



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

CONSEJERA PONENTE: MYRIAM STELLA GUTIERREZ ARGÜELLO

Bogotá D.C., quince (15) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

Referencia Nulidad
Radicación 11001-03-27-000-2018-00030-00 (23837)
Demandante SURBTC S.A.S.
Demandado SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Temas Simple nulidad. Monedas virtuales o criptomonedas. Naturaleza de las circulares acusadas. Falta de competencia. Falsa motivación. Desviación de poder. Desconocimiento del principio de buena fe y confianza legítima.

SENTENCIA DE ÚNICA INSTANCIA

La Sala decide la demanda de simple nulidad presentada por SURBTC S.A.S. contra las Cartas Circular Nro. 29 de marzo de 2014, 78 del 16 de noviembre de 2016 y 52 del 22 de junio de 2017 expedidas por la Superintendencia Financiera de Colombia.

ANTECEDENTES DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA

La Superintendencia Financiera de Colombia profirió la Carta Circular Nro. 29 del 26 de marzo de 2014, dirigida a los representantes legales, miembros de juntas directivas, revisores fiscales y al contralor normativo de las entidades vigiladas, así como al público en general, en la cual advirtió sobre los riesgos de utilizar monedas virtuales¹. Asimismo, textualmente señaló que «esta Superintendencia recuerda que las entidades vigiladas no se encuentran autorizadas para custodiar, invertir, ni intermediar con estos instrumentos. Adicionalmente, corresponde a las personas conocer y asumir los riesgos inherentes a las operaciones que realicen con las “monedas virtuales”».

Posteriormente, el 16 de noviembre de 2016, la referida superintendencia expidió la Carta Circular Nro. 78 del 16 de noviembre de 2016, con destino a los mismos sujetos mencionados en el párrafo anterior. En esta actuación, se recordó lo

¹ Como riesgos indicó: i) las monedas virtuales no son activos que tengan equivalencia a la moneda de curso legal en Colombia y no se consideran una divisa, por lo que no puede usarse en operaciones del régimen cambiario; ii) no están respaldados por activos físicos de un banco central, por lo que presenta altas volatilidades en su precio, dada la especulación que las caracterizan; iii) las plataformas transaccionales ni los comercializadores se encuentran regulados por la ley ni están sujetas a control y vigilancia de la Superintendencia Financiera, por lo que no cuentan con procesos estándares o seguros y de mitigación de riesgos; iv) como las plataformas transaccionales están domiciliados en otras jurisdicciones, escapan de la regulación y vigilancia de la ley colombiana, al igual que los contrapartes en las operaciones; v) las transacciones en dichas plataformas son anónimas y se pueden prestar para actividades ilícitas o fraudulentas, así como captación no autorizada de recursos; vi) los compradores o vendedores se exponen a riesgos operativos, como que sus billeteras digitales sean robadas (hackeadas) o que no puedan reversarse operaciones no autorizadas o incorrectas; vii) quienes negocian con las monedas virtuales no están amparados con garantías privadas o públicas y sus operaciones no son objeto de cobertura del seguro de depósito; viii) quienes admiten estas monedas deben tener en consideración que su aceptación puede cesar en cualquier momento, dado que las personas no están obligadas a transar o reconocerlas como medio de pago; y ix) no hay mecanismos para obligar el cumplimiento de la transacción con las monedas virtuales.



señalado en la Carta Circular Nro. 29 de 2014, citó el oficio GG2105 del 29 de septiembre de 2016 y el comunicado de prensa del 1 de abril de 2014, ambos del Banco de la República², con el fin de manifestar que, «*teniendo en cuenta la expansión de las MV [monedas virtuales], esta Superintendencia considera necesario reiterar las consideraciones señaladas en la Carta Circular 29 de 2014, en particular recordando a las entidades vigiladas, que no se encuentran autorizadas para custodiar, invertir, intermediar ni operar con estos instrumentos, así como tampoco permitir el uso de sus plataformas para que se realicen operaciones con MV*» De igual forma, se advirtió al público en general que «*corresponde a cada persona conocer y asumir los riesgos inherentes a las operaciones que realicen con este tipo de monedas virtuales, pues no se encuentran amparadas por ningún tipo de garantía privada o estatal, ni sus operaciones son susceptibles de cobertura por parte del seguro de depósito*».

El 22 de junio de 2017, la Superintendencia Financiera de Colombia expidió la Carta Circular Nro. 52 de 2017, dirigida a las mismas personas de las Cartas Circulares Nro. 29 de 2014 y 78 de 2016 y reiterando su contenido. En adición, aclaró que las monedas virtuales no constituyen valor en los términos de la Ley 964 de 2005 y adujo que «*esta Superintendencia no ha autorizado a ninguna entidad vigilada para custodiar, invertir, intermediar ni operar con tales instrumentos, como tampoco para permitir el uso de sus plataformas por parte de los participantes, en lo que se conoce como “Sistema de Monedas Virtuales”*». Adicionalmente, exhortó a las entidades vigiladas para que continuaran aplicando las medidas adecuadas y suficientes con el fin de evitar que fueran utilizadas como instrumento para el lavado de activos o para la canalización de recursos de actividades terroristas o para el ocultamiento de activos provenientes de ellas, «*por la materialización de los riesgos potenciales en el uso de “Monedas Electrónicas-Criptomonedas o Monedas Virtuales” que directa o indirectamente puedan desarrollar*».

ANTECEDENTES DE LA ACTUACIÓN JUDICIAL

En ejercicio del medio de control de nulidad, contemplado en el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), la sociedad SURBTC S.A.S. formuló las siguientes pretensiones³:

«**PRIMERA.** Que se declare la nulidad de la Carta Circular 29 de 2014 expedida por la SFC, mediante la cual, entre otras, la SFC estableció las siguientes prohibiciones:

“Finalmente, esta Superintendencia recuerda que las entidades vigiladas no se encuentran autorizadas para custodiar, invertir, ni intermediar con estos instrumentos.

«**SEGUNDA.** Que se declare la nulidad de la Carta Circular 78 de 2016 expedida por la SFC, mediante la cual, entre otras, la SFC estableció las siguientes prohibiciones:

“En consecuencia y teniendo en cuenta la expansión de las MV, esta Superintendencia considera necesario reiterar las consideraciones señaladas en la Carta Circular 29 de 2014, en particular recordando a las entidades vigiladas, que no se encuentran autorizadas para custodiar, invertir, intermediar ni operar con estos instrumentos, así como tampoco permitir el uso de sus plataformas para que se realicen operaciones con MV”.

«**TERCERA.** Que se declare la nulidad de la Carta Circular 52 de 2017 expedida por la SFC, mediante la cual, entre otras, la SFC estableció las siguientes prohibiciones:

“Señalar que esta Superintendencia no ha autorizado a ninguna entidad vigilada para custodiar, invertir, intermediar ni operar con tales instrumentos, como tampoco para permitir

² En estas decisiones se ilustró que (i) las monedas virtuales no habían sido reconocidas como monedas de curso legal y no constituyen un activo equivalente a estas últimas, (ii) no son dividas y no se pueden utilizar en el régimen cambiario; (iii) no constituyen medio de pago y por lo que no es obligatorio recibirlo como medio de cumplimiento de obligaciones y (iv) no cuenta con respaldo de bancas centrales de otros países.

³ Fils. 1 y 2 del cuaderno principal.



el uso de sus plataformas por parte de los particulares, en lo que se conoce como “Sistema de Monedas Virtuales”.

CUARTA. Que se declare la nulidad de la comunicación remitida por el Delegado para Riesgo de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo de la Superintendencia Financiera de Colombia, el doctor César Octavio Reyes Acevedo, a las entidades vigiladas (la “Comunicación” para los efectos de la presente demanda) en la que se estableció, entre otros aspectos:

“Ahora bien, para fines que interesan a este Ente de inspección y vigilancia, en especial para desarrollar las funciones previstas en el artículo 11.2.1.4.29 del Decreto 2555 del 2010, modificado por el artículo 3 del Decreto 1848 de 2016, de manera atenta le solicito remitir dentro del plazo máximo que más adelante se señala, la siguiente información y/o documentación:

1. Indicar si la Entidad por Usted representada ha identificado clientes, usuarios y/o casos a su interior o material promocional de terceros en la web o en cualquier otro medio, en los cuales haya sido utilizada su marca corporativa, sus canales, plataformas, productos, sus actividades o servicios para promover o llevar a cabo operaciones relacionadas con Monedas Virtuales o con instrumentos cuyo subyacente sean las mismas. En caso afirmativo, les agradecemos señalar los casos y cuáles han sido las diligencias adelantadas en cada situación.
2. Describir todos y cada uno de los mecanismos y procedimientos previstos por la Entidad con el propósito de evitar que de manera directa o indirecta, sus clientes y/o usuarios y/o funcionarios, la utilicen o empleen su marca corporativa, sus canales, plataformas, productos, actividades o servicios para promover o efectuar operaciones relacionadas con Monedas Virtuales o con instrumentos cuyo subyacente sean las mismas.
3. Informar si han recibido de parte de sus clientes y/o de sus usuarios, peticiones, quejas o reclamos relacionados con la promoción y/o realización de operaciones vinculadas con Monedas Virtuales o con instrumentos cuyo subyacente sean las mismas y en las cuales se haya involucrado de manera directa o indirecta esa Entidad.
4. Informar el número de alertas que en su Sistema de Administración de Riesgo de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo SARLAFT se han generado y/o el número de reportes efectuados a la Unidad de Información y Análisis Financiero – UIAF, por operaciones relacionadas con Monedas Virtuales. No es necesario mencionar el caso particular...”

QUINTA: Que se condene en costas, gastos y agencias en derecho a la parte demandada».

Mediante auto admisorio del 23 de agosto de 2018⁴, se rechazó de plano la pretensión cuarta de la demanda, al considerar que dicha comunicación «no crea, modifica o extingue una situación jurídica, pues dicho comunicado se limita a la solicitud de una serie de información y documentación concerniente al uso de las monedas virtuales por parte de las entidades vigiladas y sus clientes, entre otras actividades que pueden desarrollarse con dichas monedas».

Esta decisión fue objeto del recurso de súplica, sin embargo, la actora desistió del mismo, lo cual fue aceptado por auto del 22 de febrero de 2019⁵. Por su parte, la demandada presentó recurso de reposición contra el auto admisorio al considerar que la demandante buscaba un restablecimiento automático a sus derechos y que esta no era la jurisdicción competente para conocer del asunto, al tratarse de aspectos de una relación contractual entre la sociedad actora y entidades financieras. Este recurso se resolvió en auto del 22 de abril de 2019⁶, en el que se confirmó el auto admisorio al considerarse que los cargos de nulidad recaían únicamente sobre la actuación de la Superintendencia Financiera y que no se formularon pretensiones frente a alguna entidad financiera en particular. Además,

⁴ Fls. 85 a 87 del cuaderno principal.

⁵ Fls. 99 a 101 del cuaderno principal.

⁶ Fls 167 a 169 del cuaderno principal.



se expuso que no podía hablarse de restablecimiento automático, dado que la nulidad de las cartas circulares no implicaba, per se, la reactivación de algún producto financiero.

Posteriormente, en audiencia inicial celebrada el 9 de octubre de 2019⁷, se fijó el litigio y se indicó expresamente que no se discute la legalidad de la mencionada comunicación.

Ahora, en sustento de las pretensiones dirigidas a obtener la nulidad de las cartas circulares, la parte demandante citó como normas violadas los artículos 1, 2, 6, 13, 14, 15, 16, 25, 26, 29, 58, 71, 83, 84, 150, 189, 333 y 334 de la Constitución Política, 11, 12, 13 y 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y las Leyes 155 de 1959, 510 de 1999, 526 de 1999, 1328 de 2009, 1340 de 2009, 1341 de 2009, 1450 de 2011 y el Decreto 2153 de 1992.

Como concepto de la violación⁸ de las anteriores disposiciones, la Sala realizará la misma agrupación de 4 cargos de nulidad planteada en la medida cautelar y en la fijación del litigio de la audiencia inicial del 9 de octubre de 2019, frente a los cuales las partes estuvieron de acuerdo.

Como cuestiones previas, la demandante se refirió (i) al servicio público de la actividad bancaria; (ii) consideraciones generales de las monedas virtuales; (iii) pronunciamientos del Banco de la República, la DIAN y el Consejo Técnico de la Contaduría Pública; y (iv) consideraciones generales de otros ordenamientos jurídicos.

1. Falta de competencia

Planteó que, de conformidad con el artículo 150 numeral 21 de la Constitución, sólo el Congreso de la República puede crear las prohibiciones que fueron incluidas en las circulares acusadas, en la medida en que la intervención del Estado en una actividad económica debe darse exclusivamente por ministerio de la ley, al igual que cualquier limitación o restricción a la operación, custodia, intermediación y uso de plataformas por parte de las entidades vigiladas.

Manifestó que la entidad demandada desconoce el precepto constitucional según el cual el Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o restrinja la libertad económica. En ese sentido, reiteró que, según el artículo 7 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, cualquier restricción a las operaciones autorizadas sólo puede establecerse por virtud de una norma de orden legal. Por lo tanto, en su parecer, la superintendencia usurpó atribuciones propias y exclusivas del legislador, al haber intervenido en una actividad económica estableciendo límites y restricciones, «en últimas, legislando a través de las Circulares (...) auto atribuyéndose competencias de carácter constitucional». Todo lo cual constituye una vulneración al debido proceso.

Expuso que el artículo 6 de la Constitución dispone que los servidores públicos no sólo son responsables por infringir la Constitución y las leyes, sino también por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. En ese sentido, dijo que

⁷ Fls. 240 a 245 del cuaderno principal.

⁸ Fls. 13 a 54 del cuaderno principal.



la superintendencia, sin tener competencia para ello, estableció unas prohibiciones, restricciones y limitaciones, y modificó las operaciones autorizadas por la ley a las entidades vigiladas. Señaló que esta actuación de la demandada también dio lugar a la violación de los artículos 150, 189 y 334 de la Carta, así como a la libre competencia, prevista en el artículo 333 ibidem.

Explicó que se transgredió el artículo 84 de la Constitución, pues, al tratarse de un asunto que carece de regulación, la Superintendencia no estaba facultada para establecer unas limitaciones o exigir ni restringir las autorizaciones previstas legalmente.

Insistió en que se infringió el artículo 7 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, pues según esa norma, no es cierto que las entidades vigiladas no puedan custodiar, operar, intermediar ni permitir el uso de sus plataformas. Por el contrario, esa norma autoriza a todas las entidades vigiladas para adelantar esas actividades sin distinguir conducta alguna sobre los bienes bajo custodia ni los que son objeto de transferencias. En todo caso, bajo el supuesto de que sí es procedente la prohibición sobre la inversión dado que las entidades vigiladas tienen objeto social restringido, sólo sería aplicable para ese tipo de entidades y respecto de la inversión, no para otras personas o sobre algún otro tipo de acto, como lo extendió la superintendencia.

Adicionalmente, manifestó que, según el artículo 78 de la Ley 1450 de 2011, los establecimientos bancarios están autorizados para invertir en el mercado de *commodities* mediante la celebración de contratos de derivados y que los *Bitcoin* son *commodities*, de conformidad con la comisión de *commodities* de los Estados Unidos de América. De manera que, «*tal y como lo estableció expresamente la Ley 1450, los establecimientos bancarios pueden invertir en las MV*».

2. Desviación de poder

Expresó que se evidencian «*conductas opresoras*» ejercidas por la demandada, pues lo pretendido es vulnerar el derecho a la igualdad frente a otros bienes que existen en el mercado y frente a otras personas. En relación con los otros bienes, planteó que existen activos digitales (millas, kilómetros, tarjetas de regalo, tokens/puntos de programas de lealtad o fidelización) de empresas, incluyendo establecimientos bancarios, que tienen los mismos atributos jurídicos de las monedas virtuales y que pueden ser comprados, vendidos, comercializados y redimidos como parte de pago en establecimientos de comercio. Sin embargo, frente a este tipo de bienes, la Superintendencia no ha establecido las prohibiciones indicadas en los actos acusados, a pesar de que son emitidos y operados por entidades vigiladas.

En cuanto a la violación de la igualdad frente a otras personas expuso que la demandada ha generado un trato discriminatorio a los usuarios que operan con monedas virtuales y ha motivado e incitado a que, a diferencia de los que no operan con ese tipo de instrumentos, no puedan usar algún tipo de producto o servicio financiero. Añadió que, a contrario a lo señalado en la Circular Externa Nro. 005 del 2 de abril de 2018, en la que se impartieron instrucciones a las vigiladas para facilitar el acceso al sistema financiero de los exintegrantes de las FARC-EP, las personas que adopten una decisión de inversión o desarrollen un modelo de negocio legal, con fines protegidos constitucional y legalmente, no puedan acceder al sistema financiero, en la medida en que la Superintendencia les impone requisitos adicionales más gravosos, no previstos en norma alguna.



Adujo que se trata de un bloqueo «abierto y desenfrenado» de la Superintendencia al acceso al sistema financiero a los usuarios que realizan operaciones con monedas virtuales, lo que implica el desconocimiento de su derecho a la personalidad jurídica, pues un sujeto que decide los bienes y servicios con los que quiere actuar en el mercado, no pueda llevar a cabo su actividad, en este caso, operar con monedas virtuales.

Señaló que la posibilidad de usar los servicios financieros (servicio público) es un requisito indispensable y esencial para el ejercicio de la libertad económica de empresas y, en general, para la circulación de bienes y servicios. A su vez, indicó que el Estado no puede desconocer los derechos de las personas que operan con monedas virtuales, mediante la creación de barreras y obstáculos que impidan su comercialización. Afirmó que la demandada incumple sus obligaciones y transgrede el derecho a la libre competencia, así como las prohibiciones de prácticas restrictivas y competencia desleal del propio sector financiero, lo cual genera que las entidades vigiladas realicen actos contrarios a la competencia, con el objetivo de impedir y restringir el acceso a los servicios financieros.

Planteó que se infringieron los fines del Estado previstos en el artículo 2 de la Carta, en especial, el de facilitar la participación de todos los ciudadanos en los distintos ámbitos y el deber de las autoridades de proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra y bienes, así como los artículos 2 (numerales 1, 2, 5, 7), 3, 4 y 5 de la Ley 1341 de 2009, sobre el uso de las tecnologías, al considerar que «nominalmente se indica por las autoridades que los particulares pueden usar a su riesgo esta tecnología, pero que los actos que adelanten sobre las mismas no se pueden llevar a cabo a través del sistema financiero, dichas decisiones conllevan a ser irrisoria la posibilidad de construir y desarrollar sobre esta tecnología».

Sostuvo que esta causal de nulidad se configura, en la medida en que, por tratarse de un bien que no es del agrado de la superintendencia o de personas con ciertos intereses, se ha generado una discriminación y una persecución caprichosa y sin fundamento contra los usuarios que efectúan operaciones con monedas virtuales. Así mismo, se está privilegiando a ciertos grupos de interés y eliminando las oportunidades de las personas que utilizan estos activos.

Argumentó que se transgredieron los literales b) de los artículos 3 y 5 de la Ley 1328 de 2009, relacionados con el régimen de protección de los consumidores financieros y la libertad de escoger que tienen estos, a pesar de que la Superintendencia es quien debe velar por el cumplimiento y salvaguarda de este.

Adicionalmente, esgrimió que, al haber impedido a los usuarios el acceso a las monedas virtuales trajo consigo que no pudieran tampoco hacer uso de la tecnología *Blockchain*

3. Desconocimiento del acto propio y del principio de la buena fe

Aseguró que la vulneración del derecho a la dignidad humana se materializa en que la Superintendencia indicó que todas los usuarios de las monedas virtuales desarrollan actividades de lavado de activos y otras conductas delictivas y que el trato que deben recibir es el de «delincuentes o potenciales delincuentes, y que precisamente debemos ser evitados y rechazados por las entidades del sistema financiero y definidos como objetivos de persecución, ante no solo, un trato discriminatorio sino humillante».



Manifestó que, con la expedición de las circulares, se presenta la violación de los principios de legalidad, al no contar con una ley previa o base legal, debido proceso y buena fe. Sobre estos últimos, sostuvo que la Superintendencia determinó, sin análisis ni soporte alguno, salvo su ignorancia sobre la tecnología, que las personas están haciendo actividades ilegales y que son delincuentes. Además, sostuvo que, de existir restricciones en el ordenamiento jurídico sobre estos activos, la entidad debía de interpretarlas de buena fe y no de forma desleal.

Así mismo, planteó que la demandada señala que los privados pueden adquirir monedas virtuales, tal y como fue afirmado por el superintendente financiero, y luego con los actos obliga a sus vigiladas a que impidan su acceso al sistema. A esto se suma el hecho que estos bienes, sin importar la clasificación que se les dé, están gravados y sujetos a obligaciones tributarias, como lo ha señalado la DIAN, de lo que se desprende que las operaciones con monedas virtuales son legales y legítimas.

4. Falsa motivación

Dijo que la falsa motivación se configura porque la demandada señala razones alejadas de la realidad, como aspectos de protección del sistema financiero y la prevención de actividades de lavado de activos y financiación del terrorismo, pues lo cierto es que no cuenta con ningún estudio o análisis del impacto de las monedas virtuales en la economía, ni con una sola prueba de dicha supuesta afectación. Resaltó que el argumento utilizado por la superintendencia es llamativo, en la medida en que no existe en Colombia un análisis estadístico o decisión de una autoridad jurisdiccional en donde estuvieran vinculadas empresas o personas con monedas virtuales, de modo que se está en presencia de imputaciones que nada tienen que ver con la realidad del comportamiento de estos activos en Colombia.

Resaltó que, contrario a lo señalado en las circulares, la tecnología *Blockchain* (parte fundamental de las monedas virtuales) está comenzando a ser una poderosa aliada en la lucha contra los delitos de lavado de activos y financiación del terrorismo. Esto, porque las características de trazabilidad, inmutabilidad y publicidad de cada transacción realizada en la *Blockchain* de *Bitcoin* permiten realizar análisis en búsqueda de patrones que logran conectar direcciones de monedas virtuales con delitos específicos; todo lo cual ha sido reconocido por reguladores e importantes actores a nivel mundial, ya que la DEA, el FBI, la INTERPOL y algunos de los mayores bancos del mundo, cuentan con softwares específicos para la prevención del riesgo de lavado de activos y financiación del terrorismo.

Destacó que, si bien se han presentado actividades ilegales mediante el uso de monedas virtuales, ninguna se ha presentado en Colombia y, en todo caso, lo cierto es que no tienen la incidencia de generar ninguna afectación al sistema financiero como lo han sostenido las autoridades en ese campo más importantes del mundo (directores de bancos centrales, ministros de hacienda de los gobiernos del G-20, entre otros). Señaló que prohibir a las entidades financieras el uso de sus plataformas para ejecutar operaciones con monedas virtuales, llevaría innecesariamente a que los usuarios se vean forzados a usar mecanismos clandestinos en detrimento de los fines propios del Estado y de la irreal e injustificada lucha contra el lavado de activos y la financiación del terrorismo

Agregó que las «limitaciones tan absurdas impuestas por la SFC» generan que los colombianos no puedan llevar a cabo emprendimientos y nuevas ideas de negocio



con base en la tecnología *Blockchain* (o cadena de bloques) «por un móvil caprichoso y la ignorancia de una entidad estatal, que además no cuenta con las facultades para las decisiones que adoptó».

Oposición de la demanda

La parte demandada controvertió las pretensiones de la actora⁹: Por cuestiones metodológicas se expondrán primero los argumentos procesales y luego los del fondo del asunto.

Puntualizó que las circulares demandadas no constituyen actos administrativos en la medida en que no crean, modifican o extinguen una situación jurídica, ya que, con ellas, no ha dado ningún tipo de orden o instrucción a sus vigiladas, pues simplemente dan a conocer a estas entidades y al público en general los riesgos a los que se exponen cuando adquieren y transan con instrumentos que no están regulados ni respaldados por la autoridad monetaria o por activos físicos. Así, las circulares no son susceptibles de ser demandadas ante esta jurisdicción.

En adición, citó apartes del auto del 4 de febrero de 2019 del Consejo de Estado (exp. 24099, C.P. Milton Chaves García), mediante el cual se rechazó la demanda de nulidad interpuesta contra varias decisiones del Banco de la República¹⁰, en el que se indicó que no eran susceptibles de control judicial al no contener una manifestación en la que se ordene, prohíba, permita o sancione las operaciones realizadas con monedas virtuales. Al hacer un comparativo entre el contenido de los oficios del Banco de la República y las circulares demandadas, podría concluirse que no pueden ser demandadas por su naturaleza informativa. En virtud de lo anterior, señaló que «sería contrario al principio de seguridad jurídica que en la misma Sección se adoptaran decisiones contrarias respecto de un mismo punto de derecho, pues es evidente que los Oficios y las Cartas Circulares demandadas, tienen la misma finalidad y naturaleza jurídica».

Respecto a la competencia de la Superintendencia para expedir las circulares cuestionadas, puso de presente lo previsto en los artículos 189 (numeral 24) y 335 de la Constitución, 1.2.1.3 del Decreto 1068 de 2015, 325 (letra b) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y 11.2.1.3.2 del Decreto 2555 de 2010, a partir de lo cual afirmó que esa entidad cuenta con amplias y variadas funciones asignadas por el legislador que le permiten adoptar toda suerte de medidas encaminadas al cumplimiento de sus labores y la satisfacción de su objetivo institucional. En ese sentido, expuso que las comunicaciones de carácter informativo, como lo son las circulares demandadas mediante las cuales se dio a conocer a las entidades vigiladas y al público en general los riesgos sobre la adquisición y transacciones con instrumentos que no están regulados ni respaldados por ninguna autoridad monetaria o activos físicos, «constituyen claras expresiones de las atribuciones de las que se encuentra investida esta Entidad para velar por la estabilidad, seguridad y correcto funcionamiento de sus supervisadas, así como proteger los intereses de los inversionistas, ahorradores y asegurados, y garantizar la confianza del público en el sistema financiero, asegurador y mercado de valores».

Expuso que como fundamentos de los actos demandados se tomaron decisiones del Banco de la República, tales como el oficio Nro. GG-21055 del 29 de noviembre de 2016 y el comunicado de prensa del 1 de abril de 2014, los cuales han sido

⁹ Fls.176 a 190 del cuaderno principal.

¹⁰ La demandada los identifica así; oficios JDS-28528 del 14 de diciembre de 2015, Q16-584 del 10 de febrero, JDS-14696 del 12 de julio, Q-16 8684 del 10 de agosto y JDS-del 10 de octubre todos del año 2016, y Q16-1712 sin fecha de expedición.



reiterados en múltiples oportunidades por esa entidad, y a partir de los cuales se hicieron algunas precisiones y se advirtieron los siguientes riesgos asociados a las monedas virtuales: (i) no son un activo con equivalencia a la moneda legal en curso y no puede ser considerada una divisa por no contar con el respaldo de los bancos centrales de otros países, en esa medida, no tiene poder liberatorio ilimitado para la extinción de obligaciones ni puede utilizarse en las operaciones del régimen cambiario, (ii) no están respaldadas por activos físicos ni por un banco central, por lo que el valor de intercambio podría reducirse drásticamente e incluso llegar a cero, de ahí que las personas se expongan a altas volatilidades en el precio del instrumento, (iii) ninguna de las plataformas transaccionales ni comercializadoras de las monedas virtuales está regulada por la ley colombiana; tampoco se encuentran sometidas al control, vigilancia o inspección de la Superintendencia Financiera, por lo que no pueden contar con estándares o procesos seguros y de mitigación de riesgos, de manera que, con regularidad, presentan fallas que pueden llevar a que los usuarios incurran en pérdidas, (iv) las plataformas transaccionales están domiciliadas en múltiples jurisdicciones, lo que ocasiona que su regulación y vigilancia escape del ámbito de aplicación de la ley colombiana, además, «*las contrapartes de las transacciones pueden no estar sujetas a la jurisdicción nacional*».

Adicionalmente, explicó que (v) las transacciones en las plataformas son anónimas, por lo que el uso de monedas virtuales se puede prestar para cometer actividades ilícitas o fraudulentas, incluso para captaciones de recursos no autorizadas, lavado de dinero y financiación del terrorismo, (vi) los compradores y vendedores de monedas virtuales se exponen a riesgos operativos, principalmente, que las billeteras virtuales sean robadas (hackeadas), o que no se puedan reversar las operaciones, (vii) las personas que negocian con este tipo de instrumentos no están amparadas por ningún tipo de garantía, ni siquiera por el seguro de depósito, (viii) las personas que en sus operaciones admiten monedas virtuales deben saber que su aceptación podrá cesar en cualquier momento, pues las personas no están obligadas a recibirlas como forma de pago, (ix) no existen mecanismos para exigir el cumplimiento de las transacciones con monedas virtuales, lo que ha aumentado el riesgo de incumplimiento, y (x) estas monedas no constituyen valores, a la luz de la Ley 964 de 2005, por lo que tampoco hacen parte de la infraestructura del mercado de valores colombiano, ni constituye una inversión válida para las entidades vigiladas y menos aún sus operadores están autorizados para asesorar y/o gestionar operaciones con este tipo de instrumentos.

Frente a los riesgos asociados al lavado de activos y la financiación al terrorismo, expuso que, de conformidad con los artículos 102 a 107 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, impartió instrucciones a sus vigiladas para la administración de esta clase de riesgos, estableciendo los requisitos mínimos para que implementaran un sistema de administración de lavado de activos y financiación del terrorismo. Explicó que los riesgos asociados a conductas delictivas han motivado la expedición de recomendaciones y regulaciones por parte de organismos nacionales e internacionales, que propenden por la protección de los sistemas económicos y de los mercados. Como ejemplo, se refirió a las convenciones de las Naciones Unidas sobre la lucha contra el narcotráfico, la delincuencia organizada y la corrupción, así como las recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), que son medidas específicas contra tales ilícitos. Las mencionadas recomendaciones deben ser acatadas por el Estado y por todos los sectores de la sociedad, como ocurre con el sistema financiero, asegurador y el mercado de valores.



Indicó que, con base en esos lineamientos, se expidieron los actos demandados, pues las operaciones con monedas virtuales han sido señaladas como un medio que podría facilitar el manejo de recursos provenientes de actividades ilícitas, de acuerdo con los documentos «Directrices para un Enfoque basado en Riesgo para Monedas Virtuales» elaborado por el GAFI y «SOCTA – Europol de 2017», de la Oficina Europea de Policía (Europol).

Reiteró el contenido del artículo 335 de la Constitución para destacar que las actividades financieras, aseguradora y del mercado de valores son de carácter reglado, de ahí que sólo pueden ejercerse por las personas autorizadas por el Estado, con sujeción a las reglas establecidas por el legislador. Sobre este asunto, carácter reglado, citó las sentencias del 7 de julio de 1989 de la Sección Cuarta del Consejo de Estado¹¹ y C-692 de 2007 de la Corte Constitucional. Adujo que las normas especiales que se ocupan de regular las mencionadas actividades (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, Ley 964 de 2005 y Decreto 2555 de 2010) no contemplan disposición alguna que autorice a las entidades vigiladas para invertir, custodiar ni intermediar con monedas virtuales, las cuales, según lo manifestado por el Banco de la República, no son activos que puedan ser considerados divisas, tampoco cuentan con el respaldo de los bancos centrales de otros países, ni tienen poder liberatorio para la extinción de obligaciones.

Esgrimió que, «*haciendo uso de la misma actividad de interpretación taxativa que hace la demandante*», en las circulares acusadas no se está obligando o impartiendo instrucciones a los establecimientos de crédito de cerrar cuentas bancarias o generar bloqueos financieros a aquellos clientes que realizan operaciones con monedas virtuales, «*que es lo que la demandante afirma sucedió en este caso*». En contraste, lo que se estableció fue una conclusión que se deriva de la actividad reglada de los establecimientos bancarios, que no es otra cosa que la reproducción del contenido del artículo 335 de la Constitución, la cual ha sido pacífica, «*al reconocer que las entidades vigiladas por esta Superintendencia solamente pueden realizar las actividades y operaciones que la ley expresamente les ha autorizado*».

Respecto a la presunta violación de los derechos fundamentales a la igualdad, personalidad jurídica, habeas data, buen nombre, intimidad, libre desarrollo de la personalidad, trabajo, libertad de escoger profesión u oficio, debido proceso, propiedad privada, buena fe, libertad de actividad económica e iniciativa privada, honra, dignidad, libertad de conciencia y de pensamiento, con ocasión de la expedición de las circulares demandadas, afirmó que dicha transgresión no se presenta. Lo anterior, porque la superintendencia nunca ha prohibido a los ciudadanos hacer negocios con monedas virtuales, tampoco se observa que se esté dando un trato diferenciado o discriminatorio a alguna persona en particular, pues nunca se les ha ordenado a las entidades vigiladas cancelar productos o generar bloqueos financieros, ni realizar algún tipo de hostigamiento o persecución contra la sociedad actora. Resaltó que en las circulares no se ha hecho mención alguna sobre la reputación, estima y valía de alguna persona en particular y, menos, frente a la demandante.

En lo que tiene que ver a la transgresión de los derechos a la libertad de religión, conciencia, pensamiento y expresión, señaló que no se entiende la manera en la que se han violentado dichas prerrogativas, pues del contenido de las circulares se

¹¹ La demandada no identifica a qué proceso corresponde esta sentencia.



puede deducir que tratan estrictamente temas relacionados con los riesgos potenciales asociados a las operaciones que se realizan con monedas virtuales.

De otra parte, en cuanto a las normas supuestamente vulneradas con la expedición de las circulares acusadas (las Leyes 155 de 1959, 526 de 1999, 1340 de 2009, 1341 de 2009 y el Decreto 2153 de 1992), se refirió a la temática de cada una de ellas, y sostuvo que *«en modo alguno dichas comunicaciones vulneraron las disposiciones legales mencionadas por la parte demandante»*.

A su turno, en cuanto al cargo por falsa motivación, insistió en que, al momento de proferir las circulares demandadas, tuvo en cuenta los riesgos asociados a las operaciones que se realizan con monedas virtuales, así como lo señalado por el Banco de la República respecto a que no han sido reconocidas por el legislador ni por la autoridad monetaria como una moneda de curso legal con poder liberatorio ilimitado y, tampoco, como una divisa, pues no cuenta con el respaldo de un banco central. Asimismo, repitió que se basó en lo manifestado por el GAFI y la EUROPOL en cuanto a que el uso de monedas virtuales podría *«facilitar el manejo de recursos provenientes de actividades ilícitas»*. Adujo que, contrario a lo dicho por la actora, se tuvieron en cuenta diferentes insumos para motivar las circulares, que reflejan la realidad de las monedas virtuales en Colombia y los riesgos asociados a las operaciones que se realizan con ellas.

Frente al cargo de nulidad por desviación de poder, precisó que, al invocarlo, la demandante reconoce que la Superintendencia sí tenía competencia para proferir las circulares, lo que contradice el fundamento del cargo por falta de competencia. Enfatizó en que no le asiste razón a la actora al argumentar que la superintendencia persigue y hostiga a los ciudadanos que operan con monedas virtuales, *«pues se reitera que ese asunto no fue tratado en las Cartas Circulares que en momento alguno la SFC ha señalado que tales negocios jurídicos sean prohibidos, tanto así que públicamente se ha reconocido que los particulares pueden realizarlos»*.

Alegatos de conclusión

La **demandante**¹² puntualizó que no se discute: (i) las advertencias al público y a las entidades vigiladas sobre los riesgos derivados del uso de los activos digitales, (ii) que dichos activos no estén amparados por garantías privadas o estatales, (iii) que no son moneda de curso legal, con poder liberatorio ilimitado, (iv) su regulación cambiara, tributaria o su naturaleza jurídica, (v) las indicaciones dadas por la superintendencia a sus vigiladas para que apliquen las medidas, controles o políticas necesarias para evitar que sean utilizadas como instrumentos para el lavado de activos o la financiación del terrorismo, (vi) la obligación de las entidades vigiladas de administrar y mitigar esta clase de riesgos, (vii) la facultad de la rama ejecutiva del poder público para inspeccionar, vigilar y controlar la actividad financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra que implique el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público y, por último, (viii) que el ejercicio de esta clase de actividades requiere la autorización previa del Estado, según el artículo 335 de la Constitución.

Así las cosas, indicó que el objeto de este proceso consiste en determinar la legalidad de las prohibiciones creadas por las circulares demandadas respecto a que las entidades vigiladas no puedan custodiar, invertir, operar ni intermediar con

¹² Índice 107 de Samai.



monedas virtuales ni tampoco permitir el uso de sus plataformas por parte de particulares para llevar a cabo esta clase de actividades. En ese sentido, señaló que debe analizarse la competencia de la superintendencia para crear estas prohibiciones, si se respetaron las normas superiores en las que debían fundamentarse las circulares, si las prohibiciones se crearon por medio del instrumento jurídico adecuado y si los motivos que dieron lugar a su expedición son legales.

Advirtió que no sería congruente ni procedente que, judicialmente, se señale que las circulares sí crearon prohibiciones y, a pesar de ello, no se declare su nulidad, pues la Superintendencia Financiera, *«de todas las maneras, ha sostenido que no se crearon Prohibiciones (sic) e incluso que no las podían crear, generando otra contradicción y otra confusión frente a estos asuntos»*.

Agregó que, debido a que la demandada insistió en que debe arribarse a la conclusión a la que llegó el Consejo de Estado en el proceso con radicado Nro. 2018-00046, en el cual se rechazó una demanda contra varios oficios del Banco de la República, era necesario señalar que los oficios del Banco eran informativos, mientras que en las circulares se establecieron prohibiciones, razón por la cual eran susceptibles de control judicial.

Finalmente, insistió en los cargos de la demanda.

La **demandada**¹³, como cuestión previa, señaló que se estructuró un proyecto piloto, en el que participa la demandante, con el fin de propiciar un espacio de prueba en el ecosistema digital y el gobierno en materia de criptoactivos, denominado laArenera (*Sandbox*). No obstante, precisó que dicho proyecto no elimina el riesgo intrínseco de las monedas virtuales y plataformas, por lo que las instrucciones impartidas no se han modificado. Reiteró lo expuesto en la oposición a la demanda y agregó que el objeto social de las entidades vigiladas es reglado, de ahí que nunca hayan podido realizar operaciones con monedas virtuales o prestar sus plataformas para que terceros negocien con esa clase de activos, pues la ley no lo ha permitido. Destacó que en las comunicaciones nunca se impartió orden alguna a las vigiladas para que negaran productos o servicios, o que generaran un bloqueo financiero a alguna persona en particular.

Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público solicitó negar las pretensiones de la demanda¹⁴. A estos efectos, comenzó por señalar que las circulares acusadas sí eran verdaderos actos administrativos, porque imparten instrucciones a las instituciones vigiladas o adoptan medidas de carácter general. De los actos se desprende que la falta de autorización de las entidades vigiladas para realizar operaciones con monedas virtuales, entre otras limitaciones, constituye una orden que de algún modo puede ser entendida como una prohibición a los interesados en invertir en las monedas virtuales. Asimismo, advirtió de los riesgos de operar con en este tipo de instrumentos y que a tales interesados no les asiste el derecho a reclamar de los bancos el acceso a este tipo de inversiones.

¹³ Índice 105 de Samai.

¹⁴ Índice 106 de Samai.



Destacó que no se pueden equiparar a los oficios del Banco de la República en el asunto que la entidad demandada se refirió al contestar la demanda. En esa medida, afirmó que las circulares cuestionadas son actos administrativos susceptibles de control jurisdiccional.

A continuación, citó las definiciones de la Ley 1328 de 2009 sobre cliente, cliente potencial, consumidor financiero, productos y servicios, y usuario; así como la definición de participantes del Decreto 2555 de 2010 para concluir que ser cliente implica una vinculación con la entidad bancaria vigilada con productos legalmente autorizados o convenidos, y las monedas virtuales no se encuentran dentro de estos. Sin embargo, anotó que ello no puede ser sustento para que las entidades bancarias interpreten que a ese cliente se le debe condicionar su vinculación con el banco o que se cancelen productos, salvo que cuenten con un protocolo de alertas sobre operaciones sospechosas en los productos que tengan vigentes con el banco.

Así las cosas, resaltó que la finalidad bajo la cual debe entenderse por parte de los bancos el contenido de las circulares es que no pueden prestarse para operaciones con monedas virtuales respecto de los interesados en ellas, sin que puedan imponerse restricciones cuando sean sus clientes quienes tengan algún tipo de vínculo con monedas virtuales o que las operan. Por ello, los participantes no pueden confundirse con quienes acuden en calidad de clientes, ni tomarse respecto de estas acciones en su contra por invertir en monedas virtuales o por tener algún tipo de vinculación laboral con ese sector.

Consideró que el recordatorio a que se refieren las circulares acusadas y que cuestiona la sociedad actora por no existir una prohibición legal anterior, no debe entenderse en ese único sentido, toda vez que la superintendencia reiteró la ausencia de autorización a los bancos para operar con estos activos, pues una de las funciones de esa entidad es autorizar a las vigiladas en sus operaciones en general. Así, los bancos y las instituciones financieras en general pueden hacer únicamente las actividades que la normativa les autoriza (artículos 7 a 10 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero).

Sobre la falta de competencia, expuso que es indiscutible el mandato constitucional de vigilancia desarrollado por la superintendencia sobre la actividad financiera y las personas que la desarrollan, así como las disposiciones que le otorgan la competencia para proferir circulares como medida de prevención, encaminadas a proteger a los usuarios del sistema financiero y a conservar la confianza en este. Así, luego de referirse a las consideraciones del auto que resolvió la medida cautelar, destacó que la superintendencia sí era competente para emitir las circulares demandadas.

En relación con el cargo por falsa motivación, explicó que no era necesario un estudio sobre el impacto de las monedas virtuales en la economía, porque, en razón a su naturaleza virtual y ante la falta de regulación legal, no era posible para la entidad demandada disponer de elementos que permitieran realizarlo, más aún cuando, por las características de las monedas virtuales, su gestión debía estar encaminada a la prevención sobre los riesgos de negociar con estos instrumentos.

Sostuvo que el Consejo de Estado destacó un reporte sobre la vulnerabilidad de las monedas virtuales a los delitos de lavado de activos y financiación del terrorismo, debido al alto nivel de anonimato en comparación con los métodos tradicionales en



efectivo, el cual es un riesgo real que fue valorado por la superintendencia. Añadió que *«las regulaciones en otros países no demostraban la inexistencia de un motivo, y que el proyecto de ley sobre el tema no había previsto disposiciones relacionadas con la SFC, razones por las cuales no debe prosperar este cargo»*.

En relación con el cargo por desviación de poder, dijo que no estaba llamado a prosperar, porque la superintendencia actuó de acuerdo con la obligación que le impuso la ley de prevenir situaciones que pudieran derivar en la pérdida de la confianza al sistema financiero, conforme lo indica el artículo 325 inciso 1, y numeral 1 literales c) y e) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Destacó que el Consejo de Estado, en la medida cautelar, manifestó que no se demostró que la actuación de la demandada tuviera una finalidad diferente a la de garantizar la permanencia, continuidad y regularidad del sistema financiero y que, por ello, fue que se puso de presente los diferentes riesgos potenciales de las operaciones con monedas virtuales, de ahí que, para impedir su materialización, se había orientado la gestión de la entidad de vigilancia, de manera que la no autorización de operaciones con criptomonedas no conllevaba en forma automática un impedimento para utilizar la tecnología *Blockchain*.

Sobre el cargo por vulneración de la buena fe, el desconocimiento del acto propio y la confianza legítima indicó que en las circulares no se señaló a quienes desarrollan operaciones con monedas virtuales como personas que obran de mala fe o con fines diferentes a los de inversión, *«ya que, incluso en esa advertencia, resalta los riesgos a que se exponen quienes accedan a las MV, razón por la que no se configura tal vulneración»*. Añadió que no observaba cumplidos los requisitos para que se materializara el desconocimiento del acto propio, en razón a que la Superintendencia Financiera no ha autorizado con anterioridad operaciones con monedas virtuales.

Esgrimió que, como las circulares acusadas buscan advertir a los usuarios interesados en operar con monedas virtuales sobre los posibles riesgos, tampoco es posible que se dé una vulneración a la autonomía, la personalidad jurídica, la dignidad humana y la libertad económica, puesto que tal inversión se hace bajo responsabilidad de los usuarios, *«pero en todo caso, no con el aval de las entidades vigiladas que conforman parte del sistema financiero porque no están legalmente autorizadas para ello»*.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Pone de presente la Sala que en audiencia inicial celebrada el 9 de octubre de 2019¹⁵ se fijó el litigio en los siguientes términos: (i) si los actos acusados son demandables, esto es, si en ellos se estableció o no una prohibición y (ii) si se configura alguno de los vicios de nulidad propuestos en la demanda relacionados con la falta de competencia, falsa motivación, desviación de poder o desconocimiento del principio de buena fe y de confianza legítima.

1. Cuestión previa: contexto de la decisión

Las demandas presentadas en el medio de control de nulidad simple contra actos administrativos de carácter general se resuelven de conformidad con las normas superiores vigentes al momento de su expedición. Así lo ha precisado la

¹⁵ Fls. 240 a 245 del cuaderno principal.



jurisprudencia de esta Corporación al resaltar que «*la validez de los actos administrativos se verifica conforme con las normas vigentes al momento de su expedición*»¹⁶ o, en otras palabras, que para juzgar la validez de los actos administrativos «*se debe tener en cuenta el derecho vigente al momento de su expedición*»¹⁷. Lo anterior se explica porque el examen de la legalidad de los actos administrativos debe realizarse a la luz de «*las normas en que deberían fundarse*», como lo dispone el artículo 137 del CPACA, lo cual se traduce en el respeto a la normativa vigente al momento de su expedición¹⁸.

Así las cosas, la demanda de nulidad que se analiza será resuelta conforme al contexto fáctico y normativo vigente para los años 2014, 2016 y 2017, en los que se expidieron los actos demandados. En ese sentido, debe precisarse que, para este esos períodos, no existían normas de orden legal que regularan de forma expresa, concreta y específica la posibilidad de que las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera realizaran operaciones con criptomonedas o que establecieran el alcance de las funciones de inspección, vigilancia y control que ejercería la mencionada superintendencia sobre dichas operaciones.

Efectivamente, para la época de la interposición de la demanda, únicamente existían las Leyes Marco 35 de 1993 y 964 de 2005, así como el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero que, en conjunto, regulaban el sistema financiero y consagraban los principios y orientaciones en los que debían basarse las funciones que cumple la Superintendencia Financiera. Por lo tanto, la demanda será decidida con base en esas disposiciones.

Con todo, la Sala no desconoce que, a partir del año 2018, en Colombia se han venido realizando avances operativos, normativos y regulatorios en torno a las transacciones con monedas virtuales o criptomonedas, razón por la cual vale la pena hacer una breve referencia sobre ellos, sin perjuicio de reiterar que estos nuevos desarrollos no se tendrán en cuenta para resolver la demanda de nulidad, en tanto no estaban vigentes cuando se expidieron las circulares demandadas.

- a) Proyecto de Ley Nro. 028 de 2018 «*por el cual se regula el uso de las monedas virtuales o criptomonedas y las formas de transacción con éstas en el territorio de Colombia y se dictan otras disposiciones*»: en ese año, en el Congreso de la República se presentó un proyecto cuyo objeto «*era regular las transacciones y operaciones civiles y comerciales de las criptomonedas o monedas virtuales, entre personas de derecho privado y público, para la adquisición de bienes y servicios, en todo el territorio colombiano, así como las disposiciones de protección, vigilancia, inspección y control sobre dichas operaciones*».

No obstante, esta iniciativa legislativa no superó el trámite legislativo, pues fue archivada en el Congreso de la República¹⁹.

- b.) LaArenera (sandbox): para efectos de realizar pruebas piloto de innovaciones tecnológicas que pudieran llegar a generar beneficios potenciales para los

¹⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia del 24 de septiembre de 2020. Exp. 21206. C.P. Julio Roberto Piza Rodríguez (E).

¹⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 17 de junio de 2022, Exp. 57.568. C.P. José Roberto SÁCHICA Méndez.

¹⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 14 de julio de 1995. Exp. 2346. C.P. Libardo Rodríguez Rodríguez.

¹⁹ Así consta en la página web del Senado de la República, al consultar el estado del proyecto de ley en el trámite en el Senado de la República. Al respecto se puede consultar el siguiente link <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/proyectos-ley/cuatrenio-2018-2022/2018-2019/articulo/28-por-el-cual-se-regula-el-uso-de-las-monedas-virtuales-o-criptomonedas-y-las-formas-de-transaccion-con-estas-en-el-territorio-de-colombia-y-se-dictan-otras-disposiciones>. Recuperado el 25 de julio de 2022.



servicios financieros, del mercado bursátil y asegurador, la Superintendencia Financiera creó laArenera. De conformidad con el Manual de Funcionamiento de la laArenera²⁰, este servicio se define como:

« el marco dispuesto por la Superintendencia Financiera de Colombia para la realización de pruebas de innovaciones tecnológicas aplicadas a servicios financieros, del mercado bursátil o asegurador, en un espacio controlado y supervisado. En este espacio, las entidades innovadoras pueden poner a prueba nuevos modelos de negocios, aplicaciones, procesos o productos que tengan componentes de innovación en tecnología, que generen impacto en los servicios financieros, del mercado bursátil o asegurador, y que representen un beneficio para el consumidor financiero, faciliten la inclusión financiera o desarrollen los mercados financieros».

Como se puso de presente en los alegatos de conclusión de la demandante, por medio de laArenera, varias entidades financieras y no financieras, incluida la actora, han explorado el modelo de negocio y los riesgos asociados al manejo de monedas virtuales, con la supervisión y control de la Superintendencia Financiera. Al respecto, según lo informó esa entidad en el comunicado de prensa del 29 de enero de 2021²¹, el Comité Evaluador y de Seguimiento de este programa seleccionó nueve iniciativas para llevar a cabo operaciones de depósito y retiro de recursos en plataformas de intercambio de criptoactivos, las cuales estaban conformadas por una entidad vigilada por la Superintendencia y una plataforma de intercambio (*Exchange*) constituida en Colombia²².

Con todo, la Superintendencia Financiera destacó que «este proyecto piloto no tiene incidencia en el marco regulatorio vigente aplicable a los criptoactivos, es decir, no cambia la asignación de responsabilidades en la información y manejo de riesgos de este tipo de transacciones ni puede entenderse como una autorización para que el sistema financiero utilice el ahorro del público para realizar este tipo de operaciones o que las plataformas exchange queden bajo la supervisión de la SFC»²³.

- c.) Proyecto de Ley 139 de 2021²⁴ «por el cual se regulan los Servicios de Intercambio de Criptoactivos ofrecidos a través de las Plataformas de Intercambio de Criptoactivos»: En el Congreso de la República se radicó esta iniciativa legislativa cuyo objetivo consiste en definir los aspectos generales de la operación y funcionamiento de los prestadores de servicios de intercambio de criptoactivos en el territorio colombiano a través de las plataformas de intercambio. Actualmente, este proyecto de ley se encuentra surtiendo el trámite legislativo en el Congreso de la República²⁵.

²⁰ Innovasfc, *Manual de Funcionamiento de laArenera, Versión 2.0. – Mayo de 2020*. Disponible en <https://caracoltv.brightspotcdn.com/ed/1c/8398710945b2bff0dd3f6073629d/manualarenera.pdf>, recuperado el 25 de julio de 2022.

²¹ Superintendencia Financiera de Colombia. Comunicado de prensa del 29 de enero de 2021. *Desde marzo nueve alianzas podrán probar en laArenera operaciones en productos de depósito a nombre de plataformas de criptoactivos*. Disponible en <https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/10106586>. Recuperado el 25 de julio de 2022.

²² Banco de Bogotá (Bitso), Banco de Bogotá (Buda), Bancolombia (Gemini), Coltefinanciera (Obsidiam), Davivienda (Binance), Powwi (Binance), Coink (Banexcoin), Movii (Panda), Movii (Bitpoint).

²³ Superintendencia Financiera de Colombia. Comunicado de prensa del 29 de enero de 2021. *Desde marzo nueve alianzas podrán probar en laArenera operaciones en productos de depósito a nombre de plataformas de criptoactivos*. Disponible en <https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/10106586>. Recuperado el 25 de julio de 2022.

²⁴ Congreso de la República, Gaceta Nro. 990 de 2021. Disponible en http://www.secretariassenado.gov.co/legibus/legibus/gacetitas/2021/GC_0990_2021.pdf. Recuperado el 25 de julio de 2022.

²⁵ El estado de este proyecto de ley se puede consultar en el siguiente enlace: http://www.secretariassenado.gov.co/legibus/legibus/proyecto_ley_C0139_2021_legislatura_2021_2022.html.



Ese proyecto contiene definiciones legales de los conceptos de criptoactivo, plataforma de intercambio, prestador de servicios de intercambio, entre otros. También establece los requisitos para la prestación de servicios de intercambio nacionales o extranjeros, crea el Registro Único de Plataformas de Intercambio de Criptoactivos (RUPIC), el cual tiene por objeto inscribir a los prestadores de servicios y a todas las plataformas de intercambio, y señala que la inspección, vigilancia y control sobre los prestadores de servicios de intercambio le correspondería al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, entre otras disposiciones.

- d.) Proyecto de Circular Externa Nro. 17 de 2022²⁶, de la Superintendencia Financiera de Colombia relacionado con la vinculación de proveedores de servicios de activos virtuales al sistema financiero: Según lo informó dicha entidad en el abecé del proyecto, esta iniciativa está basada en los resultados del piloto desarrollado en el marco de la Arenera en materia de operaciones de depósito y retiro con plataformas de intercambio de criptoactivos mediante productos de depósito de entidades vigiladas

Esta misma entidad, afirmó que con el proyecto de circular externa se contempla la derogatoria parcial de los actos acusados en este proceso, esto es, de las Cartas Circulares Nro. 029 de 2014, 078 de 2016 y 052 de 2017, en lo que tiene que ver con los apartes que le sean contrarios. Con todo, no cambia la naturaleza de los activos virtuales, de ahí que se mantengan los pronunciamientos del Banco de la República y de la Superintendencia Financiera de Colombia en relación con su volatilidad, la ausencia de un respaldo, el hecho de que no son reconocidos como moneda de curso legal con poder liberatorio ilimitado ni como divisas, y que no se enmarcan en la categoría de activos financieros.

Mediante el proyecto de circular externa, se acogen los lineamientos establecidos por el Grupo de Acción Financiera Internacional, GAFI²⁷, encaminados a que las autoridades nacionales desarrollen regulaciones que permitan realizar operaciones con activos virtuales a través de proveedores de servicios y activos virtuales y, a su vez, se gestionen adecuadamente los riesgos inherentes a este tipo de operaciones, entre otras disposiciones.

Sobre el particular, es importante aclarar que si bien Colombia hace parte es del Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica (GAFILAT), la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reconocido la importancia de las recomendaciones del GAFI como principios básicos de acciones que los países deben implementar de conformidad con su marco normativo, tal es el caso de la sentencia C-685 de 2009²⁸.

Ahora bien, la Sala tampoco desconoce los avances que, en el contexto internacional, se han dado en relación con la prevención de los riesgos asociados a las operaciones con monedas virtuales o criptoactivos. Así, vale la pena destacar el

El Proyecto de Circular Externa se encuentra en la página web de la Superintendencia Financiera de Colombia en el siguiente enlace: <https://www.superfinanciera.gov.co/inicio/normativa/proyectos-de-normatividad/proyectos-de-norma/proyecto-de-circular-externa---10111753>. Recuperado el 25 de julio de 2022.

²⁷ Ente intergubernamental creado en el marco de la XV Cumbre Económica Mundial del G7 encargado del desarrollo y promoción de políticas para combatir el blanqueo de capitales.

²⁸ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva



Informe del GAFI denominado «*Activos Virtuales. Señales de alerta de LD/FT*», publicado en el año 2020²⁹. Este informe contiene indicadores de alerta a tener en cuenta en las operaciones con activos digitales que se estén llevando a cabo para la comisión de lavado de activos y financiación del terrorismo, entre otras conductas punibles.

Como principales señales de alerta, el informe destaca que la tecnología subyacente aumenta el anonimato, los riesgos geográficos asociados con la debilidad de ciertas jurisdicciones, patrones de operaciones que sean irregulares, inusuales o poco comunes, el tamaño y frecuencia de la operación, la procedencia de los recursos o patrimonios, las características de los remitentes o los beneficiarios, entre otros.

Visto todo lo anterior, la Sala comenzará a resolver los problemas jurídicos establecidos en la audiencia inicial del 9 de octubre de 2019.

2. Las cartas circulares acusadas son actos administrativos y, por lo tanto, son susceptibles de ser demandadas ante esta jurisdicción

La parte demandada considera que las cartas circulares cuestionadas no son actos administrativos susceptibles de ser objeto de control judicial. Lo anterior, porque no crean, modifican o extinguen una situación jurídica y tampoco imparten órdenes o instrucciones a las entidades vigiladas. Por el contrario, aduce que se limitan a informar, a sus vigiladas y al público en general, sobre los riesgos a los que se exponen en caso de que decidan adquirir o transar con monedas virtuales.

Adicionalmente, la demandada argumenta que, en virtud del principio de seguridad jurídica, en este caso, la decisión debe coincidir con la que se tomó en el auto del 4 de febrero de 2019 del Consejo de Estado (exp. 24099, C.P. Milton Chaves García), mediante el cual se rechazó la demanda en el medio de control de nulidad por inconstitucionalidad contra los oficios *i)* JDS 28528 de 2015, *ii)* Q16-584 del 10 de febrero de 2016, *iii)* JDS-14696 del 12 de julio de 2016, *iv)* Q-16-8684 del 10 de agosto de 2016, *v)* Q16-1712 sin fecha de expedición, *vi)* JDS-21942 del 10 de octubre de 2016 y *vii)* JDS-01933 del 31 de enero de 2017, proferidos por el Banco de la República, puesto que, al igual que estos oficios, las cartas circulares cuestionadas tienen naturaleza meramente informativa.

En oposición, la parte actora señala que las cartas circulares sí son actos administrativos en tanto reglamentan asuntos de la actividad de las entidades vigiladas. En adición, sostiene que este asunto no puede decidirse con fundamento en ese proceso, en la medida en que, a diferencia de los oficios del Banco de la República, las circulares cuestionadas establecieron una prohibición y, con ello, crearon una situación jurídica.

La Sala considera que las cartas circulares acusadas son actos administrativos susceptibles de ser demandados ante esta jurisdicción, por las razones que se exponen a continuación.

²⁹ Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI). *Activos Virtuales. Señales de alerta de LD/FT*. Disponible en <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/content/GAFILAT-Spanish-Virtual%20Assets-Red%20Flag%20Indicators.pdf>. Recuperado el 25 de julio de 2022.



Esta Corporación³⁰ ha señalado que las circulares son susceptibles de ser demandadas ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo siempre y cuando tengan el carácter de actos administrativos, es decir, cuando contienen una decisión emanada de una entidad pública, capaz de producir efectos jurídicos vinculantes y obligatorios para las personas. En ese sentido, en los eventos en los que las circulares no contienen una decisión, sino que se limitan a reproducir el contenido de otras normas o las decisiones de otras instancias, o a brindar orientaciones e instrucciones a sus destinatarios, no pueden calificarse como actos administrativos y, en consecuencia, no pueden ser susceptibles de control judicial³¹.

En consonancia con lo anterior, esta Sección ha concluido que *«el debate judicial de las circulares de servicio depende de que posean el contenido decisorio propio de los actos administrativos y por el cual detentan fuerza vinculante frente a los administrados, de modo que cuando aquellas carecen de ese contenido y sólo tienen un alcance instructivo o meramente orientador, quedan excluidas de dicho control judicial»*³².

Descendiendo al caso concreto, se tiene que en las tres circulares cuestionadas se adoptaron las siguientes determinaciones:

- (i) Se advirtió o recordó que las entidades sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Financiera no están autorizadas para el desarrollo de actividades de custodia, inversión, intermediación y operación con monedas virtuales, ni tampoco pueden permitir el uso de sus plataformas para realizar esas mismas operaciones. En consecuencia, se exhortó a las vigiladas para que aplicaran las medidas correspondientes para evitar que fueran utilizadas como instrumentos para llevar a cabo actividades ilícitas relacionadas con el lavado de activos y la financiación del terrorismo.
- (ii) Se alertó al público en general sobre los posibles riesgos derivados de la realización de operaciones con monedas virtuales.

En esas condiciones, para la Sala es claro que las circulares demandadas constituyen verdaderos actos administrativos, pues contienen decisiones vinculantes y obligatorias, dirigida a las entidades vigiladas. En primer lugar, se les advierte a las vigiladas que no están autorizadas para la realización de actividades con monedas virtuales, ya sea de manera directa o indirecta, caso en el cual se

³⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Proceso: 11001-03-25-000-2005-00285-00. Sentencia del 19 de marzo de 2009 C.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Proceso: 11001-03-24-000-2010-00317-00. Sentencia de 20 de febrero de 2020. C.P. Nubia Margoth Peña Garzón.

³¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Proceso: 11001-03-24-000-2011-00372-00. Sentencia del 26 de agosto de 2021. C.P. Oswaldo Giraldo López: *«[...] De la misma manera, la jurisprudencia del Consejo de Estado, en reiteradas ocasiones ha sostenido que si las circulares o las cartas de instrucción, tienen por objeto dar a conocer el pensamiento o concepto del superior jerárquico a sus subalternos, en relación con determinadas materias, o impartir instrucciones a los empleados de las distintas dependencias sobre la mejor manera de cumplir las disposiciones normativas, sin que se contengan decisiones, se está en presencia de simples actos de servicio. Pero si en las circulares de servicio, o con ocasión de ellas, se adoptan nuevas prescripciones, no comprendidas en disposiciones precedentes, se trata de actos administrativos ordinarios, que crean situaciones jurídicas, susceptibles de invalidarse por las causas generales. Esa posibilidad de demandar las circulares de servicio está condicionada a que las mismas contengan una decisión de la autoridad pública, capaz de producir efectos jurídicos y puedan, en consecuencia, tener fuerza vinculante frente al administrado, pues de no ser así, si la circular se limita a reproducir lo decidido por otras normas, para efectos de instruir a los funcionarios encargados de ejercer determinadas competencias, entonces la circular no será un acto pasible de demanda [...]»*

³² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Proceso 11001-03-27-000-2016-00027-00 (22465). Sentencia del 26 de septiembre de 2018. C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto.



señaló que no pueden permitirle el uso de sus plataformas para llevar a cabo este tipo de operaciones, comoquiera que no se encuentran autorizadas para ello.

En segundo lugar, los actos prevén una decisión dirigida al público en general relacionada con los riesgos asociados a la realización de operaciones con monedas virtuales. Esto con ocasión al deber de informar sobre el riesgo de cara a las funciones que le asisten a la demandada, como se explicará más adelante.

En consecuencia, las cartas circulares deben ser objeto de control judicial, puesto que exigen a sus destinatarios, esto es, a las entidades vigiladas y al público en general, la observancia de la falta de autorización u órdenes allí establecidas, relacionadas con la imposibilidad de realizar operaciones con criptomonedas, creando así una situación jurídica susceptible de control judicial.

Ahora bien, la entidad acusada considera que, en virtud del principio de seguridad jurídica, este caso debe decidirse con fundamento en el auto del 4 de febrero de 2019 del Consejo de Estado (exp. 24099, C.P. Milton Chaves García), que decidió negar la demanda en el medio de control de nulidad por inconstitucionalidad de varios oficios expedidos por el Banco de la República. La Superintendencia considera que la decisión que aquí se tome debe ser idéntica a la del mencionado auto, en la medida en que, al igual que los oficios emitidos por el Banco de la República, las circulares demandadas tienen naturaleza informativa y, por lo mismo, no pueden ser objeto de control judicial.

Sobre el particular, se destaca que el mencionado auto del 4 de febrero de 2019 no es un precedente aplicable a este caso concreto. Al respecto, esta Sección³³ ha establecido que el precedente judicial está conformado por una o varias decisiones judiciales que guardan identidad fáctica y jurídica con el caso en el que se solicita su aplicación.

Descendiendo al *sub examine*, se tiene que en el auto del 4 de febrero de 2019 el Consejo de Estado expuso que «se consideran actos administrativos de carácter general, impersonal y abstracto, pasibles de control ante la jurisdicción, aquellos que contienen una decisión de la autoridad pública, capaz de producir efectos jurídicos de tal naturaleza, obligatorios y vinculantes». Con fundamento en esta interpretación, esta Corporación precisó que, en los oficios acusados, el Banco de la República emitió «unos comentarios, orientaciones y advertencias, en idéntico sentido, sobre el uso de las monedas virtuales, pero que no tienen la entidad de ser actos administrativos que puedan someterse a control judicial»³⁴.

En esas condiciones, es claro para la Sala que la providencia bajo análisis no es un precedente aplicable al caso que aquí se decide, pues carece de identidad fáctica y jurídica. Como se indicó, las circulares acusadas sí son verdaderos actos administrativos, pues su contenido no es meramente informativo, en tanto que no se limita a simples comentarios u orientaciones, sino que, por el contrario, contiene una manifestación expresa de la Superintendencia Financiera referente a la falta de autorización de las entidades vigiladas para realizar operaciones con criptomonedas, de manera directa o indirecta, y a los riesgos que podría enfrentar el público en general que decida realizar esta clase de actividades.

³³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia del 11 de mayo de 2016. Exp. 11001-03-15-000-2016-00380-00(AC). C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

³⁴ Se pone de presente que el auto del 4 de febrero de 2019 fue confirmado por la Sala en providencia del 30 de octubre del mismo año.



Efectivamente, nótese que los oficios del Banco de la República se limitaban a indicar o informar sobre (i) las razones por las cuales las monedas virtuales resultaban riesgosas para la estabilidad financiera, la protección al consumidor, la evasión tributaria y el régimen cambiario (v.g. no formar parte de un sistema controlado o vigilado), así como (ii) que esta clase de activos no estaba reconocida como moneda legal en Colombia y, por lo mismo, carece de poder liberatorio ilimitado para la extinción de las obligaciones.

Así, por ejemplo, en el Oficio Q16-584 de 10 de febrero de 2016 expedido por el Banco de la República se señaló que:

«En general las “monedas virtuales” no cuentan con el respaldo o la participación del Estado ni forman parte de un sistema centralizado, controlado o vigilado. Al no tener los atributos ni estar reconocidas o aceptadas como una moneda carecen de valor intrínseco y, en consecuencia, su valor se deriva fundamentalmente de su uso en el mercado. Estas circunstancias generan serios riesgos, relacionados, entre otros, con la estabilidad financiera, protección al consumidor, evasión tributaria y aplicación de la regulación cambiaria, que aún están siendo evaluados y estudiados a nivel global y cuyas respuestas normativas se encuentran todavía en una fase muy preliminar.

En Colombia, las “monedas virtuales” no han sido reconocidas como moneda por el legislador ni la autoridad monetaria. Al no constituir un activo equivalente a la moneda legal de curso legal carecen de poder liberatorio ilimitado para la extinción de obligaciones».

A lo anterior se suma el hecho que el ejercicio de las funciones por las cuales fueron expedidas cada una de las actuaciones son diferentes. Los oficios se proferieron por parte del Banco de la República como respuestas a derechos de petición de consulta presentada por distintos ciudadanos, con fundamento en las funciones que le otorgan los artículos 371 y 373 de la Constitución, en especial, las relacionadas con emitir la moneda y actuar como banca central, función que coincide con la de velar por el mantenimiento de la capacidad adquisitiva de la moneda³⁵. Se trata, entonces, de un asunto de información a los peticionarios sobre los riesgos de las monedas virtuales y no de una orden o mandato.

Por su parte, las circulares enjuiciadas se expidieron con fundamento en las facultades de vigilancia, control e inspección de la Superintendencia Financiera, las cuales están dirigidas a garantizar el adecuado funcionamiento de las actividades que implican la captación masiva de dineros del público. De esto se desprende que las decisiones tomadas en cuanto a que las entidades vigiladas no estaban autorizadas legalmente para llevar a cabo operaciones con criptomonedas, así como al público en general sobre los riesgos inherentes a este tipo de actividades, sí tenga un efecto vinculante, puesto que dichas determinaciones deben ser observadas y acatadas por sus destinatarios

Así las cosas, la providencia citada no guarda identidad fáctica ni jurídica con el caso *sub examine*, razón por la cual, no puede ser aplicada como precedente vinculante.

De conformidad con todo lo anterior, las circulares cuestionadas sí son objeto de control por parte de la jurisdicción contenciosa administrativa, por lo que se estudiarán los cargos de nulidad planteados por la parte actora.

³⁵ Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-426 de 2020. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.



1. De la competencia de la Superintendencia Financiera para expedir las circulares acusadas

La sociedad demandante expuso que la Superintendencia Financiera no era competente para establecer las previsiones contenidas en las circulares cuestionadas, pues ello es competencia del legislador, al constituir una intervención en la economía, de conformidad con los artículos 150 numeral 21 y 334 de la Constitución. En oposición, la autoridad demandada alega que las circulares son expresión de las amplias facultades con las que se encuentra investida para velar por la estabilidad, seguridad y el correcto funcionamiento de sus supervisadas, para de esta forma proteger el sistema financiero y garantizar la confianza del público en el mismo.

Con el fin de resolver este cargo, es preciso señalar que la competencia constituye un elemento esencial de la validez de un acto administrativo. En efecto, «la competencia es la facultad o el poder jurídico que tiene una autoridad para ejercer determinar función»³⁶, de ahí que su existencia se configura cuando el acto administrativo es expedido por el funcionario habilitado por el ordenamiento jurídico para ello, es decir, por quien tiene dentro de las funciones que le hayan sido otorgadas por la Constitución y la Ley, la de expedir actos administrativos. En esa medida, la falta de competencia, como vicio de nulidad, se configura cuando el acto es proferido al margen de las competencias legales y constitucionales atribuidas a la autoridad respectiva.

Según lo ha establecido esta Corporación³⁷, «para alegar que la autoridad administrativa no contaba con la competencia requerida para proferir el acto acusado, es preciso determinar específicamente que la órbita de competencia funcional no involucra la potestad que la autoridad aduce como sustento del acto, o que, con su expedición, está desconociendo sus funciones. En caso que no se logre demostrar lo anterior, se tendrá que la autoridad pública cuenta con la competencia correspondiente en fundamento de la norma que le haya otorgado sus atribuciones» (subrayado de la Sala).

Finalmente, vale la pena reiterar, que las normas que deben considerarse al analizar la competencia, como presupuesto de validez de los actos administrativos, son las que se encontraban vigentes al momento «de hacer uso de la facultad de producción normativa»³⁸. Sobre este punto, se refirió la Corte Constitucional en la sentencia C-014 de 1993 al señalar que: «la valoración del ejercicio de una competencia, esto es, la definición acerca de si un órgano estatal obró o no de conformidad con las reglas que la fijan, debe hacerse necesariamente mediante el cotejo con los preceptos vigentes al tiempo en que se efectivizó, dado que por constituir éstos su fuente de validez son los que determinan la regularidad de su ejercicio».

A la luz de estos lineamientos, la Sala considera que la Superintendencia Financiera sí era competente para establecer las advertencias contenidas en los actos acusados, de manera que el cargo no tiene vocación de prosperidad. Lo anterior, por las razones que se exponen a continuación:

El artículo 334 Constitucional le confirió al Estado amplias facultades de intervención en la economía, al punto que le otorgó la condición de director general. Bajo este

³⁶ Rodríguez Libardo, *Derecho Administrativo y Colombiano*, Temis, Bogotá D.C., 2013, pág. 322.

³⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Proceso: 11001-03-24-000-2011-00372-00. Sentencia del 26 de agosto de 2021. CP: Oswaldo Giraldo López.

³⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia del 2 de julio de 2020. Exp. 0098-17. C.P. William Hernández Gómez.



mandato, el Estado debe orientar su actividad a la consecución del interés general y a la materialización de la cláusula del Estado Social de Derecho, lo que implica que *«todas las actividades gubernamentales deben estar dirigidas “a satisfacer las necesidades de la comunidad, de manera que cualquier consideración política, social o económica no puede estar al margen o ser indiferente a la realidad social del país y a los objetivos que éste persigue”. No es, como lo afirmó la Corte desde sus primeras providencias, una muletilla retórica»*³⁹.

En lo que tiene que ver con las actividades financiera, bursátil y aseguradora, así como cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público, el artículo 335 de la Constitución, en armonía con los artículos 150, numeral 19, literal d), las declara de interés público, de ahí que sólo puedan ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme a la ley, la cual debe regular la forma de intervención del Gobierno en estas materias y, a su vez, promover la democratización del crédito, en los términos del artículo 189, numeral 24 ibidem

El hecho de que esta clase de actividades sea de interés público implica que están sometidas a un régimen de intervención estatal reforzada, lo cual, según lo ha manifestado la Corte Constitucional, *«justifica a su vez una mayor restricción de las libertades económicas en el sector, por estar comprometida la ecuación ahorro-inversión que juega un papel esencial en el desarrollo económico de la comunidad, así como también, por cuanto la actividad propiamente financiera repercute de forma esencial en la soberanía monetaria del Estado, todo lo cual compromete importantes intereses generales que las autoridades deben preservar y defender»*⁴⁰.

La intervención del Estado en la economía y, en específico, sobre las actividades que implican la captación de recursos del público, está a cargo de distintos poderes públicos y se ejerce mediante distintos instrumentos. Así, al Congreso le compete dictar (i) las leyes de intervención económica (artículos 150, numeral 21, y 334), (ii) las leyes marco (artículo 150, numeral 19, literal d), mediante las cuales define los objetivos y criterios generales a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para efectos de regular el mercado financiero, bursátil y asegurador; y, (iii) en general, le compete hacer uso de su amplia potestad de configuración en materia económica.

Para el caso, se tiene que en ejercicio de las anteriores funciones se han expedido:

- Ley Marco 35 de 1993, por medio de la cual se dictan normas generales y se señalan los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular las actividades financiera, bursátil y aseguradora, así como cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados al público.

Su artículo 1 establece que la intervención que la Constitución le encomendó al Gobierno Nacional en esta clase de actividades debe estar sujeta a varios objetivos y criterios, dentro de los cuales vale la pena resaltar los previstos en los literales a) y d):

- a.) *«Que el desarrollo de dichas actividades esté en concordancia con el interés público;*
- d.) *«Que las operaciones de las entidades objeto de la intervención se realicen en adecuadas condiciones de seguridad y transparencia»;*

³⁹ Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-331 de 2020. M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

⁴⁰ Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-692 de 2007. M.P. Rodrigo Escobar Gil.



De igual forma, el artículo 10 ibidem prevé que el Presidente de la República, a través de la Superintendencia Financiera (antes Bancaria y de Valores), dentro del ámbito de sus respectivas competencias, ejercerá la inspección, vigilancia y control sobre aquellos que realizan las actividades financiera, aseguradora, bursátil y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público. Además, señaló que la superintendencia vigilará las normas que se expidan en desarrollo de esa ley.

- Ley Marco 964 de 2005, por la cual se dictan normas generales y se señalan los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular las actividades de manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público que se efectúen mediante valores.

en similar sentido que ley anterior, el artículo 1º de la ley marco ordenó que el Gobierno Nacional debía ejercer la intervención en las actividades que se efectúen mediante valores, con sujeción a los siguientes objetivos y criterios, (i) proteger los derechos de los inversionistas, (ii) prevenir y manejar el riesgo sistémico del mercado de valores, (iii) preservar el buen funcionamiento, la equidad, la transparencia, la disciplina y la integridad de ese mercado y, en general, la confianza del público, entre otros.

A su turno, según el numeral 24 del artículo 189 de la Constitución, corresponde al Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público; a lo que, además, se suma el hecho de que el Gobierno Nacional ejerce una «*facultad reglamentaria ampliada (arts. 150.19 y 335)*»⁴¹ en esta materia.

Estas funciones son ejercidas mediante la Superintendencia Financiera y si bien no tienen definición constitucional o legal, esta Corporación⁴², al igual que la Corte Constitucional, las han desarrollado en los siguientes términos:

«(...) (i) la inspección se refiere a la posibilidad de solicitar y/o verificar información o documentos en poder de las entidades sujetas a control; (ii) la vigilancia alude al seguimiento y evaluación de las actividades de la autoridad o entidad sometida a ella; y (iii) el control en estricto sentido abarca la posibilidad de ordenar correctivos, que pueden llevar hasta la revocatoria de la decisión de la entidad controlada y la imposición de sanciones»⁴³.

De ahí que la superintendencia se ocupe, de «*impartir instrucciones a las entidades sujetas a su inspección y vigilancia permanente acerca de la manera como se deben cumplir las disposiciones que regulan su actividad (...), fijar los criterios técnicos y jurídicos que faciliten el cumplimiento de tales normas y señalar los procedimientos para su cabal aplicación*»⁴⁴.

Por su parte, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto Ley 663 de 1993) consagró funciones y facultades específicas para la Superintendencia Financiera (antes bancaria), relacionadas con sus labores de vigilancia, inspección, prevención

⁴¹ Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-331 de 2020. M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

⁴² Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Proceso: 11001-03-06-000-2014-00174-00 (2223). Concepto del 16 de abril de 2015. CP: William Zambrano Cetina.

⁴³ Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-331 de 2020. M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

⁴⁴ Ibidem



y control. El artículo 325, numeral 1 establece los objetivos que la superintendencia, entre los que se destacan los previstos en los siguientes literales:

- a) *Asegurar la confianza pública en el sistema financiero y velar porque las instituciones que lo integran mantengan permanente solidez económica y coeficientes de liquidez apropiados para atender sus obligaciones.*
- c) *Supervisar las actividades que desarrollan las entidades sometidas a su control y vigilancia con el objeto de velar por la adecuada prestación del servicio financiero, esto es, que su operación se realice en condiciones de seguridad, transparencia y eficiencia.*
- e) *Prevenir situaciones que puedan derivar en la pérdida de confianza del público, protegiendo el interés general y, particularmente, el de terceros de buena fe.*
- i) *Adoptar políticas de inspección y vigilancia dirigidas a permitir que las instituciones vigiladas puedan adaptar su actividad a la evolución de las sanas prácticas y desarrollos tecnológicos que aseguren un desarrollo adecuado de las mismas.*

En esas condiciones, no cabe duda de que la finalidad y el objeto de las funciones de inspección, vigilancia y control es garantizar el adecuado funcionamiento de las entidades que desarrollan las distintas actividades de captación de recursos del público y, además, preservar la confianza de los ciudadanos en las entidades captadoras de recursos y la transparencia de las operaciones. En otras palabras, estas funciones buscan la solidez, salubridad, regularidad, permanencia y continuidad y confianza del sistema financiero, las cuales deben ejercerse correctamente so pena de incluso de una posible responsabilidad del Estado.

Por lo anterior, es posible afirmar que existe una competencia concurrente entre las ramas legislativas y ejecutiva en lo que respecta a la intervención estatal sobre las distintas actividades de captación masiva de recursos del público. Esta situación encuentra justificación en el hecho de que este tipo de actividades se fundamenta (e incluso depende) de la confianza que tienen los usuarios en el sistema.

Sobre este particular, la Corte Constitucional se pronunció en la sentencia C-860 de 2006⁴⁵ en los siguientes términos:

«En conclusión, la Carta de 1991 tanto en su parte dogmática, como en su parte orgánica configuró un Estado con amplias facultades de intervención en la economía, las cuales se materializan mediante la actuación concatenada de los poderes públicos. Una de las expresiones de tales facultades es el poder de policía administrativa en materia económica, cuyo ejercicio supone, por una parte, la actuación del Congreso de la República, pero también la actividad de entidades que hacen parte de la Administración, las cuales ejercen las funciones de inspección, vigilancia y control, a cargo del poder ejecutivo, sobre las actividades o agentes económicos.

(...)

Respecto de la actividad financiera, bursátil y aseguradora y de cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público, el artículo 335 constitucional establece un régimen de intervención estatal reforzada por tratarse de una actividad económica que compromete el interés público, y adicionalmente el artículo 189.24 atribuye al poder ejecutivo específicas funciones de inspección, vigilancia y control sobre las personas que realizan tal actividad. En esa medida, en este específico sector se justifica una mayor restricción de las libertades económicas, como ha reconocido la jurisprudencia constitucional, lo cual va aparejado a un incremento de los poderes de las entidades estatales en ejercicio de la función de policía administrativa».

Descendiendo al caso en concreto, la Sala considera que fue en ejercicio de sus competencias que la Superintendencia Financiera expidió los actos administrativos

⁴⁵ M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.



acusados, en tanto que su finalidad es orientar, advertir y prevenir a las entidades vigiladas en desarrollo de la función de vigilancia.

Nótese que la advertencia sobre la no autorización dirigida a las entidades financieras tiene como finalidad prevenir la ocurrencia de los riesgos potenciales en las transacciones con monedas virtuales. Asimismo, busca evitar la comisión de delitos (v.g. lavado de activos y financiación del terrorismo) y pretende proteger a los terceros de buena fe de operaciones inseguras, lo que llevó a que en la Circular del 22 de junio de 2017 se exhortara a sus vigiladas para que adelantaran las actividades adecuadas para evitar que fueran usadas en dichas conductas delictivas. De igual forma, con la advertencia al público en general sobre los riesgos en las operaciones con criptomoneda, se entiende materializada la labor de prevención y protección a todos los agentes que interactúan en el sistema.

En esas condiciones, mediante la expedición de los actos bajo análisis, la superintendencia ejerció la función de vigilancia, que le asiste por mandato constitucional y legal, con el fin de garantizar la salubridad, seguridad y bienestar del sistema financiero y, con ello, la permanencia, regularidad y continuidad de sus componentes. De ahí que no existe ninguna vulneración al debido proceso.

Es preciso señalar que, para el asunto particular, las normas vigentes permitían a la Superintendencia proferir los actos, sin que la expedición de una ley fuera requisito *sine qua non* para ello pues, como se expuso, el legislador ya había fijado las directrices o parámetros dentro los cuales debía operar la rama ejecutiva en materia financiera.

Es del caso precisar que el legislador no está obligado a realizar una descripción minuciosa y detallada de las actuaciones que puede cumplir la Superintendencia Financiera en ejercicio de la función de vigilancia, inspección y control, puesto que las funciones que debe cumplir dicha autoridad administrativa, así como los objetivos y finalidades que deben perseguir, ya estaban establecidas. Esto obedece, principalmente, a la tecnicidad del mercado y las variables que surgen en las diversas operaciones que se llevan a cabo, de ahí que su reglamentación deba ser inmediata, lo que se ha denominado una flexibilización del principio de legalidad.

La Corte Constitucional⁴⁶ ha explicado las razones de lo que hasta aquí se ha mencionado, así:

«En efecto, las normas del derecho bancario y bursátil constantemente deben ajustarse a las variables necesidades de los mercados financieros interno e internacional. De allí que determinadas medidas de carácter normativo pierdan rápidamente su razón de ser y eficacia; incluso pueden resultar inconvenientes o contraproducentes a mediano o largo plazo para los operadores del mercado, afectándose también el interés público. De tal suerte que la regulación de dichos sectores de la economía sea, por naturaleza, mutable, sin ánimo de permanencia».

Se insiste en que la autoridad demandada era competente para expedir los actos cuestionados con fundamento en las leyes marco y en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero que, de manera general, le asignan facultades para velar porque las entidades vigiladas lleven a cabo sus actividades en armonía con el interés general y en condiciones de seguridad y transparencia, así como para proteger los derechos de los inversionistas, prevenir y manejar los riesgos, y preservar el buen

⁴⁶ Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-860 de 2006. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.



funcionamiento, la disciplina y la integridad del mercado financiero. Todo lo cual resulta de suma relevancia para preservar y mantener la confianza en el público en dicho mercado que, finalmente, es el fin último que debe perseguir la intervención estatal reforzada en las actividades de captación masiva de dineros del público.

Así las cosas, ante la existencia de operaciones o situaciones inseguras y la aparición de nuevos desarrollos tecnológicos en el sistema financiero que tengan la probabilidad (potencial, remota o eventual) de afectar su funcionamiento, se impone la necesidad de adoptar medidas de prevención, precaución y debida diligencia para corregirlas, previo análisis de los riesgos que aparejan para el sistema y la estabilidad macroeconómica. Lo anterior, en aras de preservar la confianza del público en el sistema financiero.

Considerar que la entidad acusada era incompetente, como lo pretende la demandante, implica desconocer que el mercado se caracteriza por su carácter dinámico, y que la Superintendencia Financiera es la entidad habilitada para adoptar las decisiones que, precisamente por las condiciones del sistema, resulten necesarias y urgentes para asegurar su solidez, transparencia y estabilidad, como en efecto se hizo con el fin de evitar la materialización de los riesgos que se originan con este tipo de transacciones.

Por todo lo expuesto, el cargo de nulidad por falta de competencia no tiene vocación de prosperidad.

2. Falsa motivación

Para la parte actora los actos demandados están falsamente motivados, ya que las razones que dieron lugar a su expedición no son ciertas y no corresponden a la realidad de las monedas virtuales o a las transacciones que se llevan a cabo con o por intermedio de ellas. La demandante sustentó este cargo en que, en Colombia, no existen elementos de convicción suficientes que demuestren la relación causal entre las monedas virtuales y la realización de actividades ilícitas como el lavado de activos y la financiación del terrorismo (v.g. estudio o análisis del impacto de las monedas virtuales en la economía o decisiones de autoridades jurisdiccionales en donde se vincule a una persona que realiza operaciones con criptomonedas con los delitos mencionados). Además, recalcó que la tecnología *Blockchain* contribuye a la lucha contra el lavado de activos y la financiación del terrorismo, en tanto que permite la identificación de los participantes en las diferentes operaciones y su relación con las transacciones realizadas.

La entidad demandada se opuso a este planteamiento y alegó que, contrario a lo dicho por la actora, se tuvieron en cuenta diferentes elementos para motivar las circulares, que reflejan la realidad de las monedas virtuales en Colombia y los riesgos asociados a las operaciones que se llevan a cabo con ellas.

Como lo ha precisado esta Sección⁴⁷, para que se configure la causal de nulidad de falsa motivación es necesario verificar la existencia de un acto administrativo que esté motivado, pues de no estarlo la causal sería diferente (falta de motivación), y la divergencia entre la realidad fáctica o jurídica que origina la expedición del acto y

⁴⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia del 7 de octubre de 2021. Exp. 23797, reiterada el 19 de mayo de 2022. Exp. 24140. C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto.



los motivos de hecho o de derecho que la administración tuvo en cuenta para adoptar la decisión controlada.

Así, quien alegue la nulidad por falsa motivación debe probar:

«(a) **error de hecho**: (i) porque los hechos que la Administración tuvo en cuenta como motivos determinantes de la decisión no estuvieron debidamente probados dentro de la actuación administrativa o (ii) porque esta omitió tener en cuenta hechos que sí estaban demostrados y que si hubiesen sido considerados habrían conducido a una decisión sustancialmente diferente¹⁸ o (b) **error de derecho** ante el desconocimiento de los supuestos jurídicos que debían fundamentar la decisión, ya sea, (i) por inexistencia de la norma invocada por la autoridad administrativa, (ii) por ausencia de relación entre la norma invocada por la entidad y los hechos objeto de su decisión o (iii) por errónea interpretación¹⁹» (énfasis del original).

Para resolver, la Sala iniciará por mencionar los riesgos a los que se hizo referencia en las circulares demandadas, los cuales pueden resumirse así:

- (i) Las monedas virtuales no son activos que tengan equivalencia a la moneda de curso legal en Colombia y tampoco se consideran una divisa, por lo que carecen de poder liberatorio ilimitado para la extinción de las obligaciones ni puede usarse en operaciones del régimen cambiario;
- (ii) No están respaldados por activos físicos de un banco central, por lo que presenta altas volatibilidades en su precio, dada la especulación que las caracterizan;
- (iii) Las plataformas transaccionales ni los comercializadores se encuentran regulados por la ley ni están sujetas a control y vigilancia de la Superintendencia Financiera, por lo que no cuentan con procesos estándares o seguros y de mitigación de riesgos;
- (iv) Como las plataformas transaccionales están domiciliados en otras jurisdicciones, escapan de la regulación y vigilancia de la ley colombiana, al igual que las contrapartes en las operaciones;
- (v) Los compradores o vendedores se exponen a riesgos operativos, como que sus billeteras digitales sean robadas (hackeadas) o que no puedan reversarse operaciones no autorizadas o incorrectas;
- (vi) Quienes negocian con las monedas virtuales no están amparados con garantías privadas o públicas y sus operaciones no son objeto de cobertura del seguro de depósito;
- (vii) Quienes admiten estas monedas deben tener en consideración que su aceptación puede cesar en cualquier momento, dado que las personas no están obligadas a transar o reconocerlas como medio de pago;
- (viii) No hay mecanismos para obligar el cumplimiento de la transacción con las monedas virtuales;
- (ix) Las transacciones en dichas plataformas son anónimas y se pueden prestar para actividades ilícitas o fraudulentas, así como captación no autorizada de recursos; lavado de dinero y financiación del terrorismo.



Pues bien, lo primero que observa la Sala es que la propia demandante aceptó la existencia y veracidad de los riesgos mencionados en los literales (i), (ii), (iii), (iv), (v), (vi), (vii) y (viii) anteriores, en la medida en que, en los alegatos de conclusión dijo que en este proceso no era objeto discusión el hecho de que las advertencias realizadas por la demandada al público y a las vigiladas sobre los riesgos derivados del uso de los activos digitales eran procedentes, que dichos activos no estén amparados por garantías privadas o estatales y que no son moneda de curso legal, con poder liberatorio ilimitado.

Adicionalmente, a pesar de estar obligada a ello, en el expediente no consta que la actora hubiese aportado alguna prueba tendiente a refutar o desconocer la existencia de estos riesgos. De ahí que la Sala se abstendrá de analizar el cargo de falsa motivación sobre los riesgos a los que se hizo mención, en la medida en que, se reitera, la propia demandante aceptó su existencia.

Aclarado lo anterior, para resolver este cargo, únicamente se analizará si el riesgo asociado a que las operaciones con criptomonedas puedan utilizarse para cometer delitos como el lavado de activos y la financiación del terrorismo, constituyen una motivación real y suficiente para que la Superintendencia Financiera haya decidido advertir a sus vigiladas que no se encontraban autorizadas para llevar a cabo esa clase de actividades.

Según el diccionario de la Real Academia Española, el riesgo se define como la «Contingencia o proximidad de un daño», es decir, se trata de un evento futuro e incierto que comporta una situación perjudicial, dañosa o un siniestro. La realidad del riesgo depende de su potencial ocurrencia, al punto que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que el riesgo es inexistente, entre otras circunstancias, cuando el suceso no tiene la virtualidad de ocurrir⁴⁸.

Por lo tanto, el hecho de que en Colombia no se haya presentado un hecho delictivo a partir del uso de criptomonedas o que no exista un estudio sobre el impacto de las monedas virtuales en el país no es un argumento suficiente para concluir que tal riesgo es inexistente y que, por lo mismo, no fuera un motivo determinante para que la entidad demandada realizar las advertencias contenidas en los actos enjuiciados.

Lo anterior, se refuerza con el hecho de que organismos internacionales, cuyas recomendaciones, según lo ha señalado la Corte Constitucional, pueden incorporarse en el ordenamiento jurídico, han advertido la ocurrencia potencial del riesgo de que las criptomonedas se utilicen para cometer actividades relacionadas con lavado de activos y financiación del terrorismo.

Tal es el caso de las recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) expuestas en el reporte de junio de 2014⁴⁹ y reiteradas en el del año 2015⁵⁰. En efecto, en ese documento ese organismo señaló varias razones por las que las criptomonedas podían ser potencialmente vulnerables a los mencionados delitos, las cuales pueden resumirse así:

⁴⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 13 de diciembre de 2018, exp. SC5327-2018. M.P. Luis Alonso Rico Puerta.

⁴⁹ Disponible en <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Virtual-currency-key-definitions-and-potential-aml-cft-risks.pdf>. Recuperado el 22 de agosto de 2022.

⁵⁰ Disponible en <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Guidance-RBA-Virtual-Currencies.pdf>. Recuperado el 26 de julio de 2022.



En primer lugar, las criptomonedas, a diferencia de otros métodos de pago que no involucran dinero en efectivo, permiten un nivel mayor de anonimato. En efecto, al ser negociadas en internet, las transacciones con criptomonedas se caracterizan por no ser cara a cara, lo que puede ocasionar que se generen situaciones en las que no se identifique adecuadamente el origen de los recursos con los que se hace una determinada financiación. En particular, esto puede ocurrir cuando la operación se realiza por intermedio de proveedores de servicios de cambio (de criptomonedas a moneda a legal) que carecen de sistemas idóneos para identificar la fuente de la financiación. Inclusive, las transacciones con criptomonedas pueden llegar a ser totalmente anónimas, puesto que es posible que no se puedan identificar ni al remitente de los fondos ni a su destinatario.

En segundo lugar, comoquiera que las criptomonedas funcionan a través de un sistema descentralizado, es decir, que no está regulado ni controlado por una banca central, pueden llegar a ser especialmente afectados por riesgos de anonimato. Sobre este particular, el GAFI se refirió a los protocolos del Bitcoin y destacó que éstos no obligan a sus usuarios a suministrar sus datos de identificación y, por lo tanto, tampoco exigen que se generen historiales de transacciones asociadas a una identidad existente en el mundo real.

En tercer lugar, resaltó que, para el año 2014, no existía un software u organismo que monitoreara e identificara transacciones sospechosas que pudieran estar asociadas al lavado de activos y a la financiación del terrorismo. De ahí que la regulación no podía dirigirse a una ubicación o entidad central en aras de investigarla o de incautar sus activos.

En cuarto lugar, esgrimió que el alcance global de las criptomonedas aumentaba los riesgos potenciales de estas conductas delictivas. Lo anterior, porque las criptomonedas dependen de complejas infraestructuras en las que participan varias entidades, ubicadas en diferentes países, para transferir fondos, ejecutar pagos y realizar los registros de los clientes y las transacciones, lo cual genera que exista una segmentación de actividades que impide tener claridad en cuanto a quién recaee la responsabilidad de supervisar, evitar y combatir las actividades de lavado de activos y financiación del terrorismo. Todo lo cual se ve agravado por la rápida evolución de la tecnología y los modelos de negocios en los que se desarrollan las transacciones con criptomonedas. Más aún si estas infraestructuras están ubicadas en jurisdicciones que no tienen control para este tipo de conductas o cuya regulación del tema es precaria.

Todo lo que hasta aquí se ha dicho le permite a la Sala concluir que la entidad demandada se fundamentó en hechos ciertos al momento de expedir las circulares acusadas, de ahí que no se evidencien que estén viciadas de nulidad por falsa motivación. Nótese que fue con base en las consecuencias del riesgo mencionado, al igual que su probabilidad de ocurrencia y en otras conductas potencialmente inseguras para el sistema financiero que se reiteró la inexistencia de autorización a las entidades vigiladas para realizar operaciones con monedas virtuales o permitir que sus plataformas fueran utilizadas para tales efectos.

Sobre este particular, cabe agregar que, si bien la actora afirma que la tecnología *Blockchain* permiten mitigar los riesgos a los que se ha hecho referencia, por la trazabilidad que la caracteriza, lo cierto es que no existe prueba en el expediente a partir del cual se pueda arribar a esta conclusión. De manera que esta afirmación



carece de sustento probatorio, máxime cuando es el demandante el que tiene que demostrar la ilegalidad de los actos.

Ahora bien, la Sala no pasa por alto el hecho de que en otras jurisdicciones o países se han adoptado decisiones diferentes para hacerle frente a este riesgo. Sin embargo, esta sólo situación no es suficiente para considerar que este eventual peligro, en el que se basó la Superintendencia Financiera al momento de expedir los actos, es inexistente o falso.

La respuesta estatal a un determinado fenómeno económico está condicionada a las particularidades del contexto de cada territorio (v.g. del tamaño de su mercado, de su solidez institucional, del nivel de confianza social en el sistema financiero, entre otros factores). Estas condiciones inciden en que la regulación que se adopte, en cada circunstancia particular, sea más o menos permisiva. No obstante, en cualquier caso, el análisis y la valorización de los efectos que pueden traer consigo la aparición de nuevos actores y desarrollos tecnológicos en la economía depende de las autoridades gubernamentales competentes. En otras palabras, es un asunto que concierne a la política pública que decida asumir cada Estado.

Por consiguiente, el hecho de que existan regulaciones foráneas que les den un tratamiento diferente a las operaciones con criptomonedas, no es un hecho suficiente ni válido para decretar la nulidad de las circulares acusadas, más aún cuando no se demostró que los motivos en los que se basó la entidad acusada hayan sido falsos o irreales.

Por lo expuesto, el cargo por falsa motivación no prospera.

3. Desviación de poder

La actora considera que las circulares están viciadas de nulidad por desviación de poder porque, con su expedición, se ha generado discriminación y una persecución caprichosa contra los usuarios que llevan a cabo operaciones con monedas virtuales, lo cual ha generado que este tipo de personas pierda oportunidades y que otros grupos sociales se vean privilegiados. En contraste, la Superintendencia Financiera alega que este vicio no se configura, porque en los actos acusados no se hizo referencia a la estima y reputación de alguien en particular y porque no se ordenó algún tipo de persecución contra quienes realizan transacciones con criptomonedas.

Esta Corporación ha manifestado que la desviación de poder, como causal de nulidad prevista en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, se presenta en los eventos en los que el acto sólo formalmente parece expedido en armonía con la facultad conferida a la autoridad administrativa, *«pues materialmente en realidad no atiende al fin que la norma que autoriza su producción persigue, sino que está orientado a un propósito diferente que, por lo tanto, resulta ilegítimo»*⁵¹. Así, para que esta causal de nulidad se configure y prospere, esta Sección⁵² ha señalado que *«es necesario demostrar que el funcionario que expidió el acto obró con un propósito distinto al que está contemplado en la norma»*.

⁵¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Proceso: 11001-03-28-000-2010-00027-00. Sentencia del 4 de julio de 2013. C.P. Susana Buitrago Valencia.

⁵² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia del 13 de junio de 2013. Exp. 18033. C.P.: Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez (E).



Considerando lo anterior, para que se declare la nulidad de las circulares por desviación de poder en este caso concreto, debe estar demostrado que la Superintendencia Financiera las expidió con un propósito o finalidad distinta a la de proteger el interés público, la estabilidad macroeconómica del país y, en general, la confianza en el sistema financiero, cuya continuidad, regularidad, transparencia y bienestar es esencial para el desarrollo económico, al constituir «*el principal mecanismo de administración del ahorro público y, sobre todo, de financiación de la inversión pública y privada*»⁵³.

Bajo estos lineamientos, la Sala no encuentra configurado el vicio de nulidad por desviación de poder, por las razones que se exponen a continuación.

Como quedó acreditado en los apartes anteriores de esta providencia, los riesgos inherentes a las operaciones con criptomonedas a los que hace referencia las circulares acusadas son reales. Esta clase de riesgos, según se dijo, pueden afectar el funcionamiento eficaz y eficiente del sistema financiero en caso de llegar a materializarse, lo cual generaría graves consecuencias para la economía y, en especial, para la confianza que depositan los usuarios en el sistema financiero.

En ese sentido, no es posible afirmar que las advertencias realizadas en los actos acusados sobre la falta de autorización de las vigiladas para llevar a cabo operaciones con criptomonedas y los riesgos inherentes a tales actividades sea injustificado y mucho menos desproporcionado. Lo anterior, porque la actuación de la superintendencia se orientó, en ejercicio de la función de vigilancia, con el fin de evitar la ocurrencia de los riesgos descritos en los actos acusados y, con ello, que se afectara gravemente el funcionamiento del sistema financiero. Es decir, la actuación de la Administración estaba orientada a prevenir los perjuicios y daños que los riesgos reales podrían acarrear en la economía y para los usuarios del sector financiero, por lo que no se está afectando injustificadamente la bancarización y el principio universal del ahorro, sino que, por el contrario, se les está protegiendo y garantizando.

No se puede olvidar que uno de los puntos medulares que soporta el funcionamiento del sistema financiero, bursátil y asegurador es la confianza que el público deposita en él, la cual consiste, esencialmente, en que las entidades que forman parte de este cumplirán satisfactoriamente con las obligaciones por ellas contraídas. Esta confianza debe estar cimentada en una regulación adecuada y clara, que permita generar en el público la convicción de que las entidades que ejercen estas actividades están siendo vigiladas y controladas técnica y profesionalmente.

Por lo tanto, cualquier actividad u operación que pueda llegar a poner en riesgo el cumplimiento de las obligaciones que asumen las entidades financieras y los usuarios debe ser advertida por la Superintendencia Financiera, tal como lo hizo en los actos administrativos objeto de demanda.

Al respecto, la Corte Constitucional se ha pronunciado en los siguientes términos⁵⁴:

«La historia económica global reciente demuestra que este no es un planteamiento meramente teórico: en el momento en que se rompe la confianza, el sistema financiero se paraliza, y con él la economía que de él depende. Las personas empiezan a desconfiar del sistema, y de su capacidad de cumplir la promesa contenida en cada una de los millones de transacciones

⁵³ Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-138 de 2018. M.P. Carlos Bernal Pulido.

⁵⁴ Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-640 de 2010. M.P. Mauricio González Cuervo.



diarias que dentro de él se realizan. El mantenimiento de esa confianza pública es el objetivo principal de la intervención del estado en este tipo de actividades. En eso, principalmente, consiste el carácter de "interés público" que la Constitución le imprime a este tipo de actividades, y de ahí el particular diseño institucional con el cual el constituyente dotó al Estado para permitirle la intervención en este tipo de actividades económicas».

Sumado a lo expuesto, no puede considerarse que, con las circulares demandadas, se discrimina o «persigue» caprichosamente a las personas que realizan operaciones con monedas virtuales, puesto que las previsiones allí señaladas se fundamentan en causales objetivas y razonables que pretenden proteger el buen funcionamiento del sistema financiero. Además, tampoco se menciona a ninguna persona en particular o se establecen órdenes concretas en contra de quienes operan con criptomonedas, de manera que no se ve transgredida su dignidad humana.

Ahora, sobre el trato desigual que según el demandante se ha dado a las monedas virtuales respecto a otros activos digitales (puntos de fidelización, millas, tokens, entre otros instrumentos) y frente a los cuales la entidad demandada también debería establecer «prohibiciones» en su utilización, la Sala pone de presente que para abordar este asunto se debe acudir al juicio integrado de igualdad desarrollado por la Corte Constitucional, así⁵⁵:

«El juicio integrado de igualdad se compone entonces de dos etapas de análisis. En la primera, (i) se establece el criterio de comparación, patrón de igualdad o tertium comparationis, es decir, se precisa si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse y si se confrontan sujetos o situaciones de la misma naturaleza. En esta parte, asimismo, (ii) se define si en el plano fáctico y en el plano jurídico existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales. Una vez establecida (iii) la diferencia de trato entre situaciones o personas que resulten comparables, se procede, como segunda parte de este juicio, a determinar si dicha diferencia está constitucionalmente justificada, esto es, si los supuestos objeto de análisis ameritan un trato diferente a partir de los mandatos consagrados en la Constitución Política. Este examen consiste en valorar los motivos y razones que fueron expresados para sustentar la medida estudiada y para obtener la finalidad pretendida. Para tal efecto y como metodología se analizan tres aspectos: (a) el fin buscado por la medida, (b) el medio empleado y (c) la relación entre el medio y el fin. Según su nivel de intensidad, este juicio puede tener tres grados: estricto, intermedio y leve.»

Así, se debe establecer si en el campo fáctico y jurídico existe un trato desigual entre iguales, circunstancia que no puede confrontarse en este caso, comoquiera que la sociedad demandante se limita a manifestar que se tratan de activos similares, pero no existe elemento alguno que permita identificar tal circunstancia. Se trata, entonces, de meras afirmaciones sin sustento, por lo que no es posible determinar si son similares y por tanto, si se está dando un tratamiento diferenciador a pesar de sus características.

Sobre el particular se reitera que quien solicita la nulidad de un acto administrativo tiene la carga de desvirtuar la presunción de legalidad de las decisiones administrativas y, por lo mismo, está obligado a aportar elementos de juicio que sustenten sus argumentos, situación que no se evidencia en este caso concreto.

En efecto, debe precisarse que la demanda no se acompañó de elemento probatorio alguno que permitiera acreditar, por ejemplo, que al igual que las criptomonedas, las millas y puntos de fidelización no están amparados por la moneda legal en curso, padecen de los mismos riesgos operativos y con la misma intensidad, o que no

⁵⁵ Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-104 de 2016. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.



cuentan con mecanismos que permitan asegurar el cumplimiento de las transacciones realizadas con ellos y su trazabilidad, de manera que debían recibir el mismo tratamiento por parte de la Superintendencia Financiera. Por consiguiente, este argumento no es suficiente para demostrar la desviación de poder de los actos cuestionados.

Adicionalmente, es necesario aclarar que, contrario a lo mencionado por la actora, las circulares acusadas no prohibieron que los particulares realizaran actividades con monedas virtuales, pues ellas únicamente advirtieron los riesgos que este tipo de operaciones puede generar y la necesidad de asumirlos en caso de que llegaran a materializarse.

En esa medida, no existe la alegada vulneración de la libertad de elección del consumidor financiero, de su personalidad jurídica o de su debido proceso, puesto que éste bien puede elegir válidamente entre los servicios y productos financieros que estén autorizadas a ofrecer las entidades vigiladas e, incluso, puede optar por ejecutar transacciones con criptomonedas, para lo cual debe estar dispuesto a aceptar, enfrentar y asumir los riesgos de que hablan las circulares enjuiciadas.

Tampoco se observa violación al principio de neutralidad tecnológica, en la medida en que, en los actos demandados no se están creando barreras para el desarrollo, avance, implementación u operación de la tecnología *Blockchain*; y porque las circulares ni siquiera hacen referencia a alguna prohibición sobre esa tecnología, en tanto que del hecho de advertir que las entidades vigiladas no están autorizadas para llevar a cabo operaciones con criptomonedas no se deriva, indefectiblemente, la negativa al uso de la tecnología con que estas operan.

Así las cosas, se reitera que no se encuentra configurada la causal de nulidad por desviación de poder, en tanto que la sociedad actora no demostró que tales actos se hubieran expedido con una finalidad distinta a la de materializar la función de vigilancia que cumple la Superintendencia Financiera en aras de preservar la continuidad, estabilidad, salubridad, transparencia y eficiencia del sistema financiero. En esa medida, no se encuentra acreditado la vulneración de los derechos a la igualdad, a la personalidad jurídica y dignidad humana y demás libertades alegadas por la parte actora.

4. Sobre el desconocimiento del principio de la buena fe y la confianza legítima

Según la sociedad actora, con la expedición de los actos acusados la demandada desconoció el principio de buena fe y de confianza legítima porque determinó, sin análisis alguno, que las operaciones con monedas virtuales se utilizan para cometer actos ilícitos, de ahí que quienes se dedicaran a estas actividades fueran tratados como delincuentes, lo cual transgrede su dignidad humana. En adición, dijo que la vulneración de este principio se materializó porque, de existir prohibiciones para la realización de este tipo de operaciones, la Superintendencia debió interpretarlas de buena fe y no de forma desleal. También indicó que los actos desconocen la postura asumida por la entidad en oportunidades anteriores, así como los señalamientos de la DIAN de los que se desprende que las operaciones con monedas virtuales son legales y legítimas.

La demandada se opuso a este planteamiento porque de los actos acusados, es posible advertir que no se prohibió que los ciudadanos hicieran negocios con



monedas virtuales o que se estuviera dando un trato discriminatorio a alguna persona en particular.

Para resolver este cargo, es preciso señalar que el principio de la buena fe, consagrado en el artículo 83 de la Constitución, orienta las actuaciones de los particulares y las autoridades públicas, con el fin de que se desarrollen en términos de confianza y estabilidad. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el principio de la buena fe puede definirse como «un mandato de “honestidad, confianza, rectitud, decoro y credibilidad que acompaña la palabra comprometida (...) permite a las partes presumir la seriedad en los actos de los demás, dota de (...) estabilidad al tránsito jurídico y obliga a las autoridades a mantener cierto grado de coherencia en su proceder a través del tiempo”»⁵⁶.

La buena fe tiene como objetivo eliminar las actuaciones arbitrarias por parte de las autoridades. En ese sentido, en las actuaciones que las entidades públicas lleven a cabo con los particulares debe existir un nivel importante de certeza, certidumbre y previsibilidad, de ahí que no sea permitido que la administración actúe de forma impulsiva, caprichosa e intempestiva⁵⁷.

Del principio de la buena fe se deriva el de confianza legítima y, a su vez, de ella surge la teoría del respeto por los actos propios. Sobre este particular, la Sala ha reconocido que dicha teoría está prevista como «un mecanismo de protección de los intereses legítimos de determinados sujetos jurídicos, que obliga a otro a mantener un comportamiento coherente con los propios actos, habida cuenta de que la conducta de una persona puede ser determinante en el actuar de otra.»⁵⁸.

Para que se materialice el respeto del acto propio, la jurisprudencia de esta Sección⁵⁹ y de la Corte Constitucional⁶⁰, han señalado que deben presentarse tres requisitos de forma concurrente:

- «i) Una conducta jurídicamente anterior, relevante y eficaz. Esa primera conducta debe ser jurídicamente relevante y eficaz porque es el comportamiento que se tiene dentro de una relación jurídica que afecta unos intereses vitales y que suscita la confianza del destinatario de la conducta. Asimismo, debe haber una conducta posterior que sea contraria a la anterior.
- ii) El ejercicio de una facultad o de un derecho subjetivo por la misma persona o centros de interés que crea la situación litigiosa debido a la contradicción entre la conducta anterior y la posterior, atentatoria de la buena fe existente entre ambas conductas. Esta nueva conducta, que en otro contexto resultaría lícita, en ese caso es inadmisibles por ser contraria a la primera conducta.
- iii) La identidad del sujeto o centros de interés que se vinculan en ambas conductas».

De la revisión de las circulares acusadas, se observa que en ellas la demandada no realizó ninguna afirmación que permitiera endilgar algún tipo de conducta punible a quienes realizan operaciones con monedas virtuales y que derivara en un bloqueo financiero injustificado contra ellos. De hecho, en las circulares no se menciona a ninguna persona en particular.

⁵⁶ Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión, Sentencia T-453 de 2018. M.P. Diana Fajardo Rivera.

⁵⁷ Ibidem

⁵⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia del 2 de marzo de 2017, Exp. 21440. C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

⁵⁹ Ibidem.

⁶⁰ Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión, sentencia T-295 de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero.



Por el contrario, en los actos acusados la superintendencia habló de riesgos inherentes a tales instrumentos y que por sus características propias (hechos futuros e inciertos), no dan lugar a presumir algún tipo de comportamiento particular y mucho menos una presunción de mala fe. De ahí que no exista vulneración al principio de buena fe, ni a la dignidad de las personas que operan con criptomonedas en tanto que la demandada no puso en tela de juicio la confianza, rectitud o decoro de tales sujetos.

En otras palabras, de la motivación de los actos demandados no surge una presunción encaminada a que las operaciones con monedas virtuales tengan como finalidad, única y necesaria, la realización de ilícitos como el lavado de activos y la financiación del terrorismo. En contraste, se evidencia que dichos delitos son unos de los tantos riesgos por operar con esta clase de instrumentos, riesgos que, según quedó acreditado, son reales y verídicos, al punto que algunos de ellos han sido advertidos, comprobados y analizados por autoridades nacionales e internacionales y, en todo caso, no fueron desvirtuados por la sociedad demandante

Por otro lado, la Sala no evidencia la existencia de los criterios para que se materialice el desconocimiento del acto propio, en tanto que las conductas de la Superintendencia, así como de otras entidades públicas, como la DIAN, no han sido contradictorias.

En efecto, las intervenciones del superintendente de la época en medios de comunicación y eventos en los que reconoció que los particulares pueden llevar a cabo operaciones con criptomonedas⁶¹, en tanto que ello no está prohibido, no contradice lo expuesto en las circulares demandadas. Lo anterior, porque ambas actuaciones están encaminadas a cumplir el mismo objetivo, esto es, advertir sobre los riesgos y orientar a los particulares en el desarrollo de una actividad (uso de criptomonedas).

Así, tanto las intervenciones del superintendente, como las circulares cuestionadas, se fundamentan en la función de vigilancia, especialmente de prevención, que cumple la Superintendencia Financiera, razón por la cual no resultan incoherentes.

Tampoco existe vulneración del principio de buena fe por la existencia de pronunciamientos de la DIAN (concepto 20436 del 2 de agosto de 2017 y oficio 00314 del 7 de marzo de 2019). Si bien estas actuaciones son posteriores a la expedición de los actos, no puede desconocerse que en estos la Administración tributaria adujo que los ingresos que se perciban por la prestación de servicios relacionados con monedas virtuales pueden constituir un hecho gravado con el impuesto a la renta. Sin embargo, no se hizo mención acerca de la posibilidad de que las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera estuvieran autorizadas para desarrollar este tipo de actividades.

Así las cosas, no se evidencia una contradicción entre las actuaciones de la DIAN y las de la Superintendencia Financiera, máxime cuando el pronunciamiento de la primera autoridad carece de incidencia en las operaciones que pueden realizar las

⁶¹ En el siguiente enlace se pueden consultar las intervenciones de la Superintendencia Financiera: <https://www.superfinanciera.gov.co/publicacion/10090492>



entidades vigiladas, en tanto que sobre ellas no ejerce ninguna función de inspección frente a las actividades desarrolladas en el sistema financiero.

En este punto, vale la pena recordar que, en este proceso, no se está controvirtiendo la legalidad de las operaciones con monedas virtuales, sino la advertencia dirigida a las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera, debido a los altos riesgos que ello puede implicar para el sistema financiero y para la economía del país.

En conclusión, el cargo por desconocimiento de la buena fe y la confianza legítima no tiene fundamento y, por lo mismo, no tiene vocación de prosperidad.

5. Costas

En el asunto de la referencia no procede la condena en costas porque fue ventilado un asunto de interés público, según lo dispone el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

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

FALLA

1. **Negar** las pretensiones de la demanda.
2. Sin condena en costas.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen y cúmplase.

La presente providencia se aprobó en la sesión de la fecha.

(Firmado electrónicamente)
JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ
Presidente de la Sala

(Firmado electrónicamente)
STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO

(Firmado electrónicamente)
MILTON CHAVES GARCÍA

(Firmado electrónicamente)
MYRIAM STELLA GUTIÉRREZ ARGÜELLO