

**RIGIDEZ EN LAS MODALIDADES DE REGISTRO DE INVERSIÓN
EXTRANJERA DIRECTA EN COLOMBIA: UN OBSTÁCULO AL ACCESO DE
LOS DERECHOS CAMBIARIOS DE LOS NO RESIDENTES EN EL PAÍS.**

Paola Andrea Reyes Hurtado¹

RESUMEN:

El Decreto 2080 de 2000 establece que los no residentes colombianos que realicen inversiones en el territorio nacional deben registrar ante el Banco de la República su inversión y este registro les otorga derechos cambiarios. Este decreto define cuáles son las inversiones directas (destinadas a empresas, contratos de colaboración empresarial, fiducias, inmuebles y fondos de capital privado), así como las modalidades de inversión (origen de los recursos para efectuar esta inversión). Estas modalidades son restrictivas, impidiendo en muchas ocasiones el registro de la inversión; por ello el Ministerio de Hacienda y Crédito Público ha elaborado un proyecto de decreto que modifica y elimina dichas restricciones.

ABSTRACT:

Decree 2080, 2000, establishes that non Colombian residents must register their foreign investment before the Central Bank and then will have guaranteed their exchange market rights. The mentioned decree indicates which are the direct foreign investments (such as in companies, contracts, fiduciary, properties and private equity funds) and which are the types of investments (where the funds come from). These types of investment are restrictive, even making impossible for investors to register them; therefore, the Ministry of Finance and Public Credit has draft a project of Decree which modifies and eliminates those restrictions.

¹ Paola Andrea Reyes Hurtado, Abogada egresada de la Universidad de Los Andes, Especialista en Contratación Internacional de la Universidad Externado de Colombia, Especialista en Derecho Comercial de la Universidad de Los Andes, Socia-Abogada de la firma Reyes & Hurtado Consultores S.A.S., correo electrónico: paola.reyes@reyesyhurtado.com

PALABRAS CLAVE:

Inversión Extranjera Directa en Colombia, Registro de Inversión, Derechos Cambiarios, Modalidades de Inversión, Igualdad de Trato, Banco de la República, Transacciones Civiles y Comerciales, Proyecto de Decreto.

KEYWORDS:

Foreign Direct Investment in Colombia, Investment Registration, Exchange Market Rights, Types of Investment, Equal treatment, Central Bank, Civil and Commercial Transactions, Draft Decree.

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN - I. BARRERAS DEL RÉGIMEN DE INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA EN COLOMBIA. - 1. Análisis de las posibles barreras del Régimen de IEDC en la Constitución Política de Colombia. - 2. Análisis de las posibles barreras del Régimen de IEDC en el régimen legal. - 2.1. Mandatos de la Ley 9 de 1991 en la IEDC. - 2.2. Disposiciones del Decreto 2080 de 2000. - 3. Análisis de las posibles barreras del Régimen de IEDC en la reglamentación expedida por la Junta Directiva del Banco de la República. - 3.1. Disposiciones de la Resolución No.8 de 2000. - 3.2. Capítulo 7 de la Circular Reglamentaria DCIN-83 expedido por el Banco de la República vigente hasta el 30 de diciembre de 2015. - 3.3. Capítulo 7 de la Circular Reglamentaria DCIN-83 expedido por el Banco de la República vigente a partir del 4 de Enero de 2016. - 3.4. Formularios e Instructivos de la Circular Reglamentaria DCIN-83 expedido por el Banco de la República. - 3.4.1. Formulario No. 11 y su instructivo. – II. FUENTE U ORIGEN DE LOS RECURSOS PARA LAS INVERSIONES DE NO RESIDENTES. - 1. Transacciones a Título Oneroso. - 1.1. Pago con recursos. - 1.2. Pago en Especie. - 2. Transacciones a Título Gratuito. - 2.1. Donación. - 2.2. Herencias y Legados. - 2.3. Loterías. - 3. Activos de Residentes Colombianos. - III. PROYECTO DE DECRETO EXPEDIDO POR EL MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO. 1. Principio de Igualdad. - 2. Definiciones sobre Inversiones de Capital

del Exterior. - 3. Modalidades de Inversión. - 4. Registro de las Inversiones. - 5. Representación de los inversionistas. - CONCLUSIONES – Bibliografía

INTRODUCCIÓN

En Colombia se han presentado dos grandes períodos en la regulación cambiaria. El primero, con el control cambiario, a partir de 1967 hasta la terminación de la década de los años 80; periodo que se caracteriza por un profundo proteccionismo. El segundo a partir de 1991, con unos visos acentuados de apertura y liberación con prevenciones marcadas.

El primer periodo inicia con la promulgación de la Ley 6 de 1967 el 13 de marzo, la cual establecía disposiciones sobre régimen de cambios internacionales y comercio exterior; facultando al Gobierno Nacional la reglamentación del control de las transferencias de capital previstas para los países miembros del Fondo Monetario Internacional. En concordancia, el Gobierno Nacional expidió el Decreto-Ley 444 de 1967 (estatuto de control cambiario), de gran importancia para la historia económica colombiana, toda vez que se fundamenta, entre otros, en el “estímulo a la inversión de capitales extranjeros en armonía con los intereses generales de la economía nacional” (D.444/1967, Art.1). Su objetivo era mantener un adecuado nivel de reservas internacionales para el manejo normal de los cambios internacionales y la protección de la producción nacional (Reyes, 2003, P.279-280).

De acuerdo con esta norma, las modalidades de inversión previstas –lo que pueden aportar los inversionistas extranjeros- eran: “la importación de maquinaria y equipos con licencias no reembolsables; importaciones de divisas que se vendan al Banco de la República para inversiones en moneda nacional, y las demás que determine el Consejo Nacional de Política Económica” (D.444/1967, Art. 106).

Igualmente, esta norma establecía la obligatoriedad de someter toda inversión inicial, adicional o sustitución, a la aprobación previa del Departamento Nacional de Planeación, quien evaluaba el proyecto de inversión presentado por el inversionista tomando en cuenta “la contribución de la inversión al nivel de empleo en el país; efecto neto sobre la balanza de pagos; grado de utilización de las materias primas; vinculación de capitales e inversionistas nacionales; contribución al proceso de integración latinoamericana” (D.444/1967, Art. 110).

En todo caso, por las restricciones no solo de ingreso de los capitales sino de salida de los recursos provenientes de las utilidades generadas por las compañías, se expidieron una serie de normas que eliminaban paulatinamente dichas restricciones y se iban ajustando a los acuerdos pactados por Colombia en el Acuerdo de Cartagena, tales como, la Decisión 24, las Resoluciones 29 de 1978 y 44 de 1987, del Consejo Nacional de política Económica y Social –CONPES- y el Decreto 170 de 1977 con el cual se adiciona a las modalidades de inversión los aportes de intangibles y las sumas en moneda nacional con derecho a giro, es decir las sumas debidas por la empresa en Colombia a sus inversionistas extranjeros originadas en importaciones de tipo reembolsable.

Ahora bien, para finales de los años 80 se empieza a presentar una expansión mundial de las economías, lo que dejaba ver la entrada de la era de la globalización. Como lo indica Reyes (2003)

Colombia no es ajena a estas circunstancias, por cuanto el influjo de los movimientos externos hace que nuestros legisladores piensen en que el país debe estar de acuerdo con la evolución económica del mundo y proyectarlo hacia proceso de desmonte del control y encierro en que se encuentra, y es así como en año de 1991 se da en este sentido un gran paso (Reyes, 2003, P.283)

con la expedición de la Ley 9 de 1991 conocida como la Ley de apertura e internacionalización de la economía.

Entre las finalidades de esta Ley, se encuentra la creación del mercado cambiario constituido por las divisas negociables a través de los intermediarios del mercado cambiario (IMC) y la creación del mecanismo de compensación o cuenta corriente; en consecuencia elimina la facultad del Banco de la República como manejador directo de las divisas. Por su parte, el CONPES expide la Resolución 51 de 1991 (Estatuto de Inversiones Internacionales), con sujeción a la Ley 9 de 1991 y a la Decisión 291 del Acuerdo de Cartagena. Esta norma tuvo vigencia hasta 1996, cuando la Corte Constitucional consideró que el CONPES no era competente para legislar sobre inversiones internacionales, sino el Gobierno Nacional quien, con el Decreto 1295 de 1996, deja vigente lo establecido en la Resolución 51 de 1991²(Reyes, 2003, P.284-285).

Posteriormente, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público³ expide el actual estatuto de inversiones internacionales, Decreto 2080 de 2000⁴, mediante el cual

² “La Resolución 51 de 1991 del Consejo de Política Económica y Social, CONPES, las normas que la hubieren modificado y las que en el futuro la modifiquen, sustituyan o complementen, constituyen el Estatuto de Inversiones Internacionales del país, el cual comprende el régimen de inversión de capital del exterior en el país y el régimen de las inversiones colombianas en el exterior” (D.1295/1996, Art.1).

³ Basado en lo dispuesto en el artículo 13 de la Constitución Política, la ley 9 de 1991 y la Ley 31 de 1992.

⁴ El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, “en ejercicio de las facultades constitucionales, especialmente las contenidas en el numeral 11 y 25 del artículo 189 de la Constitución Política, propendió por la simplificación y compilación orgánica del sistema nacional regulatorio con el objetivo de compilar y racionalizar las normas de carácter reglamentario que rigen en el sector y contar con un Instrumento jurídico único para el mismo” (D.1068/2015, Considerandos). Para ello, expidió el Decreto 1068 de 2015 “Decreto Único Reglamentario del Sector Hacienda y Crédito Público”, incluyendo “los decretos que desarrollan leyes marco sobre régimen cambiario y algunas disposiciones en ejercicio del numeral 25 del artículo 189 de la Constitución Política”.

De conformidad con el Artículo 3.1 del mencionado Decreto, este “regula íntegramente las materias contempladas en él y en consecuencia, quedan derogadas todas las disposiciones de naturaleza reglamentaria relativas al sector de Hacienda y Crédito Público que versan sobre las mismas materias, con algunas excepciones, entre las cuales no se encuentran las del Régimen Cambiario.

El Decreto 1735 de 1993 y sus modificaciones, fue integrado en el Libro 2 “Régimen Reglamentario Del Sector Hacienda Y Crédito Público, Parte 17 “Disposiciones En Materia De Cambios Internacionales Y Régimen

se compendia toda la legislación existente en materia de inversiones internacionales, clasificadas como: inversiones de capital del exterior en territorio colombiano incluidas las zonas francas colombianas por parte personas no residentes y las inversiones realizadas por un residente colombiano en el extranjero o en zona franca colombiana. Este decreto establece que las personas naturales y jurídicas no residentes en Colombia que realicen inversiones en el territorio nacional, deben registrar su inversión ante el Banco de la República, cumpliendo con los procedimientos y plazos designados por la autoridad cambiaria. Para ello, el artículo 3⁵ define cuáles son las inversiones directas (en adelante IEDC), tales como: en empresas, en inmuebles, en fiducias, en contratos; y el artículo 5⁶ define las modalidades de inversión, es decir, el origen de los recursos para efectuar esta inversión.

General De Inversiones De Capital Del Exterior En Colombia Y De Capital Colombiano En El Exterior”, Título 1 “Disposiciones Materia Cambios Internacionales” y el Decreto 2080 de 2000 y sus modificaciones, fue integrado en el Libro 2 “Régimen Reglamentario Del Sector Hacienda Y Crédito Público, Parte 17 “Disposiciones En Materia De Cambios Internacionales Y Régimen General De Inversiones De Capital Del Exterior En Colombia Y De Capital Colombiano En El Exterior”, Título 2 “Régimen General De Inversiones De Capital Del Exterior En Colombia Y De Capital Colombiano En El Exterior”.

En consecuencia con lo anteriormente explicado, en adelante se hará referencia y citará el Decreto 2080 de 2000 con la correspondiente referenciación al Decreto 1068 de 2015.

⁵ “i) La adquisición de participaciones, acciones, cuotas sociales, aportes representativos del capital de una empresa o bonos obligatoriamente convertibles en acciones; ii) La adquisición de derechos o participaciones en negocios fiduciarios; iii) La adquisición de inmuebles, directamente o mediante la celebración de negocios fiduciarios; iv) Los aportes que realice el inversionista mediante actos o contratos, cuando ello no represente una participación en una sociedad y las rentas que genere la inversión para su titular dependan de las utilidades de la empresa; v) Inversiones suplementarias al capital asignado de las sucursales; vi) Inversiones en fondos de capital privado.” (D.1068/2015, Art. 2.17.2.2.1.2).

⁶ “a) Importación de divisas libremente convertibles para inversiones en moneda nacional; b) Importación de bienes tangibles, aportados al capital de una empresa como importaciones no reembolsables; c) Aportes en especie al capital de una empresa consistente en intangibles, en los términos que dispone el Código de Comercio; d) Recursos en moneda nacional con derecho a ser remitidos al inversionista de capital del exterior derivados de operaciones de cambio obligatoriamente canalizables” (D.1068/2015, Art. 2.17.2.2.2.1).

El mayor problema para los inversionistas extranjeros parte del contenido del artículo 5 en la medida que, si bien el listado de modalidades no es taxativo, sí limita la forma como los inversionistas extranjeros pueden pagar las inversiones que realicen en territorio colombiano, máxime cuando en dicho artículo se indica que las mencionadas modalidades de inversión no son taxativas sino enunciativas, utilizando el término “entre otras”, tal como se verá en el capítulo 1. En todo caso, el ente regulador del cambio (Banco de la República), en cumplimiento al mandato constitucional, expide la reglamentación que considere conveniente en la materia haciendo una interpretación exegética, restrictiva y aplicando la norma bajo un criterio estrecho.

Por otra parte, es importante resaltar que el artículo 2⁷ del Decreto 2080 de 2000 establece la igualdad de trato a los inversionistas extranjeros frente a los inversionistas nacionales, dando cumplimiento a los artículos 13 y 100 de la Constitución Política.

Por su parte, las normas civiles y comerciales regulan las relaciones de personas naturales y jurídicas, la fuente y el origen de los recursos para el pago de las transacciones, sin limitar las modalidades mediante las cuales las personas pueden realizar sus inversiones.

Sin embargo, la autoridad cambiaria en su potestad reglamentaria queda habilitada para negar el registro de inversiones, que no se realicen de acuerdo con las modalidades expresamente listadas en el artículo 5⁸. Esto dificulta el registro de la inversión por parte de los no residentes y, por ende, limita el otorgamiento de los derechos cambiarios que le asisten al inversionista del exterior, quien efectivamente sí está invirtiendo en el país. Como consecuencia, la Autoridad

⁷ Artículo 2.17.2.2.1.1. del Decreto 1068 de 2015

⁸ Artículo 2.17.2.2.2.1. del Decreto 1068 de 2015

Cambiaria contraviene en muchos casos el derecho fundamental a la igualdad, las normas civiles y comerciales y la costumbre mercantil.

Como respuesta a las limitaciones de la norma cambiaria e interpretación exegética de la Autoridad Cambiaria, la Unidad de Proyección Normativa y Estudios de Regulación financiera del Ministerio de Hacienda y Crédito Público elaboró un Documento Técnico sobre el Régimen de Inversiones Internacionales en Colombia, en el cual analiza las implicaciones y ventajas del crecimiento de la inversión extranjera en el país, así como, la necesidad de estructurar un Régimen de Inversiones que “sea concordante con los estándares internacionales y los compromisos que ha asumido el país en la materia” (Unidad de Proyección Normativa, 2014, p.3). En dicho documento, el Ministerio realiza un análisis del marco regulatorio de la inversión, los retos regulatorios a los que se ve enfrentado el Gobierno en materia de Inversiones Internacionales, y esboza los criterios que se seguirán de cara a una posible reforma en la materia (Unidad de Proyección Normativa, 2014, p.3).

Para el efecto, el Ministerio propone una nueva norma que reemplace en su totalidad el actual Régimen de Inversiones Internacionales, con el cual pretende flexibilizar la normatividad con miras a tener “un marco legal e institucional eficiente y moderno” (Unidad de Proyección Normativa, 2014, p.3). Entonces, ¿puede afirmarse que el proyecto de decreto, que se está tramitando en el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, tiene todos los elementos jurídicos para flexibilizar la inversión extranjera en Colombia y permitir que los inversionistas extranjeros tengan los mismos derechos que los residentes colombianos en las transacciones comerciales para así asegurar sus derechos cambiarios?

El objetivo del presente trabajo es mostrar que el actual régimen de inversión extranjera en Colombia es un régimen cambiario rígido, que en muchas ocasiones restringe la libertad de empresa y la libertad negocial de los inversionistas

extranjeros, por lo cual contraviene las estipulaciones civiles y comerciales, la costumbre mercantil, e incluso, podría decirse que en algunas circunstancias los acuerdos internacionales. Así mismo, se analizará si el Proyecto de Decreto propuesto por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, elimina o disminuye las barreras que actualmente tiene el Régimen de IEDC, con el fin de que los inversionistas extranjeros tengan los mismos derechos que los residentes colombianos en las transacciones civiles y comerciales que se llevan a cabo en territorio colombiano, que puedan registrar su inversión extranjera en Colombia ante el Banco de la República y que el Gobierno nacional les garantice sus derechos cambiarios.

Para ello, en el primer capítulo, revisaré detalladamente la normatividad relativa al Régimen de Cambios Internacionales⁹, con el fin de evidenciar si las barreras del Régimen de IEDC se encuentran en las normas constitucionales (Artículos 13, 371, 372 y 373), en el régimen legal (Ley 9 de 1991, Decreto 1735 de 1993 y Decreto 2080 de 2000¹⁰), o en la reglamentación expedida por el Banco de la República (Resolución 8 de 2000, Circular Reglamentaria DCIN-83: Capítulo 7, Formulario No.11, Instructivo). Posteriormente, en el segundo capítulo, presentaré y analizaré las diferentes fuentes u origen de los recursos, que las personas naturales y jurídicas no residentes, pueden tener para el pago o adquisición de las inversiones en los diferentes destinos de inversión permitidos por el artículo 3¹¹ del Decreto 2080 de 2000 (empresas, fiducias, contratos e inmuebles). Finalmente, en el tercer capítulo, evaluaré si el Proyecto de Decreto propuesto por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, tendiente a modificar el Decreto 2080 de 2000¹², disminuye o elimina las barreras que actualmente tiene el Régimen de IEDC.

⁹ Leyes, decretos, resoluciones, circulares, formularios.

¹⁰ Decreto 1068 de 2015

¹¹ Artículo 2.17 .2.2.1.2. del Decreto 1068 de 2015

¹² Decreto 1068 de 2015

I. BARRERAS DEL RÉGIMEN DE INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA EN COLOMBIA.

Mucho se ha dicho sobre el crecimiento de las inversiones extranjeras en Colombia y la facilidad que reviste para las personas naturales o jurídicas no residentes hacerlas en territorio colombiano y llevar a cabo negocios de producción y comercialización de diferentes productos y servicios, tanto a nivel nacional como internacional. Así lo expone Proexport en la Guía Legal para hacer negocios en Colombia, en donde manifiesta que “actualmente Colombia es uno de los principales destinos de inversión de la región y ha sido catalogada por el Banco Mundial como el primer país latinoamericano en protección a la inversión”. También señala que el país se ha caracterizado por su “estabilidad económica y por haber controlado de manera apropiada su índice de inflación teniendo como consecuencia un crecimiento del PIB significativamente superior al promedio mundial en la última década”. Esto por supuesto ha generado que “las principales calificadoras de riesgo hayan asignado a Colombia mejores índices de confianza”. (Proexport, 2015, p.6)

En concordancia con lo anterior y en “ejecución de la política de promoción de la inversión extranjera, el Gobierno ha suscrito numerosos acuerdos internacionales de inversión de los cuales hacen parte los acuerdos para la promoción y protección recíproca de inversiones” (Proexport, 2013, p.7). Teniendo en cuenta esta red de Acuerdos Internacionales de Inversión, el gobierno busca “garantizar un marco justo y transparente para las inversiones extranjeras, demostrando el compromiso del país y todas sus entidades por la protección y respeto de las inversiones internacionales” (Proexport, 2015, p.8).

Ahora bien, partiendo de la posibilidad que tienen los inversionistas extranjeros de invertir en Colombia, la normatividad cambiara y de inversiones internacionales ha regulado las obligaciones que recaen sobre los inversionistas extranjeros de

canalizar el pago de sus inversiones en Colombia, registrarlas y actualizarlas ante el Banco de la República en cumplimiento de los requisitos, procedimientos y plazos establecidos por dichas normas.

En todo caso, los inversionistas extranjeros se encuentran con algunas barreras en el momento de registrar sus inversiones ante el Banco de la República, en la medida en que esta entidad, basándose en la normatividad existente y su propia reglamentación, no registra determinadas operaciones como inversión. Es por esto que a continuación revisaré la normatividad relativa al Régimen de Cambios Internacionales¹³, con el fin de evidenciar si las barreras del Régimen de IEDC se encuentran en las normas constitucionales (Artículos 13, 371, 372 y 373), en el régimen legal (Ley 9 de 1991, Decreto 1735 de 1993 y Decreto 2080 de 2000¹⁴), o en la reglamentación expedida por el Banco de la República (Resolución 8 de 2000, Circular Reglamentaria DCIN-83: Capítulo 7, Formulario No.11, Instructivo).

1. Análisis de las posibles barreras del Régimen de IEDC en la Constitución Política de Colombia.

Los artículos 371, 372 y 373 de la Constitución Política otorgan al Banco de la República la facultad de ejercer las funciones de banca central; y regular, entre otros, los cambios internacionales y el crédito. Igualmente, se establece que la Junta Directiva del Banco de la República será la autoridad monetaria, cambiaria y crediticia, conforme a las funciones que le asigne la ley. Finalmente, se indica que el Estado, por intermedio del Banco de la República, velará por el mantenimiento de la capacidad adquisitiva de la moneda (CN Art.371, 372 y 373).

Por su parte, el artículo 13 consagra la protección del derecho a la igualdad con el enunciado “[t]odas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos,

¹³ Leyes, decretos, resoluciones, circulares, formularios.

¹⁴ Decreto 1068 de 2015

libertades y oportunidades sin ninguna discriminación” (CN Art.13) y en consecuencia resalta que “[e]l Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados” (CN Art.13). En concordancia con esta norma, el artículo 100 de la Constitución Política asegura los mismos derechos civiles y las garantías que le han sido otorgadas a los colombianos. Es así como, “[n]o se admite la imposición de condiciones o tratamientos discriminatorios o más favorables a los inversionistas extranjeros” (Proexport, 2013, p.7), salvo limitadas restricciones “las cuales, de conformidad con el índice de restricciones a la IED de la OCDE, Colombia se encuentra por debajo del promedio de limitaciones que aplican los países OCDE y no OCDE a las inversiones extranjeras” (Proexport, 2015, p.8).

En este caso, es claro que la Constitución Política no restringe el acceso de los no residentes a la inversión extranjera sino que, por el contrario, les brinda a los inversionistas la protección a sus derechos en igualdad de condiciones que a los colombianos. En consecuencia, las barreras del régimen de IEDC no se encuentran en las normas constitucionales.

2. Análisis de las posibles barreras del Régimen de IEDC en el régimen legal.

Teniendo en cuenta que las normas constitucionales no consagran limitaciones a la inversión IEDC, a continuación se analizarán la Ley 9 de 1991 y el Decreto 2080 de 2000¹⁵.

2.1. Mandatos de la Ley 9 de 1991 en la IEDC

La Ley 9 de 1991, dicta las normas generales a las que se sujeta el Gobierno Nacional para regular los cambios internacionales, cuyo objeto es promover el desarrollo económico y social y el equilibrio cambiario.

¹⁵ Libro 2, Parte 17, Título 2 del Decreto 1068 de 2015.

Su artículo 2 consagra los objetivos que deben orientar la regulación cambiaria, basándose principalmente en los siguientes: la internacionalización de la economía colombiana a fin de aumentar su competitividad; promover, fomentar y estimular el comercio exterior de bienes y servicios; facilitar el desarrollo de las transacciones con el exterior; establecer los mecanismos de control y supervisión adecuados; estimular la inversión de capitales del exterior en el país, y coordinar políticas y regulaciones cambiarias con políticas macroeconómicas (L.9/1991, Art.2,). De esta forma, la Ley propende por impulsar las transacciones internacionales con Colombia aplicando controles adecuados pero que no desestimulen la IEDC.

Por otra parte, el artículo 15 establece que Gobierno Nacional “fijará las políticas de la inversión de capitales del exterior en el país y de las inversiones colombianas en el exterior, señalando las modalidades, destinación y las condiciones generales de dichas inversiones” (L.9/1991, Art.15). Así mismo, habiendo cumplido con las normas, el inversionista tendrá garantizados sus derechos de remitir al exterior las utilidades provenientes de la inversión y reembolsar el capital invertido con sus ganancias, con sujeción a los límites y condiciones que señale el Gobierno Nacional (L.9/1991, Art.15).

Finalmente, el mismo artículo reitera la igualdad de trato que tiene la inversión extranjera en Colombia para todos los efectos, resaltando la prohibición en “conceder condiciones y otorgar tratamientos discriminatorios a los inversionistas extranjeros frente a los inversionistas privados nacionales” (L.9/1991, Art.15).

Como se puede apreciar, en la Ley 9 no se presentan barreras a la IEDC y, por el contrario, se resalta la importancia de la igualdad de trato a los inversionistas extranjeros.

2.2. Disposiciones del Decreto 2080 de 2000¹⁶

El estatuto de inversiones internacionales, Decreto 2080 de 2000¹⁷ expedido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, establece que las personas naturales y jurídicas no residentes en Colombia que realicen inversiones en el territorio nacional deben registrar su inversión ante el Banco de la República, cumpliendo con los procedimientos y dentro de los plazos establecidos por la autoridad cambiaria. Para ello, define cuáles son las inversiones directas (citadas en la parte introductoria - artículo 3)¹⁸, así como las modalidades de inversión (artículo 5¹⁹), es decir, el origen de los recursos para efectuar esta inversión.

El artículo 5²⁰ del mencionado Decreto señala el listado de diferentes modalidades de las inversiones extranjeras en Colombia (directa y de portafolio), que se citan a continuación:

“[I]as inversiones de capital del exterior podrán revestir, **entre otras**, las siguientes modalidades:

- a) Importación de divisas libremente convertibles para inversiones en moneda nacional;
- b) Importación de bienes tangibles tales como maquinaria, equipos u otros bienes físicos, aportados al capital de una empresa como importaciones no reembolsables. Igualmente, los bienes internados a zona franca y que se aportan al capital de una empresa localizada en dicha zona;
- c) Aportes en especie al capital de una empresa consistente en intangibles, tales como contribuciones tecnológicas, marcas y patentes en los términos que dispone el Código de Comercio;

¹⁶ Libro 2, Parte 17, Título 2 del Decreto 1068 de 2015.

¹⁷ Libro 2, Parte 17, Título 2 del Decreto 1068 de 2015

¹⁸ Artículo 2.17.2.2.1.2. del Decreto 1068 de 2015

¹⁹ Artículo 2.17.2.2.1. del Decreto 1068 de 2015

²⁰ Artículo 2.17.2.2.1. del Decreto 1068 de 2015

- d) Recursos en moneda nacional con derecho a ser remitidos al inversionista de capital del exterior derivados de operaciones de cambio obligatoriamente canalizables a través del mercado cambiario que se destinen a inversiones directas o de portafolio, así como regalías derivadas de contratos debidamente registrados.
- e) Recursos en moneda nacional provenientes de operaciones locales de crédito celebradas con establecimientos de crédito destinadas a la adquisición de acciones realizadas a través del mercado público de valores". (D.2080/2000, Art.5²¹).

El anterior listado, si bien no es taxativo en el entendido que adicional a las modalidades indicadas, las IEDC pueden revestir en otras, sí limita la forma como los inversionistas extranjeros pueden pagar las inversiones que realicen en territorio colombiano. Esto es así en la medida en que el ente regulador, mediante reglamentación, limita la autorización para sólo las modalidades que, de manera puramente enunciativa, señala la norma; de esta forma, desde la perspectiva de una interpretación exegética aplica la norma bajo un criterio estrecho, negando el registro de la IEDC en modalidades diferentes a las listadas en este decreto. Así, la autoridad cambiaria contraviene en muchos casos las normas civiles y comerciales y la costumbre mercantil. Esta situación se analizará en el siguiente punto y en el capítulo 2.

Como consecuencia de lo anterior, se pueden presentar situaciones²² en las cuales inversionistas extranjeros realizan inversiones en modalidades diferentes a

²¹ Artículo 2.17.2.2.2.1. del Decreto 1068 de 2015

²² Algunos casos: (1) Inversionistas extranjeros reciben herencias en territorio colombiano en dinero y los reinvierten en activos, o reciben herencias en territorio colombiano en especie. (2) Inversionistas extranjeros prestan servicios en Colombia recibiendo el pago en pesos y reinvirtiéndolo en activos o capitalizándolos en la sociedad receptora del servicio. (3) Venta de activos en Colombia cuya inversión inicial no debe registrarse ante el Banco de la República por no estar entre los listados en el artículo 3, para ser reinvertido en destinos de inversión cuyo registro si debe realizarse. Ninguna de estas inversiones puede registrarse ante el Banco de

las enunciadas en el artículo 5²³; en consecuencia, la autoridad cambiaria no registra esas inversiones argumentando el no cumplimiento de algunas de las modalidades taxativas del régimen de inversiones internacionales, desconociendo las relaciones civiles y comerciales de los residentes con los no residentes. Esto trae como consecuencia, la negación de los derechos cambiarios a los inversionistas extranjeros.

Se podría afirmar, entonces, que la interpretación exegética de la autoridad cambiaria se deriva de la rigidez de las normas especiales del régimen de inversiones internacionales, en donde se listan algunas modalidades de inversión que pueden ser registrables ante el Banco de la República, pero que, por la interpretación excesivamente restrictiva efectuada por la autoridad cambiaria en las reglamentaciones expedidas por esta, no da lugar a registrar modalidades diferentes o adicionales a las listadas.

Al respecto, la autoridad cambiaria ha expedido una serie de normas que reglamentan las antes citadas, mediante las cuales se dictan los procedimientos, tiempos y condiciones para el registro de las IEDC que deben cumplir los inversionistas, las cuales serán analizadas en el siguiente punto.

Finalmente y a pesar de lo anterior, el artículo 2²⁴ del citado decreto establece la igualdad de trato a los inversionistas extranjeros frente a los inversionistas nacionales, tal como lo consagra la Constitución Política y la Ley 9 de 1991, pero que, como quedó explicado por razón de la reglamentación, en mi concepto, no se cumple.

la República por no haber sido pagadas con recursos canalizados a través del mercado cambiario o derivado de inversiones ya registradas o de operaciones del mercado cambiario.

²³ Artículo 2.17.2.2.1. del Decreto 1068 de 2015

²⁴ Artículo 2.17.2.2.1.1. del Decreto 1068 de 2015

3. Análisis de las posibles barreras del Régimen de IEDC en la reglamentación expedida por la Junta Directiva del Banco de la República

En cumplimiento del mandato constitucional y de la Ley 31 de 1992, la Junta Directiva del Banco de la República como autoridad monetaria, cambiaria y crediticia ha expedido un grupo de normas que reglamentan las anteriormente revisadas (L.31/1992, Art.4); las cuales serán analizadas a continuación:

3.1. Disposiciones de la Resolución No.8 de 2000.

La Junta Directiva del Banco de la República elaboró esta Resolución con el fin de presentar de forma general los términos, condiciones y procedimientos aplicables, entre otros, a las transacciones en Colombia de los inversionistas extranjeros (R.8/2000, Art.1-Par.). Al respecto, los artículos 7 y 30 indican cuales son las operaciones de obligatoria canalización a través del mercado cambiario (Intermediarios del Mercado Cambiario o Cuentas de Compensación), entre ellas las Inversiones de capital del exterior en el país (R.8/2000, Art.7-3). Así mismo, se genera la obligación para los inversionistas de registrar su inversión ante el Banco de la República presentando los documentos que prueben la realización de la inversión (R.8/2000, Art.30).

Por su parte, el artículo 31 establece la obligación de canalizar el pago de las siguientes operaciones, derivado de las inversiones debidamente registradas ante la Autoridad Cambiaria:

- “1. Utilidades netas comprobadas que generan periódicamente las inversiones de capital del exterior en Colombia, de conformidad con las normas pertinentes.
2. Sumas que se obtengan por concepto de la enajenación de la inversión dentro del país, de la liquidación del portafolio, de la liquidación de la empresa, de la reducción de su capital o de la inversión suplementaria al

capital asignado, previo cumplimiento de las disposiciones previstas en el Código de Comercio para cada operación” (R.8/2000, Art.31).

En todo caso, la Resolución 8 de 2000 no hace mención directa a las formas de registro de la IEDC, por lo cual no se encuentran barreras a la IEDC en esta norma.

3.2. Capítulo 7 de la Circular Reglamentaria DCIN-83 expedido por el Banco de la República vigente hasta el 30 de diciembre de 2015²⁵.

La Circular Reglamentaria DCIN-83 y sus modificaciones, en su capítulo 7 “determina los procedimientos para la canalización de divisas y el registro de las inversiones internacionales de capital, entre otros, así como la información que debe reportarse al Banco de la República” (DCIN-83, Cap.7-7.1).

La norma exige que se cumplan los requisitos para que una operación califique como inversión internacional y que “a la fecha de la inversión el inversionista tenga la condición de no residente²⁶, que los aportes correspondan a cualquiera de las modalidades autorizadas y que los recursos efectivamente se destinen a la realización de la inversión” (DCIN-83, Cap.7-7.1. Énfasis mío).

²⁵ Este capítulo estuvo vigente hasta el 30 de diciembre de 2015, el cual fue modificado parcialmente con el Boletín del Banco de la República No.62 de Diciembre 14 de 2015, durante el periodo de elaboración del presente trabajo. Es por ello que se hace referencia a los dos textos de la misma norma.

²⁶ El artículo 2 del Decreto 1735 de 1993 define por Residente “toda persona natural que habite en el territorio nacional y las entidades de derecho público, personas jurídicas, entidades sin ánimo de lucro y las sucursales establecidas en el país de sociedades extranjeras, que tengan domicilio en Colombia. También define por No Residente a la persona natural que no habite en territorio nacional, a los extranjeros cuya permanencia en el territorio nacional no exceda de seis meses continuos o discontinuos en un período de doce meses, y a las personas jurídicas y entidades sin ánimo de lucro que no tengan domicilio dentro del territorio nacional. Lo anterior, sin perjuicio de lo establecido en tratados internacionales y leyes especiales” (Artículo 2.17.1.2. del Decreto 1068 de 2015)

Así mismo, se indican los procedimientos que se deben llevar a cabo para registrar la IEDC de conformidad con las modalidades establecidas en el artículo 5²⁷ del Decreto 2080. En el caso del ingreso de divisas libremente convertibles para inversiones en moneda nacional -literal a del artículo 5²⁸ del Decreto 2080 de 2000-, el numeral 7.2.1.1 de la Circular, establecía que las inversiones se registrarían con la presentación de la declaración de cambio por inversiones internacionales (Formulario No. 4). En todo caso, para las inversiones pagadas con recursos diferentes a divisas se debían registrar con el diligenciamiento y presentación del Formulario No.11 “Registro de Inversiones Internacionales” dentro de los 12 meses siguientes a la inversión según las siguientes condiciones:

- En el caso de importación de bienes tangibles como aportes en especie - contenido en el literal b del artículo 5²⁹ de Decreto 2080 de 2000-, se registraban adjuntando el “certificado del revisor fiscal o contador público de la empresa receptora en el que conste el concepto, fecha, número de acciones y el valor FOB del bien importado” (DCIN-83, Cap.7-7.2.1.2-a).

- Cuando el inversionista realiza un aporte en especie al capital de una empresa consistente en intangibles, tales como, contribuciones tecnológicas, marcas y patentes en los términos que dispone el Código de Comercio –contenido en el literal c del artículo 5³⁰ de Decreto 2080 de 2000-, la Circular indicaba que “[e]stos aportes comprenden exclusivamente activos de cuyo ejercicio o explotación pueden obtenerse beneficios económicos, susceptibles de amortización o depreciación de acuerdo con las normas contables colombianas” y se registraban adjuntando el “certificado del revisor fiscal o

²⁷ Artículo 2.17.2.2.2.1. del Decreto 1068 de 2015

²⁸ Literal a del Artículo 2.17.2.2.2.1. del Decreto 1068 de 2015

²⁹ Literal b del Artículo 2.17.2.2.2.1. del Decreto 1068 de 2015

³⁰ Literal c del Artículo 2.17.2.2.2.1. del Decreto 1068 de 2015

contador público de la empresa receptora en el que conste el concepto, la fecha y valor de la inversión” (DCIN-83, Cap.7-7.2.1.2-b).

- En el evento que la inversión se realice con recursos provenientes de sumas con derecho a giro –contenido en el literal d del artículo 5³¹ de Decreto 2080 de 2000-, la circular las califica como sumas susceptibles de ser capitalizadas y para su registro se debía anexar certificado del revisor fiscal o contador público de la empresa receptora en el que conste el concepto, fecha, número de acciones y el valor FOB del bien importado en importaciones reembolsables, o el número del crédito informado para el caso de deuda externa (DCIN-83, Cap.7-7.2.1.2-e).

- Si la inversión se realiza con moneda legal colombiana proveniente de créditos locales obtenidos de establecimientos de crédito destinados a la adquisición de acciones realizadas a través del mercado público de valores –contenido en el literal e del artículo 5³² de Decreto 2080 de 2000-, la inversión se registraba adjuntando un “certificado del establecimiento de crédito sobre la existencia del crédito y un certificado del revisor fiscal o contador de la empresa receptora con la fecha de la adquisición de acciones, número de acciones, valor, NIT y nombre del inversionista extranjero” (DCIN-83, Cap.7-7.2.1.2-d).

Como se puede observar el capítulo no consagra modalidades de inversión adicionales a las listadas taxativamente en el artículo 5³³ del Decreto 2080 de 2000, sino que por el contrario se limita a reglamentar únicamente las modalidades listadas.

³¹ Literal d del Artículo 2.17 .2.2.2.1. del Decreto 1068 de 2015

³² Literal e del Artículo 2.17 .2.2.2.1. del Decreto 1068 de 2015

³³ Artículo 2.17 .2.2.2.1. del Decreto 1068 de 2015

3.3. Capítulo 7 de la Circular Reglamentaria DCIN-83 expedido por el Banco de la República vigente a partir del 4 de Enero de 2016.

Con el fin de facilitar los procesos de registro de la IEDC, el Banco de la República expidió el Boletín No.62 de Diciembre 14 de 2015, mediante el cual modificó principalmente y entre otros, el procedimiento de registro, sustitución y cancelación de la IEDC y redujo la cantidad de documentos soporte que debían presentar los inversionistas extranjeros ante el Banco de la República para su aceptación.

Al efecto, el numeral 7.2.1.2 “Registro de inversiones realizadas con modalidades diferentes a divisas”, hace expresa referencia al artículo 2.17.2.2.2.1 del Decreto 1068 de 2015³⁴, indicando, que las IEDC diferentes a importación de divisas; es decir, aquellas enunciadas en los literales b), c), d) y e) del mencionado artículo, se registrarán “por el inversionista o apoderado, con la presentación del Formulario 11 «Declaración de Registro de Inversiones Internacionales», ante el Departamento de Cambios Internacionales, sin la presentación de documentos soporte de la operación.” (DCIN-83, Cap.7-7.2.1.2).

Así mismo, las IEDC resultantes de fusiones y escisiones “se registrarán por el inversionista con la presentación del Formulario 11A «Declaración de Registro de Inversiones Internacionales por Reorganización Empresarial», sin la presentación de documentos soporte de la operación”. (DCIN-83, Cap.7-7.2.1.2).

Cabe resaltar que con esta modificación al Capítulo 7, se introdujo el siguiente texto, que reitera las limitaciones que la Autoridad Cambiaria ha impuesto en el momento de registrar la IEDC solicitadas por los no residentes.

³⁴ Artículo 5 del Decreto 2080 de 2000

El BR procederá a registrar la operación cuando se cumplan los requisitos señalados en la parte 17, libro 2 del Decreto 1068 de 2015³⁵, en esta Circular y cuando la información se encuentre debidamente diligenciada en el formulario que corresponda a la operación y suscrito por quienes se requiera. (DCIN-83, Cap.7-7.2.1.2. Énfasis mío).

En consecuencia, el Banco de la República sí está restringiendo el acceso de registro de IEDC a los inversionistas extranjeros.

A fin de profundizar lo reglamentado en el capítulo 7, a continuación se indicarán las modalidades de inversión que consagra el Formulario No.11.

3.4. Formularios e Instructivos de la Circular Reglamentaria DCIN-83 expedido por el Banco de la República.

3.4.1. Formulario No. 11 y su instructivo.

Según se mencionó en el punto 3.3 anterior, con el Formulario No.11 se registran las inversiones internacionales. Así, entre los destinos de inversión contenidos en el Formulario No.11 se encuentran: “Empresas (Incluye sociedades, empresas unipersonales y establecimientos de comercio), Capital asignado de sucursal régimen general y especial, Negocios fiduciarios, Inmuebles, Cooperativas, Entidades sin ánimo de lucro, Boceas, Actos o contratos sin participación en el capital y Fondos de capital privado” (Instructivo, F11, Casilla 3 antiguo y 2 nuevo).

En dicho formulario también se presentan un listado de modalidades de inversión extranjera con el fin de que el inversionista elija la que se ajusta a su inversión. A continuación presento un resumen del listado:

³⁵ Decreto 2080 de 2000

- **Aportes en Especie – Tangibles.** Literal b) del artículo 5 del decreto 2080 de 2000³⁶: Importaciones no reembolsables como inversión de capital extranjero y Especie – Zona Franca: bienes que ingresan a la zona franca como inversión de capital extranjero.
- **Aportes en Especie – Intangibles.** Literal c) del artículo 5³⁷ del decreto 2080 de 2000: Know how, Good will, Patentes, Marcas, Contribuciones tecnológicas, y Derechos de autor.
- **Sumas con Derecho a Giro.** Literal d) del artículo 5³⁸ del decreto 2080 de 2000: Importaciones reembolsables, Capitalización de crédito externo, Utilidades decretadas y capitalizadas en la misma sociedad. Incluye la capitalización de cualquier tipo de reserva, Prima en colocación de aportes, Revalorización del patrimonio, Derechos de autor, Regalías, Superávit de capital, Sumas con derecho a giro: Comprende las que se deriven de operaciones distintas a las mencionadas, y Sumas provenientes de inversión extranjera de portafolio.
- **Recursos en Moneda Nacional.** Literal e) del artículo 5³⁹ del decreto 2080 de 2000: provenientes de operaciones de crédito celebradas con establecimientos de crédito.
- **Inversiones en Intermediarios del Mercado Cambiario:** Divisas en Intermediario del Mercado Cambiario.

³⁶ Literal b) del Artículo 2.17.2.2.2.1 del Decreto 1068 de 2015

³⁷ Literal c) del Artículo 2.17.2.2.2.1 del Decreto 1068 de 2015

³⁸ Literal d) del Artículo 2.17.2.2.2.1 del Decreto 1068 de 2015

³⁹ Literal e) del Artículo 2.17.2.2.2.1 del Decreto 1068 de 2015

- **Permuta de acciones:** intercambio de acciones de sociedades colombianas con acciones de sociedades en el exterior. (Instructivo del Formulario No.11)

De conformidad con el anterior listado, a pesar de que se enuncian dos operaciones adicionales (Inversiones en Intermediarios del Mercado Cambiario y Permuta de acciones), el Formulario No.11 tampoco consagra modalidades de inversión diferentes a las taxativamente indicadas en el artículo 5⁴⁰ del Decreto 2080 de 2000.

Como se puede observar, donde se encuentran las mayores restricciones o barreras al Régimen de IEDC es en la Circular Reglamentaria DCIN-83, en la medida que restringen las formas o modalidades de inversión a las listadas en el Decreto, sin dejar alternativa a los inversionistas de acceder a modalidades diferentes. En consecuencia, se evidencia la necesidad de expedir un régimen de inversiones internacionales más flexible, acorde con las transacciones internacionales, disposiciones legales y la costumbre mercantil. Máxime cuando estos inversionistas están sujetos a cuantiosas sanciones por parte de la Autoridad de Vigilancia y Control⁴¹, en el momento en que incurran en infracciones al Régimen Cambiario, por ejemplo el no registro de sus inversiones, no cumplimiento de los procedimientos y tiempos para sus obligaciones. Esto de conformidad con la norma sancionatoria, la cual establece: “[l]as personas naturales o jurídicas que no sean intermediarios del mercado cambiario, que infrinjan el régimen cambiario, serán sancionadas con la imposición de multa a favor del Tesoro Nacional hasta el 200% del monto de la infracción cambiaria comprobada” (D.1746/91, Art.3).

Con el fin de aplicar las normas cambiarias anteriormente revisadas y analizadas, en el siguiente capítulo se procederá a analizar las normas civiles y comerciales

⁴⁰ Literal a del Artículo 2.17.2.2.2.1. del Decreto 1068 de 2015

⁴¹ Superintendencia de Sociedades

que permiten realizar diferentes negocios jurídicos a través de diferentes modalidades de pago.

II. FUENTE U ORIGEN DE LOS RECURSOS PARA LAS INVERSIONES DE NO RESIDENTES.

Partiendo de lo consagrado en los artículos 13 y 100 de la Constitución Política y en el artículo 2⁴² del Decreto 2080 de 2000, en contraposición al análisis normativo del Régimen Cambiario efectuado en el primer capítulo; en este presentaré y analizaré las diferentes fuentes u origen de los recursos, que las personas naturales y jurídicas no residentes en general, pueden tener para el pago o adquisición de las inversiones en los diferentes destinos de inversión permitidos por el artículo 3⁴³ del Decreto 2080 de 2000 (empresas, fiducias, contratos e inmuebles).

La normatividad cambiaria, en especial el Artículo 7⁴⁴ de la Resolución 8 de 2000, ha establecido cuales son las operaciones del mercado cambiario, que se encuentran obligadas a ser canalizadas a través del mercado cambiario.

Cualquier operación que los no residentes realicen en territorio colombiano diferente a las citadas en el artículo 7 de la Resolución 8 de 2000, no se considerará como una operación del mercado cambiario, no estará obligada a ser registrada ante el Banco de la República ni a ser canalizada a través del mercado

⁴² Artículo 2.17.2.2.1.1. del Decreto 1068 de 2015

⁴³ Artículo 2.17 .2.2.1.2. del Decreto 1068 de 2015

⁴⁴ “Las siguientes operaciones de cambio deberán canalizarse obligatoriamente a través del mercado cambiario: 1. Importación y exportación de bienes. 2. Endeudamiento externo celebrado por residentes en el país. 3. Inversiones de capital del exterior en el país. 4. Inversiones de capital colombiano en el exterior. 5. Inversiones financieras en títulos emitidos y en activos radicados en el exterior. 6. Avals y garantías en moneda extranjera. 7. Operaciones de derivados.” (Artículo 7, Resolución 8 de 2000)

cambiarlo, pero tampoco podrá ser utilizada para realizar IEDC y, por ende, no tendrán derechos cambiarios.

En todo caso, las negociaciones que realizan no residentes en muchas ocasiones pueden corresponder a operaciones diferentes a las anteriormente listadas y, a pesar de ser operaciones lícitas regidas por las normas civiles y comerciales, el producto de estas, en algunos casos, no podrá ser registrado como IEDC. A continuación analizaré diferentes formas en las que las personas naturales o jurídicas pueden realizar transacciones, bien a título oneroso (1) como es el pago con recursos (1.1) en divisas (1.1.1) y en moneda legal colombiana (1.1.2); o el pago en especie (1.2) con bienes tangibles (1.2.1) o bienes intangibles (1.2.2); o bien a título gratuito (2) como es la donación (2.1), las herencias y legados (2.2), y las loterías (2.3). Posteriormente, expondré una situación muy común que se está presentado con colombianos que ya no son residentes; para finalmente concluir con la tensión entre las normas civiles y comerciales frente al régimen cambiario.

1. Transacciones a Título Oneroso

Bien lo regula Código Civil cuando establece que los contratos pueden celebrarse de forma onerosa, cuyo objeto es “la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro” (CC Art.1497); para ello las dos o más partes intervinientes en el acto jurídico se obligan a cumplir prestaciones de dar, hacer o no hacer, que se entienden como equivalentes a lo que la contraparte, a su vez, debe dar o hacer, perfeccionándose de esta forma el contrato conmutativo (CC Art.1498).

Entre las transacciones onerosas encontramos muchas modalidades de pago, a fin de cumplir la obligación acordada. A continuación, algunas de ellas:

1.1. Pago con recursos: Las partes de un contrato pueden acordar efectuar el pago de sus obligaciones con dinero, cuyo monto corresponderá al valor del

bien adquirido. Esto en virtud de los artículos 1625 y 1626 del Código Civil, los cuales consagran, entre los modos de extinguir obligaciones, el pago efectivo, entendido como “la prestación de lo que se debe” (CC Art.1626). Este pago se podrá realizar con divisas o con moneda legal colombiana.

1.1.1. Pago con Divisas: Todo residente colombiano está autorizado a realizar transacciones y recibir su pago del no residente en moneda extranjera⁴⁵. El no residente podrá efectuar el pago en moneda extranjera a través de los siguientes mecanismos:

- a) Giro de divisas desde su cuenta en el exterior canalizándolas a través del mercado cambiario. El residente colombiano, en el momento de monetizar⁴⁶ o de recibir en su cuenta de compensación las divisas, deberá presentar una declaración de cambio. Para el efecto, el inversionista solicitará al residente colombiano presentar el Formulario No.4 el cual deberá estar firmado por el inversionista o su apoderado. Con este Formulario quedará registrada automáticamente la inversión, por lo cual considero que con esta forma de pago no se presenta controversia.
- b) El no residente puede tener divisas en territorio colombiano con las cuales podrá efectuar el pago de la adquisición de sus inversiones. Este pago puede hacerlo en efectivo, entregándolo al residente vendedor, quien, de requerirlo, realizará los trámites de convertir las

⁴⁵ De acuerdo con lo estipulado en la norma comercial, “las obligaciones que se contraigan en monedas o divisas extranjeras, se cubrirán en la moneda o divisa estipulada, si fuere legalmente posible” (CCo Art 874). En tratándose de transacciones entre un residente y un no residente, se estipula que “las obligaciones que se estipulen en moneda extranjera y correspondan a operaciones de cambio, se pagarán en la divisa estipulada” (R.8/2000, Art.79).

⁴⁶ Negociar la venta de las divisas con la entidad financiera colombiana para que los pesos resultantes sean depositados en la cuenta colombiana del residente.

divisas en moneda legal colombiana, o conservará las divisas para cuando las necesite. Con el pago en divisas, el no residente estará cumpliendo con su obligación de dar (pagar) al residente colombiano. En todo caso, la Ley 9 de 1991 limita la libre tenencia, posesión y negociación de divisas que tenemos los residentes y los no residentes colombianos a aquellas operaciones que “NO deban ser transferidas o negociadas por medio del mercado cambiario”⁴⁷ (L.9/1991, Art.7. Énfasis mío).

- c) El no residente puede tener recursos de cuentas bancarias en Colombia. La norma cambiaria autoriza a las entidades financieras⁴⁸ a “[r]ecibir depósitos en moneda extranjera de (...) personas naturales y jurídicas no residentes en el país, (...)” (R.8/2000, Art.59-d). Sin embargo, el Banco de la República indica que “[l]as operaciones de cambio obligatoriamente canalizables por conducto del mercado cambiario no pueden pagarse con recursos depositados en estas cuentas” (DCIN-83, Cap.10-10.4.1).

1.1.2. Pago con moneda legal colombiana: El no residente estando dentro del territorio colombiano, puede tener moneda legal colombiana, resultante de cualquier operación en Colombia y, si así lo decide, puede hacer el pago, al residente colombiano vendedor, o consignándolo en la cuenta que este indique. Con el pago en moneda legal colombiana estará cumpliendo con su obligación de dar (pagar) al residente colombiano. Es

⁴⁷ Es decir, las operaciones del mercado cambiario listadas en el artículo 7 de la Ley 9 de 1991.

⁴⁸ Estas actividades solo están permitidas a “[l]os bancos comerciales, los bancos hipotecarios, las corporaciones financieras, así como las compañías de financiamiento y las cooperativas financieras cuyo patrimonio técnico sea igual o superior al capital mínimo que debe acreditarse para la constitución de una corporación financiera” (artículo 59 de la Resolución No.8 de 2000)

así como se podrían presentar las siguientes situaciones de pago de obligaciones en moneda legal colombiana:

- a) El no residente puede adquirir un crédito en moneda legal colombiana con una entidad financiera, cuyo fin podría ser el pago de una IEDC. Teniendo en cuenta que la norma comercial, así como la financiera, consagra la posibilidad de que una persona obtenga un crédito con un establecimiento bancario “dentro del límite pactado y por un tiempo fijo o indeterminado” (CCo Art. 1400); siempre y cuando la entidad financiera pueda cumplir con sus obligaciones legales de conocimiento del cliente y verificación de las garantías que le otorga el deudor; este podrá dar el uso (legal) que considere a dichos recursos, como es el caso de pagar sus inversiones. Esta operación se encuentra consagrada como modalidad de inversión en el artículo 5⁴⁹ literal (e) del decreto 2080 de 2000; en todo caso solamente es aplicable a “la adquisición de acciones realizadas a través del mercado público de valores” (D.2080/2000, Art. 5).

- b) El no residente puede tener recursos de cuentas bancarias en Colombia. De acuerdo con el artículo 1382 del Código de Comercio, “el cuentacorrentista adquiere la facultad de consignar sumas de dinero y cheques en un establecimiento bancario y de disponer, total o parcialmente, de sus saldos mediante el giro de cheques o en otra forma previamente convenida con el banco” (CCo Art. 1382). Por su parte, Villegas (1986) indica que la cuenta corriente es un contrato bilateral, en el cual “un banco comercial se obliga a atender los libramientos del cliente y éste a mantener disponibilidades de dinero o crédito suficientes” (p.31).

⁴⁹ Artículo 2.17.2.2.2.1. del Decreto 1068 de 2015.

Por su parte, la norma cambiaria autoriza a las entidades financieras⁵⁰ a “recibir depósitos en moneda legal colombiana de personas naturales y jurídicas no residentes en el país” (R.8/2000, Art. 59-d). En todo caso, las condiciones de los depósitos en las cuentas bancarias que realicen los no residentes en moneda legal colombiana están limitadas a las condiciones indicadas en el numeral 10.4.2 “Depósitos en moneda legal” del Capítulo 10 de la Circular Reglamentaria DCIN-83, pero entre ellas no se encuentra, lastimosamente, listada la IEDC.

- c) El no residente puede comprar la lotería o participar en juegos de suerte y azar, y terminar siendo beneficiado de su suerte recibiendo un monto de dinero que podrá utilizar en operaciones lícitas. Al efecto, la Ley 643 de 2001 define los juegos de suerte y azar como aquellos en los que “una persona (jugador) realiza una apuesta o paga, por el derecho a participar, a otra persona (operador), que le ofrece a cambio un premio, en dinero o en especie, que ganará si acierta” (L.643/2001, Art.5). En el artículo 4 de esta ley se mencionan los Juegos prohibidos y prácticas no autorizadas y, para efectos de la calidad de los jugadores, solamente se establece “[e]l ofrecimiento o venta de juegos de suerte y azar a menores de edad y a personas que padezcan enfermedades mentales que hayan sido declaradas interdictas judicialmente” (L.643/2001, Art.4-b); por lo cual un no residente perfectamente podría comprar la lotería y ser beneficiado de esta.

⁵⁰ Estas actividades solo están permitidas a “[l]os bancos comerciales, los bancos hipotecarios, las corporaciones financieras, así como las compañías de financiamiento y las cooperativas financieras cuyo patrimonio técnico sea igual o superior al capital mínimo que debe acreditarse para la constitución de una corporación financiera” (artículo 59 de la Resolución No.8 de 2000).

Por su parte, el artículo 304 del Estatuto Tributario estipula como ganancia ocasional sujeta a este impuesto las “loterías, premios, rifas, apuestas y similares y la cuantía, cuando sean en dinero, se determina por lo efectivamente recibido” (ET Art. 304). Y, para efectos del impuesto que deben pagar los no residentes por ganancia ocasional, el artículo 316 Estatuto tributario establece la tarifa correspondiente.

Lo anterior implica que los no residentes tienen derecho a participar de estas actividades, y en el evento de salir afortunados podrán recibir el premio pagando el impuesto a que haya lugar. Si el premio es dinero, tendrá el derecho a invertirlo en cualquier acto lícito, como en los destinos de inversión establecidos en la norma cambiaria y con estos recursos cubrirán su obligación de pago.

Como se puede evidenciar, de las opciones de pago con recursos (dinero) analizadas anteriormente, las únicas listadas en el Decreto 2080 de 2000⁵¹, son el pago a través del mercado cambiario (literal a del punto 1.1.1 anterior) y parcialmente el pago con recursos obtenidos por créditos locales (literal a del punto 1.1.2 anterior). Debido a que el pago en divisas y en moneda legal colombiana en efectivo (literal b del punto 1.1.1. y literal b del punto 1.1.2.), o proveniente de cuentas bancarias en Colombia (literal c del punto 1.1.1. y literal b del punto 1.1.2.), o de juegos de suerte y azar (literal c del punto 1.1.2.) no se realiza a través del mercado cambiario, la norma cambiaria no le permite al no residente registrar su inversión ante el Banco de la República.

1.2. Pago en Especie: Las partes contratantes pueden pactar que el pago de la obligación se realice en bienes, definidos por el Código Civil como “las cosas

⁵¹ Decreto 1068 de 2015

corporales o incorporales: las corporales son las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, mientras que las incorporales son las que consisten en meros derechos” (CC Art.653). Así mismo, los artículos 126 y siguientes del Código de Comercio permiten que el capital de las sociedades colombianas pueda ser pagado con aporte en especie por sus socios o accionistas, el cual deberá ser valorado comercialmente. Entre las modalidades de pago en especie encontramos las siguientes:

1.2.1. Tangibles: El artículo 1648 del Código Civil consagra las condiciones para el pago en especie tangible o cuerpo cierto. Al estar permitido por la norma civil efectuar pagos en especie tangible y partiendo del hecho que los no residentes tienen los mismos derechos que los residentes, considero que aquellos pueden pagar sus inversiones con bienes muebles (artículo 655 del Código Civil) o inmuebles (artículo 656 del Código Civil), de los que sean propietarios o no propietarios⁵². Al efecto, se pueden presentar los siguientes casos:

a) Si los bienes de propiedad del no residente se encuentran en territorio extranjero y el residente colombiano que vende la inversión al no residente desea importarlos, dicha importación podrá realizarse como no reembolsable (el residente no tiene la obligación de pago al exterior porque la recibe como pago de su enajenación) y la IEDC del no residente será objeto de registro ante el Banco de la República de acuerdo con el literal b del Artículo 5⁵³ del Decreto 2080 de 2000 y el literal a del numeral 7.2.1.2 de la circular reglamentaria DCIN-83.

⁵² De acuerdo con el artículo 1871 del Código Civil, la venta de cosa ajena es permitida

⁵³ Artículo 2.17 .2.2.2.1. del Decreto 1068 de 2015

- b) Si los bienes de propiedad del no residente se encuentran en territorio extranjero y el residente colombiano que vende la inversión al no residente desea conservarlos en el exterior; es decir, no realiza la importación de los bienes, o, si los bienes de propiedad del no residente se encuentran en territorio colombiano, y sin registro previo de IEDC, esa inversión no podrá ser registrada ante el Banco de la República porque no se encuentra clasificada en la lista del artículo 5⁵⁴ del Decreto 2080 de 2000 ni en el Capítulo 7 de la circular reglamentaria DCIN-83.
- c) Así como en los dos casos del punto b anterior, el no residente puede estar en una situación de permuta de bienes, en el entendido que “las partes se obligan mutuamente a dar un bien (especie o cuerpo cierto) por otro” (CC Art.1955). Partiendo del hecho que, según la norma, “no se permutan las cosas que no pueden venderse” y las únicas personas impedidas para celebrar un contrato de permuta son las personas que “no son hábiles para el contrato de venta” (CC Art.1957), se entiende que los no residentes, salvo que no sean hábiles, se les permite bajo la regulación colombiana celebrar permutas; entregar un bien a cambio de otro bien.

Desafortunadamente, la norma cambiaria solamente consagra como modalidad de inversión la permuta por el “intercambio de acciones de sociedades colombianas con acciones de sociedades en el exterior” (Instructivo del Formulario No.11); quedando otros tipos de permuta por fuera del amparo de la norma cambiaria.

1.2.2. Intangible: Los no residentes podrían también acordar con su contraparte efectuar el pago con aquellos intangibles mencionados en literal c) del Artículo 5⁵⁵ del Decreto 2080 de 2000, tales como el know how, good will, patentes, marcas, contribuciones tecnológicas y derechos de autor. Es de resaltar que estos aportes o pagos en especie sí se encuentran regulados como modalidad de inversión y en consecuencia, el no residente podrá registrar su inversión ante el Banco de la República.

No obstante, el pago con servicios prestados por el no residente al vendedor de la inversión, actualmente, no se encuentra regulado como modalidad de inversión, a pesar de que, la norma comercial consagra la posibilidad de que los socios o accionistas realicen aportación de “industria o trabajo personal, quienes tendrán derecho a participar en las utilidades sociales, tendrán voz en la asamblea o junta de socios, podrán administrar la sociedad, y en caso de liquidación tendrán derecho a la distribución de remanentes” (CCo Art.137). Es de resaltar que, hasta 27 de enero de 2011 el pago de la IEDC con servicios sí era objeto de registro, tanto así que en el Instructivo del Formulario No.11 se permitía registrar la modalidad “Otros servicios” con el código 18. Pero mediante Boletín No.004 del 28 de enero de 2011 de la Junta Directiva del Banco de la República se eliminó esta posibilidad.

Como se puede evidenciar, de las opciones de pago en especie analizadas anteriormente, las únicas listadas en el Decreto 2080 de 2000⁵⁶, son la importación de bienes (literal a del punto 1.2.1.) y el aporte de intangibles listados en los Literales d y c del Artículo 5⁵⁷ del Decreto 2080 de 2000 (punto 1.2.2.),

⁵⁵ Literal c) del 2.17.2.2.2.1⁵⁵ del Decreto 1068 de 2015

⁵⁶ Decreto 1068 de 2015

⁵⁷ Literal c) del 2.17.2.2.2.1⁵⁷ del Decreto 1068 de 2015

respectivamente. Debido a que el pago con las otras opciones no se realiza a través del mercado cambiario, la norma cambiaria no le permite al no residente registrar su inversión ante el Banco de la República.

2. Transacciones a Título Gratuito.

Esta modalidad también es regulada por el Código Civil cuando establece que los contratos pueden celebrarse de forma gratuita, cuyo objeto es “la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen” (CC Art.1497). Esta forma de celebrar negocios, es una modalidad ciertamente usual en el país; sin embargo a pesar de la frecuencia con la que se presenta la figura y de ser tomada en cuenta especialmente en materia económica para diversos asuntos, no encontramos en la normativa cambiaria (como sí ocurre con el título oneroso) manera específica para poder registrar estos actos como IEDC. Entre las transacciones a título gratuito se encuentran:

2.1. Donación: La donación en Colombia está regulada desde el artículo 1443 al 1493 del Código Civil, y es definida como el “acto por el cual una persona transfiere, gratuita e irrevocablemente, una parte de sus bienes a otra persona que la acepta” (CC Art.1443). Según el artículo 1446 de este mismo código, cualquier persona está autorizada a celebrar una donación mientras no se haya declarado incapaz. En consecuencia, los no residentes bien podrían recibir una donación de cuotas o acciones en una sociedad colombiana, de un derecho fiduciario, de un inmueble o de la posición en un contrato de colaboración empresarial, por parte de un residente colombiano. En todo caso, esta posibilidad tampoco se encuentra consagrada en la norma cambiaria como modalidad de IEDC.

2.2. Herencias y legados: Siendo la propiedad un atributo universal de la personalidad, es claro que todos tenemos derecho a heredar y a ser legatarios y, teniendo en cuenta que la norma civil resalta que “los herederos extranjeros tendrán el mismo trato que los nacionales” (CC Art.1053), los no

residentes igualmente, podrían recibir una herencia o legado (activos en territorio colombiano) de un residente o no residente, por ser “descendientes; hijos adoptivos; ascendientes; padres adoptantes; hermanos; hijos de éstos; cónyuge supérstite” (CC Art.1040) o por el simple hecho de estar en el testamento del causante.

Es preciso resaltar que los únicos incapaces de heredar, según las normas colombianas, son “las comunidades, corporaciones, asociaciones y entidades religiosas, aunque tengan el carácter de personas jurídicas” (CC Art.1021); en consecuencia, se le permite al no residente recibir la herencia.

Los no residentes, no solamente pueden heredar bienes físicos, tales como, bienes muebles, inmuebles, derechos fiduciarios, acciones, cuotas o partes de interés en empresas colombianas, derechos o participaciones en contratos, entre otros; sino también moneda legal colombiana, y con ella realizar las inversiones que a bien tengan.

Adicionalmente, la ley también grava con el impuesto de ganancia ocasional⁵⁸ las herencias, presentándose así el absurdo de ser tenida en cuenta para determinados efectos legales pero olvidada por la normativa cambiaria para el registro de IEDC.

- 2.3. Lotería: El no residente también puede comprar la lotería o participar en juegos de suerte y azar, y terminar siendo beneficiado de su suerte recibiendo bienes tangibles. Al efecto, se establece que estará sujeta al impuesto de ganancia ocasional y la cuantía se “calculará por el valor comercial del bien al momento de recibirse, cuando sea en especie” (ET Art.304). Ver literal c del punto 1.1.2 anterior.

⁵⁸ Art 304 Estatuto Tributario

Como se puede evidenciar, ninguna de las opciones indicadas en el punto de transacciones a título gratuito se encuentran listadas en el artículo 5⁵⁹ del Decreto 2080 de 2000, para su registro ante el Banco de la República. En consecuencia, los no residentes no podrán registrar su inversión cuando realicen transacciones a título gratuito.

3. Activos de Residentes Colombianos

Finalmente, considero importante hacer referencia a una situación que se viene presentando de años atrás, con la salida de gran cantidad de colombianos hacia el exterior. Es el caso de colombianos, que siendo originalmente residentes adquirieron activos en Colombia pagados en pesos y, por diferentes situaciones, se domicilian en otros países, perdiendo la calidad de residentes.

La norma cambiaría no consagra ninguna alternativa para que estos colombianos no residentes puedan registrar sus inversiones ante el Banco de la República, inversiones que fueron adquiridas legalmente y sin la obligación de dar cumplimiento al Régimen de IEDC, pero que, por falta de regulación, no tienen tampoco derechos cambiarios.

Esta situación les impide a estos colombianos, en el momento de enajenar sus inversiones en Colombia a otros no residentes, registrarles o sustituirles la inversión a sus inversionistas compradores.

No obstante, la interpretación dada por el Banco de la República sobre la finalidad de la IEDC es que exista un efectivo aporte por parte del inversionista extranjero en el momento de hacer la inversión, para ser calificada como tal. Entonces, esta definición se deberá revisar.

⁵⁹ Artículo 2.17.2.2.2.1. Decreto 1068 de 2015

De acuerdo con lo analizado en el presente capítulo, las normas civiles y comerciales e incluso las normas tributarias permiten que los no residentes puedan utilizar todos los medios de pago legales, anteriormente expuestos, en la medida en que las libertades individuales en materia de derecho privado económico son muy grandes; en todo caso el régimen de inversión extranjera en Colombia no está en consonancia con estas normas, al ser restrictiva solo a modalidades descritas y como tal limitar los derechos cambiarios a los inversionistas extranjeros.

III. PROYECTO DE DECRETO EXPEDIDO POR EL MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

En el presente capítulo evaluaré si el Proyecto de Decreto propuesto por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, tendiente a modificar el Decreto 2080 de 2000⁶⁰, disminuye o elimina las barreras que actualmente tiene el Régimen de IEDC; con el fin de que los inversionistas extranjeros tengan, realmente, los mismos derechos que los residentes colombianos en las transacciones civiles y comerciales que se llevan a cabo en territorio colombiano; de tal forma que puedan registrar su inversión extranjera en Colombia ante el Banco de la República y que el gobierno nacional les garantice la plenitud de sus derechos cambiarios.

El Proyecto de Decreto contiene varios puntos importantes, algunos nuevos y otros que ya se encontraban en el actual Régimen, pero que facilitan el acceso a los registros de inversión por parte de los no residentes que invierten en activos en Colombia. A continuación haré mención a cada uno:

⁶⁰ Decreto 1068 de 2015

1. Principio de Igualdad

El Proyecto de Decreto en su artículo 2 conserva el principio de igualdad de trato que tienen los no residentes para las transacciones en Colombia. Para ello reitera la prohibición de “fijar condiciones o tratamientos discriminatorios a los inversionistas de capital del exterior frente a los inversionistas residentes” (Unidad de Proyección Normativa, Proyecto de Decreto, Art. 2).

Con esta reiteración, el Proyecto de Decreto busca dar cumplimiento a las disposiciones de los artículos 13 y 100 de la Constitución Política de Colombia; lo cual resalta la importancia que tiene para el gobierno colombiano brindar el mismo trato a la inversión de capital del exterior en Colombia que a la inversión de nacionales residentes; es decir, a la inversión extranjera en Colombia y a la inversión local.

2. Definiciones sobre Inversiones de Capital del Exterior.

Mediante el artículo 5 del Proyecto se define la inversión de capital del exterior como todo activo adquirido por un no residente **a cualquier título**, en virtud de un acto, contrato u operación lícita (Unidad de Proyección Normativa, Proyecto de Decreto, Art.5). Para efectos de la inversión directa, el mismo artículo amplía la lista de inversiones que actualmente trae el artículo 3⁶¹ del Decreto 2080 de 2000, recalcando que todas las inversiones se entienden adquiridas **a cualquier título**. Las siguientes son las definiciones de inversiones que se adicionan:

- Numeral (i) las participaciones en el capital de una empresa colombiana⁶² adquiridas a cualquier título, cuando éstos no se encuentren inscritos en el RNVE⁶³

⁶¹ Artículo 2.17.2.2.1.2. del Decreto 1068 de 2015

⁶² Acciones, cuotas sociales, aportes representativos de capital, instrumentos híbridos o bonos obligatoriamente convertibles en acciones,

- Numeral (ii) Las acciones de una sociedad residente en Colombia inscritas en el RNVE, cuando las mismas hayan sido adquiridas con ánimo de permanencia
- Numeral (vii) Las participaciones en fondos de capital privado⁶⁴, se encuentren inscritos o no en el RNVE
- Numeral (viii) Los activos intangibles adquiridos con el propósito de ser utilizados para la obtención de un beneficio económico u otros propósitos de negocio en el país (Unidad de Proyección Normativa, Proyecto de Decreto, Art.5).

3. Modalidades de Inversión.

En el Proyecto de Decreto no se evidencia la definición y listado de modalidades de inversión como se encontraban en el Artículo 5⁶⁵ del Decreto 2080. En consecuencia, se elimina en su totalidad el contenido de este artículo, lo que permite entender que las barreras actuales tienden a desaparecer. Así, los no residentes podrían recurrir a cualquier modalidad para realizar sus inversiones en los destinos de inversión estipulados por las normas cambiarias.

4. Registro de las Inversiones.

En el artículo 8⁶⁶ del Decreto 2080 de 2000 se encontraba de forma general el procedimiento que debían cumplir los no residentes para el registro de su IEDC; artículo reglamentado por el Banco de la República en el Capítulo 7 de la Circular Reglamentaria DCIN-83; el cual fue analizado en el capítulo 1 del presente escrito. En todo caso, en el Proyecto de Decreto se elimina por completo el contenido de este artículo, para ser reemplazado por el artículo 22 del Proyecto, en el cual se indica que la Autoridad Cambiaria “establecerá, mediante reglamentación de

⁶³ Registro Nacional de Valores o Emisores o en Sistemas de Cotización de Valores del Extranjero

⁶⁴ De que trata el Libro Tercero de la Parte Tercera del Decreto 2555 de 2010 o las normas que lo modifiquen o sustituyan (Numeral vii, Artículo 5, Proyecto de Decreto)

⁶⁵ Artículo 2.17.2.2.2.1. del Decreto 1068 de 2015

⁶⁶ Artículo 2.17.2.2.3.3. del Decreto 1068 de 2015

carácter general, los procedimientos y condiciones aplicables al registro de las inversiones de capital del exterior en el país y de inversiones colombianas en el exterior” (Unidad de Proyección Normativa, Proyecto de Decreto, Art.22), sin entrar en el detalle de la forma y plazos en que los inversionistas deben realizar el registro de su inversión inicial y/o adicional, sustituciones o cancelaciones de las inversiones.

Así mismo, este artículo indica que la Autoridad Cambiaria podrá “establecer procedimientos especiales de registro teniendo en cuenta la naturaleza o clase de la inversión y/o los mecanismos de transacción o adquisición de los activos que constituyen inversión” (Unidad de Proyección Normativa, Proyecto de Decreto, Art.22-3).

Considero importante resaltar que las mencionadas propuestas son producto del “reconocimiento de una preocupación recurrente para los inversionistas: sobre el excesivo cumplimiento de formalismos para el registro de la inversión ante el Banco de la República, en particular para las inversiones a las que no les aplica el registro automático” (Hernández, 2014); y, con estas modificaciones, las formalidades para el registro de sus inversiones ante el Banco de la República disminuyen, facilitando el acceso a todos los inversionistas de capital del exterior.

5. Representación de los inversionistas.

Un último punto que considero importante destacar de las modificaciones propuestas por el Ministerio de Hacienda con el Proyecto de Decreto es que, a pesar de que los inversionistas extranjeros siguen obligados a designar un apoderado en territorio colombiano, para efectos del registro de las inversiones iniciales y/o adicionales, las sustituciones y las cancelaciones, los representantes legales de las empresas receptoras de la inversión podrán presentar la declaración de registro de sus inversionistas (Unidad de Proyección Normativa, Proyecto de Decreto, Art.22). Esto permite mayor flexibilidad y agilidad en el proceso de registro, en la medida en que los inversionistas extranjeros –en el caso

de personas jurídicas- no requerirían realizar el proceso de tramitación de los documentos de constitución y vigencia de las compañías, ni hacer el proceso de la legalización o apostilla, que en muchos casos retrasan o impiden las solicitudes de registro, sustitución y cancelación de la inversión, por los trámites y costos de los documentos en los países de origen o por la imposibilidad de obtener documentos de una empresa que ha sido liquidada.

En el entendido de que el Proyecto de Decreto modificadorio del Régimen de IEDC sí elimina las barreras de ingreso a los inversionistas extranjeros en el momento de registrar sus inversiones ante el Banco de la República, y partiendo de la flexibilización propuesta por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, es necesario que el Banco de la República, mediante la reglamentación que debe expedir en concordancia con el Proyecto de Decreto, conserve un régimen flexible y sin barreras de entrada a los Inversionistas Extranjeros. Igualmente, es necesario que el Banco de la República no mantenga la lista restrictiva de modalidades de inversión que actualmente se tienen en las normas cambiarias, ni tampoco las limite en contravía a los avances ya propuestos con el Proyecto de Decreto; más, teniendo en cuenta que el artículo 5 del Proyecto resalta que todas las inversiones se entienden adquiridas a cualquier título.

Es claro que con la expedición del decreto que modificará el actual régimen de inversiones internacionales, se busca proporcionar al sistema la amplitud y flexibilidad que los tratados y acuerdos internacionales exigen. Por ello es muy importante, reitero, que la reglamentación que expida la Autoridad Cambiaria no retrotraiga los avances que está realizando el Gobierno en esta materia, ni continúe siendo restrictiva para los inversionistas extranjeros haciendo nugatorio el registro de sus inversiones.

En mi concepto, la reglamentación que debe elaborar el Banco de la República, si el proyecto de Decreto es finalmente expedido en estos términos, deberá contener

un procedimiento para registrar todo tipo de inversiones en los destinos permitidos por las normas cambiarias y en todas las modalidades permitidas por las normas civiles y comerciales, sin restricción alguna, más que la seguridad nacional y control de lavado de activos, que estarían a cargo de las autoridades de control y vigilancia del régimen cambiario.

CONCLUSIONES

Con la evolución histórica del Régimen Cambiario y en especial del Régimen de Inversión Extranjera en Colombia; donde desde su inicio, en el país se tenía un control total sobre los movimientos de recursos y de capitales, con exigencia de autorizaciones previas que debían cumplir los inversionistas extranjeros ante las autoridades competentes, y posteriormente entramos a la apertura cambiaria, se puede decir que se ha visto una evolución notoria en la materia.

Sin embargo, en la medida que avanzan las economías del mundo –globalización económica-, el legislador debe actualizar las normas de acuerdo con esta evolución de la economía global y con las proyecciones como estado soberano. Por ello y dada la apertura económica de los años 90, el Congreso expidió la Ley 9 de 1991 que, como se indicó en la parte introductoria, permitió también la apertura cambiaria. Esta ley y todas las normas de carácter gubernamental y de Banca Central dejan ver como el país ha evolucionado y ha abierto su mercado, saliendo del esquema proteccionista, para entrar a un proceso de integración y globalización.

No obstante, la evolución normativa y el actual régimen de inversiones, el Estado colombiano ha sido y continua siendo muy conservador en la reglamentación en el tema en comento. Esto, por supuesto, con el ánimo de proteger las reservas internacionales y evitar el riesgo de lavado de activos. Pero esta posición

conservadora frena la libertad de empresa y las inversiones de no residentes en Colombia. Es importante tener en cuenta que no se puede entrar a un mercado globalizado si el mercado cambiario es cerrado.

Por ello, es necesario que el gobierno colombiano sea consciente de la importancia de que el régimen cambiario debe ser coherente con la ley civil y comercial y con los tratados y acuerdos internacionales, que hasta la fecha ha suscrito Colombia. El mercado cambiario debe estar sintonizado con una economía de mercado abierta, pero al mismo tiempo debe preservar el principio de igualdad y la autonomía de la voluntad.

Considero válido que el Estado sea conservador en la apertura económica, pero sin ser extremista. Colombia es un estado que protege la economía de mercado y bajo las normas civiles y comerciales las personas tenemos libertad de contratación, siempre que no estén restringidos o prohibidos por las normas nacionales y que no violen los derechos de terceros.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el país quiere entrar a la OCDE⁶⁷, es importante que las barreras sean eliminadas lo suficiente para que los inversionistas tengan las mismas condiciones que los residentes. Si bien la política de inversión de Colombia fue evaluada por la OCDE bajo los altísimos estándares que tiene esta organización, permitiendo que suscribiéramos la Declaración sobre Inversión Internacional y Empresas Multinacionales; lo cual nos ubica en el grupo de países con las mejores prácticas en materia de inversión, que permitirá mayores flujos de inversión productiva y mejores prácticas empresariales

⁶⁷ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. "Es un organismo internacional que desde 1961 asesora a los países para el mejoramiento de sus políticas públicas. La OCDE centra sus esfuerzos en descifrar qué es lo que conduce al cambio económico, social y ambiental. Para esto fija estándares internacionales dentro de un amplio rango de temas de políticas públicas, sobre todo a partir de hechos y experiencias reales. (Presidencia, Abecé, 2013).

en el país (Presidencia, Abecé, 2013); también es cierto que con esa autorización, Colombia debe ajustar sus regulaciones internas para que pueda ser viable a la luz de las reglamentaciones planteadas por el Consejo de la OCDE.

Colombia ha ido avanzando en algunos temas pero sigue teniendo desafíos que debe trabajar, como es en los temas de inversión, competencia, regulatorio, gobierno corporativo del sector privado, gobierno corporativo sector público, impuestos, comercio, estadísticas, medio ambiente, productos químicos, manejo de residuos, economía digital y lucha contra el cohecho (Boada, Colombia en la OCDE, 2016).

Si realmente lo que busca el estado entrando a la OCDE es obtener mayor confianza de los inversionistas, como un “sello de calidad no solo sobre las finanzas públicas sino sobre todas las políticas” (Presidencia, Abecé, 2013), es necesario que Colombia supere esos desafíos, especialmente, las restricciones que actualmente persisten en el Régimen de Inversión Extranjera en Colombia.

Del estudio realizado al Proyecto de Decreto elaborado y presentado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que busca modificar el Decreto 2080 de 2000, se concluye que el mismo sí flexibiliza el régimen de IEDC, y en consecuencia considero que Colombia está por el camino de superar dichas barreras; pero es importante que la Autoridad Cambiaria no retrotraiga estos avances con la expedición de reglamentaciones nuevamente rígidas. Por el contrario, dicha reglamentación deberá ser flexible, accesible a los inversionistas y con mecanismos y procedimientos que les facilite su inversión.

En concordancia con este punto se debe tener en cuenta la decisión tomada por la Corte Constitucional mediante sentencia C-184 de 2016, que declara exequible condicionada la Ley 1747 de 2014 “Por medio de la cual se aprueba el "Acuerdo de libre comercio entre la República de Colombia y la República de Corea”,

firmado en Seúl, República de Corea, el 21 de febrero de 2013”; en el entendido que con la firma de los tratados internacionales por parte de la República de Colombia, se presenta

“un juicio de confrontación entre una norma, de rango constitucional, que le asigna al Banco de la República una facultad, indefinida en el tiempo, para regular los cambios internacionales y una norma, de rango legal, que reconoce una de las manifestaciones de esa función, pero la limita temporalmente. En suma, la confrontación se da entre una facultad constitucional temporalmente indeterminada y una restricción de rango legal a la misma” (CConst. C-184/2016, G. Ortiz),

que a la postre puede derivar en litigios internacionales que afecten patrimonialmente al Estado Colombiano por la responsabilidad estatal, por decisiones tomadas por el Banco de la República.

BIBLIOGRAFÍA

- Banco de la República. (2000). *Circular Reglamentaria Externa DCIN-83. Capítulo 7 - Inversiones Internacionales*. Actualizado al 17 de septiembre de 2015. Recuperado de http://www.banrep.gov.co/sites/default/files/reglamentacion/archivos/DCIN_83_Capitulo7.pdf. Tomado el día 22 de Noviembre de 2015.
- . (2000). *Circular Reglamentaria Externa DCIN-83. Capítulo 7 - Inversiones Internacionales*. Actualizado al 14 de diciembre de 2015. Recuperado de http://www.banrep.gov.co/sites/default/files/reglamentacion/archivos/DCIN_83_Capitulo7.pdf. Tomado el día 28 de Enero de 2016.
- . (2000). *Circular Reglamentaria Externa DCIN-83. Capítulo 10 - Generalidades sobre operaciones del mercado cambiario*. Actualizado al 11 de febrero de

2015. Recuperado de http://www.banrep.gov.co/sites/default/files/reglamentacion/archivos/DCIN_83_Capitulo10.pdf. Tomado el día 6 de marzo de 2016.
- . (2000). *Circular Reglamentaria Externa DCIN-83. Instructivo del Formulario No.11. Registro de Inversiones Internacionales - Formulario No. 11.* Actualizado al 24 de febrero de 2011. Recuperado de http://www.banrep.gov.co/sites/default/files/reglamentacion/archivos/DCIN_Instructivo_Formulario11.pdf. Tomado el día 22 de Noviembre de 2015.
- . (2000). *Circular Reglamentaria Externa DCIN-83. Instructivo del Formulario No.11. Registro de Inversiones Internacionales - Formulario No. 11.* Actualizado al 14 de diciembre de 2015. Recuperado de http://www.banrep.gov.co/sites/default/files/reglamentacion/archivos/Instr11_201511.pdf. Tomado el día 28 de Enero de 2016.
- . Junta Directiva. (5 de Mayo de 2000). *Resolución 8 de 2000.* Actualizado al 6 de Noviembre de 2015. Recuperado de http://www.banrep.gov.co/sites/default/files/reglamentacion/archivos/re_8_2000_compendio.pdf. Tomado el día 22 de Noviembre de 2015.
- Boada, A. (29 de Marzo de 2016). *Colombia en la OCDE.* Catedra Magistral llevada a cabo en la Maestría Derecho Privado de la Universidad de Los Andes.
- Congreso de la República de Colombia. (15 de Abril de 1887). *Ley 57 de 1887. Sobre la adopción de códigos y unificación de la legislación nacional. Código Civil.* Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html. Tomado el día 6 de marzo de 2016.

- . (17 de Enero de 1991). *Ley 9 de 1991 Por la cual se dictan normas generales a las que deberá sujetarse el Gobierno Nacional para regular los cambios internacionales y se adoptan medidas complementarias*. Diario Oficial. Año CXXVII. N. 39634. 17, Enero, 1991. P. 1. Recuperado de <http://www.banrep.gov.co/sites/default/files/paginas/LEY09DE1991CONHIPERVINCULOS-1.pdf>. Tomado el día 22 de Noviembre de 2015.
- . (29 de Diciembre de 1992). *Ley 31 de 1992. Por la cual se dictan las normas a las que deberá sujetarse el Banco de la República para el ejercicio de sus funciones, el Gobierno para señalar el régimen de cambio internacional, para la expedición de los Estatutos del Banco y para el ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control del mismo, se determinan las entidades a las cuales pasarán los Fondos de Fomento que administra el Banco y se dictan otras disposiciones*. Diario Oficial No. 40.707, de 4 de enero de 1993. Fe De Erratas. Diario Oficial No. 40.944, de 12 de julio de 1993. Recuperado de http://www.banrep.gov.co/sites/default/files/reglamentacion/archivos/ley_31_1992_compendio.pdf. Tomado el día 22 de Noviembre de 2015.
- . (16 de Enero de 2001). *Ley 643 de 2001. Por la cual se fija el régimen propio del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar. Reglamentada parcialmente por los Decretos Nacionales 2975 de 2004; 855 de 2009 y 1289 de 2010, Modificada por el art. 36, Decreto Nacional 126 de 2010, en lo relativo a las multas, Reglamentada por el Decreto Nacional 3034 de 2013*. Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4168>. Tomado el día 6 de marzo de 2016.

Constituyente. (1991). Constitución Política de Colombia. Recuperado de <http://www.banrep.gov.co/sites/default/files/paginas/cp91.pdf>. Tomado el día 22 de Noviembre de 2015.

Hernández, M. (13 de Noviembre de 2014). Reforma al régimen de inversiones internacionales. *La República.co*. Recuperado de http://www.larepublica.co/reforma-al-r%C3%A9gimen-de-inversiones-internacionales_191416. Tomado el día 28 de marzo de 2016.

Mojica Mejía, J. F. (2015). *Lecciones De Teoría Del Negocio Jurídico Y Obligaciones*. Bogotá D.C. Editorial Ibáñez.

Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Unidad de Proyección Normativa y Estudios de Regulación financiera. (2014). Documentos Técnico: Régimen de Inversiones Internacionales en Colombia. Recuperado de <http://www.urf.gov.co/portal/page/portal/URF/ProyectoDecreto/2015/Documento%20Tecnico%20Regimen%20de%20Inversiones%20Internacionales.pdf>. Tomado el día 18 de abril de 2016.

---. (2014). Proyecto de Decreto Régimen de Inversiones Internacionales: Por el cual se modifica y reexpide el régimen general de inversiones de capital del exterior en Colombia y de las inversiones colombianas en el exterior y se dictan otras disposiciones en materia de cambios internacionales. Recuperado de <http://www.urf.gov.co/portal/page/portal/URF/ProyectoDecreto/2015/Proyecto%20de%20Decreto%20Regimen%20Inversiones%20Internacionales%20V.F.pdf>. Tomado el día 18 de abril de 2016.

Presidente de la República de Colombia. (22 de marzo de 1967). *Decreto-ley 444 de 1967. Sobre régimen de cambios internacionales y de comercio exterior.*

- Diario oficial. Año CII. N. 32189. 6, Abril, 1967. Recuperado de [file:///D:/USUARIO/Downloads/Decreto Ley 444 1967.pdf](file:///D:/USUARIO/Downloads/Decreto_Ley_444_1967.pdf). Tomado el día 18 de abril de 2016.
- . (27 de marzo de 1971). Decreto 410 de 1971 Por el cual se expide el Código de Comercio. Diario Oficial No. 33.339 del 16 de junio de 1971. Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_comercio.html. Tomado el día 6 de marzo de 2016.
- . (30 de marzo de 1989). *Decreto 624 de 1989. Por el cual se expide el Estatuto Tributario de los Impuestos Administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales*. Diario Oficial No. 38.756 de 30 de marzo de 1989. Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/estatuto_tributario.html. Tomado el día 18 de abril de 2016.
- . (4 de julio de 1991). *Decreto 1746 de 1991. Por medio del cual se establece el Régimen Sancionatorio y el Procedimiento Administrativo Cambiario a seguir por la Superintendencia de Cambios*. Diario Oficial No 39.889, del 4 de julio de 1991. Recuperado de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_1746_1991.html. Tomado el día 25 de Mayo de 2016.
- . (2 de Septiembre de 1993). *Decreto 1735 De 1993. Por el cual se dictan normas en materia de cambios internacionales*. Diario Oficial No. 41017. AÑO CXXIX. Septiembre 2, 1993. Recuperado de <http://www.banrep.gov.co/economia/pli/d1735.pdf>. Tomado el día 22 de Noviembre de 2015.

- . (2 de noviembre de 1993). *Decreto 2348 de 1993. Por el cual se adoptan procedimientos para el establecimiento de políticas y reformas al régimen de inversión de capitales del exterior en el país y de las inversiones colombianas en el exterior.* Diario Oficial No. 41.119, del 26 de noviembre de 1993. Recuperado de https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/decreto_2348_1993.htm. Tomado el día 18 de abril de 2016.
- . (24 de Julio de 1996). *Decreto 1295 de 1996. Por el cual se dictan normas relacionadas con el régimen de inversión extranjera.* Diario Oficial No. 42.843, de 29 de julio de 1996. Recuperado de https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/decreto_1295_1996.htm. Tomado el día 18 de abril de 2016.
- . (18 de Octubre de 2000). *Decreto 2080 de 2000. Por el cual se expide el Régimen General de Inversiones de capital del exterior en Colombia y de capital colombiano en el exterior.* Diario oficial No. 44205. Año CXXXVI. Octubre 25, 2000. P. 29. Recuperado de http://www.banrep.gov.co/sites/default/files/reglamentacion/archivos/decreto_2080_compendio.pdf. Tomado el día 28 de Enero de 2016.
- . (30 de mayo de 2013). Sistema Informativo del Gobierno. Abecé de Colombia en la OCDE. Recuperado de http://wsp.presidencia.gov.co/Prensa/2013/Mayo/Paginas/20130530_01.aspx.
- . (26 de mayo de 2015). *Decreto 1068 de 2015. Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Hacienda y Crédito Público.* Diario Oficial N.49523, Página 98. Recuperado de

http://www.banrep.gov.co/sites/default/files/reglamentacion/archivos/d1068_d2080.pdf. Tomado el día 28 de Enero de 2016.

Proexport Colombia. (2013). Guía Legal Para Hacer Negocios En Colombia. Ernst & Young S.A.S. Recuperado de http://www.procolombia.co/sites/default/files/guia_legal_2013_jul_0.pdf. Tomado el día 22 de Noviembre de 2015.

---. (2015). Guía Legal Para Hacer Negocios En Colombia. Lloreda Camacho & Co. Recuperado de http://www.procolombia.co/sites/default/files/guia_legal_inversion_procolombia.pdf. Tomado el día 22 de Noviembre de 2015.

Ortiz Delgado, G. (14 de abril de 2016). *Sentencia C-184/16*. ACUERDO DE LIBRE COMERCIO ENTRE LA REPUBLICA DE COLOMBIA Y LA REPUBLICA DE COREA Y LEY APROBATORIA. Bogotá: Corte Constitucional. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-184-16.htm>

Reyes Reyes, E. de J. (2003). Memorias de los Capitales Extranjeros en Colombia. En *Derecho Internacional de los Negocios*. A. Zapata (Primera Edición). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Villegas, C. G. (1986). *La cuenta corriente bancaria y el cheque: Actividad práctica bancaria*. Volumen 1 de Editorial Depalma.