

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION CUARTA

Consejera Ponente: MARIA INES ORTIZ BARBOSA

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de abril de dos mil ocho (2008)

Radicación: 11001-03-27-000-2006-00014-00(16008)

Actor: **Julián David Solorza Martínez**

FALLO

Por haber sido negado el proyecto presentado por la Magistrada Dra. Ligia López Díaz, corresponde a la Sala decidir la acción de simple nulidad impetrada por el ciudadano Julián David Solorza Martínez, en nombre propio y en ejercicio de consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, a través de la cual solicita la nulidad parcial del numeral 11.3 de la Circular Reglamentaria Externa DODM-143 de 23 de junio de 2005 expedida por el Departamento de Operaciones y Desarrollo de Mercados del Banco de la República.

EL ACTO DEMANDADO

Se destaca el aparte demandado del numeral 11.3 de la Circular Reglamentaria Externa DODM-143 de 2005 del Banco de la República, cuyo texto es el siguiente:

“MANUAL DEL DEPARTAMENTO DE OPERACIONES Y
DESARROLLO DE MERCADOS

“CIRCULAR REGLAMENTARIA EXTERNA – DODM-143
[...]

“ASUNTO 5: INTERVENCION DEL BANCO DE LA REPUBLICA EN
EL MERCADO CAMBIARIO

“1. [...]

“11. EFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO

“[...]

“11.3 INCUMPLIMIENTO DEL EJERCICIO DE OPCIONES PUT Y DE VENTAS DE DOLARES AL BR EN OPERACIONES DE INTERVENCIÓN DIRECTA.

“Cuando un IOC¹ o una Sociedad Comisionista de Bolsa que opere como IMC² no deposite las divisas en la cuenta del BR³ en su corresponsal por el ejercicio de opciones put o en ventas de dólares en operaciones de intervención directa con el BR, o lo haga después de las 3:30 p.m., el IOC perderá el derecho a ejercer la opción por el monto incluido en la solicitud, y a la compra de dólares por parte del BR cerrada por el sistema transaccional seleccionado, la operación acordada no será cumplida **y como sanción pecuniaria, el BR debitará al día hábil siguiente a la cuenta de depósito del intermediario, el equivalente en pesos del 5% de la tasa de cambio de negociación por el monto en dólares de la operación incumplida**, y solicitará a su corresponsal la devolución de los fondos, cuando los reciba, sin asumir responsabilidad alguna en cuanto a la fecha valor en que la operación de devolución sea tramitada por éste y por el corresponsal del intermediario en el exterior”.

LA DEMANDA

El ciudadano Julián David Solorza Martínez demandó la nulidad de la Circular antes citada por considerar que se violó el debido proceso por pretermisión de los principios de tipicidad y legalidad y los derechos de defensa y contradicción; además, porque fue expedida sin competencia para ello.

Citó como normas violadas, los artículos 29 y 372 de la Constitución Nacional, 34 y 35 del C.C.A. y 16 y 51 de la Ley 31 de 1992.

La Circular demandada reglamenta la intervención del Banco de la República en el mercado cambiario, regula de manera específica “*e/ ejercicio de opciones put y de venta de dólares*” al Banco, por parte de un Intermediario de las Opciones Cambiarias.

¹ Intermediario de Opciones Cambiarias.

² Intermediario del Mercado Cambiario.

³ Banco de La República.

Con la expedición de la Circular cuestionada, el Departamento de Operaciones y Desarrollo de Mercados del Banco de la República, autorizó imponer sanción pecuniaria al Intermediario de las Opciones Cambiarias cuando incumpla la operación, esto es, cuando no haya acreditado los dólares al Emisor o sean insuficientes los recursos disponibles en la Cuenta de Depósito en pesos, antes de la hora fijada.

La sanción la impone, liquida y cobra directamente el Banco de la República de manera automática, al día siguiente, debitándola de la cuenta que posee el Intermediario de Opciones Cambiarias en el Banco Central, sistema de cobro que deja sin posibilidad al intermediario para ejercer su derecho de defensa y contradicción, esto es, a alegar y probar causales eximentes de responsabilidad, con lo que se desconoce el debido proceso.

La multa en cuestión, viola de manera flagrante los principios de tipicidad y legalidad, toda vez que no existe Ley previa que determine la conducta contravencional y la sanción correspondiente.

El Emisor o su Junta Directiva sólo puede ejercer las atribuciones que le confiere el legislador, dentro de las cuales no se encuentra la de establecer sanciones monetarias por violaciones o incumplimientos a las operaciones de intervención en el mercado cambiario.

En todo caso, la citada Circular fue expedida por autoridad incompetente, pues en materia de Cambios Internacionales, es la Junta Directiva del Banco de la República quien tiene competencia para realizar todo tipo de regulaciones.

LA OPOSICION

El Banco de La República, por intermedio de apoderada, contestó la demanda en el sentido de señalar que, es competente para expedir regulaciones en materia de cambios internacionales.

Realizó un recuento normativo constitucional sobre la regulación cambiaria y las funciones del Congreso, el Gobierno, el Banco de la República y de su Junta Directiva, del cual concluyó que estas últimas entidades son las que tienen a su cargo la función reguladora en materia de cambios internacionales que deben cumplir con sujeción a la ley, pero que existe además una facultad reguladora de carácter operativo.

Indicó que en la materia la Ley marco es la 9 de 1991 y en la Ley 31 de 1992 se precisan las facultades con arreglo a la Constitución del 1991, asignación que hace de manera general y amplia, sin restricciones ni limitaciones de ninguna naturaleza.

Distinguió las decisiones de la Junta Directiva y del Emisor y la naturaleza de las mismas, dado que hay unas que facultan al Banco de la República para realizar todos los actos, contratos y operaciones bancarias y comerciales en el país o en el exterior, necesarias para el cumplimiento de su objeto, no obstante, los actos del Banco que no son administrativos, se rigen por las normas de derecho privado.

Conforme a las atribuciones señaladas a la Junta Directiva en el artículo 73 de la Resolución Externa 8 de 2000, el Banco de la República expidió la Circular Reglamentaria Externa DODM-143 de 23 de junio de 2005. Asunto 5. “Intervención del Banco de la República

en el Mercado Cambiario”, que contempla la regulación operativa a la cual debe sujetarse el Banco para la ejecución de las operaciones de dicha intervención.

Esta Circular “y sus modificaciones” constituyen actos administrativos de carácter general, en los que se señala el procedimiento de intervención, se indican las condiciones de celebración y los derechos y obligaciones de los contratos y los efectos de su incumplimiento que incluye sanciones pecuniarias, con estas reglamentaciones se busca desincentivar dichas prácticas, garantizar la efectividad de la política de intervención cambiaria y lograr la eficacia del Banco como ejecutor.

Las condiciones de los contratos de compra de opciones *put* o *call*, son aceptadas expresamente por los contratantes, pues éstas se encuentran incorporadas en la Circular Reglamentaria DODM-143, condiciones que señala el Banco de la República por mandato del artículo 73 de la Resolución Externa 8 de 2000.

De otra parte, la participación como intermediario de opciones cambiarias, es libre y voluntaria, quienes lo deseen deben enviar al Banco el documento a que hace referencia el numeral 10 de la Circular demandada que se denomina “*Instrucciones Permanentes*”, en éste el intermediario declara que conoce y acepta los requisitos y condiciones para la realización de las operaciones.

La naturaleza de la sanción establecida en el numeral 11.3 es eminentemente contractual, por cuanto se deriva del incumplimiento de las obligaciones del contrato de venta de opciones *put* que celebre un agente autorizado con el Banco de la República.

Argumenta que el descuento automático del valor de la sanción de las cuentas, permite asegurar la efectividad de la política cambiaria, así mismo esta operación no obsta para que se puedan presentar circunstancias eximentes de responsabilidad y para ello el afectado puede acudir al Banco de la República o a la jurisdicción competente.

No se presenta violación al derecho de defensa toda vez que dicha sanción tiene naturaleza de tipo contractual y no administrativo como erradamente lo sostiene el demandante.

ALEGATOS DE CONCLUSION

La parte demandante precisa que controvierte la legalidad de la Circular Reglamentaria Externa en si misma, no contrato alguno suscrito por el Banco de la República con un Intermediario de Opciones Cambiarias, ni sanción alguna impuesta a uno de ellos por incumplimiento de sus obligaciones contractuales. Reiteró los argumentos expuestos en la demanda e insistió en que el Banco de la República con la expedición de la citada Circular violó los derechos de defensa y contradicción y pretermitió los principios de legalidad y tipicidad de la sanción, así mismo que el Banco no tiene competencia para imponer multas sin que exista norma previa que lo autorice para ello.

El Banco demandado reiteró lo dicho al contestar la demanda e hizo énfasis en los aspectos allí planteados, en particular lo relacionado con las funciones de la Junta Directiva como suprema autoridad cambiaria y a la actividad del Banco de La República como regulador operativo y ejecutor de dicha política; la naturaleza de las decisiones que éstos adoptan y las facultades del Banco de la República en la regulación del

mercado cambiario y la naturaleza contractual y no administrativa de la citada sanción.

La Procuradora Sexta Delegada ante esta Corporación, solicitó acceder a las súplicas de la demanda.

El Banco de la República no está facultado para imponer sanciones, pese a ser la máxima autoridad en materia cambiaria, toda vez que la Ley ha encargado de esta labor a otras entidades y organismos como la Superintendencia Financiera de Colombia, la Superintendencia de Sociedades y la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, quienes conforme a la normatividad vigente aplican el régimen sancionatorio y el procedimiento administrativo cambiario.

El Banco no tiene competencia para establecer sanciones por infracción al régimen cambiario a través de la citada Circular Reglamentaria, acto administrativo de carácter general, por tanto no puede pretenderse la aplicación del principio de autonomía de la voluntad de las partes, propio del derecho privado.

El aparte demandado viola el artículo 29 de la Carta, según el cual nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, es decir, que la conducta sancionable debe estar previamente contemplada como infracción en el ordenamiento jurídico y la sanción debe imponerla quien goza de competencia para ello, situación que no se presenta en el caso bajo estudio.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Corresponde a la Sala decidir la legalidad del aparte **“y como sanción pecuniaria, el BR debitará al día hábil siguiente a la cuenta de depósito del intermediario, el equivalente en pesos del 5% de la tasa de cambio de negociación por el monto en dólares de la operación incumplida”** contenido en el numeral 11.3 de la Circular Reglamentaria Externa DODM-143 de 23 de junio de 2005 del Banco de la República.

Los cargos propuestos por el accionante se concretan en: violación del artículo 29 de la Constitución Nacional [derecho al debido proceso y a la defensa] y expedición del acto por parte de un organismo incompetente para determinar sanciones por incumplimiento en las operaciones de intervención cambiaria con el Banco de la República.

En primer término, la Sala estudiará si el Banco de la República, es competente para determinar la sanción por incumplimiento de las condiciones en el ejercicio de “opciones put”⁴ en operaciones de intervención directa en el mercado cambiario, pues en la medida en que goce de facultades para ello, es viable estudiar si el aparte demandado vulnera el debido proceso.

La Constitución Nacional en los artículos 371, 372 y 373 establece que el Banco de la República ejercerá las funciones de banca central, estará organizado como persona jurídica de derecho público, con autonomía administrativa, patrimonial y técnica, sujeto a un régimen laboral propio; que sus funciones básicas son: regular la moneda, los cambios internacionales y el crédito; emitir la moneda legal; administrar las reservas internacionales; ser prestamista de última instancia y

⁴ La opción put da el derecho a **vender** dólares de los Estados Unidos de Norteamérica al BR.

banquero de los establecimientos de crédito, públicos y privados; además, de servir como agente fiscal del gobierno; facultades que deberá ejercer *“en coordinación con la política económica general”*. Prescribe también que la Junta Directiva del Banco **será la autoridad monetaria, cambiaria y crediticia** conforme a las funciones que le asigne la ley y que tendrá a su cargo la dirección y ejecución de las funciones de aquél y que corresponde al Congreso dictar la ley a la que debe ceñirse el Banco *“para el ejercicio de sus funciones y las normas con sujeción a las cuales el gobierno expedirá los estatutos del Banco”*; además que el Presidente de la República ejercerá la inspección, vigilancia y control del Banco, en los términos que señale la ley. Igualmente determina que por intermedio del Banco de la República, el Estado velará por el mantenimiento de la capacidad adquisitiva de la moneda.

Por otro lado, el artículo 150 numeral 19, literal b) ib., establece como función del Congreso, dictar las normas generales y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para regular, entre otros, el comercio exterior y **señalar el régimen de cambio internacional**, en concordancia con las funciones que la Constitución consagra para la Junta Directiva del Banco de la República.

Así las cosas, el constituyente dotó a la Junta Directiva del Banco de la República de la facultad de *“regular la moneda, los cambios internacionales y el crédito...”* en desarrollo de las leyes marco que dicte el Congreso.

El legislador con base en los citados preceptos constitucionales, expidió la **Ley 31 de 1992**⁵, marco normativo dentro del cual el Banco de la República ejerce sus funciones.

En el artículo 4 ib., preceptúa que, **la Junta Directiva** del Banco de la República, **“es la autoridad monetaria, cambiaria y crediticia y, como tal, cumplirá las funciones previstas en la constitución y en esta ley, mediante disposiciones de carácter general ...”**.

Luego en el **TÍTULO II**, hace referencia a las funciones del Banco y de su Junta Directiva; en los artículos 6 a 15 [Capítulos I a IV] ib., se regulan las funciones del Banco de la República, como emisor de la moneda legal; como banquero y prestamista de última instancia de los establecimientos de crédito públicos y privados, las que puede desempeñar en relación con el Gobierno y como administrador de las reservas internacionales y las atribuciones en materia internacional.

En el artículo 16 [Capítulo V] ib., referente a las funciones de la **Junta Directiva** como autoridad monetaria, crediticia y cambiaria establece que **“al banco de la república le corresponde estudiar y adoptar las medidas monetarias, crediticias y cambiarias para regular la circulación monetaria y en general la liquidez del mercado financiero y el normal funcionamiento de los pagos internos y externos de la economía, velando por la estabilidad del valor de la moneda. Para tal efecto, la Junta Directiva podrá”**, entre otras, ejercer las funciones de regulación cambiaria previstas en el párrafo 1° del artículo 3° y en

⁵ “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”

los artículos 5 a 13, 16, 22, 27, 28 y 31 de la Ley 9a. de 1991⁶ [lit. h)] y disponer la intervención del Banco de la República en el mercado cambiario como comprador o vendedor de divisas, o la emisión y colocación de títulos representativos de las mismas. Igualmente, determinar la política de manejo de la tasa de cambio, de común acuerdo con el Ministro de Hacienda y Crédito Público. En caso de desacuerdo, prevalecerá la responsabilidad constitucional del Estado de velar por el mantenimiento de la capacidad adquisitiva de la moneda [lit. i)].

La Sala advierte que el Constituyente de 1991 introdujo una modificación a la estructura del ordenamiento jurídico, al incorporar al lado de las entidades que conforman la Rama Ejecutiva, órganos autónomos e independientes para el cumplimiento de ciertas funciones del Estado, y dentro de éstos, asignó a la Junta Directiva del Banco de la República, la de ser autoridad monetaria, crediticia y **cambiaría** con facultades de carácter constitucional y legal.

Respecto de las funciones de la Junta Directiva del Banco de la República y en particular las atinentes a su condición de autoridad cambiaria, el Consejo de Estado⁷ se ha pronunciado para indicar:

“En materia de Leyes marco en cambios internacionales, el Congreso con anterioridad a la adopción de la Constitución Política de 1991, expidió la Ley 9 de 1991, cuyo desarrollo, conforme a la actual estructura constitucional, no corresponde al Presidente de la República, sino a la Junta Directiva del Banco de la República. (art. 372 C.N.).

⁶ “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”

⁷ Sentencia de febrero 22 de 2007, Expediente 14802, Actor: Julián Alfredo Gómez Díaz, C.P. Dra. María Inés Ortiz Barbosa.

(...)

*Con el esquema plasmado en la Carta Política, el Congreso expidió la Ley 31 de 1992, que en su artículo 4° dispuso que dicha Junta además de ser la **autoridad monetaria, cambiaria y crediticia**, cumpliría las funciones previstas en la Constitución y en esa Ley, mediante preceptos de carácter general.*

Es así como en el campo cambiario, en el literal h) del artículo 16 de la norma legal mencionada, se atribuye a la Junta Directiva del Banco de la República “ejercer las funciones de regulación cambiaria previstas en el parágrafo 1° del artículo 3° y en los artículos 5° a 13, 16, 22, 27, 28 y 31 de la Ley 9ª de 1991”, que con la anterior Constitución estaban en cabeza del Gobierno Nacional, pero que con la de 1991 y la expedición de la Ley 31 de 1992, corresponden a dicha Junta como única autoridad competente para desarrollar las normas y principios contenidos en la Ley marco de cambios internacionales.⁸

Bajo la perspectiva expuesta, es indudable que la Junta Directiva del Banco de la República es el organismo estatal competente para el cumplimiento de los principios contenidos en la Ley marco de cambios internacionales, a fin de darle el debido desarrollo mediante disposiciones de índole general respecto a las actividades y procedimientos en materia cambiaria contemplados en la Leyes 9 de 1991 y 31 de 1992”.

De otro lado por estimarse pertinente la argumentación expuesta en la misma providencia respecto de la naturaleza de las normas de la Ley Marco, reitera la Sala su posición así:

“Ahora bien, la jurisprudencia de la Sala ha precisado que el texto de la norma marco (...), establece parámetros generales en materia de cambios, por lo que la regulación de la Junta Directiva del Banco de la República, (...), tiene o asume la misma posición o valor de la Ley, es decir, para el caso es como si los requisitos y condiciones para desempeñar la actividad de la intermediación en cambios, hubieran sido establecidos por el propio legislador.⁹ Vale decir, que en esta materia la Junta actúa como legislador, en virtud de las disposiciones constitucionales (...).

⁸ Ver en este sentido Sentencias del 20 de mayo de 1994, expediente 5185, Guillermo Chahín Lizcano y del 10 de octubre de 1997, expediente 8406, Dra. Consuelo Sarria Olcos.

⁹ Ver Sentencias del 20 de mayo de 1994, expediente 5184 y del 31 de marzo de 1995, Magistrados Ponentes Drs. Guillermo Chahín Lizcano y Delio Gómez Leyva.

Es más, la Corte Constitucional ha señalado que corresponde al Congreso establecer las pautas, los criterios y los objetivos generales a los que debe someterse la Junta como autoridad monetaria, crediticia y cambiaria. Por consiguiente, el Congreso de la República no invade la órbita propia de la Junta Directiva del Banco de la República cuando determina las reglas generales que encausan la actuación de ese órgano, pero le está vedado señalar directrices concretas, por cuanto de hacerlo, estaría desplazando la decisión autónoma de la Junta como “autoridad monetaria, crediticia y cambiaria”¹⁰.

Así las cosas, el esquema legal en el campo cambiario (Ley marco) obliga a esbozar lineamientos generales y abstractos, para no interferir, reducir o anular la iniciativa de la Junta Directiva del Banco emisor en lo que concierne con el estudio y ponderación de las circunstancias de orden económico y social que en un momento dado ameritan la adopción de una determinada medida¹¹.

Así las cosas, en atención a las precisas facultades confiadas por la Carta Política a la Junta Directiva del Banco emisor en aspectos trascendentales para el país, como el referente a ser la autoridad **cambiaria** -con sujeción a los postulados generales contenidos en la Ley Marco- las resoluciones que expida en cumplimiento de dicha finalidad, tienen rango legal.

Para la Sala es evidente que existe conexidad entre las regulaciones de la actividad cambiaria y el cumplimiento de tales disposiciones mediante la imposición de sanciones, por cuanto los parámetros que se establezcan para el ejercicio de la actividad deben tener un efecto jurídico en caso de que se vulneren tales regulaciones. Así se diferencian claramente la reglamentación de una actividad y la sanción por el incumplimiento de esas normas.

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-481 del 7 de julio de 1999, expediente 2258, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia C-827 del 8 de agosto de 2001, expediente 3345, M.P. Dr. Alvaro Tafur Galvis.

De lo anterior es claro que **la Junta Directiva** del Banco de la República es el organismo estatal competente para el cumplimiento de los principios contenidos en la Ley marco de cambios internacionales, a fin de darle el debido desarrollo mediante disposiciones de índole general respecto a las actividades y procedimientos en materia cambiaria contemplados en las Leyes 9 de 1991 y 31 de 1992.

De otra parte, de la revisión de la Circular Reglamentaria Externa DODM-143 de 23 de junio de 2005, expedida por el Departamento de Operaciones y Desarrollo de Mercados del Banco de la República, se observa que en ésta se señala el procedimiento que debe seguir el Banco para realizar las operaciones de intervención en el mercado cambiario [*opciones put, opciones call*¹² y *operaciones de intervención directa*].

En efecto, indica quiénes pueden actuar como contrapartes en dichas operaciones y especifica las condiciones de los contratos de compra y venta de divisas, detalla el procedimiento de subasta holandesa que será utilizado; señala los mecanismos de intervención para acumular o desacumular reservas internacionales y para el control de la volatilidad de la tasa de cambio, así como las reglas para la presentación de posturas, comunicación de resultados y ejercicio de las opciones, así como para el cumplimiento de la prima, registro, ejercicio y cumplimiento de las opciones; además contempla el procedimiento de operaciones de intervención directa y las “instrucciones permanentes” para los que deseen participar como Intermediarios de las Opciones Cambiarias”; y los efectos del incumplimiento del pago de la prima, del

¹² La opción call da el derecho a **comprar** dólares al BR.

retraso y del incumplimiento en el ejercicio de las opciones put y call [Cfr. fls. 26 a 35].

Según el numeral 1 de la Circular en cuestión [**DODM-143 de 23 de junio de 2005**], ésta reglamenta el artículo 73 de la Resolución Externa 8 de 5 de mayo 2000 *“Por la cual se compendia el régimen de cambios internacionales”*, expedida por la Junta Directiva del Banco de la República en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial de las que le confieren los artículos 371 y 372 de la Constitución Política los cuales hacen referencia a las funciones del Banco de la República como banca central y de su Junta Directiva como autoridad monetaria, cambiaria y crediticia conforme a las funciones que le asigna la ley; el artículo 16 literales h) ¹³ e i) ¹⁴ de la Ley 31 de 1992, atrás citada, y en concordancia con el Decreto 1735 de 1993 a través del cual el Presidente de la República ejerció la facultad prevista en el artículo 150, numeral 19 literal b) de la Constitución Nacional, esto es, señalar el régimen de cambio internacional.

En el mencionado **artículo 73**, la Junta Directiva estableció las reglas de **intervención del Banco de la República en el mercado cambiario**, que se concretan así:

- **Finalidad:** evitar fluctuaciones indeseadas tanto en la tasa de cambio como en el monto de las reservas internacionales;

¹³ h) Ejercer las funciones de regulación cambiaria previstas en el párrafo 1o. del artículo 3o. y en los artículos 5o. a 13, 16, 22, 27, 28 y 31 de la Ley 9a. de 1991.

¹⁴ i) Disponer la intervención del Banco de la República en el mercado cambiario como comprador o vendedor de divisas, o la emisión y colocación de títulos representativos de las mismas. Igualmente, determinar la política de manejo de la tasa de cambio, de común acuerdo con el Ministro de Hacienda y Crédito Público. En caso de desacuerdo, prevalecerá la responsabilidad constitucional del Estado de velar por el mantenimiento de la capacidad adquisitiva de la moneda.

-
- **Directrices a seguir:** las que establezca la Junta Directiva;
 - **Cómo se efectúa:** mediante la compra o venta de divisas —directa o indirectamente, de contado y a futuro—;
 - **Contrapartes autorizadas para realizar tales operaciones:** bancos comerciales, bancos hipotecarios, corporaciones financieras, compañías de financiamiento comercial, cooperativas financieras, la Financiera Energética Nacional -FEN- y el Banco de Comercio Exterior de Colombia S. A. -BANCOLDEX-, así como a la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público y sociedades comisionistas de bolsa.
 - **Precio:** las operaciones se realizan a tasas de mercado;
 - **Cómo se realiza:** a través de los distintos sistemas o mecanismos establecidos para operaciones interbancarias de divisas.

Como se observa una de las reglas a seguir en la intervención del Banco en el mercado cambiario, es seguir las directrices que la Junta Directiva establezca para el efecto.

Con fundamento en la normatividad mencionada la Junta Directiva del Banco de la República es la autoridad exclusiva en materia de cambios internacionales y tiene la competencia para regular lo relativo a la intervención del Banco de la República en el mercado cambiario, en particular en cuanto a la compra y venta de divisas. Además tiene la potestad sancionatoria en esta materia, dentro de los parámetros establecidos en la Ley 31 de 1992.

Sobre este último aspecto la Corte Constitucional se pronunció en sentencia C-346 del 2006, así:

“En consecuencia, el principio de reserva de ley en materia cambiaria impone al legislador la definición de los elementos básicos de las conductas que podrán ser definidas por la Junta Directiva del Banco de la República y el Gobierno Nacional como infracciones cambiarias; es decir, el legislador debe describir los elementos esenciales que debe contener una conducta sancionable cambiariamente.”

Por último, esta Corporación ha observado una línea jurisprudencial constante en cuanto a la necesidad de que las infracciones y las sanciones se ajusten al principio de la legalidad, según el cual nadie puede ser sancionado administrativamente sino conforme a normas preexistentes que tipifiquen la conducta sancionable y determinen la pena correspondiente.

En este orden de ideas el Departamento de Operaciones y Desarrollo de Mercados del Banco de la República, al establecer en la “*Circular reglamentaria*” demandada, sanción a los Intermediarios de Opciones Cambiarias por incumplimiento del ejercicio de opciones put en operaciones de intervención directa, actuó sin competencia, porque carece de atribuciones para proferir normas que establecen sanciones y porque la norma en la que apoya su actuación no señala la conducta sancionable ni la pena que a través del acto se determinan.

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.

F A L L A

Declárase la nulidad de la expresión “*y como sanción pecuniaria, el BR debitará al día hábil siguiente a la cuenta de depósito del intermediario, el equivalente en pesos del 5% de la tasa de cambio de negociación por el monto en dólares de la operación incumplida*” contenida en el numeral 11.3 de la Circular Reglamentaria Externa DODM-143 de 23 de junio de 2005 del Banco de la República, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese, comuníquese. Cúmplase.

Esta providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

MARIA INES ORTIZ BARBOSA
Presidente de la Sección Cuarta

LIGIA LOPEZ DIAZ

JUAN ANGEL PALACIO HINCAPIE

HECTOR ROMERO DIAZ

JUAN RAFAEL BRAVO ARTEAGA
Conjuez

Radicación: 11001-03-27-000-2006-00014-00

Actor: **Julián David Solorza Martínez**

Referencia: Número Interno **16008**

Nulidad parcial numeral 11.3 de la Circular

Reglamentaria Externa DODM-143 de 2005

Banco de la República

FALLO

Nuevo proyecto. Anterior negado Dra. Ligia López D

Se declara la nulidad de la expresión “*y como sanción pecuniaria, el BR debitará al día hábil siguiente a la cuenta de depósito del intermediario, el equivalente en pesos del 5% de la tasa de cambio de negociación por el monto en dólares de la operación incumplida*”, contenida en el numeral 11.3 de la Circular Reglamentaria Externa DODM-143 de 23 de junio de 2005 del Banco de la República.

La Junta Directiva es la autoridad monetaria, cambiaria y crediticia encargada de expedir las regulaciones sobre la materia y la mencionada Circular que reglamenta el artículo 73 de la Resolución Externa 8 de 2000, no fija la conducta sancionable ni la pena que a través del acto se determinan.

APODERADOS

Dda: Claudia Acosta Echeverría