

**OFICIO 220-191807 DEL 9 DE DICIEMBRE DE 2021**

**ASUNTO: APLICACIÓN DEL RÉGIMEN SANCIONATORIO CAMBIARIO EN MATERIA DE INVERSIONES FINANCIERAS.**

Me refiero a su escrito radicado en esta entidad con el número y fecha de la referencia, mediante el cual formula las siguientes inquietudes:

“(…) Frente al acápite de competencias:

1. ¿La Entidad legalmente competente para fiscalizar las inversiones financieras y en activos en el exterior realizadas por personas jurídicas residentes en el país, es la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, o la Superintendencia de Sociedades y con base en qué fundamento jurídico?

2. ¿La Entidad legalmente competente para fiscalizar las inversiones financieras y en activos en el exterior realizadas por personas naturales residentes en el país, es la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, o la Superintendencia de Sociedades y con base en qué fundamento jurídico? (…)

Frente al acápite de régimen sancionatorio: (…)

4. ¿Sin perjuicio de que la normatividad cambiaria indica que la sanción puede ser hasta del 200%, el límite de 4% desarrollado doctrinariamente por esta entidad sigue vigente o sufrió alguna modificación, y con base en qué fundamento jurídico?”

Se recuerda que las demás preguntas fueron trasladadas a otras entidades, como se le informó mediante oficio con radicado 2021-01-699013.

Previamente a responder su inquietud, debe señalarse que, en atención al derecho de petición en la modalidad de consulta, la Superintendencia de Sociedades con fundamento en los artículos 14 y 28 de la Ley 1437 de 2011, sustituidos por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015, emite conceptos de carácter general y abstracto sobre las materias a su cargo, y sus respuestas a las consultas no son vinculantes ni comprometen la responsabilidad de la entidad.

También es procedente informarle, para efecto del conteo de términos en la atención de su consulta, que mediante el artículo 5º de la parte resolutive del Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020, expedido con ocasión de la emergencia sanitaria

derivada del Coronavirus COVID-19 y mientras ésta se mantiene, el Gobierno Nacional amplió los términos para que entidades como esta Superintendencia atiendan peticiones de consulta en treinta y cinco (35) días.

Con el alcance indicado, este Despacho procede a dar respuesta a su consulta en los siguientes términos:

1. Al respecto de las dos primeras inquietudes planteadas, es preciso indicar lo siguiente:

1.1. El numeral 12 del artículo 7 del Decreto 1736 de 2020, establece:

**“ARTÍCULO 7.- Funciones Generales de la Superintendencia de Sociedades.**

(...)

12. Ejercer las funciones relacionadas con el cumplimiento del régimen cambiario en materia de inversión extranjera en Colombia, inversión colombiana en el exterior por parte de personas naturales y jurídicas, así como sobre las operaciones de endeudamiento externo efectuadas por empresas o sociedades públicas o privadas.”.

1.2. Por su parte, el numeral 6 del artículo 3 del Decreto 1742 de 2020, dispone:

**“ARTÍCULO 3. Funciones Generales.** Corresponde a la DIAN ejercer las siguientes funciones:

(...)

6. Controlar y vigilar las operaciones derivadas del régimen cambiario que no sean competencia de otra entidad.”.

1.3. Igualmente, se debe precisar que la inspección, vigilancia y control de las sociedades comerciales que el Presidente de la Republica ejerce por conducto de esta Superintendencia, en los términos del artículo 82 de la Ley 222 de 1995, se ejerce frente al cumplimiento del régimen cambiario en materia de inversión extranjera, inversión colombiana en el exterior y endeudamiento externo.<sup>1</sup>

Al respecto, este Despacho indicó, mediante concepto 220-203779 de 2 de noviembre de 2016, lo siguiente:

1 COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio 220-203779 (2 de noviembre de 2016). [En Línea]. Asunto: Competencia régimen cambiario Superintendencia de Sociedades. [Consultado el 17 de noviembre de 2021]. Disponible en: [https://www.supersociedades.gov.co/nuestra\\_entidad/normatividad/normatividad\\_conceptos\\_juridicos/OFICIO%20220-203779.pdf](https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/OFICIO%20220-203779.pdf)



“De lo expuesto se desprende que las inversiones financieras y de activos en el exterior, no son objeto de las funciones de vigilancia que le competen a esta Superintendencia, lo que no excluye que con motivo del análisis de alguna operación en particular que deba evaluar por conducto del Grupo de Régimen Cambiario, en ejercicio de las funciones asignadas por el Decreto 1746, relacionado con la aplicación del proceso administrativo sancionatorio cambiario, se determine la existencia de una operación de inversión extranjera en Colombia o Colombiana en el exterior, caso en el cual ha de adoptar la decisión a que haya lugar.

En materia de competencia, la Ley 489 del 29 de diciembre de 1998, por la que se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones, establece en su artículo 5º lo siguiente:

“Competencia Administrativa. Los organismos y entidades administrativas deberán ejercer con exclusividad las potestades y atribuciones inherentes, de manera directa e inmediata, respecto de los asuntos que les hayan sido asignados expresamente por la ley, la ordenanza, el acuerdo o el reglamento ejecutivo.”

A la regla anterior se suma que el artículo 3º del Decreto 4048 del 22 de octubre de 2008, dispone: “Funciones Generales. Corresponde a la DIAN ejercer las siguientes funciones: “...5. Controlar y vigilar las operaciones derivadas del régimen cambiario que no sean competencia de otra entidad;...” premisa de la que se infiere que la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), es la llamada a ejercer las funciones residuales frente a la vigilancia y control de aquellas operaciones no atribuidas a la competencia de otra autoridad , lo que a juicio de esta oficina permite reiterar que no es esta la Entidad competente para conocer de operaciones financieras o de activos en el exterior.”.

Siendo así que, acorde con lo indicado por este Despacho, la Superintendencia de Sociedades no es competente para conocer de conductas asociadas a inversiones financieras y de activos en el exterior, realizadas por personas naturales o por personas jurídicas.

2. Frente a la inquietud correspondiente a la sanción que se impone por infracción al régimen cambiario por parte de esta entidad:

2.1. Los artículos 3º y 22 del Decreto 1746 de 1991, establecen:

“Artículo 3º. Las personas naturales o jurídicas que no sean intermediarios del mercado cambiario, que infrinjan el régimen cambiario, serán sancionadas con



la imposición de multas a favor del Tesoro Nacional hasta el 200% del monto de la infracción cambiaria comprobada.

La multa se graduará atendiendo las circunstancias objetivas que rodearon la comisión de la infracción.

En caso de que una persona natural o jurídica infrinja reiteradamente el régimen cambiario, en forma tal que se infiera razonadamente que las operaciones de cambio han sido utilizadas ficticiamente para amparar ingresos o egresos de divisas que no correspondan a operaciones autorizadas, se podrá imponer como sanción accesoria a la multa la prohibición para celebrar operaciones de cambio durante un término que o podrá ser inferior a un (1) año ni superior a cinco (5).”.

Artículo 22. En caso de que el infractor se haya allanado totalmente a los cargos, la multa correspondiente no excederá de un 70% del monto de la respectiva infracción, excepto en aquellos casos en que la actuación administrativa se haya iniciado en virtud de disposiciones dictadas en desarrollo de estados de excepción.”

2.2. Sobre la graduación de la sanción, este Despacho ha señalado lo siguiente:

#### “SANCIÓN ADMINISTRATIVA. PODER PUNITIVO

2.1. Naturaleza y finalidad de las normas que consagran sanciones administrativas.

Siguiendo los criterios definidos por la Corte Constitucional para determinar la naturaleza jurídica de una sanción<sup>4</sup> debe concluirse que la sanción de la ley 66 de 1968 es de carácter administrativo, en tanto, desde su concepción el órgano competente para imponerla era y sigue siendo de carácter administrativo; la finalidad de la norma es claramente persuasiva o disuasiva y preventiva; está dirigida a las personas que realizan actividades en las que está prevista la intervención del Estado relacionadas con la vivienda para conminarlas al cumplimiento de las órdenes o requerimientos que se expidan en uso de las facultades de inspección, vigilancia y control que se ejercen a través de las autoridades municipales o Distritales.

2.2. Principio de legalidad y tipicidad de las normas sancionatorias.

Al margen de la discusión sobre la independencia del derecho administrativo sancionador frente al derecho penal, a la cual se ha dedicado gran parte de la doctrina nacional y extranjera<sup>5</sup> la Sala analizará la sanción contenida en la ley 66 de 1968 y las normas que la modifican y reglamentan, a partir de su



naturaleza jurídica y de las reglas fijadas por la Corte Constitucional respecto de la aplicación de los principios de reserva legal y tipicidad frente a la potestad administrativa sancionadora.

En efecto, dicha Corporación en sentencia C-921 –01 precisó el alcance del principio de legalidad frente a la potestad sancionadora de la administración al señalar que si bien es cierto, el artículo 29 de la Carta prevé que éste rige tanto las actuaciones judiciales como las administrativas y está integrado, a su vez, por otros dos principios: el de reserva legal y el de tipicidad, también lo es, que en materia administrativa se predica una mayor flexibilidad en su aplicación que la atribuida a los mismos principios en el derecho penal.<sup>7</sup>

Dijo la Corte en la sentencia en comento:

"El principio de legalidad que rige tanto las actuaciones judiciales como las administrativas, está integrado, a su vez, por otros dos principios: el de reserva legal y el de tipicidad. De conformidad con el primero sólo el legislador está constitucionalmente autorizado para consagrar conductas infractoras de carácter delictivo, contravencional o correccional, establecer penas restrictivas de la libertad o sanciones de carácter administrativo o disciplinario, y fijar los procedimientos penales o administrativos que han de seguirse para efectos de su imposición. De acuerdo con el segundo, el legislador está obligado a describir la conducta o comportamiento que se considera ilegal o ilícito, en la forma más clara y precisa posible, de modo que no quede duda alguna sobre el acto, el hecho, la omisión o la prohibición que da lugar a sanción de carácter penal o disciplinario.

Igualmente, debe predeterminedar la sanción indicando todos aquellos aspectos relativos a ella, esto es, la clase, el término, la cuantía, o el mínimo y el máximo dentro del cual ella puede fijarse, la autoridad competente para imponerla y el procedimiento que ha de seguirse para su imposición. Así las cosas, "el principio de reserva legal, implica en el Estado democrático de derecho, que él único facultado para producir normas de carácter penal es el legislador, pues además de ser esa su función natural en desarrollo del principio de división de poderes, en él se radica la representación popular, la cual es esencial en la elaboración de todas las leyes, pero muy especialmente en las de carácter penal.

Los principios que rigen en materia penal no son aplicables con la misma rigidez y rigurosidad al proceso administrativo disciplinario, de ahí que la Corte haya señalado en reiterada jurisprudencia, que los principios que rigen el derecho penal son aplicables mutatis mutandi (sic) al derecho disciplinario, lo cual encuentra justificación en la naturaleza y fines de uno y otro. "La no total aplicabilidad de las garantías del derecho penal al campo administrativo obedece a que mientras en el primero se protege el orden social en abstracto y su ejercicio persigue fines retributivos, preventivos y resocializadores, la





potestad sancionatoria de la administración se orienta más a la propia protección de su organización y funcionamiento, lo cual en ocasiones justifica la aplicación restringida de estas garantías -quedando a salvo su núcleo esencial- en función de la importancia del interés público amenazado o desconocido."

A partir de los parámetros señalados por la Corte Constitucional al revisar la constitucionalidad de las normas sancionatorias de carácter administrativo, puede la Sala concluir que:

De conformidad con lo previsto en el artículo 29 de la Constitución es al legislador a quien le compete definir la tipicidad de las conductas constitutivas de una sanción administrativa, por lo tanto, no es posible que la administración, so pretexto de aplicar la norma modifique elementos esenciales del tipo y por esta vía agrave la sanción prevista por el legislador.

La flexibilidad en la aplicación del principio de legalidad es posible siempre y cuando se garanticen los derechos fundamentales y se brinde seguridad jurídica al administrado, pues tal y como lo afirma el tratadista español Alejandro Nieto en su obra "Derecho Administrativo Sancionador":

"La suficiencia de la tipificación es, en definitiva, una exigencia de la seguridad jurídica y se concreta, ya que no en la certeza absoluta, en la predicción razonable de las consecuencias jurídicas de la conducta. A la vista de la norma debe saber el ciudadano que su conducta constituye infracción, y, además, debe conocer también cuál es la respuesta punitiva que a tal infracción depara el Ordenamiento.

O, dicho con otras palabras: la tipificación es suficiente cuando consta en la norma una predeterminación inteligible de la infracción, de la sanción y de la correlación entre la una y la otra."

El principio de tipicidad a través del cual se garantiza la seguridad jurídica a los administrados se cumple en la medida en que el legislador defina los aspectos esenciales de la norma sancionatoria, es decir, que sea éste el que defina el sujeto activo, describa nítidamente la conducta y defina la sanción.

La conducta y la sanción deben tener una relación proporcional y razonada de tal manera que conmine a los particulares a cumplir la ley para hacer efectivo los derechos y el interés público protegido en la disposición de que se trate. (...)"<sup>2</sup>

2 COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio 220-016781 (8 de marzo de 2019). [En Línea]. Asunto: Facultades sancionatorias de la superintendencia de sociedades. - graduación de las multas. [Consultado el 19 de noviembre de 2021]. Disponible en: [https://www.supersociedades.gov.co/nuestra\\_entidad/normatividad/normatividad\\_conceptos\\_juridicos/OFICIO\\_220-016781\\_DE\\_2019.pdf](https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/OFICIO_220-016781_DE_2019.pdf)



Conforme a lo anterior, se reitera que por virtud del principio de tipicidad debe determinarse la conducta y la sanción a imponer de acuerdo con la infracción cambiaria cometida, y solo quien tiene a cargo la atribución de imponer una sanción, tiene el deber legal de observar otros principios tales como la proporcionalidad y la razonabilidad en su imposición, por lo que lo indicado por esta entidad relacionado con el porcentaje del 4% al que alude su comunicación, no constituye la base fundamental para fijar el monto de la sanción, toda vez que como se explicó, dicho monto fue determinado por el artículo tercero del Decreto 1746 de 1991, tomando como base el monto total de la operación.

De conformidad con lo expuesto, se respondió de manera cabal su consulta. Se reitera que los efectos del presente pronunciamiento son los descritos en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011 y que en la Página WEB de esta entidad puede consultar directamente la normatividad, así como los conceptos que la misma ha emitido sobre las materias de su competencia y la Circular Básica Jurídica, entre otros documentos de consulta.