

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA**

Consejero Ponente: HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ

Bogotá D.C., once (11) de diciembre de dos mil ocho (2008)

Radicación: 11001-03-27-000-2006-00001-00(15875)
Número Interno: 15875
**ASOCIACIÓN DE EMPRESARIOS
PROFESIONALES DEL CAMBIO – AEPC contra
LA DIAN
ACCIÓN DE NULIDAD
FALLO**

La Asociación de Empresarios Profesionales del Cambio – AEPC-, solicitó la nulidad del artículo 3 [literal d] de la Resolución de la DIAN 396 de 20 de enero de 2005 y de los artículos 2 [lit e] y 3 [lit d] de la Resolución de la DIAN 3416 de 10 de abril de 2006, por las cuales, respectivamente, la demandada fijó los requisitos y condiciones para la autorización como profesionales de compra y venta de divisas antes de su inscripción en el RUT y para el ejercicio de la actividad. Los actos acusados son los que se subrayan:

**“ RESOLUCIÓN 396
(20 de enero de 2005)**

Por medio de la cual se establecen los requisitos y condiciones para la autorización como profesionales de compra y venta de divisas de las personas residentes en el país, en forma previa a su inscripción en el Registro Único Tributario RUT

EL DIRECTOR GENERAL DE LA UNIDAD ADMINISTRATIVA
ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS
NACIONALES

En ejercicio de sus facultades legales y, en especial, las conferidas por los literales a), m) y t) del artículo 19 del Decreto 1071 de 1999 y el numeral 2 del artículo 75 de la Resolución Externa 8 de 2000, modificado por el artículo 1 de la Resolución Externa No 6 de 2004 de la Junta Directiva del Banco de la República [...]

RESUELVE

[...]

Artículo 3. Para obtener y mantener la autorización como profesionales de compra y venta de divisas en forma previa a su inscripción en el RUT, las personas naturales y jurídicas residentes en el país deben presentar la siguiente documentación ante la División Programas de Fiscalización Cambiaria de la Subdirección de Control Cambiario de la DIAN:

[...]

d) Constancia de apertura y vigencia de una cuenta corriente en moneda legal colombiana abierta en una entidad financiera del país, a nombre del solicitante, expedida por la entidad correspondiente.
[...]"

“ RESOLUCIÓN 3416
(10 de abril de 2006)

Por medio de la cual se establecen los requisitos y las condiciones para ejercer la actividad como profesional de compra y venta de divisas en efectivo y cheques de viajero de las personas residentes en el país.

EL DIRECTOR GENERAL DE LA UNIDAD ADMINISTRATIVA
ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS
NACIONALES

En ejercicio de sus facultades legales y, en especial, las conferidas por los literales a), m) y t) del artículo 19 del Decreto 1071 de 1999 y el numeral 2 del artículo 75 de la Resolución Externa 8 de 2000, modificado por el artículo 1 de la Resolución Externa No 6 de 2004 de la Junta Directiva del Banco de la República y 3 bis de la Resolución Externa 4 de 2005 de la Junta Directiva del Banco de la República [...]

RESUELVE

[...]

Artículo Segundo. La autorización como profesionales de compra y venta de divisas en efectivo y cheques de viajero se otorgará a quienes acrediten el cumplimiento de los siguientes requisitos:

[...]

e) Tener abierta y vigente una cuenta corriente en moneda legal colombiana en una entidad financiera del país, a nombre de la persona que va a desarrollar la actividad de compra y venta de manera profesional de divisas en efectivo y cheques de viajero.

[...]

Artículo Tercero. Para obtener la autorización como profesionales de compra y venta de divisas en efectivo y cheques de viajero, las personas naturales y jurídicas residentes en el país deben presentar la siguiente documentación [...]:

[...]

d) Constancia de apertura y vigencia de una cuenta corriente en moneda legal colombiana abierta en una entidad financiera del país, a nombre del solicitante, expedida por la entidad correspondiente.

[...]"

LA DEMANDA

La actora estimó violados los artículos 333 de la Constitución Política; 19 de la Ley 863 de 2003, que modificó el artículo 555-2 del Estatuto Tributario y 1 de la Resolución Externa 6 de 2004, modificatoria del artículo

75 [2] de la Resolución Externa 8 de 2000. El concepto de violación se sintetiza así:

La exigencia de abrir una cuenta corriente bancaria antes de la inscripción en el RUT, viola la norma fiscal sobre el registro único tributario, conforme a la cual dicha inscripción debe ser previa al inicio de la actividad económica, pues, ante la imposibilidad de cumplirla, se impide el desarrollo de la actividad de compra y venta de divisas. A su vez, quienes ya tienen RUT no pueden mantener su autorización como profesionales de compra y venta de divisas, por cuanto es imposible cumplir el requisito de la apertura de la cuenta corriente, dado que las entidades bancarias son renuentes a hacerlo.

La norma acusada viola el artículo 1 de la Resolución Externa 6 de 2004, porque el requisito impuesto por la DIAN, que es de imposible cumplimiento, excede la competencia delegada por la autoridad cambiaria para autorizar el ejercicio de la actividad, pues, en lugar de regularla, la restringe de manera injustificada.

La apertura de la cuenta corriente viola la libertad económica, puesto que sin ésta no es posible la inscripción en el RUT o mantener la autorización como profesionales de compra y venta de divisas, lo que significa que no pueden ejercer su actividad, dado que los bancos se niegan a abrir cuentas corrientes a los profesionales del cambio. Además, desconoce la libre competencia, pues, los bancos serían los únicos que podrían prestar el servicio de compra y venta de divisas.

El argumento de la DIAN de que el acto acusado se justifica porque la compra y venta de divisas es una actividad riesgosa y vulnerable a conductas delictivas, viola el principio de buena fe, por cuanto implica la imposición de un requisito, a pesar de que es ampliamente conocido que los profesionales del cambio no pueden acceder a los servicios bancarios.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

LA DIAN se opuso a las pretensiones por los motivos que se resumen de la siguiente manera:

Existe fijación incompleta del litigio porque la Resolución 396 de 2005 fue modificada por la Resolución 5610 del mismo año y ésta era la norma vigente al momento de la presentación de la demanda.

La actora adicionó la demanda con la petición de nulidad de la Resolución 3416 de 2006, que no estaba vigente al momento de la presentación de la misma. También hubo fijación incompleta del litigio porque en el concepto de violación no se tuvo en cuenta el artículo 1 del Decreto 189 de 2006, que adicionó el artículo 5 del Decreto 2788 de 2004, reglamentario del RUT.

No existe violación del artículo 19 de la Ley 863 de 2003, pues esta norma prevé que la inscripción en el RUT debe cumplirse previamente al inicio de la actividad económica. Además, el artículo 1 [par 4] del Decreto 189 de 2006 señala que los profesionales de compra y venta de divisas deben obtener autorización que acredite el cumplimiento de los requisitos que fije la DIAN de acuerdo con el artículo 75 de la Resolución Externa 8 de 2000, modificado por los artículos 1 de la Resolución Externa 6 de 2004 y 3 de la Resolución Externa 4 de 2005 de la Junta Directiva del Banco de la República.

No es cierto que la apertura de la cuenta corriente se exija como requisito previo a la inscripción en el RUT, pues, de acuerdo con las normas vigentes, sólo es un requisito para obtener la autorización como profesional de compra y venta de divisas.

No existe vulneración del artículo 1 de la Resolución Externa 6 de 2004 de la Junta Directiva del Banco de la República, puesto que la actora parte del supuesto equivocado de que la cuenta corriente es un requisito previo a la obtención del RUT.

El demandante no indicó cuál fue el exceso de la DIAN al ejercer sus facultades. No obstante, la resolución acusada se expidió con base en el artículo 75 de la Resolución Externa 08 de 2000, modificado por los artículos 1 de la Resolución 6 de 2004 y 3 bis de la Resolución 4 de 2005.

La apertura de la cuenta corriente no atenta contra la libertad económica, pues, no es cierto que los bancos la nieguen por el hecho de que los solicitantes sean profesionales del cambio, dado que también pueden

dejar de abrir cuentas corrientes a personas que ejerzan actividades distintas. Además, lo que persigue la medida es formalizar la actividad de los profesionales del cambio y que se ejerza en igualdad de condiciones con las demás.

De otra parte, no se presenta una competencia justa y equitativa si existen en el mercado unas personas que cumplen todas las exigencias legales y otras que no, como serían en este caso, los profesionales de cambios.

Los cuestionamientos de la demandante tienen que ver con los bancos y no con actuaciones imputables a la demandada, por lo que, en el evento de que sea cierto que **todos** se niegan a abrir cuentas corrientes a los profesionales del cambio, debían dirigirse al sector bancario.

La apertura de la cuenta corriente obedece a la necesidad de cumplir el artículo 75 [3] de la Resolución Externa 8 de 2000, modificado por el artículo 4 de la Resolución Externa 5 de 2003, que obliga a los profesionales del cambio a pagar en cheque la compra de divisas, si la operación supera US\$3000.

No es cierto que los bancos no abran cuentas corrientes, pues, a nivel nacional se han abierto varias. En cuanto a la banca pública, por circular 64 de 20 de mayo de 2005, la Presidencia del Banco Agrario hizo posible la apertura de las cuentas a los profesionales del cambio.

Además, la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera), apoyó tales profesionales, lo que se concretó con la Circular 23 de 2005. Y, mediante oficio 00499 de 20 de abril de 2006, el Subdirector de Control Cambiario informó las autorizaciones dadas a varios profesionales del cambio, lo que corrobora que se les han abierto cuentas corrientes.

La exigencia de la cuenta corriente obedece al cumplimiento de las normas a que se sujeta la profesión u oficio y a la prevalencia del interés general, como lo prevé la Constitución.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La actora reiteró los argumentos de la demanda y LA DIAN los de la contestación.

El Ministerio Público pidió negar las súplicas de la demanda por las siguientes razones:

No hubo fijación incompleta del litigio, puesto que no era necesario demandar la Resolución 5610 de 2005, que modificó la 396 del mismo año, dado que la modificación o derogación de un acto no impide el control de legalidad del mismo.

Aunque la Resolución 3416 de 2006 no estaba vigente al momento de la presentación de la demanda, sí lo estaba cuando se formuló la adición.

En virtud del artículo 1 de la Resolución Externa 6 de 2004, modificatoria de la 8 de 2000, el Banco de la República dispuso que los profesionales del cambio debían inscribirse en el registro mercantil y el registro de profesionales de la DIAN. El Decreto 2788 de 2004, adicionado por el 65 de 2005, incorporó en el RUT el registro de los profesionales de compra y venta de divisas y dispuso que en forma previa a la inscripción en el RUT debían cumplirse los requisitos fijados por la DIAN, dentro de los cuales está la apertura de la cuenta corriente.

La exigencia en mención fue fijada por la DIAN con base en la competencia asignada a dicha entidad, por lo que no puede afirmarse que la norma que reconoce la competencia, impida el ejercicio de la actividad.

No está demostrado que la negativa del sector bancario a abrir cuentas corrientes se haya fundamentado en el hecho de que los profesionales de cambio conlleven riesgos para el sistema financiero.

La exigencia de la cuenta corriente es coherente con la medida que ordena a los profesionales del cambio, pagar en cheque la compra de divisas que exceda de US\$3000, que constituye una medida de control del Banco de la República.

No se violaron la libertad económica y la libre iniciativa privada, puesto que tienen como límites el bien común y los requisitos fijados por la ley para su ejercicio.

Los anteriores argumentos son válidos respecto de la nulidad de la Resolución 3416 de 2006, también demandada, dado que frente a ésta, se invocó el mismo concepto de violación.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Decide la Sala sobre la legalidad del artículo 3 [d] de la Resolución 396 de 2005 expedida por la DIAN, conforme a la cual para obtener y mantener la autorización como profesionales de compra y venta de divisas, **en forma previa a su inscripción en el RUT**, tales profesionales deben presentar, entre otros documentos, **la constancia de apertura y vigencia de una cuenta corriente** en moneda legal colombiana abierta en una entidad financiera del país, a nombre del solicitante, expedida por la entidad correspondiente.

También decide si se ajusta a derecho la Resolución de la DIAN 3416 de 10 de abril de 2006, de acuerdo con la cual para autorizar a los profesionales de compra y venta de divisas, éstos deben, entre otros requisitos, **tener abierta y vigente una cuenta corriente** en moneda legal colombiana en una entidad financiera del país, a nombre de la persona que va a desarrollar la actividad de compra y venta de divisas (artículo 2 [e]) y tener la constancia de apertura y vigencia de la cuenta (artículo 3 [d]).

Sea lo primero precisar que la Resolución de la DIAN 396 de 20 de enero de 2005, fue modificada por la Resolución 5610 de 1 de julio del mismo año y derogada expresamente por el artículo 20 de la Resolución 3416 de 10 de abril de 2006, que también se acusa parcialmente.

Lo anterior significa que al momento de solicitarse la nulidad del artículo 3 [d] de la Resolución 396 de 2005, no estaba vigente su texto inicial, pues, había sido modificado y que al fallar no hacía parte ya del ordenamiento jurídico. Tal hecho, sin embargo, que se conoce como la sustracción de materia, no impide que la Sala ejerza el control de legalidad sobre dicha norma.

Ello, porque, como lo ha sostenido la Corporación, el acto administrativo derogado sigue amparado por la presunción de legalidad que *“sólo se pierde ante pronunciamiento anulatorio del juez competente; de*

donde se desprende que lo que efectivamente restablece el orden vulnerado no es la derogatoria del acto, sino la decisión del juez que lo anula, o lo declara ajustado a derecho, ello además, se ve confirmado por los efectos que se suceden en cada evento. La derogatoria surte efecto hacia el futuro, sin afectar lo ocurrido durante la vigencia de la norma y sin restablecer el orden violado; la anulación lo hace ab initio, restableciéndose por tal razón el imperio de la legalidad”¹.

También ha precisado la Corporación que basta que un acto administrativo general haya tenido vigencia, para que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se pronuncie ante una demanda de nulidad, pues, durante el lapso en que rigió pudieron producirse situaciones jurídicas particulares que ameriten reparación del daño y la restauración del derecho que eventualmente se haya afectado. Lo anterior, porque mientras tal pronunciamiento no se produzca, la norma, aún si ha sido derogada, conserva y proyecta la presunción de legalidad que la ampara, alcanzando los efectos a aquellos actos de contenido particular que se han expedido durante su vigencia².

Los anteriores criterios son válidos en el caso *sub exámine*, porque pesar de que la Resolución 396 de 2005 perdió vigencia, su legalidad fue cuestionada; y, es posible que existan situaciones jurídicas particulares y concretas que resulten afectadas con la decisión que sobre su legalidad se profiera ³.

De otra parte, si bien la Resolución 3416 de 10 de abril de 2006, cuya nulidad parcial solicitó la actora al adicionar la demanda, no estaba vigente al momento de la presentación de la demanda (24 de enero de 2006), sí lo estaba cuando conforme al artículo 208 del Código Contencioso Administrativo, formuló la adición a la misma (30 de mayo de 2006), motivo por el cual también debe ser objeto de control de legalidad.

El artículo 371 de la Constitución Política otorga al Banco de la República, entre otras funciones, la de *“regular la moneda, los cambios internacionales y el crédito”*. Y, el artículo 372 *ibídem* dispone que la Junta

¹ Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 14 de enero de 1991, expediente S - 157, C.P. doctor Carlos Gustavo Arrieta Padilla, reiterada entre otras, en sentencias de Sala Plena de 6 de marzo de 1991, expediente No. S - 148, C.P. doctor Jaime Abella Zárate, y de 23 de julio de 1996, expediente S-612, C.P. Juan Alberto Polo Figueroa.

² *Ibídem*

³ En idéntico sentido se pronunció la Sala entre otras sentencias, en la de 5 de mayo de 2003, expediente 13080, C.P., doctora María Inés Ortiz Barbosa.

Directiva del Banco es la autoridad monetaria, cambiaria y crediticia, conforme a las funciones que le asigne la Ley.

Conforme al artículo 150 [19-b] de la Constitución, corresponde al Congreso de la República, mediante las llamadas leyes marco, dictar las normas generales y señalar los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para regular el comercio exterior y señalar el régimen de cambio internacional, **en concordancia con las funciones que la Carta Política asigna a la Junta Directiva del Banco de la República**. También corresponde al legislador, expedir las leyes relacionadas con el Banco y con las funciones que compete desempeñar a su Junta Directiva.

Por tanto, en lo que tiene que ver con el régimen de cambios internacionales, el Congreso de la República establece las pautas, criterios y objetivos generales a los que debe someterse la Junta Directiva del Banco de la República, sin que pueda invadir las competencias propias de la misma, pues, al legislador le está vedado señalar directrices concretas, dado que con ello estaría desplazando la decisión autónoma del Banco, como autoridad monetaria, crediticia y cambiaria⁴.

El artículo 4 de la Ley 31 de 1992, por la cual, entre otros aspectos, se dictan las normas a las que debe sujetarse el Banco de la República para el ejercicio de sus funciones, dispone que **la Junta Directiva del Banco**, en su carácter de autoridad monetaria, cambiaria y crediticia, cumple las funciones asignadas en la Constitución y la ley, **mediante normas de carácter general**. Y, el artículo 16 [h] *ibídem* señala que a la Junta Directiva le corresponden las funciones de regulación cambiaria previstas en la Ley 9 de 1991.

La Ley 9 de 1991, que es la Ley Marco en materia cambiaria, fijó los lineamientos generales a los cuales debe sujetarse el Banco de la República para regular el régimen de cambios, y en su artículo 4 dispuso que el Gobierno Nacional debe determinar las distintas operaciones de cambio que han de sujetarse al régimen cambiario, con base en las categorías allí precisadas⁵.

⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-481 del 7 de julio de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁵ Según el artículo 4 de la Ley 9 de 1991, las siguientes son las categorías a las que debe sujetarse el Gobierno para determinar las operaciones de cambio: a) Los actos, contratos y operaciones de adquisición, tenencia o disposición de bienes o derechos en el extranjero realizados por residentes, y los actos, contratos y operaciones de adquisición, tenencia o

Al Banco de la República le corresponde regular estas operaciones con el fin de verificar su cumplimiento, prevenir actuaciones improcedentes, **establecer controles** y actuaciones administrativas para verificar la naturaleza de la transacción, el cumplimiento de las normas pertinentes y realizar un efectivo control de cambios (artículo 5 Ley 9 de 1991).

Para ello, la Ley 9 de 1991 estableció dos mercados de divisas el “*cambiarío*” y el “*libre*”. El primero, es un mercado controlado y está constituido por la totalidad de las divisas que deben ser transferidas o negociadas por conducto de los intermediarios autorizados. Y, el segundo, está integrado por todas aquellas divisas que no se llevan al mercado cambiario y, por tanto, se pueden conservar, disponer o vender libremente.

El artículo 6 de la Ley 9 prevé que el mercado cambiario está constituido por la totalidad de las divisas que deban ser transferidas o negociadas **por conducto de los intermediarios que la misma ley autoriza** y que el Gobierno debe fijar las normas tendientes a organizar y regular el funcionamiento de este mercado.

Para facilitar la canalización de operaciones obligatoriamente canalizables a través del mercado cambiario, la Ley 9 de 1991 fija los criterios que debe tener en cuenta el Gobierno Nacional para determinar **los intermediarios del mercado cambiario**, quienes **tienen el deber de colaborar activamente con las autoridades del régimen cambiario y de comercio exterior** (artículo 8). Así, pueden ser intermediarios del mercado cambiario, las instituciones financieras y las entidades cuyo objeto exclusivo consista en realizar operaciones de cambio.

El artículo 8 de la Ley 9 dispone también que el Gobierno Nacional es el encargado de determinar **los requisitos y condiciones de las operaciones de cambio que pueden realizar los distintos tipos de intermediarios del mercado cambiario** y los requisitos que los mismos deben cumplir para operar en el mercado.

disposición de bienes o derechos en Colombia por parte de no residentes; b) Los actos, contratos y operaciones en virtud de los cuales un residente resulte o pueda resultar acreedor o deudor de un no residente y los actos de disposición sobre los derechos u obligaciones derivados de aquéllos; c) La tenencia, adquisición o disposición de activos en divisas por parte de residentes, o, la tenencia, adquisición o disposición de activos en moneda legal colombiana, cuando se trate de no residentes; d) Las entradas o salidas del país de divisas o moneda legal colombiana y de títulos representativos de las mismas, y e) Los actos en virtud de los cuales se produzca la extinción de obligaciones entre residentes y no residentes.

En ejercicio de las facultades de regulación del mercado cambiario previstas en la Ley 9 de 1991 y el artículo 16 [h] de la Ley 31 de 1992, la Junta Directiva del Banco de la República expidió la Resolución Externa 8 de 2000, *“por la cual se dictan normas generales a las que debe sujetarse el Gobierno para regular los cambios internacionales y se adoptan medidas complementarias”*

Las regulaciones de la Junta Directiva del Banco de la República sobre las condiciones, requisitos y demás reglamentaciones específicas necesarias para el funcionamiento y desarrollo de la actividad cambiaria, **son leyes en sentido material**, puesto que tienen el mismo alcance y valor de éstas, o sea, como si hubieran sido expedidas por el Congreso de la República ⁶.

El artículo 58 de la Resolución 8 de 2000 señala que son intermediarios autorizados del mercado cambiario, los bancos comerciales, los bancos hipotecarios, las corporaciones financieras, las compañías de financiamiento comercial, la Financiera Eléctrica Nacional –FEN, BANCOLDEX, las cooperativas financieras, las sociedades comisionistas de bolsa y las casas de cambio.

Además de los intermediarios del mercado cambiario, existen **los profesionales de compra y venta de divisas**, que son los residentes en el país que se encargan de comprar y vender moneda y cheques de viajero de manera profesional, previa inscripción en el registro mercantil **y en el registro de profesionales de compra y venta de divisas que establezca la DIAN, conforme a los requisitos y condiciones que señale esa entidad** (artículo 75 [2] de la Resolución Externa 8 de 2000, modificado por el artículo 1 de la Resolución 6 de 2004)⁷.

Así pues, para que los profesionales de compra y venta de divisas puedan ejercer su actividad, la Junta Directiva del Banco de la República exige que se inscriban tanto en la cámara de comercio como en el registro que establezca la DIAN, respecto del cual dicha entidad debe fijar los requisitos y condiciones. En consecuencia, la DIAN tiene plena facultad legal

⁶ Sentencias del 20 de mayo de 1994, exp. 5184, C.P. Guillermo Chahín Lizcano y de 22 de febrero de 2007, exp. 14802, C.P. María Inés Ortiz Barbosa.

⁷ El artículo 75 [2] de la Resolución Externa 8 de 2000 también fue modificado por el artículo 3 de la Resolución Externa 4 de 2005.

para fijar los requisitos y condiciones que deben cumplir los profesionales del cambio para inscribirse en su registro y obtener la autorización para actuar como tales.

En relación con la facultad asignada a la DIAN, la Sala ha precisado que no existe una indebida delegación de funciones por parte de la Banca Central a la DIAN. Y, que tiene plenas facultades *“para el caso específico de vigilar y controlar a los profesionales de compra y venta de divisas, definiendo los aspectos operativos necesarios para un adecuado control [...], entre las que se encuentran la exigencia del registro, lo mismo que se hace con el RUT para otros efectos tributarios”*⁸.

La exigencia del registro de los profesionales del cambio en la DIAN debe analizarse también con base en las normas tributarias, que son las que regulan la actuación de la DIAN en lo que tiene que ver con dicho registro.

Pues bien, según los artículos 555-2 del Estatuto Tributario, adicionado por el artículo 19 de la Ley 863 de 2003 y 1 del Decreto Reglamentario 2788 de 2004, **el registro único tributario, RUT**, constituye **el único mecanismo** para identificar, ubicar y clasificar a los sujetos de obligaciones administradas y controladas por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

Los profesionales de compra y venta de divisas están obligados a inscribirse en el RUT (artículo 5 [f] del Decreto 2788 de 2004)⁹. A su vez, según el artículo 1 del Decreto 65 de 2005, que adicionó el Decreto 2788 de 2004, el RUT incorpora el registro de profesionales de compra y venta de divisas autorizados por la DIAN.

Conforme al artículo 555-2 [par 2] del Estatuto Tributario, la inscripción en el registro único tributario, RUT, deberá cumplirse **en forma previa al inicio de la actividad económica** ante las oficinas competentes de la DIAN,

⁸ Sentencia de 17 de julio de 2008, expediente 16109. C.P. doctor Juan Ángel Palacio Hincapié.

⁹El Decreto 189 de 2006 adicionó el párrafo cuarto al artículo 5 del Decreto 2788 de 2004 y en el mismo previó que los profesionales de compra y venta de divisas deberán obtener la autorización que acredite el cumplimiento de los requisitos y condiciones que establezca para el efecto la DIAN, mediante resolución de carácter general, de acuerdo con el artículo 75 [2] de la Resolución Externa 8 de 2000, modificado por el artículo 1 de la Resolución Externa 6 de 2004 y el artículo 3º de la Resolución Externa 4 de 2005 de la Junta Directiva del Banco de la República

de las cámaras de comercio o de las demás entidades que sean facultadas para el efecto.

Por su parte, el artículo 2 del Decreto 65 de 2005¹⁰, vigente a la expedición de la Resolución 396 de 2005, adicionó el artículo 5 del Decreto 2788 de 2004, con el párrafo 4, conforme al cual los profesionales de compra y venta de divisas **en forma previa a su inscripción en el Registro Único Tributario, RUT**, deberán obtener autorización que acredite el cumplimiento de los requisitos y condiciones que establezca la DIAN mediante **resolución de carácter general**, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1 de la Resolución Externa 6 de 2004 de la Junta Directiva del Banco de la República.

Así pues, las normas tributarias en materia de RUT también facultan a la DIAN para exigir a los profesionales del cambio, el cumplimiento de requisitos previos a la inscripción en el RUT, en concordancia con las normas de la Junta Directiva del Banco de la República.

Con base en las normas cambiarias y tributarias en mención, la DIAN expidió la Resolución 396 de 2005, en la cual fijó como requisito para obtener y mantener la autorización como profesionales del cambio, **en forma previa a la inscripción en el RUT**, allegar la constancia de apertura y vigencia de una cuenta corriente (artículo 3 –d).

Tal exigencia no es ilegal, pues, por el contrario, tiene pleno sustento en el artículo 75 [2] de la Resolución 8 de 2000, modificado por el artículo 1 de la Resolución Externa 6 de 2004, que asigna a la DIAN la competencia para fijar los requisitos y condiciones que deben cumplir los profesionales del cambio para registrarse en el RUT de la entidad, que, se reitera, es el único mecanismo para identificar, ubicar y clasificar a los sujetos de obligaciones administradas y controladas por la DIAN.

Además, el acto acusado también se sustenta en las normas legales y reglamentarias que atribuyen a la DIAN la obligación de llevar el RUT, dentro del cual se incorporan los profesionales del cambio y que dan a dicho registro el carácter de requisito previo para que tales profesionales puedan ejercer su actividad económica.

¹⁰ Derogado por el artículo 3 del Decreto 189 de 2006.

Por su parte, la Resolución de la DIAN 3416 de 10 de abril de 2006, fue expedida con fundamento en el artículo 75 [2] de la Resolución 8 de 2000, modificado por el artículo 3 de la Resolución Externa 4 de 2005, que reitera la obligación que tienen los profesionales del cambio de inscribirse en el registro mercantil y en el registro de la DIAN, conforme a los requisitos y condiciones que fije dicha entidad. En consecuencia, cabe el mismo análisis que el efectuado en relación con la Resolución 396 de 2005, esto es, que los requisitos para obtener la autorización como profesionales del cambio, de tener abierta y vigente una cuenta corriente en una entidad financiera del país (artículo 2 [e]) y de tener constancia de apertura y vigencia de la misma (artículo 3 [d]), tienen pleno sustento en la norma de la Junta Directiva que asigna a la DIAN la competencia para fijar los requisitos y condiciones que deben cumplir los profesionales del cambio para registrarse en el RUT de la entidad.

La Resolución 3416 de 10 de abril de 2006 también se fundamenta en las normas tributarias sobre el RUT y en el artículo 1 del Decreto 189 de 24 de enero de 2006, que adicionó el artículo 5 del Decreto 2788 de 2004, con el párrafo cuarto, de acuerdo con el cual los profesionales de compra y venta de divisas deberán obtener la autorización que acredite el cumplimiento de los requisitos y condiciones que establezca la DIAN **mediante resolución de carácter general**, de acuerdo con el artículo 75 [2] de la Resolución Externa 8 de 2000, modificado por el artículo 1 de la Resolución Externa 6 de 2004 y el artículo 3 de la Resolución Externa 4 de 2005 de la Junta Directiva del Banco de la República.

En suma, el acto acusado, que es la resolución de carácter general, fue expedido con fundamento no sólo en la resolución externa de la Junta Directiva, sino en las normas tributarias relacionadas con el RUT.

De otra parte, la exigencia de abrir una cuenta corriente bancaria antes de la inscripción en el RUT (Resolución 396 de 2005), no viola las normas tributarias sobre dicho registro, pues, la inscripción debe ser previa al inicio de la actividad económica.

Además, no es cierto que los profesionales del cambio no puedan cumplir la exigencia de abrir una cuenta corriente en una institución financiera nacional, pues, si bien la actora allegó oficios de marzo y abril de 2005, en los que **algunos** bancos, como el Agrario, se negaron a abrir

cuentas corrientes a profesionales del cambio (folios 6 y ss), también aparece la circular del Banco Agrario de 20 de mayo de 2005, en donde se precisa que *“Teniendo en cuenta las políticas del Gobierno Nacional relativas a la regulación y control del mercado libre cambiario y [...] la Resolución 396 de 20 de enero de 2005 de la DIAN, sobre los requisitos y condiciones para la autorización como profesionales de compra y venta de divisas [...] la Dirección General del Banco ha dispuesto autorizar el ingreso de nuevos clientes con esta actividad [...]”* (folios 216 a 222).

También figura la Circular Externa 23 de 3 de agosto de 2005 de la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera), en donde el organismo de inspección, vigilancia y control advierte a las entidades vigiladas que no pueden restringir injustificadamente el acceso a los servicios que prestan y que la negativa para su prestación debe basarse exclusivamente en criterios objetivos y razonables.

En consecuencia, continúa la Superintendencia, prácticas como las de **algunas entidades vigiladas**, de negar o terminar unilateralmente los servicios que prestan, sin ilustrar la razón o fundándose sólo en la autonomía de la voluntad o en que es política de la entidad abstenerse de vincular personas o empresas que desarrollan determinadas actividades, implica la violación del artículo 98 [4.1] del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, que prevé los deberes de actuar con diligencia en los servicios que prestan y de evitar el abuso de posición dominante. (folios 223 y 224).

Los documentos en mención corroboran que no es cierto que los profesionales del cambio estén imposibilitados para abrir cuentas corrientes **en todos los bancos del país**; y, que si bien, **algunos bancos** se negaron inicialmente a abrir tales cuentas, al momento de la presentación de la demanda (24 de enero de 2006), ya habían cambiado de política y ya la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera), había advertido que la negativa injustificada y que implicara discriminación en contra de alguna actividad, era violatoria de las normas financieras.

Adicionalmente, mediante oficio 499 de 20 de abril de 2006, el Subdirector de Control de Cambios de la DIAN informó al Jefe de Representación Externa de la Oficina Jurídica de la misma entidad, que a 7 de abril del mismo año, se habían recibido a nivel nacional 1569 solicitudes de autorización de profesionales del cambio, de las cuales 291 estaban en

trámite; 115 habían sido canceladas, negadas y archivadas y 1163 habían sido evacuadas. De las solicitudes tramitadas, 249 eran autorizaciones provisionales y 914, definitivas, lo que corrobora que la gran mayoría de los profesionales de compra y venta de divisas dieron cumplimiento a las exigencias de la DIAN, y, en concreto, a la apertura de la cuenta corriente (folios 225 a 228).

En suma, los actos acusados no violan en manera alguna el artículo 555-2 del Estatuto Tributario, que previó el RUT.

Tampoco vulneran el artículo 1 de la Resolución Externa 6 de 2004, de la Junta Directiva del Banco de la República, modificado por el artículo 3 de la Resolución Externa 4 de 2005, pues precisamente estas normas fueron las que facultaron directamente a la DIAN para que fijara los requisitos y condiciones del registro de los profesionales del cambio. Y, como se precisó, no es cierto que la exigencia de la apertura de la cuenta corriente fuera de imposible cumplimiento.

La apertura de la cuenta corriente no viola la libertad económica (artículo 333 de la Constitución Política), pues, además de que no impide el ejercicio de la actividad de los profesionales del cambio, dado que tales cuentas sí se están abriendo, dicha libertad no es absoluta. Ello, por cuanto las actividades que la conforman están sujetas a **limitaciones impuestas por la Constitución y las leyes**, por razones de seguridad, salubridad, moralidad, utilidad pública o interés social¹¹.

En este caso, la obligación de los profesionales de compra y venta de divisas de abrir cuentas corrientes para ejercer su actividad, tiene su fundamento no sólo en las resoluciones de la Junta Directiva que facultan a la DIAN para fijar los requisitos y condiciones del registro ante dicha entidad, sino en el artículo 75 de la Resolución Externa 8 de 2000, modificado por el artículo 4 de la Resolución Externa 5 de 2003, que impuso a los profesionales del cambio la obligación de pagar en cheques la compra de divisas que exceda de US\$3000.

Y, esta medida que constituye una ley en sentido material, fue fijada por el Banco de la República en cumplimiento de la función constitucional y legal de regular las operaciones de cambio y el mercado cambiario y con

¹¹ Corte Constitucional, sentencia T- 425 de 2002.

base en el interés general, que es el que inspira el ejercicio de sus funciones como organismo encargado de regular los cambios internacionales y de administrar las reservas internacionales del país (artículo 371 [1] de la Constitución Política), y, de la Junta Directiva como autoridad monetaria, cambiaria y crediticia (artículo 372 1] ib).

Las normas acusadas tampoco violan la libre competencia, pues, la misma supone responsabilidades (artículo 333 de la Constitución Política), dentro de las cuales está el cumplimiento de las normas que rigen las distintas actividades económicas.

Por último, no existe violación del principio de buena fe, porque el requisito de la apertura de la cuenta corriente y mantenimiento de la misma, no es una arbitrariedad de la DIAN por el hecho de que dude de los profesionales de compra y venta de divisas, sino una medida que guarda perfecta armonía con la norma de la Junta Directiva que, por razones de control, obliga a tales profesionales a pagar en cheques las operaciones que excedan de cierto monto, medida que, a su vez, persigue el interés general.

Las razones que anteceden son suficientes para negar las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

NIÉGANSE las súplicas de la demanda de nulidad del artículo 3 [literal d] de la Resolución de la DIAN 396 de 20 de enero de 2005 y de los artículos 2 [lit e] y 3 [lit d] de la Resolución 3416 de la DIAN de 10 de abril de 2006.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia se estudió y aprobó en sesión de la fecha.

HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ
Presidente de la Sección

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

LIGIA LÓPEZ DÍAZ

