

OFICIO 220-089315 DEL 1º JULIO DE 2021

ASUNTO: OBJETO SOCIAL – CRIPTOACTIVOS

Acuso recibo del escrito citado en la referencia, mediante el cual presenta una consulta relativa a diferentes aspectos respecto del desarrollo de inversiones en criptoactivos, en una sociedad por acciones simplificadas.

Antes de resolver lo propio, debe reiterarse que la competencia de esta Entidad es eminentemente reglada y sus atribuciones se hayan enmarcadas en los términos del numeral 24 del artículo 189 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 82, 83, 84, 85 y 86 de la Ley 222 de 1995 y el Decreto 1736 de 2020.

Así, al tenor de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 11 del Decreto 1736 de 2020, es función de la Oficina Asesora Jurídica de esta Entidad absolver las consultas jurídicas externas en los temas de competencia de la Superintendencia de Sociedades, salvo las que correspondan a actuaciones específicas adelantadas por las dependencias de la Entidad y, en esa medida, emite un concepto u opinión de carácter general y abstracto que como tal no es vinculante ni compromete su responsabilidad.

A su vez, para efectos del conteo del término en la atención de su consulta, es preciso indicarle que mediante el artículo 5º de la parte resolutive del Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020, expedido con ocasión de la emergencia sanitaria derivada del Coronavirus COVID-19 y mientras ésta se mantiene, el Gobierno Nacional amplió los términos para que entidades como esta Superintendencia atiendan peticiones de consulta en treinta y cinco (35) días.

Con el alcance indicado, éste Despacho procede a resolver sus inquietudes en el mismo orden en que fueron planteadas

“...qué situación jurídica y se me puede presentar por las inversiones que voy a realizar en criptoactivos, y cuál sería el proceso tributario y contable en esas inversiones en criptoactivos, y como sería el objeto social en los estatutos para que se ajusten a la ley colombiana, ya que existe poca información sobre esto y muchos vacíos técnicos y legales sobre esta materia.”

Se reitera el asunto tributario de su consulta fue trasladado al Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN y que fue comunicado al peticionario mediante oficio 195-056746 del 12 de mayo de 2021. Así mismo frente a los asuntos de naturaleza contable,

ésta Entidad se pronunció mediante oficio 115-072999 emitido por el Grupo de Análisis y Regulación Contable, por tanto, ésta Oficina se pronunciará únicamente respecto a la situación jurídica y el objeto social por usted consultados.

Para dar respuesta a su primera pregunta, en relación con las situaciones jurídicas que se pudieran presentar al realizar inversiones en criptoactivos, se traen a colación algunos apartes del oficio 100-237890 del 14 de diciembre de 2020:

“En primer lugar, se aclara que, para efectos de atender su consulta, este Despacho se referirá al término “Criptoactivos” con base en el concepto que ha sido adoptado a nivel gubernamental para representar, en general, las distintas derivaciones de estas unidades de valor, dada la recomendación efectuada por el Banco de la República en su documento técnico denominado “Criptoactivos” en el cual, a su vez, atiende las sugerencias que en tal sentido le fueron efectuadas por parte del Financial Action Task Force y el G20, después de la reunión sostenida en Buenos Aires en marzo de 2018.

(...)

El Banco de la República, al ocuparse de los Criptoactivos en Colombia, en su Oficio JDS-CA-13581 del 21 junio de 2019, indica que éstos carecen de regulación gubernamental y reitera las advertencias hechas de tiempo atrás por la Superintendencia Financiera de Colombia a los usuarios de dichos Criptoactivos, señalando que al realizar este tipo de inversiones exponen su dinero bajo su propia cuenta y riesgo, así como las advertencias efectuadas por el Grupo de Acción Financiera Internacional - GAFI y por la Oficina Europea de Policía - EUROPOL, relacionadas con la posibilidad de que a través del mercado de Criptoactivos se promueva el lavado de activos, la financiación del terrorismo y la proliferación de armas de destrucción masiva:

“(...) De acuerdo con lo señalado por el grupo de trabajo conformado por el Banco de la República, la Superintendencia Financiera de Colombia, la Superintendencia de Sociedades, la Unidad de Regulación Financiera (URF), la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF), y en calidad de invitado, el Consejo Técnico de la Contaduría Pública (CTCP), se ha concluido que los criptoactivos:

- i. No son moneda, en tanto la única unidad monetaria y de cuenta que constituye medio de pago de curso legal con poder liberatorio ilimitado, es el peso emitido por el BR (billetes y monedas);*
- ii. no son dinero para efectos legales;*



- iii. no son una divisa, pues no ha sido reconocido como moneda por ninguna autoridad monetaria internacional ni se encuentra respaldada por bancos centrales;
- iv. no son efectivo, ni equivalente a efectivo;
- v. no existe obligación alguna para recibirlos como medio de pago;
- vi. no son activos financieros ni propiedad de inversión en términos contables;
- vii. no son un valor en los términos de la Ley 964 de 2005, por lo que se debe evitar su mención o asimilación.

Mediante la Carta Circular 52 de 2017, la Superintendencia Financiera de Colombia, advirtió que “las operaciones con “Monedas electrónicas - Criptomonedas o Monedas Virtuales” han sido señaladas por el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) en el documento “Directrices para un Enfoque Basado en Riesgo para Monedas Virtuales” y por la Oficina Europea de Policía (Europol) en el documento “SOCTA –Europol de 2017”, como un instrumento que podría facilitar el manejo de recursos provenientes de actividades ilícitas relacionadas entre otros, con los delitos fuente del lavado de activos, la financiación del terrorismo y la proliferación de armas de destrucción masiva.

Teniendo en cuenta lo anterior, la SFC en la carta circular considera necesario reiterar lo expresado en las cartas circulares 78 de 2016 y 29 de 2014, y exhorta a las entidades vigiladas para que continúen aplicando las medidas adecuadas y suficientes con el fin de evitar que sean utilizadas como instrumento para el lavado de activos y/o canalización de recursos hacia la realización de actividades terroristas o para el ocultamiento de activos provenientes de las mismas”.

Debe indicarse expresamente que el sector financiero aún no está autorizado para custodiar, invertir, intermediar u operar con Criptoactivos; sin embargo, actualmente la Superintendencia Financiera de Colombia se encuentra realizando un “sandbox”, el cual permitirá, bajo un sistema controlado, que entidades financieras a través de pruebas piloto puedan realizar operaciones de cash-in (depósito) y cash-out (retiro) en productos financieros de depósito a nombre de plataformas de Criptoactivos.

Sin perjuicio de lo anterior, lo cierto es que actualmente los Criptoactivos no están prohibidos en Colombia.

No obstante, a través del Proyecto de Ley 28 de 2018 “por el cual se regula el uso de monedas virtuales o criptomonedas y las formas de transacción con éstas en el territorio de Colombia”, y de los Proyectos de Ley 97 y 268 de 2019 y 033 de 2020

“por la cual se regulan los servicios de intercambio de criptoactivos ofrecidos a través de las plataformas de intercambio de criptoactivos”, se ha pretendido o pretende regular ciertos aspectos del negocio de los Criptoactivos, con la finalidad de determinar un marco normativo para su comercialización, engranaje y acoplamiento a los mercados del sector financiero y real de la economía.

En cuanto a la responsabilidad que se asume al invertir en Criptoactivos por parte de sociedades comerciales, es preciso señalar que sus administradores han sido suficientemente advertidos por esta Entidad sobre lo riesgoso de estas inversiones, dada la volatilidad de su valor, la ausencia de regulación local y la inseguridad que genera el total anonimato en la cadena de partícipes, entre otros aspectos.

En este sentido, debe tenerse en cuenta que, aunque la actividad empresarial está relacionada con la asunción de riesgos, la gestión de los administradores sociales debe regirse en todo momento por los deberes generales de buena fe, cuidado y lealtad establecidos en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, cuyo incumplimiento en el desarrollo de los negocios sociales, incluidos aquellos que se realicen con Criptoactivos, los hará responsables por los perjuicios que puedan causar a la sociedad, a los asociados o a terceros. En relación con el deber de diligencia o cuidado, la jurisprudencia societaria ha reiterado que, si las decisiones de negocio de un administrador obedecen a un juicio razonable y lo suficientemente informado, estarán cobijadas por la regla de la discrecionalidad, en virtud de la cual las autoridades judiciales se abstendrán de analizar los motivos de tales decisiones a menos que se acrediten violaciones a la ley (incluidas las omisiones negligentes), actuaciones abusivas o infracciones al deber de lealtad.

Además de lo anterior, deberán tenerse en cuenta las implicaciones legales de tipo penal derivadas de la conducta de lavado de activos o las sanciones administrativas que fueren aplicables, al no agotar la debida diligencia en el conocimiento del beneficiario real, vinculados, clientes o usuarios en este tipo de operaciones con Criptoactivos, en los casos en que el sujeto se encuentre obligado a ello.

(...)

Sin perjuicio de lo anterior, se realizan las siguientes advertencias generales sobre los Criptoactivos:

- Los Criptoactivos no son considerados moneda de curso legal.
- Los Criptoactivos no cuentan con el respaldo o la participación de los bancos centrales.
- Las transacciones con Criptoactivos son de alto riesgo, por lo tanto, la volatilidad e imprevisibilidad del precio de los distintos Criptoactivos pueden resultar en

ganancias o pérdidas significativas, parciales o totales, en cualquier periodo de tiempo determinado.

- *El valor de los Criptoactivos depende de la oferta y la demanda en el mercado de cada tipo de criptoactivo, el cual no se encuentra regulado.*
- *Existe la posibilidad de fraudes o fallas en su emisión y transferencia.*
- *Los Criptoactivos pueden ser utilizados como instrumentos para el Lavado de Activos, la Financiación del Terrorismo LA/FT y otras actividades delictivas, ante lo cual los administradores de las compañías que participen en su mercado deben desplegar: i) la máxima debida diligencia en el conocimiento de los extremos de la operación (incluidos asociados, empleados, clientes, contratistas y proveedores, y sus beneficiarios finales), en lo atinente a la prevención de LA/FT y, ii) la diligencia que un buen hombre de negocios tendría en cuenta para evitar que a través de su administrada, se presente el fenómeno de lavado de activos o se capten ilegalmente dineros del público o se genere algún otro daño al interés público o particular.*
- *Quienes realizan operaciones con Criptoactivos deciden de manera responsable, consciente y autónoma, por su propia cuenta y riesgo, asumir las posibles pérdidas que pudieran derivarse de este tipo de transacciones. □ Las funciones de supervisión estatal ejercidas por las autoridades sobre las sociedades, no implican certificación o garantía sobre las transacciones, la inexistencia o control de los riesgos inherentes a este tipo de operaciones y/o el control estatal de las actividades que desarrollen las sociedades o personas con Criptoactivos.*
- *En la medida que los Criptoactivos: i) No son moneda, en tanto la única unidad monetaria y de cuenta que constituye medio de pago de curso legal con poder liberatorio ilimitado, es el peso emitido por el Banco de la República (billetes y monedas), ii) no son dinero para efectos legales, iii) no son una divisa, iv) no son efectivo ni equivalente a efectivo, v) no existe obligación alguna para recibirlos como medio de pago, vi) no son activos financieros y, vii) no son un valor en los términos de la Ley 964 de 2005; las emisiones de Criptoactivos podrían constituir conductas de captación ilegal de dineros del público, conforme se establece en el artículo 316 del Código Penal, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y el Decreto Ley 4334 de 2008, al igual que cualquier operación sobre los mismos que pretenda un intercambio de bienes, servicios o rendimientos sin explicación financiera razonable o la garantía de los rendimientos o beneficios prometidos.*
- *Los administradores deberán verificar que en las operaciones con Criptoactivos no se esté cometiendo, participando o beneficiando de alguna de las conductas identificadas como de captación ilegal de recursos del público, previstas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y en el Decreto Ley 4334 de 2008.*

*(...)*¹

1 COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio 100-237890 (14 de diciembre de 2020). Asunto: Criptoactivos – Su utilización en actos de comercio – Aporte en especie al capital de una sociedad. [Consultado el 16 de junio de 2021].

En todo caso, y si bien los criptoactivos no están prohibidos en Colombia, no sobra reiterar que tampoco existe regulación sobre la materia y, por tanto, recae sobre los asociados, la sociedad y sus administradores, asumir la responsabilidad y los riesgos que se derivan de dichas inversiones, desde el punto de vista civil, penal, fiscal, de lavado de activos y financiación del terrorismo (LA/FT), entre otros, según sea aplicable.

También es pertinente recordar que, la Circular Externa 100-000016 de 2020, por la cual se modifica el capítulo X de la Circular Básica Jurídica 100-000005 de 2017, establece en el numeral 2 lo siguiente: *“Riesgo LA/FT/FPADM: es la posibilidad de pérdida o daño que puede sufrir una Empresa por su propensión a ser utilizada directamente o a través de sus operaciones como instrumento para el Lavado de Activos y/o canalización de recursos hacia la realización de actividades terroristas o el Financiamiento de la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva, o cuando se pretenda el ocultamiento de Activos provenientes de dichas actividades. Las contingencias inherentes al LA/FT/FPADM se materializan a través de riesgos tales como el Riesgo de Contagio, Riesgo Legal, Riesgo Operativo, Riesgo Reputacional y los demás a los que se expone la Empresa, con el consecuente efecto económico negativo que ello puede representar para su estabilidad financiera, cuando es utilizada para tales actividades.”*²

Ahora bien, respecto de su inquietud sobre el objeto social, en términos generales es preciso señalar que, tratándose de una sociedad por acciones simplificadas, la Ley 1258 de 2008 previó en su artículo 5 numeral 5 la forma en que debe expresarse lo relativo al objeto social en el documento de constitución de la sociedad, así: “5. Una enunciación clara y completa de las actividades principales, a menos que se exprese que la sociedad podrá realizar cualquier actividad comercial o civil, lícita. Si nada se expresa en el acto de constitución, se entenderá que la sociedad podrá realizar cualquier actividad lícita.”

La norma señalada contempla entonces el mayor grado de flexibilidad posible, con el fin de que los empresarios puedan acometer por conducto de la S.A.S., cualquier actividad de negocios lícita, sin las restricciones derivadas de la teoría de la especialidad del objeto social.

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida en el plazo y con los efectos descritos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, no sin antes señalar que puede consultarse en la Página WEB de la Entidad, la normatividad, los conceptos jurídicos alusivos con el tema u otro de su interés.

Disponibile

https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/OFICIO_100-237890_DE_2020.pdf

2 SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Circular Externa No. 100-000016 (24 de diciembre de 2020). [Consultada el 16 de junio de 2021] Disponible en: https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/NormatividadCircularBasicaJuridica/Circular_100-000016_de_24_de_diciembre_de_2020.pdf