

DEMANDA CONTRA ACTO DEROGADO - Procede al ser posible que existan situaciones sub iudice que resulten afectadas / DEROGATORIA DE ACTO GENERAL - Es posible que las situaciones particulares realizadas durante su vigencia no estén consolidadas / PRESUNCION DE LEGALIDAD DE ACTO GENERAL - Se extiende a los actos particulares expedidos en vigencia de la norma derogada

Esta Corporación ha sostenido reiteradamente que la derogatoria de un acto administrativo de carácter general, surte efectos hacia el futuro, pero es posible que las situaciones de carácter particular y concreto que se hayan realizado durante su vigencia no estén consolidadas. Para restablecer el orden jurídico perturbado por un acto ilegal se requiere el pronunciamiento definitivo de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, toda vez que los efectos de tal declaración se remontan al momento de su entrada en vigencia. En providencia de Sala Plena del 14 de enero de 1991, expediente S-157, con ponencia del Doctor Carlos Gustavo Arrieta Padilla, expresó la Corporación: "Y por ello mismo es necesario el pronunciamiento sobre actos administrativos de carácter general, impugnados en ejercicio de la acción pública de nulidad, pues su derogatoria expresa o tácita no impide la proyección en el tiempo y el espacio de los efectos que haya generado, ni de la presunción de legalidad que los cubre, la cual se extiende también a los actos de contenido particular que hayan sido expedidos en desarrollo de ella y durante su vigencia. De lo contrario, el juzgamiento de tales actos particulares, por la jurisdicción contenciosa resultaría imposible, pues tendría que hacerse, entre otros, a la luz de una norma, la disposición derogada, cuya legalidad no podía controvertirse por el hecho de no tener vigencia en el tiempo". Los anteriores criterios son válidos en la presente oportunidad, por lo que la Sala se pronunciará de fondo, porque a pesar de que el inciso 3° del artículo 43 de la Resolución Externa N° 8 de 2000 expedida por el Banco de la República perdió vigencia, ha sido cuestionada su legalidad, y es posible que existan situaciones sub-judice que resulten afectadas con la decisión que aquí se profiera.

JUNTA DIRECTIVA DEL BANCO DE LA REPUBLICA - Es la autoridad monetaria, cambiaria y crediticia / REGIMEN DE CAMBIOS INTERNACIONALES - El Congreso establece las pautas y criterios a los que ha de someterse la Junta del Banco de la República / AUTORIDAD MONETARIA, CREDITICIA Y CAMBIARIA - Lo es la Junta Directiva del Banco de la República / NORMAS DE LA JUNTA DIRECTIVA DEL BANCO DE LA REPUBLICA - Asumen la misma posición o valor de la ley

Como autoridad monetaria, cambiaria y crediticia, el Banco de la República es la entidad que de manera exclusiva, está encargada de expedir las normas de carácter general relacionadas con estas materias, función que ejerce en desarrollo de la Ley Marco dictada por el Congreso dentro de las competencias señaladas en el numeral 22 del artículo 150 de la Constitución Política. En lo que tiene que ver con la regulación de los 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, pero sin que con ello pueda invadir las competencias propias de la Junta, pues al legislador le está vedado señalar directrices concretas, por cuanto de hacerlo, estaría desplazando la decisión autónoma del Banco como “autoridad monetaria, crediticia y cambiaria”. Como ha señalado la Sala en ocasiones anteriores, 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, asumen la misma posición o valor de la Ley, es decir, como si hubieran sido establecidos por el propio Congreso. Vale decir, que en esta materia la Junta actúa como legislador, en virtud del mandato constitucional.

OPERACIONES CON DERIVADOS - Concepto, finalidad y clases / FUTUROS Y OPCIONES - Son clases de derivados financieros

Las operaciones con derivados son aquellas operaciones financieras que pueden ejercerse para comprar o vender activos en un futuro, como divisas o títulos valores, o futuros financieros sobre tasas de cambio, tasas de interés o índices bursátiles. Las operaciones con derivados permiten la negociación de valores o derechos que se “derivan” de contratos en los que se negocian productos o materias primas cuyo precio es fluctuante, o bien de otros productos financieros de renta fija o de renta variable. Su finalidad es cubrir los riesgos que resultan ante las fluctuaciones de precio de los activos, las tasas de cambio o de interés y en general del índice de referencia que se utilice. Entre estas operaciones con derivados, se cuentan los denominados Futuros, y las Opciones.

OPERACIONES DE CAMBIO CANALIZABLES A TRAVES DEL MERCADO CAMBIARIO - Son las operaciones con derivados y operaciones peso-divisas / CONTRATOS DE DERIVADOS ENTRE RESIDENTES - Al ser operaciones de cambio, están dentro de la competencia del Banco de la República / RESIDENTES - Los convenios u operaciones entre ellos se consideran operaciones de cambio / JUNTA DIRECTIVA DEL BANCO DE LA REPUBLICA - Es competente para regular los contratos de derivados entre residentes

De acuerdo con el Decreto 1735 de 1993, las operaciones con derivados y operaciones peso-divisas, están expresamente señaladas como operaciones de cambio, obligatoriamente canalizables a través del mercado cambiario, lo cual es congruente con el artículo 4° de la Ley 9ª de 1991, que enunció dentro de las categorías de operaciones sujetas al régimen cambiario, la tenencia de derechos en el exterior, así como aquellas operaciones que generen derechos u obligaciones entre un residente y un no residente y los actos de disposición de los derechos derivados de estos contratos. El artículo 3° del Decreto 1735 de 1993 señala que los contratos entre residentes no se consideran operación de cambio, pero al tiempo posibilita que existan convenios u operaciones celebrados entre residentes que, por autorización expresa, se consideren operaciones de cambio, como ocurre con las operaciones de derivados. Por tanto, la regulación de los contratos de derivados suscritos entre residentes, está dentro de las competencias del Banco de la República, dado que son operaciones de cambio de acuerdo las disposiciones legales ya reseñadas.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Consejera ponente: LIGIA LOPEZ DIAZ

Bogotá, D.C., Veinticuatro (24) de mayo de dos mil siete (2007)

Radicación número: 11001-03-27-000-2005-00023-00(15397)

Actor JUAN DIEGO COSSIO JARAMILLO

Demandado: BANCO DE LA REPUBLICA

FALLO

Corresponde a la Sección Cuarta del Consejo de Estado decidir la demanda de nulidad interpuesta por el ciudadano **JUAN DIEGO COSSIO JARAMILLO** en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso

Administrativo, contra el inciso tercero del artículo 43 de la Resolución Externa No. 8 del 5 de mayo de 2000, proferida por la Junta Directiva del Banco de la República.

NORMAS DEMANDADAS

A continuación se destaca el inciso tercero del Artículo 43 de la Resolución Externa No. 8, del 5 de mayo de 2000, expedida por la Junta Directiva del Banco de la República:

“CAPITULO VIII

(...)

SECCION II

(...)

DERIVADOS FINANCIEROS

Artículo 43o. LIQUIDACIÓN DE LOS CONTRATOS

Cuando el contrato haya sido suscrito entre residentes o intermediarios del mercado cambiario y agentes del exterior que realicen operaciones de derivados financieros de manera profesional, la liquidación de los contratos de que trata esta sección, se realizará en la divisa estipulada.

Cuando el contrato haya sido entre intermediarios del mercado cambiario y no residentes que tengan inversión extranjera registrada ante el Banco de la República, la liquidación de los contratos de que trata esta sección se podrá realizar en moneda legal Colombiana o en la divisa estipulada.

La liquidación de los contratos suscritos entre residentes e intermediarios del mercado cambiario, o entre éstos, debe realizarse en moneda legal Colombiana a la tasa de referencia acordada o en su defecto a la tasa de cambio representativa del mercado del día de pago, salvo que tengan una obligación pendiente con el exterior y se haya pactado entre las partes la entrega de las divisas. Los pagos correspondientes a primas, comisiones, márgenes, depósitos colaterales y demás ingresos y egresos asociados a las operaciones de derivados, deberán realizarse en moneda legal Colombiana, a la tasa de referencia acordada o en su defecto a la tasa de cambio representativa del mercado del día del pago.”

DEMANDA

El 15 de abril de 2005, el ciudadano Juan Diego Cossio Jaramillo demandó la nulidad de la norma antes citada por considerar que la Junta Directiva del Banco de la República sólo tiene competencia para regular las operaciones del mercado cambiario y no las de carácter interno.

Dentro de las facultades conferidas al Banco de la República se encuentra:

- 1) Regular las operaciones de cambio,
- 2) Organizar y regular el funcionamiento del mercado cambiario,
- 3) Regular el ingreso y egreso de divisas,
- 4) Regular el pago en moneda extranjera legal colombiana de las obligaciones estipuladas en moneda extranjera, cuando éstas no puedan ser cubiertas en la divisa estipulada.

El Decreto 1735 de 1993, en su artículo 3º establece que, salvo estipulación en contrario, ningún contrato, convenio u operación que se celebre entre residentes se considera operación de cambio, lo que permite deducir que toda operación entre residentes colombianos se considera interna.

Las operaciones entre residentes Colombianos **NO** son catalogadas como operaciones de tipo cambiario porque no corresponden ni a importación o exportación de bienes y servicios, ni a inversión de capital extranjero en el país, ni a inversión colombiana en el exterior u operación de endeudamiento externo. Además, como son celebradas entre residentes del país no hay tráfico de moneda extranjera entre residentes y no residentes y mucho menos ingreso y salida de divisas del territorio nacional.

Las operaciones de derivados financieros celebradas entre residentes son de carácter interno y no poseen la connotación de operación de cambio porque no existe un tráfico de moneda.

OPOSICIÓN

El Banco de la República dentro del término legal contestó la demanda argumentando que el Consejo de Estado no debe decretar la nulidad del acto demandado, porque el artículo 1º de la Resolución Externa 4 de 2005 derogó de manera expresa el precepto demandado.

Corresponde a la Junta Directiva del Banco de la República la regulación de las operaciones de cambio, **sean canalizables o no** a través del mercado cambiario, en virtud de las disposiciones de rango constitucional y legal.

El Decreto 1735 de 1993 y la Resolución externa 8 de 2000 señalan que las operaciones *de derivados y las operaciones peso-divisas* constituyen una operación de cambio obligatoriamente canalizable a través del mercado cambiario.

Hay una operación de cambio cuando un residente o intermediario del mercado cambiario celebra un contrato de derivados financieros tomando como referencia un tipo de cambio o tasa de interés externa, operación que debe celebrarse según las disposiciones establecidas en la Resolución externa 8 de 2000 y sus respectivas modificaciones.

No puede afirmarse que el elemento esencial para la configuración de una operación de cambio sea la entrada y salida de divisas del país o el pago efectivo en las mismas, pues de ser así las operaciones celebradas entre residentes e intermediarios del mercado cambiario serían operaciones internas, contrariando lo establecido en el régimen cambiario.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandante, reiteró todo lo dicho en la demanda y realizó el análisis pormenorizado de cada uno de los puntos señalados por el representante del Ente demandado:

Acepta el demandante que la disposición acusada fue derogada efectivamente por la Resolución Externa No. 4 de 2005, Artículo 1º. Al respecto señala que ha sido reiterada la jurisprudencia del Consejo de Estado al sostener que la derogatoria de una norma no obsta para que la jurisdicción se pronuncie sobre su legalidad, pues basta con que haya tenido

vigencia por un pequeño lapso, dado que en ese tiempo pueden presentarse situaciones de carácter jurídico cuyos efectos particulares ameriten restaurar el derecho o reparar el daño causado.

En virtud de la normatividad vigente, la Junta Directiva del Banco de la República sólo puede regular la materia de cambios internacionales, es decir, sobre las operaciones definidas en el artículo 1 del Decreto 1735 de 1993.

No es viable afirmar que todas las operaciones de derivados constituyen operaciones de cambio como lo argumenta el representante del Banco de la República, pues pueden tener carácter interno dependiendo de la naturaleza de la operación realizada y de las personas que la celebren. Las operaciones de carácter interno no pueden canalizarse a través del mercado cambiario, porque éstas son convenidas y liquidadas en pesos por ello no hay moneda para vender o comprar en el mercado cambiario.

La entidad demandada, realizó un recuento de todo lo dicho en la contestación de la demanda, señalando de manera específica que por sustracción de materia el Consejo de Estado no es competente para conocer la acción bajo estudio, así mismo señala que las operaciones de derivados corresponden al mercado cambiario y por esta razón la Junta Directiva del Banco de la República es competente para regular sobre el tema.

MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora Sexta Delegada ante el Consejo de Estado solicitó negar las súplicas de la demanda. La derogatoria de la norma precitada no obsta para que el Consejo de Estado estudie su legalidad.

La Junta Directiva del Banco de la República actuó dentro de los límites constitucionales y legales al regular la forma y la moneda en que se deben liquidar y pagar los contratos suscritos entre residentes e intermediarios del mercado cambiario, los cuales fueron señalados legalmente como operaciones de cambio y no como operaciones internas.

El criterio para clasificar las operaciones entre residentes como operaciones de tipo cambiario radica en adoptar como referencia un tipo de tasa de cambio o interés así no exista tráfico de moneda extranjera o ingreso y salida de divisas del territorio nacional.

CONSIDERACIONES DE LA SECCIÓN

Corresponde a la Sección Cuarta del Consejo de Estado decidir sobre la legalidad del inciso tercero del artículo 43 de la Resolución Externa N° 8 de 2000 de la Junta Directiva del Banco de la República.

En primer lugar la Sala se pronunciará sobre el planteamiento de la entidad demandada, en cuanto a la imposibilidad de un pronunciamiento de fondo por sustracción de materia, toda vez que la norma acusada fue subrogada por el artículo 1° de la Resolución Externa 4 de 2005 y éste último a su vez lo fue por el artículo 3° de la Resolución Externa 9 de 2005.

Esta Corporación ha sostenido reiteradamente que la derogatoria de un acto administrativo de carácter general, surte efectos hacia el futuro, pero es

posible que las situaciones de carácter particular y concreto que se hayan realizado durante su vigencia no estén consolidadas. Para restablecer el orden jurídico perturbado por un acto ilegal se requiere el pronunciamiento definitivo de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, toda vez que los efectos de tal declaración se remontan al momento de su entrada en vigencia.

En providencia de Sala Plena del 14 de enero de 1991, expediente S-157, con ponencia del Doctor Carlos Gustavo Arrieta Padilla, expresó la Corporación:

"Estima la Sala que, ante la confusión generada por las dos tesis expuestas, lo procedente será inclinarse por la segunda de ellas, pues no es posible confundir la vigencia de una disposición con la legalidad de la misma, como ocurriría si se mantiene la posición que sostiene que sería inoperante y superfluo pronunciarse en los eventos en que la misma administración ha revocado su acto, así éste sea de carácter general e impersonal. Pues, contrario a lo que se había afirmado, opina la Sala que la derogatoria de una norma no restablece per se el orden jurídico supuestamente vulnerado, sino apenas acaba con la vigencia de la norma en cuestión. Porque resulta que un acto administrativo, aún si ha sido derogado, sigue amparado por el principio de legalidad que le protege, y 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".

"Y por ello mismo es necesario el pronunciamiento sobre actos administrativos de carácter general, impugnados en ejercicio de la acción pública de nulidad, pues su derogatoria expresa o tácita no impide la proyección en el tiempo y el espacio de los efectos que haya generado, ni de la presunción de legalidad que los cubre, la

*cual se extiende también a los actos de contenido particular que hayan sido expedidos en desarrollo de ella y durante su vigencia. De lo contrario, el juzgamiento de tales actos particulares, por la jurisdicción contenciosa resultaría imposible, pues tendría que hacerse, entre otros, a la luz de una norma, la disposición derogada, cuya legalidad no podía controvertirse por el hecho de no tener vigencia en el tiempo".*¹

Los anteriores criterios son válidos en la presente oportunidad, por lo que la Sala se pronunciará de fondo, porque a pesar de que el inciso 3° del artículo 43 de la Resolución Externa N° 8 de 2000 expedida por el Banco de la República perdió vigencia, ha sido cuestionada su legalidad, y es posible que existan situaciones *sub-judice* que resulten afectadas con la decisión que aquí se profiera.

Planteó la demandante que la Junta Directiva del Banco de la República no tiene competencia para regular los contratos de derivados financieros suscritos entre residentes en el país, porque no corresponden a una operación de cambio.

Al respecto, cabe recordar que los artículos 371 y 372 de la Constitución Política otorgaron al Banco de la República, a través de su Junta Directiva, la función de *“regular la moneda, los cambios internacionales y el crédito”*.

Como autoridad monetaria, cambiaria y crediticia, el Banco de la República es la entidad que de manera exclusiva, está encargada de expedir las normas de carácter general relacionadas con estas materias, función que ejerce en desarrollo de la Ley Marco dictada por el Congreso dentro de las

¹ Esta posición ha sido reiterada en las Sentencias del 2 de febrero de 2001, exp. 10474, M.P. Germán Ayala Mantilla, y del 22 de junio de 2001, exp. 10164, M.P. María Inés Ortiz Barbosa.

competencias señaladas en el numeral 22 del artículo 150 de la Constitución Política.

En lo que tiene que ver con la regulación de los 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, pero sin que con ello pueda invadir las competencias propias de la Junta, pues al legislador le está vedado señalar directrices concretas, por cuanto de hacerlo, estaría desplazando la decisión autónoma del Banco como *“autoridad monetaria, crediticia y cambiaria”*²

Como ha señalado la Sala en ocasiones anteriores, 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, asumen la misma posición o valor de la Ley, es decir, como si hubieran sido establecidos por el propio Congreso.³ Vale decir, que en esta materia la Junta actúa como legislador, en virtud del mandato constitucional.

La Ley 9ª de 1991 fijó los lineamientos generales a los cuales debe sujetarse el Banco de la República para regular el régimen de cambios y señaló en su artículo 4º las operaciones de cambio que se sujetan a este régimen:

² Corte Constitucional. Sentencia C-481 del 7 de julio de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

³ Sentencias del 20 de mayo de 1994, exp. 5184, M.P. Guillermo Chahín Lizcano y del 22 de febrero de 2007, exp. 14802, M.P. María Inés Ortiz Barbosa.

“Artículo 4º—Operaciones sujetas al régimen cambiario. El Gobierno Nacional determinará las distintas operaciones de cambio que estarán sujetas a lo previsto en esta ley, con base en las siguientes categorías:

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 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, cuando se trate de no residentes, la tenencia, adquisición o disposición de activos en moneda legal colombiana;

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.”

No puede dejarse de lado que la Constitución Política en su artículo 150, numeral 19, literal b), le confió al Gobierno Nacional el señalamiento del régimen de cambios internacionales, para lo cual debe sujetarse a las normas generales dictadas por el Congreso en concordancia con las regulaciones de la Junta Directiva del Banco de la República.

Es así que de acuerdo con las competencias asignadas por la Ley 31 de 1992, el Presidente de la República profirió el Decreto 1735 de 1993, *“Por el*

cual se dictan normas en materia de cambios internacionales”. Definió como operaciones de cambio aquellas comprendidas en las categorías del artículo 4° de la Ley 9ª de 1991, ya transcrito, y señaló las operaciones obligatoriamente canalizables a través del mercado cambiario, así:

“Artículo. 4º—Negociación de divisas. Únicamente las operaciones de cambio que a continuación se indican, deberán canalizarse a través del mercado cambiario:

- 1. Importaciones y exportaciones de bienes.*
- 2. Operaciones de endeudamiento celebradas por residentes en el país, así como los costos financieros inherentes a las mismas.*
- 3. Inversiones de capital del exterior en el país, así como los rendimientos asociados a las mismas.*
- 4. Inversiones de capital colombiano en el exterior, así como los rendimientos asociados a las mismas.*
- 5. Inversiones financieras en títulos emitidos o en activos radicados en el exterior así como los rendimientos asociados a las mismas, salvo cuando las inversiones se efectúen con divisas provenientes de operaciones que no deban canalizarse a través del mercado cambiario.*
- 6. Avaes y garantías en moneda extranjera.*

7. Operaciones de derivados y operaciones peso-divisas.”

(Destaca la Sala)

Las operaciones con derivados son aquellas operaciones financieras que pueden ejercerse para comprar o vender activos en un futuro, como divisas o

títulos valores, o futuros financieros sobre tasas de cambio, tasas de interés o índices bursátiles.⁴

Las operaciones con derivados permiten la negociación de valores o derechos que se “*derivan*” de contratos en los que se negocian productos o materias primas cuyo precio es fluctuante, o bien de otros productos financieros de renta fija o de renta variable. Su finalidad es cubrir los riesgos que resultan ante las fluctuaciones de precio de los activos, las tasas de cambio o de interés y en general del índice de referencia que se utilice. Entre estas operaciones con derivados, se cuentan los denominados Futuros⁵, y las Opciones.⁶

El demandante considera que las operaciones con derivados, cuando son realizadas entre residentes, no son cambiarias y por tanto el Banco de la República no puede regularlas, para lo cual invoca el artículo 3° del Decreto 1735 de 1993, el cual señala:

“Salvo autorización expresa en contrario, ningún contrato, convenio u operación que se celebre entre residentes se considerará operación de cambio. En consecuencia, las obligaciones que se deriven de tales contratos, convenios y operaciones, deberán cumplirse en moneda legal colombiana.”

⁴ Circular Externa N° 14 de 1998 de la Superintendencia Bancaria.

⁵ Un futuro es un contrato de entrega futura estandarizado (en cuanto a fecha de cumplimiento, cantidades, montos, calidades, etc.) realizado en una Bolsa de Futuros, en virtud del cual las partes se comprometen a entregar y a recibir una mercancía o un activo financiero en una fecha futura especificada en el contrato.

⁶ Una “opción” se define como aquel contrato que le da a su tenedor la opción o el derecho, mas no supone la obligación, de comprar o de vender una cantidad específica de un activo a un precio y en una fecha determinada, o durante un tiempo determinado.

Al respecto debe señalarse, que en general, cualquier operación que involucre moneda extranjera, así tenga lugar entre residentes está sujeta al control de cambios.

De acuerdo con el Decreto 1735 de 1993, las operaciones con derivados y operaciones peso-divisas, están expresamente señaladas como operaciones de cambio, obligatoriamente canalizables a través del mercado cambiario,⁷ lo cual es congruente con el artículo 4° de la Ley 9ª de 1991, que enunció dentro de las categorías de operaciones sujetas al régimen cambiario, la tenencia de derechos en el exterior, así como aquellas operaciones que generen derechos u obligaciones entre un residente y un no residente y los actos de disposición de los derechos derivados de estos contratos.

El artículo 3° del Decreto 1735 de 1993 señala que los contratos entre residentes no se consideran operación de cambio, pero al tiempo posibilita que existan convenios u operaciones celebrados entre residentes que, por autorización expresa, se consideren operaciones de cambio, como ocurre con las operaciones de derivados.

Por tanto, la regulación de los contratos de derivados suscritos entre residentes, está dentro de las competencias del Banco de la República, dado que son operaciones de cambio de acuerdo las disposiciones legales ya reseñadas.

⁷ La Ley 9ª 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. El mercado libre esta integrado por todas aquellas divisas que no se lleven al mercado cambiario y por tanto se pueden conservar, disponer o vender libremente.

Las operaciones con derivados que se realicen entre residentes o entre éstos y los intermediarios del mercado cambiario pueden involucrar divisas, lo cual es evidente cuando el “*subyacente*”⁸ tiene en cuenta los precios internacionales de un producto, las tasas de interés en el exterior, los índices accionarios en el exterior y en general las tasas de cambio.

Si en este tipo de contratos no se involucran divisas, su liquidación se realizará en moneda legal colombiana, pero si hay divisas, el Banco de la República tiene la potestad de regular estas operaciones porque son de cambio, de acuerdo con las disposiciones legales reseñadas.

Por lo anterior, la Sala negará las pretensiones de la demanda de nulidad contra el inciso tercero del artículo 43 de la Resolución 8 de 2000.

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

NIÉGANSE las súplicas de la demanda.

⁸ Según la circular 14 de 1998 de la Superintendencia Bancaria, se utiliza el término “**subyacente**” para hacer referencia al activo, tasa o índice de referencia cuyo movimiento de precio determina el valor de un derivado.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

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

JUAN ÁNGEL PALACIO HINCAPIÉ
PRESIDENTE DE LA SECCIÓN

LIGIA LÓPEZ DÍAZ

MARÍA INÉS ORTIZ BARBOSA

HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ

RAÚL GIRALDO LONDOÑO
SECRETARIO