DECRETO 4765 DE 2011

(diciembre 14)

D.O. 48283, diciembre 14 de 2011

por el cual se reglamenta el artículo 74 de la Ley 1328 de 2009 y se modifican algunas disposiciones en materia de instrumentos financieros derivados y de productos estructurados.

El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial de las previstas en los numerales 11 y 25 del artículo 189 de la Constitución Política y el artículo 74 de la Ley 1328 de 2009, en concordancia con lo dispuesto en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en especial en su artículo 48 y en el artículo 4° de la Ley 964 de 2005,

CONSIDERANDO:

Que el artículo 74 de la Ley 1328 de 2009 estableció la posibilidad de llevar a cabo la terminación anticipada y la compensación y liquidación, entre otras, de operaciones con instrumentos financieros derivados y con productos estructurados que se negocien o realicen por fuera de bolsas o sistemas de negociación, cuando cualquiera de las contrapartes incurra en un proceso de insolvencia o de naturaleza concursal, toma de posesión para liquidación o acuerdos globales de reestructuración de deudas.

Que para dar aplicación a lo señalado en el primer considerando, es necesario reglamentar el registro de operaciones con instrumentos financieros derivados y con productos estructurados cuando estas no se compensen y liquiden en sistemas de compensación y liquidación, otorgando a dichas operaciones la prerrogativa consagrada en el artículo 74 de la Ley 1328 de 2009.

Que es necesario disponer el registro de las operaciones con instrumentos financieros derivados y con productos estructurados realizadas por fuera de bolsas o sistemas de negociación por entidades sometidas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia.

Que, además, es pertinente realizar determinados ajustes a las normas prudenciales de las operaciones con instrumentos financieros derivados y con productos estructurados.

DECRETA:

Artículo 1°. Modifícase la denominación del Capítulo 4 del Título 1 del Libro 35 de la Parte 2 del Decreto 2555 de 2010, la cual quedará así:

"CAPÍTULO 4

DE LOS REGLAMENTOS"

Artículo 2°. Adiciónase el siguiente Capítulo al Título 1 del Libro 35 de la Parte 2 del Decreto 2555 de 2010, el cual quedará así:

"CAPÍTULO 5

TERMINACIÓN ANTICIPADA Y COMPENSACIÓN Y LIQUIDACIÓN EN OPERACIONES CON INSTRUMENTOS FINANCIEROS DERIVADOS Y CON PRODUCTOS ESTRUCTURADOS QUE NO SE COMPENSEN Y LIQUIDEN EN SISTEMAS DE COMPENSACIÓN Y LIQUIDACIÓN. CLOSE-OUT NETTING.

Artículo 2.35.1.5.1 Reglas para el registro de operaciones con instrumentos financieros derivados y productos estructurados a que se refiere el numeral iii) del artículo 74 de la Ley 1328 de 2009. Cuando las operaciones con instrumentos financieros derivados y con productos estructurados realizadas con una contraparte que sea una entidad sometida a

inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia, no se compensen y liquiden en sistemas de compensación y liquidación, deberán registrarse de la siguiente manera:

1. Cuando se realicen operaciones entre entidades sometidas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia y agentes del exterior o residentes con instrumentos financieros derivados sobre divisas, se deberá: i) realizar el registro de la operación en un sistema de registro de operaciones sobre divisas conforme lo establecido en la Resolución Externa 4 de 2009 de la Junta Directiva del Banco de la República o en la norma que la modifique o complemente y ii) conservar la información señalada en el artículo 2.35.1.5.2 del presente decreto.

2. Cuando se realicen operaciones entre entidades sometidas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia y agentes del exterior o residentes con productos estructurados sobre divisas, el registro se entenderá efectuado con: i) el registro efectuado en desarrollo de los artículos 36 y 37 de la Resolución Externa 8 de 2000 de la Junta Directiva del Banco de la República o en la norma que la modifique o complemente y ii) la conservación de la información señalada en el artículo 2.35.1.5.2 del presente decreto.

3. Cuando las operaciones con instrumentos financieros derivados o con productos estructurados no correspondan a las enunciadas en los numerales anteriores, el registro se surtirá con: i) el primer envío de los formatos correspondientes a la valoración de instrumentos financieros derivados a la Superintendencia Financiera de Colombia, sin perjuicio de las obligaciones periódicas de envío de información de cada operación, así como de la información adicional que sobre el particular establezca la misma entidad y ii) la conservación de la información señalada en el artículo 2.35.1.5.2 del presente decreto por parte de la respectiva entidad vigilada.

La forma de realizar el registro previsto en el presente numeral operará durante los seis (6) meses siguientes a la entrada en vigencia del presente artículo. Cumplido dicho plazo, las operaciones señaladas en el anterior inciso que deseen contar con la protección otorgada por el artículo 74 de la Ley 1328 de 2009, deberán registrarse conforme a lo establecido por el artículo 2.35.1.6.1 del presente decreto.

El registro realizado en los términos de los numerales anteriores tendrá por efecto que cuando ocurra un proceso de insolvencia o de naturaleza concursal, una toma de posesión para liquidación o un acuerdo global de reestructuración, se podrán terminar anticipadamente y compensarse y liquidarse las operaciones a que se refiere el primer inciso del presente artículo, de tal forma que solamente quede vigente el monto correspondiente al saldo neto de las mismas.

Parágrafo 1°. La forma de reportar la información será establecida en los instructivos que emitan el Banco de la República y la Superintendencia Financiera de Colombia. En todo caso, quien reporte la información, además de conservar la documentación soporte de la misma, deberá presentarla cuando le sea requerida por las autoridades o por el representante del respectivo procedimiento de insolvencia, de naturaleza concursal, de toma de posesión para liquidación o del acuerdo global de reestructuración. La veracidad de la información registrada será de exclusiva responsabilidad de quien la reporte.

Parágrafo 2°. Siempre que el registro de operaciones con instrumentos financieros derivados o con productos estructurados realizados por una entidad sometida a inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia, se efectúe en un sistema de registro administrado por una entidad sometida a inspección y vigilancia de la misma entidad, este se cumplirá, para efectos del presente artículo, de conformidad con lo establecido según sea el caso.

Artículo 2.35.1.5.2 Conservación de información. Para efectos de que se entienda realizado

el registro a que se refiere el artículo 2.35.1.5.1 del presente decreto, las contrapartes en las operaciones allí referidas deberán conservar la siguiente información durante la respectiva relación contractual y cinco (5) años más:

a) El contrato marco suscrito entre las contrapartes que contenga los estándares mínimos establecidos por la Superintendencia Financiera de Colombia, contrato marco ISDA o el prospecto de inversión y los anexos de estos, de acuerdo con la operación de que se trate.

b) Documentos tales como suplementos, confirmaciones, protocolos, documentos de apoyo crediticio o garantías, puentes y cualquier otro documento mediante el cual las partes instrumenten la operación y sus correspondientes garantías.

c) La información adicional que en ejercicio de sus atribuciones establezca la Superintendencia Financiera de Colombia.

Artículo 2.35.1.5.3 Efectividad de las garantías otorgadas en dinero. Cuando se presente un proceso de insolvencia o de naturaleza concursal, una toma de posesión para liquidación o un acuerdo global de reestructuración de deudas, y se encuentren vigentes operaciones con instrumentos financieros derivados o con productos estructurados que no se compensen y liquiden en sistemas de compensación y liquidación, las garantías constituidas en depósitos en dinero se podrán hacer efectivas sin intervención judicial, siempre que:

1. Hayan sido otorgadas por la parte incursa en alguno de los eventos antes mencionados para respaldar el cumplimiento de las operaciones con instrumentos financieros derivados o con productos estructurados.

2. Las operaciones con instrumentos financieros derivados o con productos estructurados se hayan registrado de conformidad con el artículo 2.35.1.5.1 y 2.35.1.6.1 del presente decreto, según sea el caso.

3. Las partes hayan regulado en el contrato marco que contenga los estándares mínimos establecidos por la Superintendencia Financiera de Colombia, contrato marco ISDA o en el prospecto de inversión y/o los anexos de estos, dependiendo del tipo de operación de que se trate, que cuando el depositario sea la misma parte garantizada, esta podrá disponer del dinero depositado hasta por el saldo neto a su favor, sin intervención judicial. Cuando el depositario no sea la misma parte garantizada, este deberá tener la calidad de establecimiento bancario o de sociedad fiduciaria, y el procedimiento para hacer efectiva la garantía otorgada se regirá por lo establecido en el respectivo contrato, prospecto o reglamento.

Artículo 2.35.1.5.4 Ejecución de las garantías otorgadas en dinero. A partir de que la autoridad competente respectiva expida la decisión de toma de posesión para liquidación, el auto admisorio del proceso de insolvencia respectivo o la decisión que haga sus veces en los acuerdos globales de reestructuración, el depositario, una vez enterado procederá a:

a) Informarle a dicha autoridad que el dinero depositado en garantía no constituye prenda general de los acreedores de la contraparte deudora y que está excluido de la masa de bienes que pueda conformarse para efectos del proceso de insolvencia o de naturaleza concursal, de la toma de posesión para liquidación o del acuerdo global de reestructuración, según se trate.

b) Pagarse con la garantía, disponiendo del dinero o transfiriéndoselo a la parte garantizada según el caso, sin intervención judicial, conforme a lo dispuesto en el reglamento, contrato marco que corresponda o en el prospecto de inversión y/o los anexos de estos, dependiendo del tipo de operación de que se trate, hasta concurrencia del saldo neto a favor de la parte garantizada.

c) En caso de que el dinero depositado como garantía no cubra la totalidad del saldo neto de las obligaciones a favor de la parte garantizada, podrá en todo caso ejecutarse la garantía,

en los términos del presente artículo, para obtener un cubrimiento parcial.

d) Una vez realizado el pago del saldo neto adeudado a favor de la parte garantizada, el remanente dejará de estar cobijado por lo establecido en este capítulo y lo dispuesto en el artículo 74 de la Ley 1328 de 2009. El depositario informará a la autoridad competente sobre lo anterior y pondrá a su disposición el monto remanente respectivo y una copia de la documentación soporte correspondiente.

Artículo 2.35.1.5.5 Efectividad de las garantías otorgadas en valores. Cuando se presente un proceso de insolvencia o de naturaleza concursal, una toma de posesión para liquidación o un acuerdo global de reestructuración de deudas, y se encuentren vigentes operaciones con instrumentos financieros derivados y con productos estructurados que no se compensen y liquiden en sistemas de compensación y liquidación, las garantías constituidas en valores se podrán hacer efectivas, sin intervención judicial, siempre que:

1. Hayan sido otorgadas por la parte incursa en alguno de los eventos antes mencionados, para respaldar el cumplimiento de las referidas operaciones con instrumentos financieros derivados o con productos estructurados.

2. Las operaciones con instrumentos financieros derivados o con productos estructurados se hayan registrado de conformidad con el artículo 2.35.1.5.1 y 2.35.1.6.1 del presente decreto, según sea el caso.

3. Las partes hayan regulado en el contrato marco que contenga los estándares mínimos establecidos por la Superintendencia Financiera de Colombia, contrato marco ISDA o en el prospecto de inversión y/o los anexos de estos, dependiendo del tipo de operación de que se trate, el procedimiento para hacer efectivas las garantías otorgadas para respaldar la operación. Cuando el depositario sea un tercero, el procedimiento para hacer efectiva la garantía otorgada se regirá por lo establecido en el respectivo contrato o reglamento según la operación de que se trate.

Artículo 2.35.1.5.6 Ejecución de las garantías otorgadas en valores. A partir de que la autoridad competente expida la decisión de toma de posesión para liquidación, el auto admisorio del proceso de insolvencia respectivo o la decisión que haga sus veces en los acuerdos globales de reestructuración, el depósito centralizado de valores sometido a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia, encargado del registro de los valores otorgados en garantía y que haya aceptado contractualmente gestionar la ejecución de las garantías, una vez enterado procederá a:

a) Informarle a la autoridad competente que los valores otorgados en garantía no constituyen prenda general de los acreedores de la contraparte deudora y que están excluidos de la masa de bienes que pueda conformarse para efectos del proceso de insolvencia o de naturaleza concursal, de la toma de posesión para liquidación o del acuerdo global de reestructuración, según se trate.

b) Hacer efectivas las garantías previamente registradas en su sistema, sin intervención judicial, conforme a su reglamento, el contrato marco que corresponda o el prospecto de inversión y/o los anexos de estos, hasta concurrencia del saldo neto a favor de la parte garantizada.

Los valores otorgados en garantía se liquidarán mediante su venta, al precio de mercado vigente, en un sistema de negociación de valores administrado por una sociedad sometida a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia. En caso de que no sea posible su venta, se podrán transferir en pago los valores dados en garantía, valorados por el depósito al precio que suministre una entidad sometida a la inspección y vigilancia de la misma Superintendencia, hasta por el saldo neto a favor de la parte garantizada.

c) En caso de que los valores depositados como garantía no cubran la totalidad del saldo neto de las obligaciones a favor de la parte garantizada, podrá en todo caso ejecutarse la garantía en los términos del presente artículo, para obtener un cubrimiento parcial.

d) Una vez realizado el pago del saldo neto adeudado a favor de la parte garantizada, el remanente y las garantías que no se hayan hecho efectivas dejarán de estar cobijadas por lo establecido en este capítulo y lo dispuesto en el artículo 74 de la Ley 1328 de 2009. El depósito centralizado de valores informará a la autoridad competente sobre lo anterior y pondrá a su disposición los valores respectivos y una copia de la documentación soporte correspondiente.

Artículo 2.35.1.5.7 Garantías extranjeras. Siempre que se trate de garantías ubicadas en el exterior su efectividad y ejecución se someterá a la legislación y jurisdicción extranjera respectiva.

Artículo 3°. Adiciónase el siguiente Capítulo al Título 1 del Libro 35 de la Parte 2 del Decreto 2555 de 2010, el cual quedará así:

"CAPÍTULO 6

REGISTRO DE OPERACIONES REALIZADAS EN EL MERCADO MOSTRADOR

Artículo 2.35.1.6.1 Registro de operaciones. Siempre que una entidad sometida a inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia realice operaciones con instrumentos financieros derivados y con productos estructurados en el mercado mostrador, tengan o no la calidad de valor, deberá registrarlas en un sistema de registro de operaciones sobre valores administrado por una entidad sometida a inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia, de conformidad con lo establecido en los instructivos de contenido general expedidos por esta y el respectivo reglamento aprobado por dicha Superintendencia.

Parágrafo. Las entidades que administren sistemas de registro de operaciones sobre valores y deseen efectuar el registro de operaciones con instrumentos financieros derivados y productos estructurados que no tengan la calidad de valor, deberán ajustar sus reglamentos

a lo previsto en el presente decreto y a los instructivos que para el efecto expida la Superintendencia Financiera de Colombia".

Artículo 4°. Modifícase el ordinal ii) del parágrafo 7° del artículo 2.1.1.1.9 del Decreto 2555 de 2010, el cual quedará así:

"La multiplicación de la exposición crediticia de los componentes derivados por el factor de ponderación que aplique a la respectiva contraparte, de conformidad con lo previsto en el presente artículo.".

Artículo 5°. Modifícase el ordinal ii) del parágrafo 5° del artículo 2.8.1.1.10 del Decreto 2555 de 2010, el cual quedará así:

"La multiplicación de la exposición crediticia de los componentes derivados por el factor de ponderación que aplique a la respectiva contraparte, de conformidad con lo previsto en el presente artículo.".

Artículo 6°. Modifícase el ordinal ii) del parágrafo 2° del artículo 2.9.1.1.11 del Decreto 2555 de 2010, el cual quedará así:

"La multiplicación de la exposición crediticia de los componentes derivados por el factor de ponderación que aplique a la respectiva contraparte, de conformidad con lo previsto en el presente artículo.".

Artículo 7°. Modifícase el numeral 4 del artículo 2.35.1.1.1 del Decreto 2555 de 2010, el cual quedará así:

"Exposición potencial futura. Corresponde a la pérdida que podría tener una entidad en un instrumento financiero derivado durante el plazo remanente de este por un eventual incumplimiento de su contraparte, bajo el supuesto de que el precio justo de intercambio

sea positivo en la fecha de vencimiento del respectivo instrumento.

Cuando se haya pactado con una determinada contraparte la posibilidad de compensar posiciones en instrumentos financieros derivados, la exposición potencial futura de dicho portafolio corresponderá a un valor que recoja las exposiciones potenciales futuras de cada uno de los instrumentos financieros derivados que lo componen.".

Artículo 8°. Modifícase el ordinal ii) del parágrafo 5° del artículo 10.2.1.1.6 del Decreto 2555 de 2010, el cual quedará así:

"La multiplicación de la exposición crediticia de los componentes derivados por el factor de ponderación que aplique a la respectiva contraparte, de conformidad con lo previsto en el presente artículo.".

Artículo 9°. Modifícase el ordinal ii) del parágrafo 4° del artículo 12 del Decreto 2801 de 2005, el cual quedará así:

"La multiplicación de la exposición crediticia de los componentes derivados por el factor de ponderación que aplique a la respectiva contraparte, de conformidad con lo previsto en el presente artículo.".

Artículo 10. Terminación anticipada y compensación y liquidación en operaciones con instrumentos financieros derivados y con productos estructurados que no se compensen y liquiden en sistemas de compensación y liquidación, cuando la contraparte de un residente no sometido a inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia sea un agente del exterior autorizado según la regulación cambiaria vigente. Close-out netting.

Cuando ocurra un proceso de insolvencia o de naturaleza concursal, una toma de posesión para liquidación o un acuerdo global de reestructuración, podrán terminarse anticipadamente y compensarse y liquidarse las operaciones realizadas con instrumentos

financieros derivados y con productos estructurados entre un residente no sometido a inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia y un agente del exterior autorizado, de tal forma que solamente quede vigente el monto correspondiente al saldo neto de las mismas, siempre que el registro se efectúe de la siguiente manera:

1. Cuando se trate de operaciones con instrumentos financieros derivados, con la presentación del reporte electrónico de las operaciones de derivados establecido en la Circular Reglamentaria Externa DODM 144 del Banco de la República o en la norma que la modifique; y la conservación de la información de que trata el artículo 2.35.1.5.2 del Decreto 2555 de 2010 por parte del residente.

2. Cuando se trate de operaciones con productos estructurados, i) con el registro efectuado en desarrollo de los artículos 36 y 37 de la Resolución Externa 8 de 2000 de la Junta Directiva del Banco de la República o en la norma que la modifique; y ii) la conservación de la información de que trata el artículo 2.35.1.5.2 del Decreto 2555 de 2010 y el artículo 3 de la referida resolución por parte del residente.

Artículo 11. Vigencia. El presente decreto rige a partir de su publicación y deroga las normas que les sean contrarias.

Publíquese y cúmplase.

Dado en Bogotá, D. C., a 14 de diciembre de 2011.

JUAN MANUEL SANTOS CALDERÓN

El Ministro de Hacienda y Crédito Público,

Juan Carlos Echeverry Garzón.