas.

Bajo esa interpretación sobre la nueva legislación en materia de actualización del registro de la inversión, es dable afirmar que los fundamentos de derecho que sirvieron de fundamento al pronunciamiento del Comité de Integración Jurídica y Doctrinal de la Superintendencia de Sociedades, mediante Acta 1-2011 radicada con el No. 2011-01-121600 del 5 de abril de 2011,

han desaparecido.

En efecto, el incumplimiento a las órdenes impartidas por el Banco de la República en materia de actualización del registro, en lo sucesivo constituirá una infracción cambiaria, a la luz de lo establecido en el artículo 2° del Decreto Ley 1746 de 4 de julio de 1991, en la medida en que se considera una transgresión a las disposiciones del Régimen General de Inversiones de capital del exterior en Colombia y de capital colombiano en el exterior, contenido en el Título 2 de la Parte 17 del Libro 2 del Decreto 1068 de 2015, modificado por el Artículo 2° del Decreto 119 de 2017.

Por consiguiente, a la Superintendencia de Sociedades, como autoridad de supervisión cambiaria, le corresponderá adelantar las investigaciones administrativas cambiarias a que haya lugar, cuando quiera que se presente infracción a las órdenes del Banco de la República en relación con la actualización del registro de la inversión.

En los anteriores términos se ha atendido su inquietud, no sin antes advertir que la presente respuesta, tiene los efectos previstos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.