

COMPETENCIAS DE LA JUNTA DIRECTIVA DEL BANCO DE LA REPÚBLICA EN EL RÉGIMEN CAMBIARIO: UN NUEVO ENFOQUE CONSTITUCIONAL*

*Luis Ricardo Gómez Pinto ***
Alcaldía Mayor de Bogotá, DC***

RESUMEN

Con la entrada en vigencia de la Constitución Política de Colombia de 1991, el régimen económico y de la hacienda pública del país tomó una configuración diferente, por ende, se debe partir de nuevos parámetros para su estudio.

Este artículo, intenta definir o por lo menos visualizar las causas y los efectos que la nueva normativa aportó y su relación con las fuerzas de la economía, en especial, con las competencias reglamentarias y reguladoras (conceptos similares, pero no iguales competencias) de la Junta Directiva del Banco de la República. Esto, desde la perspectiva especializada de la actividad cambiaria, pero que a modo analógico (partiendo de la Ley 31 de 1992 y de la teoría constitucional de las

*Fecha de recepción: 24 de octubre de 2006
Fecha de aceptación: 10 de enero de 2007*

* El autor agradece la colaboración de la doctora ROSMIRA GÓMEZ RUIZ (abogada de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, especialista en Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Javeriana, estudiante de la maestría en Derecho Económico de la misma universidad). Igualmente agradece a los doctores BORIS HERNÁNDEZ SALAME y JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR.

** Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana. Profesor auxiliar de la cátedra de Microeconomía y estudiante de la maestría en Derecho Económico de la misma facultad. En la actualidad es abogado contratista de la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá, D.C. Todas las ideas de este trabajo son autoría exclusiva del autor y no comprometen la posición de la entidad. Correo electrónico: rgpbmw99@hotmail.com

*** Carrera 8ª # 10-65, edificio Liévano, piso 3º, Subdirección de Conceptos, Bogotá, Colombia.

leyes generales) resulta interpretable y aplicable para el resto de competencias asignadas a la Banca Central en el Estado colombiano.

Palabras clave: autoridad cambiaria, Banco de la República (Colombia), mercado cambiario, política cambiaria, regimen cambiario, potestad reglamentaria.

FACULTIES OF CENTRAL BANK IN THE INTERNATIONAL EXCHANGE REGIME: A NEW CONSTITUTIONAL FOCUS

ABSTRACT

With the entry in force of the Political Constitution of Colombia of 1991, the economic regime and the public property of the country took a new configuration, therefore, is necessary begin with new parameters for his studies.

This paper, is in broad strokes, an attempt to define or at least to visualize the causes and the effects that these new competitions have brought for which it is our constitutional ordering and his relation with the forces of the economy, in special, whit the competitions to the prescribed and regulating (similar concepts, but non equal competitions) of Central Bank. This, from the specialized perspective of the activity exchange, but that to analogical way (beginning with the Law 31 of 1992 and the constitutional theory of the general laws) is interpretable and applicable for the rest of competitions of the Central Bank in the Colombian State.

Key Words: *exchange authority, Central Bank (Colombia), exchange market, exchange politic, exchange regimen, regulation legal authority*

1. INTRODUCCIÓN AL TEMA

Las competencias constitucionales del Banco de la República en los últimos años se han vuelto determinantes, si es que no son las únicas, para lo que es de la regulación de los mercados cambiario, crediticio y monetario.

La participación y medidas intervencionistas que el banco ha tomado en recientes días, sujeto a la facultad general de intervención en la economía con la que cuenta el Estado, que encuentra su cláusula general en el artículo 334 de la Constitución, se ha vuelto mucho más manifiesta, no sólo por la variaciones internas del mercado que se detona todos los días, sino por la alta influencia que ha recibido la economía colombiana por las olas globalizadas de movimientos, doctrinas y escuelas macroeconómicas que hoy insistentemente afectan, para bien o para mal, eso lo juzgará el intérprete, nuestra realidad.

Este efecto se ve con mayor nitidez en lo que es del mercado cambiario, no sólo porque el negocio de remesas se ha convertido en la segunda fuente de ingresos al país desde el extranjero, después de la exportación de los principales recursos, sino porque, en adición a esto, la actividad cambiaria se ha convertido en un tema latente día a día, y por esto también bastante volátil a las fluctuaciones que sufre el peso colombiano con respecto a las monedas duras. Muestra de esto fueron, entre otros varios ejemplos que se pueden encontrar, los efectos de inestabilidad cambiaria que generó la expectativa del fallo relativamente reciente de la Corte Constitucional con respecto al destino que tendría la figura de la reelección presidencial en el sistema constitucional colombiano.

Esos efectos parecen imprescindibles, y en algunos casos necesarios para “limpiar” la economía, en especial cuando se habla de la actividad monetaria en su género. Esto es lo que lo hace más interesante y motivante, por lo menos para tener una pequeña perspectiva del por qué y cómo de las cosas. Objetivo este del texto que se lee a continuación.

2. LOS ANTECEDENTES DEL BANCO DE LA REPÚBLICA Y SU FUNCIÓN EN LOS CAMBIOS INTERNACIONALES

2.1. Los inicios

Las primeras referencias históricas que se conocen del Banco de la República, o por lo menos, de la actividad bancaria central colombiana datan de 1865. En efecto, bajo el primer periodo presidencial de MANUEL MURILLO TORO se creó en Bogotá

una sucursal del Banco de Londres, México y Sudamérica, antesala del primer banco colombiano: el Banco de Bogotá, fundado en 1871, que pasaría a llamarse Banco de Colombia el 1° de abril de 1876. Esta institución es, a su vez, el antecedente directo de los bancos federales que se crearían posteriormente por todo el territorio nacional.

En 1880, mediante la Ley 39, se creó el Banco Nacional de los Estados Unidos de Colombia. El gobierno nacional esperaba que este banco tuviera representación tanto del sector público como del privado, con aportes de capital provenientes de ambas partes, pero no resultaría así ya que la emisión de acciones por parte de la entidad, para que el público accediera a él, fracasó. Como consecuencia de ello, el banco conservó plenamente su carácter de oficial. No obstante, se convirtió en el primer banco cuya influencia y alcances económicos se expandirían por todo el territorio nacional, por lo cual la mayoría del sector doctrinal económico lo considera el verdadero antecedente de lo que es hoy el Banco la República.

Es preciso resaltar en este punto que todos los bancos y proyectos de banca central, tanto los de carácter nacional como los de régimen departamental que existieron durante los siglos XIX y XX, no contaron con reconocimiento constitucional, ya que se entendía que era sólo la función bancaria la que se limitaba al control y manejo de las cuentas de oro y demás metales preciosos, paralelamente a la función complementaria que era para entonces la emisión¹.

Podría decirse que la cantidad de acontecimientos y vicisitudes que han acompañado la historia colombiana se reflejan en los antecedentes del Banco de la República. No obstante, destacamos el origen de las competencias que en materia cambiaria hoy detenta el banco central, el cual podemos encontrar en 1909, con la Ley 69. Esta norma creó una Junta de Conversión, ajena a cualquier banco, que velaría por el manejo de los recursos que ingresarán al Estado por efecto de las operaciones de comercio exterior, para mantener la tasa de cambio oficial —sistema que imperaba en la época— ante los avatares y las fluctuaciones de la economía.

1 Esta descripción del estado precario de la banca central colombiana por aquellos años la corrobora la Corte Suprema de Justicia de 1969:

“En conclusión, hacia 1886, en Colombia la banca prácticamente no existe sino en forma rudimentaria; se desconoce, porque no existe entre nosotros, el hecho y el concepto monetario de los depósitos bancarios realizables por cheque, como factor entre los medios de pago. La función monetaria se concibe sólo en su forma metálica y en la de billete, convertible o no. Es ya principio firme del derecho público que al Estado compete la regulación soberana de la moneda en sus expresiones metálicas y de papel, tanto como la de los bancos, como el interés del dinero, como el crédito público”. (Sentencia del 12 de junio de 1969, *Ibid.*).

2.2. La Misión KEMMERER. Su influencia en la Banca Central

No sería hasta 1923, después del estudio presentado por la comisión especial organizada por el gobierno para ello, que se sentaran las bases jurídicas para la creación del Banco de la República, mediante la Ley 25 del 4 de julio. Este evento tuvo como antecedente directo los estudios de la misión KEMMERER, precedida por el analista económico EDWIN WALTER KEMMERER. Por medio de esta ley —de autorizaciones— se confirió al gobierno la atribución para crear física y jurídicamente un banco central que fuese el principal y único emisor de la moneda en Colombia², y a quien se le conferiría, de manera complementaria, el manejo y la titularidad de las reservas internacionales del Estado, tendencia de toda la banca internacional tras las precariedades de la Primera Guerra Mundial. Las principales funciones del banco, en resumidas cuentas, serían las de actuar como agente emisor, de giro, depósito y descuento, para los intereses de la economía nacional.

Las primeras funciones que tuvo el recién creado Banco de la República, en lo que comprende a la actividad del mercado de cambios, consistieron en las medidas reaccionarias del Estado ante la crisis monetaria internacional de 1931, aunque no siempre actuó por cuenta propia, sino también en virtud de las facultades que le confirió el gobierno para la fijación del control de cambios ante la tasa de cambio oficial que existía en el momento, como se sigue de los informes que para la época presentara el ex gerente del Banco de la República, LUIS ÁNGEL ARANGO; funciones que ejercería el banco hasta la Constitución de 1991.

En 1951 se le confirió a la Junta Directiva del Banco de la República, por medio del Decreto Legislativo 756 de 1951, la competencia de actuar como titular de la política monetaria en general, permitiendo que dicha junta fuese, por un lado, la encargada de actuar como agente regulador en los sistemas crediticio, cambiario y monetario y, por otro, la autoridad para las tres políticas derivadas de la política monetaria general, unificando estas competencias en un solo órgano. Esta función de autoridad se manifestaba en la ejecución de las medidas regulatorias que eran previamente decretadas.

Tras la expedición de la Ley 1 de 1959 —con la cual se regresa a un régimen de mercado libre de la divisa como referencia principal para la actividad cambiaria— se le confirieron al Banco de la República competencias como legislador

2 Esta competencia de exclusividad en la tarea emisora buscaba dar cumplimiento al Acto Legislativo de 1910, cuyo artículo 49 prohibía al gobierno atribuirse competencias de ente emisor, sin perjuicio de las competencias que para el caso podían detentar otros bancos de carácter departamental hasta la entrada en vigencia de la Ley 25.

administrativo del sistema de cambios, ya que por medio de sus decisiones regulatorias —tales como la facultad de modificar los tipos de cambio fijo para ciertos productos de la balanza comercial y la facultad de establecer limitaciones a las operaciones de exportaciones e importaciones, mediante la clasificación de los productos en tres rubros principales³— incidía claramente en el sector del comercio exterior. Esta situación se mantiene actualmente con la competencia dual que se ha fijado para el gobierno en el literal b) del numeral 19 del artículo 150 constitucional, y que corre paralela a la competencia de regulación del régimen cambiario. Podemos concluir, entonces, que para esta época se había dotado al Banco de la República de competencia regulatoria en el sistema de cambios, paralelamente a la competencia regulatoria que ya se le había conferido para el control y la determinación de la actividad del comercio exterior.

2.3. Junta Monetaria y Junta Directiva. Dos caras de la misma moneda

En 1963, al crearse la Junta Monetaria del Banco de la República por medio del decreto ley 2206, expedido con base en el artículo 5 de la Ley 21 del mismo año —ley de facultades extraordinarias—, se diferencian expresamente las competencias del Banco en tanto agente regulador de las tres áreas —función que desempeñaría la recién creada Junta Monetaria—, o como autoridad de la tres políticas monetarias —competencias éstas de la Junta Directiva—. No es, entonces, lo mismo hablar de la autoridad en una de las tres políticas que del agente regulador⁴ de uno de los tres sistemas; ambas nociones están estrechamente ligadas, pero se desarrollan a partir de competencias e intereses disímiles.

3 Esta clasificación también existe hoy en día y distingue los productos comercializables en aquéllos cuya exportación i) está prohibida o ii) sujeta a licencia previa, y aquéllos de iii) libre importación.

4 Las principales competencias reguladoras que se le atribuyeron a la Junta Monetaria para los tres sistemas que hacen parte de la política económica general estaban consagradas en el artículo 6 del Decreto 2206 de 1963, de las cuales mencionaremos algunas como referencia con las que hoy se consideran regulatorias y que se encuentran repartidas entre el gobierno y el Banco de la República. Decía así el artículo 6:

“De acuerdo con el artículo 5, literal b) de la Ley 21 de 1963, adscribense a la Junta Monetaria las siguientes funciones que podrá ejercer mediante normas de carácter general: a) *Fijar* de acuerdo a las circunstancias monetarias y crediticias, límites específicos al volumen total de los préstamos o inversiones de las instituciones de crédito o a determinadas categorías de ellos; b) *Señalar* la tasa de crecimiento del total de los activos a que se refiere el literal anterior, o determinadas clases de ellos, durante un cierto periodo, pudiendo establecer tasas diferentes por entidades, atendiendo, entre otras razones, a su contribución a la financiación de operaciones de desarrollo económico”.

Con el Decreto 2206 de 1963 se le retiraron a la Junta Directiva del Banco de la República las competencias regulatorias de la actividad cambiaria, monetaria y crediticia y se crea la Junta Monetaria con funciones programáticas. Esta junta —integrada por el ministro de Hacienda, el ministro de Fomento, el ministro de Agricultura, el jefe de Planeación Nacional, el gerente del Banco de la República y el director del INCOMEX— representaba lo que a partir de la Constitución de 1991, en lo referente al régimen cambiario, se le ha encomendado a la Junta Directiva del banco como regulador y no como autoridad de la economía nacional.

Una de las competencias más importantes que se atribuían a la Junta Monetaria para la regulación del régimen de cambios internacionales fue la plasmada por el artículo 7 del Decreto 2206, antecedente directo para el actual sistema de cambios: es la primera competencia que reconoce a dicha junta como agente regulador:

“Corresponde exclusivamente a la Junta Monetaria ejercer en adelante las facultades sobre cambio y comercio exterior otorgadas a la Junta Directiva del Banco de la República por la Ley 1° de 1959, la Ley 83 de 1962, las disposiciones legales y reglamentarias que las adicionan, modifican o desarrollan y las demás disposiciones que confieren a la Junta Directiva del Banco de la República facultades de regulación general en los campos mencionados”.

Después de 1963 se le confirió a la Junta Directiva la tarea de ejecutar, con la aquiescencia de sus miembros, las materias que definiera la Junta Monetaria; es decir, desarrollar las regulaciones considerando el equilibrio de la macroeconomía colombiana, desde la necesidad de respuesta ante crisis coyunturales. *Contrario sensu*, la Junta Monetaria expedía sus instrumentos para tomar cartas en asuntos referentes a cambios estructurales de la economía. Esta labor que cumplía la antigua Junta Directiva es la que cumple hoy, de manera unificada y bajo un mismo régimen, la nueva Junta Directiva pero como autoridad monetaria, cambiaria y crediticia, paralelamente a su función como agente regulador.

No fue hasta 1973, una vez cumplido el objetivo de radicar en un solo régimen jurídico público y precisar las competencias que diferenciaban a la Junta Directiva⁵ como autoridad y a la Junta Monetaria como reguladora, que el Banco de la República

5 La Junta Directiva de aquel entonces estaba conformada por el ministro de Hacienda como presidente; dos directores designados por el gobierno; gerente de la Federación de Cafeteros; tres designados por el Presidente de la República, en representación de diversos sectores de la economía; y tres en representación del sector bancario. Esto demarcaba una pauta en la junta a ser dirigida por las orientaciones del ejecutivo y una alta injerencia del sector privado. Esta participación del mencionado sector en la junta hacía engorroso el uso de los instrumentos para la ejecución, no sólo de la política cambiaria, sino de las dos restantes, ya que todo el andamiaje jurídico y económico quedaba sujeto a los intereses sectoriales y políticos de los grupos económicos que tenían alcance y participación en la junta.

adquirió plenamente su carácter de entidad estatal: nacionalizando su capital y eliminando su Junta Directiva de naturaleza privada. Esto se llevó a cabo en virtud de la Ley 7 y el Decreto 2617 del mismo año. A través de estas disposiciones el Estado adquirió el 99.9% del capital del banco y confirmó el carácter regulador y ejecutor de la Junta Monetaria, encomendando al banco, a través de su Junta Directiva, ejecutar las políticas que fijara la Junta Monetaria.

En este momento de cambio crucial en la estructura del Banco se continuaba, por otro lado, supeditando la actuación del ente a las disposiciones generales del gobierno nacional, quien era, por disposición de la propia Carta de 1886 —art. 120 numeral 14—, el que terminaba diseñando las políticas específicas dentro de la política monetaria general que habrían de guiar los rumbos de la economía colombiana. Esto fue práctico hasta llegados los años ochenta del siglo pasado. En ese entonces el gobierno se empieza a mostrar inoperante y rezagado en la definición de la política económica general, por lo que se considera la inclusión de un nuevo órgano en la dirección, fijación y ejecución de esta política, lo que condujo al gran avance de la Constitución de 1991. En ella se incluyó por primera vez, después de casi ciento cinco años de creado el banco emisor, un banco central como una persona jurídica de derecho público, con autonomía administrativa, patrimonial y técnica, sujeto a un régimen legal propio de índole orgánico, con competencias programáticas y de ejecutor, con la titularidad y administración de las reservas internacionales, entre otras atribuciones orientadas al cumplimiento de su función especial de mantener en equilibrio el precio de la moneda nacional. No obstante, estas competencias constitucionales se conceden bajo un sistema de unificación jurídica entre la Junta Directiva y el Banco de la República; ya no existirían más la Junta Monetaria —de derecho público— y el banco —de naturaleza privada— del antiguo estatuto de 1967.

3. LA POTESTAD REGULATORIA DE LA JUNTA DIRECTIVA DEL BANCO DE LA REPÚBLICA EN MATERIA CAMBIARIA

Las normas que encontraremos incluidas en el ordenamiento económico colombiano y que confieren expresas competencias a la Junta Directiva como agente regulador, paralelas a las competencias que para los mismos objetivos atribuyen las leyes 9 de 1991 y 31 de 1992 al gobierno, y que deben cumplirse por parte del Emisor de acuerdo a la política económica general, se encuentran distribuidas en las normas reglamentarias de las mismas leyes 9 y 31 —normas marco y orgánicas respectivamente—, el Decreto 2520 de 1993 —estatutos del Banco de la República— y, con mayor precisión e incidencia para el mercado de cambios de la moneda, la Resolución externa 8 del 2000, dictada con sujeción a los expresos

mandatos del artículo 16, en sus literales h) e i), que amalgaman las competencias que se refieren a la Junta Directiva en tanto agente regulador y autoridad cambiaria respectivamente⁶. Son estas normas, todas ellas de carácter administrativo, las que fijan las competencias de las que goza hoy nuestro banco central a efectos del régimen de cambios internacionales.

El artículo 371 de la Constitución establece que el Banco de la República tendrá, entre otras, la labor de regular los cambios internacionales, en coordinación con la política económica general dictada por la rama ejecutiva. Deben agregarse, no obstante, las interpretaciones a propósito del numeral 19, literal b) del artículo 150 superior, que permiten deducir que son las resoluciones de la Junta Directiva del Banco —tal como la Resolución 8— las que precisan el contenido normativo del régimen cambiario colombiano. Este régimen adquiere plena vida jurídica cuando la Junta Directiva, tal como lo ordena el literal b), dicta la regulación complementaria a las normas reguladoras expedidas por el gobierno, manteniendo en equilibrio la otra relación dicotómica que nos interesa: la “balanza económica” que existe entre la actividad cambiaria y el sector del comercio exterior.

Pero, ¿en qué incide esta discusión para las competencias constitucionales del Banco de la República en el sistema cambiario? Pues bien, cuando el numeral 19, literal b), afirma que se requiere la participación de la Junta Directiva en tanto órgano directo encargado de la regulación, distingue estas competencias de aquellas que existen para la Junta Directiva cuando actúa como autoridad. Así lo señala IBÁÑEZ NAJAR:

“Apareció así el sistema de la banca central dividida en dos ramas o categorías: una primera de regulación o programática, a cargo de *un órgano del Estado, la Junta Monetaria*, y una segunda de ejecución a cargo de *una entidad privada, el banco de emisión*, al cual el Estado le atribuyó la facultad de ejecutar la política monetaria que trazara la primera. De esta manera el Estado colombiano alcanzó independencia en el manejo de las políticas monetarias, cambiarias y crediticias respecto del sector privado, pero a costa de la unidad orgánica de la banca central que había prevalecido en los últimos años, pasando a una figura en la cual el gobierno de nuevo adquirió un absoluto y completo dominio del manejo monetario”⁷. (El énfasis es nuestro).

6 Así puede leerse del enunciado de la misma resolución: “La Junta Directiva del Banco de la República, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial de las que le confieren los artículos 371 y 372 de la Constitución Política, *el artículo 16 literales h) e i) de la Ley 31 de 1992*, y en concordancia con el Decreto 1735 de 1993 [...]” (el énfasis es nuestro). Podrá verse en el transcurso del capítulo la manera en que la misma Junta Directiva elabora el matiz del fundamento legal para expedir las resoluciones que considere conveniente, trátense de las funciones de autoridad o de las funciones de agente regulador.

7 IBÁÑEZ NAJAR, JORGE ENRIQUE, *Estudios de derecho constitucional económico*, Javegraf, Bogotá, D.C., 2001, pág. 85.

El doctrinante menciona la dicotomía que existe con anterioridad a 1991, entre la extinta Junta Monetaria y el Banco de la República, y se refiere a la primera como el órgano encargado de ejercer las competencias regulatorias de los sistemas monetarios. Para el segundo, por el contrario, reserva tan sólo la función ejecutora de aquéllas.

Hoy las funciones regulatorias que estaban en cabeza de la Junta Monetaria pasaron al Banco de la República de acuerdo al artículo 371 de la Constitución de 1991. No obstante, éstas —al igual que las funciones ejecutoras— residen en un mismo órgano, sólo que las competencias que se referían a la ejecución y aplicación de las primeras —las normas reguladoras— y que se encontraban en el banco antes de 1991, pasan hoy a ser titularidad de su Junta Directiva como autoridad que es, pero no con alcances regulatorios —como es el caso de la junta en tanto agente regulador—. Esta diferencia se justificaba cuando el Banco de la República era de carácter privado, mientras que la Junta Monetaria era de naturaleza pública, cuestión que hoy no ocurre.⁸

Otra interpretación que nos permiten distinguir la función regulatoria del Banco de la República de su función reglamentaria en tanto autoridad cambiaria la encontramos en las intervenciones de los delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente:

“[...] yo creo que el concepto clásico ese de que la junta y el director ejecutivo, o el gerente, entonces cumple las funciones, en este caso no está bien claro, porque una cosa es la institución banco [lo que es el actor regulador] y otra cosa son las funciones de autoridad monetaria [política cambiaria]. Podemos tratar de buscar un entendimiento sobre ese punto [...]

—Y la dualidad es porque aquí el banco en parte orienta la política, la regula y también en parte la ejecuta—⁹.

Debe entenderse, entonces, que el Banco de la República es el segundo partícipe —al lado del gobierno— en la definición del régimen cambiario del que derivan sus competencias regulatorias, pero también se habla de la política cambiaria, relación dual que precisan los mismos delegatarios:

8 Ya nos hemos referido a la distinción entre junta y Banco de la República, al tratar la evolución histórica de estas instituciones.

9 Asamblea Nacional Constituyente, *Informe de sesiones de la Comisión Quinta*, mayo 2 de 1991, pág. 43.

“[...] en el Gobierno del doctor GUILLERMO LEÓN VALENCIA, conformada por funcionarios públicos en su totalidad, [...] se le dio la facultad a esa Junta Monetaria de reguladora o programática, dejándole la ejecución de esas políticas al banco [en cabeza de la Junta Directiva]; esa junta continuó y continúa ejerciendo la política monetaria, cambiaria y crediticia [...].

[...].

El segundo artículo de esta propuesta sustitutiva, honorables constituyentes, cambia sustancialmente el artículo segundo de la propuesta inicial que viene de los ponentes de la Comisión Quinta. Primero, pone en cabeza de la Junta Directiva del Banco de la República esa nominación de autoridad monetaria, cambiaria y crediticia, porque en el texto original que nos fue propuesto se da por entendido que esa autoridad monetaria, crediticia y cambiaria queda en cabeza del banco como organismo administrativo y ejecutivo, y resulta que el banco como tal no debe ser sino el ejecutor de esas políticas y de esas regulaciones en materia monetaria, crediticia y cambiaria. Debe ser la junta la autoridad en estas materias, porque tiene una entidad institucional muy claramente establecida en este articulado”¹⁰.

Así, la diferencia entre junta reguladora y junta autoridad para el tema del sistema de cambios se encuentra legitimada. Es esta diferencia la que terminaría por plasmarse en los proyectos de articulado que se presentaron para la banca central y que triunfaría en el tema de la competencia reguladora a la que nos hemos referido. Dicho proyecto decía así:

“Artículo 388. El Banco de la República ejercerá las funciones de banca central [...] serán funciones básicas del Banco de la República regular la moneda, los cambios internacionales y el crédito [...]”¹¹,

y así puede leerse hoy el artículo 371 de la Constitución. Entonces, la función que ejerce y que se le ha encomendado al banco bajo la Constitución es una función de carácter eminentemente regulador, como ya se ha insinuado. Muestra de ello es el análisis normativo que sigue.

El artículo 59 de la Ley 31 de 1992 traslada al Banco de la República las competencias que se encuentran en la Ley 9 de 1991 para establecer el trato especial que recibirán los ingresos en moneda internacional que perciba el país como resultado de las exportaciones de café, así como las condiciones en que deberá realizarse el

10 Asamblea Nacional Constituyente, *Informe de sesiones de plenaria*, mayo 17 de 1991, págs. 7, 40 y 41.

11 Asamblea Nacional Constituyente, *Informe de sesiones de plenaria*, julio 2 de 1991, pág. 186.

reintegro de este tipo de operaciones, que sólo puede realizarse mediante la canalización de las divisas a través del Banco de la República. Más aún, el literal h) del artículo 16 de la misma Ley 31 también le transfiere competencias para que sean desarrolladas bajo su función regulatoria las ya señaladas en el artículo 59, así como las que se encuentran comprendidas en los artículos 5, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 16, 28 y 31. Esta transferencia fue tenida explícitamente en cuenta en la última posición de la Corte Constitucional —sentencia C-536 del 24 de mayo de 2005—¹². Así, se concede al banco en propiedad las competencias para regular las operaciones del régimen de cambios; las operaciones del régimen de cambios que a la vez hacen parte del mercado cambiario, a la par con las operaciones cuyas divisas son de libre circulación dentro del libre mercado, al igual que las condiciones en las que se puede dar la tenencia, posesión y negociación de las divisas pertenecientes a este último.

Vale la pena preguntarse, entonces, ¿cuáles son los intermediarios del mercado cambiario? ¿Cuáles son las condiciones para las operaciones del mercado cambiario o regulado? ¿Cuáles son las condiciones en que habrá de intervenir el Banco de la República por medio de su Junta Directiva, en tanto autoridad cambiaria, en el mercado cambiario? Estas preguntas se relacionan estrechamente con la competencia para regular, además, la administración de las reservas internacionales y las actividades que versan sobre la libre comercialización del oro; el régimen cambiario especial de las empresas de servicios del sector de los hidrocarburos y su celebración de contratos en el país mediante divisas; la estipulación de obligaciones en moneda extranjera, cuándo pueden pagarse en la divisa pactada y cuándo deben resolverse en el peso colombiano; y, finalmente, el mecanismo para que las personas autorizadas a poseer divisas en el territorio colombiano puedan acceder al mercado de los títulos de deuda pública emitidos por el gobierno, de acuerdo al registro que de éstos tenga la Oficina de Control de Cambios del banco.

12 Dijo la sentencia:

“[...] al Banco de la República le corresponde estudiar y adoptar las medidas monetarias, crediticias y cambiarias para regular la circulación monetaria y en general la liquidez del mercado financiero y el normal funcionamiento de los pagos internos y externos de la economía, velando por la estabilidad del valor de la moneda. Para tal efecto, la Junta Directiva podrá: h) *Ejercer las funciones de regulación cambiaria previstas en el parágrafo 1 del artículo 3 y en los artículos 5 a 13, 16, 22, 27, 28 y 31 de la Ley 9 de 1991*”. (El énfasis es nuestro).

3.1. Resolución 8 del 2000, acto administrativo de carácter regulador

3.1.1. Principales regulaciones de la resolución

Esta es, a grandes rasgos, la normatividad reglamentaria con sujeción a la cual el Banco de la República procede a expedir la regulación —como ya lo ha hecho en la mayoría de los casos—¹³, regulación que encontramos al detalle en las normas de la Resolución Externa 8 de 2000; aunque esta facultad corre paralela a la conferida al gobierno y que no fue trasladada al banco, contenida en otros instrumentos como el Decreto 1735 de 1993. Precisiones de aquella regulación las hallamos en el artículo 58 de la mencionada resolución, al cual habrá que remitirse cada vez que se hable de los intermediarios cambiarios, ya que en esta norma y en los artículos 59 a 61 se regulan las operaciones que exclusiva y taxativamente le son autorizadas realizar a estos agentes y el régimen de obligaciones al cual se someten.

Dentro de las entidades autorizadas como intermediarios cambiario encontramos, en primer lugar, a los bancos comerciales, los bancos hipotecarios, las corporaciones financieras, las compañías de financiamiento comercial, cooperativas financieras, la Financiera Energética Nacional —FEN— y el Banco de Comercio Exterior de Colombia S.A. —BANCOLDEX—; instituciones todas constituidas y reguladas según el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. En segundo lugar, las sociedades comisionistas de bolsa y las casas de cambio, que encuentran su regulación en los artículos 62 a 67 de la misma Resolución 8.

Otro ejemplo directo de esta regulación cambiaria —estrechamente relacionado con el primero— lo encontraremos en los artículos 6 y 7 de la misma resolución, en los cuales se establece qué debe entenderse por el mercado cambiario o regulado y las actividades que deben ser de su curso, es decir, las operaciones que deben canalizarse a través de éste, que guardan estrecha concordancia con las que regula el artículo 1 del Decreto 1735 del gobierno y lo que reglamenta el artículo 4 de la

13 Estas competencias regulatorias atribuidas al Banco de la República por medio de la materia cambiaria son ratificadas por el artículo 17 de sus propios estatutos: “Funciones cambiarias y complementarias. En desarrollo de lo dispuesto por los artículos 16, literal h) y 58 de la Ley 31 de 1992, la Junta Directiva de Banco de la República ejercerá las funciones correspondientes señaladas en la Ley 9 de 1991 y las atribuidas por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, o en aquellas normas que las modifiquen, adicionen o sustituyan”. Las normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero a las que se refiere el artículo bajo análisis deben entenderse como aquéllas en las cuales se confieren competencias a los intermediarios del mercado cambiario y las obligaciones que éstos tienen para con el Banco de la República, entre otros aspectos. En ningún momento el Estatuto ha consagrado competencias al Banco, ya que este instrumento carece del carácter de norma orgánica que pueda atribuirle competencias al banco, ya en tanto regulador ya como Junta Directiva autoridad.

Ley 9. Estas operaciones son las derivadas de las operaciones de comercio exterior, ya que propiamente las importaciones y exportaciones de bienes no hacen parte de lo que entendemos por el mercado cambiario, como sí sucede con el *reembolso* y *el reintegro* de las divisas destinadas o provenientes de este tipo de operaciones comerciales —como ya fue explicado—. De esta forma confirmamos las competencias con las que cuenta el Banco de la República en su carácter de regulador y la concordancia con las funciones del gobierno que se le atribuyen en el artículo 150 de la Carta. Debe aceptarse, entonces, que en virtud de la alta participación —compartida con el gobierno— con la que cuenta el banco para definir la TRM a partir del comportamiento del mercado de divisas, ambos —junta y gobierno— están regulando indirectamente el comercio exterior y directamente el régimen cambiario¹⁴.

Continuando el examen de los mandatos de la resolución agregaremos que sus artículos 8 a 21 concluyen la regulación del trámite de las divisas de importación y exportación y su canalización en el mercado cambiario, entre otras disposiciones complementarias para cada una de estas operaciones. El artículo siguiente, en concordancia con el artículo 22 de la Ley 9, regula el precio mínimo del reintegro para las exportaciones de café, es decir, el precio mínimo de venta en el mercado internacional, que para el caso será el que se fije en la declaración de exportación. Resta precisar, según lo dispone la resolución, que si en la operación de compraventa internacional el exportador residente en el país concede un plazo de pago al comprador superior a 12 meses, esta operación se convierte en una operación de endeudamiento externo, y deberá informarse al Banco de la República cuando el monto del mismo supere los diez mil dólares americanos.

Por otro lado, el segundo numeral del artículo 7 de la resolución bajo examen se refiere a las *operaciones de endeudamiento externo celebradas por residentes en el país*. Estas operaciones se encuentran reguladas en los artículos 23 a 29 de la mencionada Resolución 8, que regulan el mecanismo bajo el cual deberán

14 Esto mismo es lo que proponen los antecedentes de la Ley 31 de 1992:

“Por tanto, el Banco de la República debe expedir sus actos, de carácter general, con sujeción a la Constitución y a la ley, de conformidad con las políticas monetaria, cambiaria y de crédito contenidas en el programa que adopte y en coordinación con la política económica general.

[...]

Igualmente, como otro mecanismo de coordinación, el proyecto contempla que la función a cargo de la Junta Directiva consistente en determinar la política de la tasa de cambio se ejerza de común acuerdo con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público. En esta materia, se repite, no habrá un objetivo funcional que obligue a las autoridades estatales a determinar el consenso de la política respectiva: velar por el mantenimiento de la capacidad adquisitiva de la moneda”. (GUEVARA GUEVARA, CÉSAR TULLIO, “Exposición de motivos de la Ley 31 de 1992”, en: *Revista de la maestría en derecho económico*, Javegraf, Bogotá D.C., 2002, pág. 88).

desarrollarse las operaciones de crédito que se realicen a través de las instituciones financieras autorizadas por el Banco de la República en las que participen residentes en el país, ya sea que actúen como acreedores o como deudores en estas operaciones con moneda extranjera. También señalan las condiciones en que deberán desenvolverse este tipo de operaciones cuando sean realizadas por la nación a través de cada una de sus entidades descentralizadas territoriales o por servicios.

En los artículos 30 a 33 encontramos la regulación del numeral 3 del artículo 7 de la resolución: las *inversiones de capital del exterior en el país*, primera especie del género de las inversiones internacionales. Los recursos provenientes del exterior deberán canalizarse por medio de los intermediarios cambiarios ya señalados, al igual que las utilidades generadas por los rendimientos de las inversiones extranjeras en el territorio nacional, así como las sumas de dinero que se conviertan a divisas y sean el resultado de la enajenación de la fuente de inversión, de la liquidación del portafolio, de la liquidación de la empresa, y de la reducción del capital asignado, sin perjuicio del cumplimiento de las normas que para este tipo de operaciones fija el Código de Comercio.

El régimen de inversión extranjera en el territorio nacional ha sufrido contundentes modificaciones. Antes de la Constitución de 1991 existían diversos tipos de restricciones a las inversiones provenientes del exterior cuyo objetivo fuese la destinación de recursos a diferentes sectores de la economía nacional, tal como es el caso del sector financiero para el que se adelantó un proceso de nacionalización consistente en que los inversionistas extranjeros no podían tener más del cincuenta por ciento del capital en una misma institución financiera. Esto ha sido modificado con la Carta de 1991, donde en virtud del derecho a la libertad de empresa y a la libre actividad económica se han equiparado las condiciones de inversión tanto para los nacionales como para los extranjeros en todo tipo de actividad económica¹⁵. Más aún, el artículo 100 de la Constitución ordena:

“Los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos”.

Esto no obsta para que el Estado se reserve la fijación de ciertos parámetros de actuación cuando se participe en una actividad de orden público, como las actividades que hacen parte del orden público económico¹⁶.

15 Sobre este punto Cf. LUGARI CASTRILLÓN, MARÍA, *Régimen cambiario colombiano: derecho de la moneda extranjera*, Legis, Bogotá D.C., 1998. [...], pág. 166.

16 Una restricción expresa a las inversiones con fuente en capital extranjero se encuentra en el artículo 39 del EOSF, referente a la actividad aseguradora: “Queda prohibido celebrar en el territorio nacional

El numeral 4 del mismo artículo 7 al que nos acabamos de referir, es el que precisa las *inversiones de capital colombiano en el exterior*, y cuya regulación se encuentra en los artículos 34 y 35 de la norma bajo examen. Estos artículos ordenan que todas las divisas resultantes de los rendimientos de las operaciones e inversiones que se han realizado en el exterior, también deberán canalizarse por intermedio del mercado cambiario, pero además deberán registrarse ante el Banco de la República.

El numeral 5 del mismo artículo en mención contiene el régimen de las *inversiones financieras y en activos en el exterior* que comprenden:

- i) la compra de títulos emitidos o activos radicados en el exterior;
- ii) la compra total o parcial, mediante descuento, de obligaciones privadas, deuda externa pública, sea ya en bonos o títulos de deuda y,
- iii) los giros al exterior provenientes de la colocación de títulos emitidos por empresas del exterior o de gobiernos extranjeros a residentes en Colombia.

Para esto se requerirá la respectiva autorización para la colocación del título por parte de la Superintendencia Financiera. Estas operaciones sólo se deberán canalizar por intermediarios cambiarios cuando sean realizadas mediante divisas que deban canalizarse a través del mercado cambiario, de lo contrario pueden ser llevadas a través del mercado libre, pero deben ser registradas ante el Banco de la República con base en la reglamentación que su Junta Directiva expida, siempre y cuando el monto de estas operaciones sobrepasen los quinientos mil dólares americanos.

En los artículos 38 a 39 encontramos la regulación del numeral 6 del artículo 7 de la resolución, que trata los *avales y las garantías* en moneda extranjera. Estas operaciones pueden realizarse por residentes en el país para respaldar única y exclusivamente operaciones que hagan parte del mercado cambiario, en las que los ingresos y egresos en divisas deberán canalizarse en este mismo mercado, al igual que las operaciones que realicen entidades financieras y residentes en el exterior por cuenta de residente en el país y que garanticen el cumplimiento de una obligación derivada de una operación de cambio o una interna.

El último tipo de operaciones tratadas por la Resolución 8 de 2000 es la prevista en los artículos 40 a 47, que fijan el régimen de las *operaciones de derivados* a las que hace alusión el último numeral del artículo 7. Estas operaciones buscan, de

operaciones de seguros con entidades no autorizadas para desarrollar la actividad aseguradora en Colombia o hacerlo con agentes o representantes que trabajen para las mismas [...].”

manera general, que las partes no tengan que soportar directamente el riesgo de celebrar cierto tipo de contratos —futuros, de entrega futura, permutas, de opciones, etc.— una vez el precio de los productos básicos ha sido fijado con referencia a la tasa de cambio, sujeta a diversas variables. Estas operaciones autorizadas comprenden los contratos referidos y las diversas combinaciones que puedan celebrarse con estos mismos. La liquidación para este tipo de operaciones, según el mandato del artículo 41 de la Resolución 8, debe realizarse en dólares de los Estados Unidos o en alguna de las monedas de reserva internacional que autoriza el artículo 72 de la misma. Estas operaciones, a las que aplica el régimen de las operaciones de derivados, se encuentran señaladas en el artículo 44 de la resolución y sólo podrán realizarse con agentes del exterior que ejecuten este tipo de operaciones con carácter profesional.

También existen, a la par con las operaciones de derivados, las operaciones de derivados financieros que pueden ser realizadas, además, por los residentes en el país y por los intermediarios cambiarios que señala el artículo 58 de la resolución, lo que las diferencia de los derivados sobre productos básicos. Estos derivados financieros podrán realizarse sobre la tasa de interés, la tasa de cambio y los índices accionarios entre los mismos intermediarios o residente e intermediarios del mercado cambiario o agentes del exterior que despliegan profesionalmente estas operaciones.

Ahora bien, todas las coberturas de riesgo a las que nos hemos referido están sujetas a la precisión del artículo 47: su monto no puede ser superior al monto de la operación original que pretende “asegurarse” incluido el resultado neto de la operación de derivado.

La Resolución Externa 8, como clara muestra de las competencias reguladoras del Banco de la República, se encargó de señalar otros aspectos puntuales del sistema de cambios internacionales colombiano. Entre estas materias se cuentan los regímenes especiales del sector de los hidrocarburos y las zonas francas industriales que encontramos en sus artículos 48 a 54 y de los cuales nos ocuparemos brevemente.

El artículo 15 de la Ley 9 le confiere al gobierno la potestad para regular las inversiones extranjeras en el sector de los hidrocarburos, sin perjuicio de las competencias con las que cuenta la Junta Directiva del Banco de la República orientado el mismo objetivo, en un claro ejemplo de la distribución y concordancia de competencias que pueden existir para esta función regulatoria. Este paralelismo de competencias también lo encontramos en el artículo 48 de la resolución, que establece que las divisas provenientes de las ventas que se hagan al exterior por las sucursales de sociedades extranjeras dedicadas a la exploración, explotación y demás servicios inherentes al sector de los hidrocarburos no están en la obligación de ser

reintegradas a través de intermediarios cambiarios, en concordancia con lo que también ha fijado el gobierno sobre las empresa que desarrollan este tipo de operaciones en el Decreto 2058 de 1991.

El régimen especial aplicable a las zonas francas fija la misma posibilidad de no tener que reintegrar las divisas provenientes de las exportaciones de sus productos o de cualquier otra operación de cambio, mientras que sea realizada únicamente por los usuarios de estas zonas habilitadas. Sin perjuicio de la posibilidad de acceder al mercado cambiario para aprovisionarse de la moneda nacional u otra divisa para cumplir con el objeto de sus obligaciones.

Otra regulación de la resolución se refiere a las cuentas corrientes en moneda extranjera. Se permite a los residentes en el país ser titulares de cuentas en divisas en el extranjero, adquiridas en el mercado cambiario o por medio de los mismos residentes en el país mientras que no tengan la obligación de canalizarse en el mercado cambiario. Estas cuentas en el extranjero reciben el nombre de *cuentas corrientes de compensación* y deben registrarse ante el Banco de la República de acuerdo al artículo 56 de la misma resolución. Este régimen es diferente al régimen que existe para las cuentas corrientes del mismo tipo pero que sean abiertas por intermediarios cambiarios reconocidos por la ley, ya en este caso no requieren de aprobación ni registro ante el banco.

Otras regulaciones se refieren a la estipulación de obligaciones en moneda extranjera, caso en que se distingue entre las que se pactan en la divisa pero no son operaciones de cambio y que deberán pagarse en moneda nacional de acuerdo a la tasa cambiaria pactada por las partes; y aquellas que permiten que se pacte su monto en divisas y son operaciones de cambio, y se pagarán en la divisa estipulada.

Finalmente encontramos la regulación de la entrada o salida del país de divisas o pesos colombianos cuya cifra ascienda o sea superior a diez mil dólares de los Estados Unidos o su equivalente en otras monedas. En este caso se condiciona la operación a que el transporte de la moneda sea realizado por empresas de transporte de valores autorizadas o por medio de alguno de los intermediarios cambiarios. Cuando se realiza una de estas operaciones deberá diligenciarse la declaración aduanera respectiva ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

4. LA NOCIÓN DE MERCADO LIBRE

A diferencia de lo que hemos entendido por mercado cambiario, y teniendo claro que no es expresa materia que podamos encontrar en las normas reguladoras de la

Resolución 8 de 2000, consideramos importante precisar lo que debe entenderse por el mercado libre de las divisas. La naturaleza del mercado libre lo ata a las libres fuerzas de la economía, por lo que no es necesario que cuente con una expresa regulación. No obstante, las normas del “legislador administrativo” convergen en la dirección de los puntos esenciales de este mercado.

Si el señalamiento al que se refiere el artículo 7 sobre las operaciones que pertenecen al mercado cambiario es de carácter taxativo y limitado, entendemos también que las operaciones que traten con divisas o monedas extranjeras y no se encuentren en esa enunciación hacen parte del libre mercado. Por tanto, no consideramos imperativo hacer una mención a cada una de ellas, ya que la tarea puede resultar ilimitada e innecesaria, más aun cuando se puede tener claro qué operaciones no pertenecen al mercado cambiario.

Ha quedado claro que así como las autoridades cambiarias han fijado una TRM de acuerdo con diversas variables de la economía, debemos precisar también que para el mercado libre existe una tasa de cambio que aparentemente carece de regulación, ya que esta es la tasa de cambio que se pacta libremente por las partes —en la mayoría de los casos por una de ellas a efectos de su negocios ordinarios—. Esto es así desde el desmonte de la banda cambiaria en septiembre de 1998, que no era sino el último vestigio del mercado libre intervenido producto de la atribución de la Junta Monetaria de fijar la tasa de cambio que se controlaba a partir de las devaluaciones constantes del peso o devaluaciones “gota a gota”. Con la entrada en vigencia de la nueva Constitución y el nuevo régimen cambiario esta tarea pasó a la Junta Directiva del Banco de la República. Fue esta Junta Directiva, actuando como reguladora del mercado, quien determinó lo que fue la banda cambiaria, con el precio techo y el precio piso para las divisas más representativas, con el fin de controlar la libertad de la moneda que no se quería implantar absolutamente, situación que cambió con la eliminación de dicha barrera en pro de la apertura del mercado cambiario.

La existencia de una banda cambiaria, dentro de lo que podría llamarse un tipo de cambio relativamente flexible, es un elemento que se emplea para la fijación de la tasa de cambio y que entra a jugar con variables externas a las libres fuerzas del mercado y las decisiones de las autoridades correspondientes, ya que los niveles de los precios fijos de la tasa de cambio y su método de definición no eran ajenos a la influencia de los sectores políticos que contaban con una alta injerencia en la definición de la política cambiaria. Ni la Junta Monetaria ni la Junta Directiva, con su carácter de ente autónomo constitucional, pudieron librarse de estas influencias. Creemos, entonces, que fue una decisión adecuada desmontar el sistema de banda cambiaria, lo que alcanzó la Junta Directiva en tanto autoridad y no como agente regulador, ya

que la decisión del desmonte se toma en tanto interventor de la política cambiaria bajo su función de autoridad cambiaria, tal como se explicará más adelante¹⁷.

Pero esta “eliminación” de la banda cambiaria no implicó que las autoridades reguladoras del sistema de cambios —el “legislador administrativo” — perdieran su poder de intervención en el mercado de la divisa, así se tratara de hablar, teóricamente, de un mercado libre en el cual ni el mismo Estado pudiese intervenir. Se debe precisar que el Estado, así haya dejado a las libres fuerzas del mercado la determinación de la tasa cambiaria del libre mercado, ha intervenido las condiciones del libre juego de la divisa en la economía colombiana con el fin de mantener y proteger los intereses de la política económica general, al igual que para cumplir con el objetivo primario que ha fijado la Constitución de mantener estable el nivel de precios de la moneda ante variables que de otra forma sería ingenuo pensar que podrían controlarse o por lo menos mitigarse en el corto plazo.

En la regulación del mercado libre también está presente la relación dicotómica¹⁸ entre la Junta Directiva en tanto reguladora y la Junta Directiva en tanto autoridad: la primera expide la regulación que tendrá en cuenta la segunda para definir cómo habrá de intervenir directamente el mercado, ya sea mediante la fijación de políticas como la banda cambiaria o dejando libre al mercado para actuar en respuesta a posibles situaciones de oferta excesiva de la divisa que sature el mercado y reduzca el precio de la moneda extranjera revaluando el peso colombiano, a lo que se respondería con una operación de “captación” impropia de divisas para equilibrar el

17 Sobre este punto vale la pena analizar la opinión altamente calificada de ALBERTO ALESINA, ALBERTO CARRASQUILLA y ROBERTO STEINER:

“El interés en las presiones políticas sobre las políticas cambiarias es especialmente relevante en países como Colombia, donde los exportadores están muy concentrados en unos pocos sectores, están bien organizados y son políticamente influyentes. En este contexto es apropiado mantener las presiones políticas sobre las tasas de cambio a una distancia prudente. Una forma de hacerlo consiste en otorgar al banco central la facultad de escoger el régimen de tasa de cambio y las políticas cambiarias.

[...] las experiencias recientes de regímenes de tasa fija —o bandas cambiarias— han mostrado que carecen de credibilidad y que pueden causar más problemas de los que resuelven. Las primas de riesgo y la amenaza de ataques especulativos contra una tasa fija pueden causar serios impedimentos a las transacciones financieras y pueden tener serios efectos adversos sobre el sector real”. (ALESINA, ALBERTO (ed.), *Reformas institucionales en Colombia*, Alfaomega, Bogotá D.C., 2002, págs. 271 y 286).

18 Sobre esta relación también se pronuncian CARLOS OSSA y JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ, al aceptar la discusión en los debates del proyecto para el Banco de la República en la Asamblea Nacional: “[...] la Constitución le atribuyó la competencia al banco para cumplir las funciones de banca central, entre ellas, la función básica de regular los cambios internacionales (artículo 371)” y por otro lado “definió a la Junta Directiva del banco como la autoridad cambiaria conforme a las funciones que le señale el legislador (artículo 372)” (STEINER, ROBERTO, *La autonomía del Banco de la República*, Tercer Mundo, Bogotá D.C., 1995, pág. 200). Así, debe entenderse que el banco al dictar las normas generales está actuando como regulador del sistema de cambios pero al ejecutar las políticas contenidas en esas regulaciones y en los fines que trae la Constitución está actuando como autoridad cambiaria.

precio, o ante un aumento del precio de la divisa, que por su escasez en el mercado alcance topes excesivos, generando una devaluación con efectos contraproducentes para las reservas y la deuda internacional pública o privada, lo que se mitigaría mediante una colocación de divisas en el mercado por parte del titular de las reservas. Estas son medidas reactivas al alcance de la Junta Directiva en tanto autoridad cambiaria con base en las regulaciones que se han dictado y que encuentran su sustento en los artículos constitucionales ya referidos, las normas legales analizadas y los artículos de la resolución detallados.

Muestra de ello es la ratificación que hacen la jurisprudencia constitucional y contenciosa-administrativa con relativa precisión desde 1994. En aquel año el Consejo de Estado afirmó:

“El Congreso debe expedir las leyes relacionadas con el Banco de la República y con las funciones que compete desempeñar a su Junta Directiva, las que indudablemente, deberán estar en consonancia con aquellas que de manera general y directa, la propia Constitución le atribuyó en el artículo 371, al disponer que es función básica del Banco de la República “regular la moneda, los cambios internacionales y el crédito [...]”¹⁹.

Igual es el sentir de la Corte Constitucional, quien precisa:

“Las regulaciones” de que trata el artículo 371, son, en principio, normas de carácter general, y su formulación, en lo que atañe al manejo monetario y crediticio, constituye una atribución exclusiva de la Junta Directiva del Banco, porque la Carta no autorizó compartir tales facultades [...] con ninguna autoridad u organismo del Estado”²⁰.

Esto debemos entenderlo sin perjuicio de las propias facultades regulatorias que, radican en cabeza del gobierno para dar un armónico funcionamiento al régimen de cambios, como lo reconocerá incluso la misma sentencia renglones más adelante. Esta posición es ratificada posteriormente por la línea jurisprudencial que encontramos en los fallos C-489 de 1994, C-955 de 2000 y en el salvamento parcial de voto de la sentencia C-333 de 2001, proferido por el magistrado EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT. De esta pequeña línea de interpretación se desprende que la jurisprudencia colombiana ha reconocido la precisa competencia regulatoria que ya hemos tratado de describir renglones atrás, pero esto no es todo. También ha confirmado el que a la par de las facultades constitucionales que se le confieren al Banco de la República como ente regulador y cuya normatividad ejecuta su Junta Directiva como máximo órgano del mismo banco, también existen otras —como lo veremos a continuación— conferidas directamente a la Junta Directiva como la

19 Sentencia del 20 de mayo de 1994, MP: GUILLERMO CHAHÍN LIZCANO.

20 Sentencia C-021 de 1993, MP: CIRO ANGARITA BARÓN.

autoridad cambiaria que también es y que encuentra su fundamento en puntuales normas constitucionales y legales.

En efecto, la Resolución 8 de 2000 se fundamenta en las atribuciones del artículo 16 de la Ley 31 y comprende ambos tipos de competencias: las que son titularidad exclusiva del banco y las que son titularidad exclusiva de la Junta Directiva, ya que se basa en los literales h) e i) del artículo en mención, que aglutina las competencias y atribuciones tanto del ente regulador como las que pertenecen única y exclusivamente a la autoridad en políticas monetaria, cambiaria y crediticia. Ahora bien, las resoluciones modificatorias de esta resolución, en lo que toca a la competencia regulatoria del régimen de cambios, se han expedido hasta hoy fundadas única y exclusivamente en el literal h) del mencionado artículo 16, literal que ofrece las pautas para que el Banco de la República regule lo que es de su competencia en el régimen de cambios, paralelamente a la atribución que se fija al gobierno en el literal b) del numeral 19 del artículo 150 constitucional. Ejemplo de esto son las resoluciones externas²¹ 4 del 3 de junio de 2005, 1 del 18 de febrero de 2005, 6 del 23 de julio de 2004, 8 del 14 de noviembre de 2003, 5 del 15 de agosto de 2003, 1 del 14 de febrero de 2003, 4 del 26 de julio de 2002, 3 del 7 de junio de 2002, 5 del 28 de junio de 2001, 2 del 11 de mayo de 2001, y 7 de julio 22 de 2005. Todas y cada una de ellas ha sido expedidas guardando la debida consonancia con las atribuciones que se confieren al gobierno en el Decreto 1735 de 1993, complemento directo y perfecto para la regulación del régimen de cambios de la moneda en Colombia.

5. LA AUTORIDAD CAMBIARIA Y LA POTESTAD REGLAMENTARIA DE LA JUNTA DIRECTIVA

Las competencias constitucionales y legales que le atribuyen a la Junta Directiva del Banco de la República la facultad de ser la autoridad monetaria, cambiaria y crediticia encuentran su sustento en el artículo 372 de la Constitución, el literal i) del artículo 16 de sus propios estatutos y, fundamentalmente, en el también literal i) del artículo 16 de la Ley Orgánica del Banco de la República²².

21 Todas estas resoluciones externas se expiden con base en las competencias que confieren a la Junta Directiva del Banco de La República, los artículos 371 y 372 de la Constitución Política, y el artículo 16 literal h) de la Ley 31 de 1992.

22 La fuente inicial y con mayor incidencia en los proyectos de la Asamblea Nacional Constituyente, que reconocían la Junta Directiva del banco como ente ejecutor autónomo, paralelo a las funciones del banco regulador fue el proyecto del constituyente LLERAS DE LA FUENTE (Cf. STEINER, *op. cit.*, pág. 68). También véase esta diferenciación en la opinión calificada de IBÁÑEZ NAJAR: “Existirá también en cabeza del banco la facultad reguladora de carácter operativo cuando deba cumplir la función de ejecutar la política cambiaria que adopte su Junta Directiva como autoridad cambiaria. Para tal efecto es preciso recordar aquí que el banco tiene ahora la doble condición de regulador y ejecutor de la política cambiaria al unificarse el sistema de banca central” (*Op. cit.* pág. 158).

Con esto precisamos la sutil diferencia que existe, desde los antecedentes de la misma Carta fundamental hasta nuestros días, entre las funciones del Banco de la República, ya sea que actúe como agente regulador o como el ejecutor de estas regulaciones en su papel de autoridad interventora, como órgano del Estado interventor en la economía que encontramos en el artículo 334 de la Constitución, para así fijar las directrices máximas que habrán de ser aplicadas a la dirección de las tres especies de políticas monetarias, en especial por la política cambiaria del Estado, que aglutina todos los instrumentos de intervención derivados de las normas regulatorias —para el caso, la Resolución 8 de 2000—.

Esto lo afirma la misma Asamblea Nacional Constituyente en boca de sus delegatarios, en un momento donde aún estaba por elaborarse el fondo de lo que hoy configura el articulado y las normas constitucionales propias del Banco de la República. El siguiente fragmento es tomado en pleno punto de discusión sobre la distribución de las competencias de la política monetaria entre el gobierno y el banco:

“Señor ministro, entiendo que lo que propone el gobierno en su proyecto y lo que está en varios de los proyectos de reforma constitucional con relación al Banco de la República es que quien hace la política monetaria, quien dicta la política cambiaria, quien dicta la política crediticia es el gobierno [...] lo que hace el Banco de la República es reglamentar esa política. Es importante esa separación, porque yo creo que dentro de esa actitud democrática tenemos que dejarle el manejo de la política económica a los gobiernos y a la resultante de los debates electorales, programáticos, pero no entregarle la política macroeconómica a una entidad aislada del devenir jurídico del país”²³.

Este parecer quedaría plasmado en la Constitución de 1991: es el gobierno el que fija la política económica general en representación del mismo pueblo que lo elige. El gobierno expide la regulación sobre los tres sistemas monetarios, especialmente sobre el sistema cambiario, a la par y en debida consonancia con el banco regulador, para que una vez superada esta etapa, sea la Junta Directiva de éste, como autoridad cambiaria, la que efectúa la “regulación”²⁴ —entiéndase la

23 Asamblea Nacional Constituyente, *Informe de sesiones de la Comisión Quinta*, marzo 20 de 1991, págs. 78-79.

24 Éste “regula” o “regular” que le atribuimos a la Junta Directiva del Banco de la República debe interpretarse en sentido que es la propia junta a la que se le confiere única y exclusivamente la competencia constitucional de fijar las disposiciones que habrán de desarrollar las plenas facultades que a ella, y solo a ella, —a diferencia de lo que ocurre en la fase regulatoria— se le atribuyen en lo que respecta a cada política monetaria específica, bajo los parámetros de la autoridad que es en cada una de éstas, pero aceptamos que estas competencias reguladoras con las que cuenta como autoridad derivan de la regulación que se hace previamente de lo que es su sustento jurídico y de lo que debe ser el régimen de cambios en que se alojan aquéllas.

reglamentación— mediante herramientas de intervención que le señale el propio legislador administrativo, pero con alcances supeditados a las normas regulatorias.

Sobre este punto se pronunció, en la Asamblea Nacional, el constituyente RODADO, aclarando la participación de la Junta Directiva en las funciones de autoridad en el sistema cambiario:

“Yo creo que esta es una manera razonable de lograr que sea una junta autónoma, que fije, que trace la política, porque también sería muy malo, doctor MARULANDA, que esta junta se convirtiera en una junta simplemente reglamentista de la política monetaria. Me parece que sería someterla a una *capitis diminutio*, prácticamente la haría inane. Así, tiene que tener la capacidad de fijar, trazar, orientar la política”²⁵.

Al atribuírsele a la Junta Directiva el papel de autoridad del sistema de cambios internacionales se le confirió la labor de regular la política cambiaria, fijada en el régimen de cambios. Por tanto se le confirió la titularidad de los instrumentos de la propia política cambiaria y que define el sistema cambiario como un sistema normativo. Por esto la Junta Directiva del Banco de la República no puede avocarse competencias regulatorias sobre el régimen cambiario, ya que para ello el alcance jurídico de estas competencias se ve reducido y supeditado a las normas dictadas previamente, tal como se sigue de la lectura del literal i) del numeral 16 de la Ley 31, que contiene el género de las competencias de autoridad cambiaria y que se complementa con el mandato del artículo 17 de la misma Ley, ya que una vez proferida esta regulación cambiaria, los intermediarios cambiarios que reconoce el sistema deberán actuar con sujeción a las medidas reglamentarias que dicte la autoridad en la política cambiaria de intervención, distinta, y complementaria a la vez, a la regulación del régimen.

Para entender esto, veamos un ejemplo de cuándo la Junta Directiva del Banco de la República actúa como autoridad sobre las diferentes políticas que se le han encomendado. Esto lo precisa la Corte Constitucional en la sentencia C-955 de 2000, con ponencia del magistrado JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ:

“En cuanto a la fijación del “marco” que habrá de ser desarrollado por el gobierno, hay que advertir que —según se expresó en otro aparte de este mismo fallo—, el ejecutivo podrá dictar decretos al respecto en aquellos asuntos que sean de su competencia. No así en lo que constitucionalmente corresponde a otros órganos del Estado, como la Junta Directiva del Banco de la República. Ésta, como lo prevé el artículo 372 de la Constitución, es la autoridad monetaria, cambiaria y crediticia, “conforme a las funciones

25 Asamblea Nacional Constituyente, *Informe de sesiones de la Comisión Quinta*, marzo 20 de 1991, pág. 84.

que le asigne la ley”, no el gobierno, y en consecuencia, en aspectos tales como la determinación del valor de la UVR y la fijación del interés remuneratorio máximo al que se aludirá en esta Sentencia, nada tiene que reglamentar el ejecutivo; la junta debe actuar en desarrollo de las pautas trazadas por la ley y según las condiciones de exequibilidad que la presente sentencia señala”.

Aquí la Corte se refirió a la incompatibilidad que existe, y debe existir entre las competencias del gobierno —que para nada hacen alusión a las políticas monetarias propiamente dichas— y la Junta Directiva como autoridad en estas últimas²⁶. En el caso citado, valga completar, se sostenía que la junta estaba actuando como propia autoridad crediticia —en un paralelo que hacemos con la autoridad cambiaria, ya que la naturaleza y el fundamento constitucional es el mismo en ambos casos— al fijar el valor del UVR y su tasa de interés para los créditos de vivienda que, a partir de estos fallos y específicamente desde el desmonte del sistema UPAC²⁷, se encuentra en la Junta Directiva. Lo que nos interesa es entender que nada tiene que ver esta competencia de autoridad, ejercida por reglamentación, con las atribuciones que el constituyente encomendó al gobierno, debido a que aquí, al igual que en otras situaciones similares, no es el banco como regulador quien actúa, ya que quien ha desplegado sus funciones es la misma junta pero como autoridad monetaria, cambiaria o crediticia.

Por tanto, debemos concluir que las funciones del Banco de la República en tanto regulador según el artículo 371 no son iguales a las asignadas a su Junta Directiva en tanto autoridad reglamentaria. Aunque de acuerdo con el artículo 372 de la Carta Superior²⁸ sean funciones complementarias, porque ambas son manifestación de la cláusula general de intervención radicada en un mismo órgano. Al ejercer sus competencias como autoridad sobre la materia monetaria genérica, la junta está empleando instrumentos de intervención sobre el mercado como los que encuentran sustento en el artículo 16 de la Ley 31, que recopila todas las competencias otorgadas tanto a la Junta Directiva como al banco en lo que a sus funciones se refiere. Esto consta en la exposición de motivos de dicha ley:

26 La Corte Constitucional en este fallo se pronuncia sobre una de las demandas de inconstitucionalidad que se presentaron sobre la ley marco de vivienda –Ley 546–.

27 Cf. entre otras, la sentencia C-700 de 1999.

28 Este artículo encuentra su reconocimiento, al igual que las competencias que consagra, no sólo en el artículo 372 sino también en lo que ya venía planteando el constituyente al dar un reconocimiento expreso y preciso en el proyecto de artículo sobre este punto: “Artículo 389. La Junta Directiva del Banco de la República será la autoridad monetaria, cambiaria y crediticia conforme a las funciones que le asigne la ley” (Asamblea Nacional Constituyente, *Informe de sesiones de Plenaria*, julio 2 de 1991, pág. 186).

“5. El artículo 16 del proyecto determina los instrumentos con los que contará la Junta Directiva del Banco de la República como autoridad monetaria, cambiaria y crediticia del Estado, con el objeto de regular la circulación monetaria y en general la liquidez del mercado financiero y el normal funcionamiento de los pagos internos y externos de la economía, velando por la estabilidad del valor de la moneda”²⁹.

Esto, como lo vemos, compaginado con las funciones que están radicadas plenamente en el Banco de la República, que actuará como agente regulador de las materias, como renglón seguido lo reseña la misma exposición:

“En materia cambiaria, el proyecto mantiene vigente la Ley 9 de 1991, haciendo en todo caso una redistribución de competencias administrativas entre el gobierno y la Junta Directiva del Banco, para los efectos previstos en los artículos 150 numeral 19 literal b), en cuanto se refiere al gobierno y 371 y 372 en cuanto se refiere al banco y en particular a su Junta Directiva”³⁰.

De lo anterior se sigue que el legislativo, durante los debates que se llevaron a cabo para dar vida a la Ley 31 de 1992, no se olvidó de la distinción a la que nos hemos referido. Esto porque, como se puede ver en la misma exposición, se entiende que en la ley, tal como existe hoy, se han consagrado y reconocido las competencias constitucionales otorgadas tanto a la junta como autoridad en políticas monetarias —artículo 372 de la Constitución— como al Banco de la República como ente autónomo —artículo 371 de la Constitución— para desarrollar la regulación que le encomiende la ley sobre los sistemas de los que dependen las tres políticas —monetaria, cambiaria y crediticia—. Ahora bien, estas políticas serán reglamentadas, en especial interés del mercado cambiario, por la misma junta, pero en este caso actuando bajo su función complementaria de autoridad que deberá ejecutar las políticas bajo la debida sujeción a los órganos reguladores del régimen. Es decir, la junta mediante la reglamentación que dicta como autoridad cambiaria, concreta en el mercado las disposiciones que ha expedido con base y bajo la dirección del régimen de cambios³¹.

29 GUEVARA, *Op. cit.*, pág. 78.

30 *Ibid.*

31 A esta distinción nos habíamos referido previamente de manera implícita, ya que las funciones que hoy cumple la junta como autoridad eran las que estaban radicadas en la Junta Directiva del Banco de la República hasta 1991 y cuya naturaleza era de carácter particular. Las funciones de la junta como agente regulador, por su parte, las venía cumpliendo desde 1963 la Junta Monetaria, dada su naturaleza de ente público. Hoy estas competencias están radicadas en un ente de naturaleza exclusivamente pública y de rango constitucional, lo cual era el ideal, no sólo del constituyente sino además del legislativo, como podemos apreciar en los debates de la Ley 31 que nos trae a orden CÉSAR GUEVARA:

Bien lo veía el legislativo al momento de discutir estos temas, donde nos permitimos enfatizar la competencia de la autoridad:

“La función reguladora del banco es de naturaleza administrativa y de carácter general que debe cumplir, por mandato constitucional, con sujeción a la ley. *Existirá también en cabeza del banco la facultad reguladora de carácter operativo cuando deba cumplir la función de ejecutar la política cambiaria que adopte su Junta Directiva como autoridad cambiaria*”³² (el énfasis es nuestro).

Podemos sintetizar estas competencias en las que la junta actúa como autoridad cambiaria en todas aquellas actividades de intervención que tengan efectos directos sobre el mercado cambiario, pero esto con, y a partir de, una actuación sujeta a las regulaciones anteriormente expedidas³³, actuación que afectará los índices y niveles de divisas, así como también podrá reflejarse en otras variables de la economía, tal como el índice de las reservas internacionales³⁴ y la posible incidencia que pueda tener esta variable en la misma política monetaria especial. Así lo dejan ver los antecedentes constitucionales cuando en la Plenaria de la Asamblea Constituyente se discutieron las competencias y los alcances que se le atribuirían a la junta como autoridad cambiaria:

“Ya no se aceptan sistemas en los cuales las funciones de dirección y regulación de las políticas monetarias, cambiarias y de crédito estén en cabeza de los particulares o de una organización política adscrita generalmente al gobierno, en tanto que las funciones de ejecución de las mismas estén en otra organización distinta, pública o privada, vinculada o independiente de la estructura administrativa del gobierno. Sistemas como el que imperó en Colombia entre 1963 y 1991, con un organismo ejecutor —el Banco de la República—, son ya objeto de revisión constitucional y legal [...]”. (*Op. cit.*, págs. 62-63).

- 32 *Ibid.*, pág. 35. La potestad reguladora operativa debe entenderse con el tecnicismo de la potestad reglamentaria.
- 33 Muestra de la alta facultad interventora de la Junta Directiva con base en la normatividad reguladora que ella misma expide son, por mencionar las más recientes, las circulares reglamentarias externas DODM-144 del 7 de julio de 2005, DODM-143 del 23 de junio de 2005 y DODM 144 del 27 de mayo de 2005 sobre operaciones de derivados; la Circular Externa DCIN-78 del 8 de julio de 2005 sobre operaciones de giro al exterior y transferencia de fondos a favor del banco; la Circular Externa DCIN-83 del 21 de noviembre de 2003 y sus modificaciones, sobre los procedimientos aplicables a las operaciones de cambio; y la Circular Reglamentaria Externa DODM-11 del 4 de marzo de 2003 que reglamenta la metodología del cálculo de la tasa de cambio representativa del mercado.
- 34 Se recuerda que la titularidad exclusiva sobre las reservas internacionales ha sido conferida por la Constitución y el artículo 14 de la Ley 31 de 1992 al Banco de la República. Acorde con esto y entendiendo que el manejo de las reservas es un tema que compete a la política cambiaria, dada la alta incidencia en el mercado de sus medidas intervencionistas, debemos decir que la atribución que tiene el banco como administrador de la principal fuente de recursos para el pago y la solvencia de las obligaciones internacionales termina siendo a la vez una competencia que se deriva del hecho de ser la Junta Directiva la autoridad cambiaria que puede intervenir en el mercado y sobre la cual recaerá la responsabilidad de la política económica general y la política monetaria.

“[...] a ese respecto se anota que la política cambiaria puede definirse, en términos generales, como la intervención del Estado sobre distintas variables económicas con el propósito de determinar resultados en la balanza de pagos. Entre esas variables se incluyen la tasa de cambios, el movimiento de capitales, y las decisiones sobre cualquiera de estos frentes que presenten efectos sobre la balanza de pagos, como la acumulación o desacumulación de reservas internacionales, pues sus resultados tendrán implicaciones monetarias que afectarán el cumplimiento de las metas del dinero en circulación”³⁵.

Esto significará que para que puedan existir y ser aplicadas las medidas que se refieren a las políticas monetaria, cambiaria y crediticia por parte de la junta autoridad, ésta debe —en coparticipación con los demás agentes reguladores— primero expedir el conjunto de normas o régimen regulador, que será el que configure todo el ámbito regulatorio de la soberanía monetaria. La función regulatoria o interventora del mercado que ejerce la Junta Directiva como autoridad y que es de carácter reglamentaria en las políticas monetarias, debe expedirse posteriormente con sujeción a la regulación que para los tres sistemas profieran el Banco de la República y el gobierno de manera armónica y conjunta.

Para ser todavía más precisos creemos necesario dejar sentados algunos claros ejemplos de este tipo particular de competencias. Veamos el inciso tercero del artículo 5 de la Resolución Externa 8 de 2000, que confiere al Banco de la República la facultad de suspender las operaciones que se tengan con un determinado intermediario del sistema de cambios que incurra en incumplimiento de la obligación de suministrar al banco la información debida y pertinente sobre las declaraciones de cambio y demás documentos que certifiquen sus operaciones. También tenemos el artículo 17, que confiere al banco la facultad de solicitar información sobre la realización de financiaciones previas o pagos anticipados de las operaciones de exportación que hagan los residentes en el país. El artículo 29 de la resolución bajo examen atribuye a la Junta Directiva la facultad de señalar de manera general los plazos, los intereses, la finalidad, los límites cuantitativos y las demás condiciones en que habrán de desarrollarse las operaciones de endeudamiento, bien sea de naturaleza pública o privada, como una medida directa de intervención en el mercado cambiario. Finalmente, el artículo 73, le atribuye precisas facultades al banco para evitar las fluctuaciones indeseadas en la tasa de cambio, con la particularidad de que estas medidas se adoptarán a partir de lo que previamente señale la Junta Directiva, y se faculta a la junta autoridad para comprar o vender divisas en el mercado según las necesidades de éste, ya sea directamente o a través de intermediarios cambiarios.

35 Asamblea Nacional Constituyente, *Informe de sesiones de Plenaria*, mayo 17 de 1991, pág. 11.

No podemos olvidarnos de las ya mencionadas competencias que en tanto autoridad tiene el Banco de la República en el sistema de cambios internacionales, ya que al conferírsele la titularidad sobre las reservas internacionales³⁶, no sólo puede intervenir el mercado cambiario mediante un movimiento de éstas —sea ya liberando divisas o captándolas—, sino que además estará por intervenir en la política monetaria, ya que ante la liberación de divisas la masa monetaria tiende a reducirse, disminuyendo el precio de la moneda extranjera pero generando un aumento en las tasas de interés; o en caso contrario, al momento de captar las divisas aumentará su precio y puede llegar a generarse un contraproducente aumento en los índices de inflación.

De lo anterior podemos concluir que cuando el Banco de la República interviene en el mercado de acuerdo a las condiciones que fije su Junta Directiva en tanto autoridad, lo hace con sujeción no sólo a la política cambiaria, sino también a las otras dos políticas y, por ende, a la política monetaria general que las contiene. De ahí la relevancia de su intervención y de la atribución exclusiva de la titularidad como autoridad reglamentaria en lo que a la política monetaria general se refiere.

6. EL CONTROL JUDICIAL DE LAS RESOLUCIONES DEL BANCO DE LA REPÚBLICA

6.1. Actos generales

La naturaleza de las resoluciones que profiere el Banco de la República, ya en su función como agente regulador, ya en su competencia de autoridad cambiaria, será

36 Cf. GAVIRIA CADAVID, *op. cit.*, pág. 460 y el artículo 14 de la Ley 31:

“El Banco de la República administrará las reservas internacionales conforme al interés público, al beneficio de la economía nacional y con el propósito de facilitar los pagos del país en el exterior. La administración comprende el manejo, la inversión, el depósito en custodia y la disposición de los activos de reserva. La inversión de éstos se hará con sujeción a los criterios de seguridad, liquidez y rentabilidad en activos denominados en moneda de reserva libremente convertibles o en oro.

La Junta Directiva del Banco de la República podrá disponer aportes a organismos financieros internacionales con cargo a las reservas internacionales, siempre y cuando dichos aportes constituyan también activos de reserva.

El Banco de la República no podrá otorgar créditos con cargo a las reservas internacionales.

Como administrador de las reservas internacionales, el Banco de la República podrá realizar operaciones de cobertura de riesgo. Con este propósito podrá asignar parte de los activos para depósitos de margen o de garantía o con el fin de efectuar pagos directos para la compra de instrumentos de cobertura de riesgo en el mercado.

Las reservas internacionales del Banco de la República son inembargables.

El Banco de la República podrá contratar créditos de balanza de pagos no monetizables.

Parágrafo. Las operaciones previstas en este artículo se realizarán conforme a las condiciones que señale la Junta Directiva del banco”.

siempre de naturaleza administrativa, trátase de actos de carácter general o de actos de carácter particular³⁷. Por tanto, los primeros pueden ser impugnados respecto a su legalidad y constitucionalidad ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, mediante las acciones que consagra para esto el Código Contencioso Administrativo en virtud de la competencia que le otorga la Constitución al Consejo de Estado, máximo tribunal de esta jurisdicción, y que se encuentra en el numeral 1 del artículo 237, a la par con la competencia general que confiere el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo³⁸ a las autoridades judiciales ya referidas al tratarse de actos administrativos de carácter regulador.

6.2. Actos particulares

Los actos de carácter particular, por su parte, están sujetos a la vía gubernativa aplicable a todo tipo de actos de esta naturaleza, por lo que pueden ser previamente acusados ante el mismo Banco de la República mediante los recursos ordinarios de la vía gubernativa³⁹. Ante una respuesta desfavorable, el interesado puede demandarlos por las mismas acciones que aplican para los actos de carácter general, ante la jurisdicción contenciosa⁴⁰.

37 Cf. artículo 50 de la Ley 31 de 1992:

“Las decisiones de la Junta Directiva se adoptarán mediante actos de carácter general o particular según la índole de la función pública que se esté ejerciendo. Dichos actos deberán ser firmados por el presidente y el secretario de la junta y se comunicarán y notificarán de acuerdo con la naturaleza de la decisión que contengan. Las demás decisiones se registrarán por las normas del derecho privado”.

38 Dice en su tenor el artículo 82:

“La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y los litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas, y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.

Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de gobierno.

La jurisdicción de lo contencioso administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley.

Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las salas jurisdiccionales disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los consejos seccionales de la judicatura, no tendrán control jurisdiccional”.

39 Por regla general se entiende que contra los actos particulares del banco procede sólo el recurso de reposición, a menos que una regla especial establezca la excepción y permita la apelación, lo cual en el estado de cosas constitucional actual, resulta improcedente.

40 Cf. sentencias C-529 de 1993, MP: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ; C-566 de 2000, MP: CARLOS GAVIRIA DIAZ; y C-827 de 2001, MP: ÁLVARO TAFUR GALVIS.

6.3. Una precisión final

En virtud de la naturaleza de actos administrativos dictados con sujeción a la ley —formal, Ley 31, y material, Resolución Externa 8— que poseen los actos de carácter general, pero con atributos y claros alcances reguladores del régimen y de la política cambiaria⁴¹, gozan de una naturaleza jurídica especial que los diferenciara del común de los actos administrativos que profieren otros entes estatales, e incluso de los mismo actos particulares que emite el banco. Estas particularidades colocan a estos actos generales en igualdad con los decretos que profiere el gobierno a efectos de la competencia regulatoria del literal b) del numeral 19 del artículo 150 constitucional en el régimen cambiario. No obstante, para este caso, el control judicial de las actuaciones del banco central se encuentra radicado en el Consejo de Estado, como tribunal supremo de lo contencioso administrativo y no son, ni deben ser, competencia de la Corte Constitucional.

En efecto, la competencia que permitiría, hipotéticamente, que la Corte Constitucional conociese de los decretos que expide el gobierno, se seguiría de una reforma al numeral 2 del mismo artículo 237 de la Carta, que a su tenor dice:

“Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los *decretos dictados por el gobierno nacional*, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional” (el énfasis es nuestro).

Es esta premisa, de por sí correcta (no tanto como ocurre con los decreto del gobierno con sujeción a leyes generales) la que evita que la Corte pueda conocer de los actos administrativos que profiere el Banco de la República, ya que la habilitación procede sólo para los *decretos gubernamentales*, que no estén consagrados en el artículo 241 de la Constitución. Este vacío podría corregirse incluyendo los decretos que se expidan por el gobierno con base en las competencia del artículo 150, numeral 19, literal b), porque continúan siendo decretos, y son sobre los que conocería la Corte Constitucional mediante la acción de inconstitucionalidad, acción que se encuentra reservada única y exclusivamente para leyes y decretos con fuerza de ley, pero no para actos que profiera una entidad estatal distinta al Congreso o al gobierno nacional, tal como lo es el Banco de la República.

Resta por señalar que la Corte Constitucional, en su última posición sobre el sistema cambiario, (C-536 del 2005), no se pronunció sobre el asunto de si así como

41 Actuaciones que ya no dependen de los decretos autónomos del extinto numeral 14 del artículo 120 de la constitución de 1886.

los decretos del gobierno deberían tener un reconocimiento de normas con fuerza de ley, algo similar debería aplicársele a las resoluciones que profiriese la Junta Directiva del Banco de la República cuando ejerce sus competencias de agente regulador o de autoridad cambiaria. Para nosotros es claro que debería ser así, porque estos actos administrativos del banco, dado su carácter regulador, también deberían entenderse como normas con fuerza de ley en igualdad de rango con las demás normas jurídicas de igual naturaleza⁴².

BIBLIOGRAFÍA

- ALESINA, ALBERTO (ed.), *Reformas institucionales en Colombia*, Alfaomega, Bogotá, DC, 2002.
- ARANGO LONDOÑO, GILBERTO, *Estructura económica colombiana*, McGraw-Hill, Bogotá, DC, 1997.
- ESPINOSA VALDERRAMA, ABDÓN, “Tras el manejo del Emisor”, en: *El Tiempo*, Bogotá, DC, 11 de noviembre de 2004.
- GAVIRIA CADAVID, FERNANDO, *Moneda, banca y teoría monetaria*, Fundación Universidad Jorge Tadeo Lozano, Bogotá, DC, 1999.
- GUEVARA, CÉSAR TULIO, “Exposición de motivos de la Ley 31 de 1992”, en: *Revista de la maestría en Derecho Económico*, Javegraf, Bogotá, DC, 2002.
- IBÁÑEZ NAJAR, JORGE ENRIQUE, “Alcances y límites de las potestades reguladora y reglamentaria: la división de competencias existentes entre la ley y el acto administrativo normativo; sea regulador o reglamentario”, en: *Vniversitas*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, DC, diciembre de 2003.
- Estudios de derecho constitucional económico*, Javegraf, Bogotá, DC, 2001.
- LÓPEZ GARAVITO, LUIS FERNANDO, *Intervencionismo de Estado y economía en Colombia*, D’Vinni, Bogotá, DC, 1995.
- LUGARI CASTRILLÓN, MARÍA, *Derecho cambiario: derecho de la moneda extranjera. Jurisprudencia y doctrina*, Librería del Profesional, Bogotá, DC, 1994.
- Régimen cambiario colombiano: derecho de la moneda extranjera*, Legis, Bogotá, DC, 1998.

42 Lamentamos el silencio de la Corte Constitucional sobre la naturaleza de estas resoluciones ya que aunque se entiende que la decisión adoptada al ser inhibitoria no permita un pronunciamiento de fondo, no consideramos que esta posición hubiese sido impedimento absoluto y pleno para referirse a la naturaleza de estos instrumentos y competencias de rango constitucional dada su alta injerencia para lo que es de la misma definición del sistema cambiario de la moneda, además que si las competencias gubernamentales que se encontraban en la Ley 9ª fueron transferidas por mandato de la Ley 31 al Banco de la República, se está diciendo con esto que las competencias aún siguen vigentes, tan solo que han cambiado parcialmente de sujeto a quien se le han encomendado, y creemos con base en este argumento que la Corte se hubiese podido pronunciar, una vez admitida la demanda, al respecto de la naturaleza de esta competencia, hoy radicada en el ente emisor.

“Mercados suben por efecto maya”, en: *El Tiempo*, miércoles 6 de julio de 2005.

STEINER, ROBERTO, *La autonomía del Banco de la República*, Tercer Mundo, Bogotá, DC, 1995.

TORO AGUDELO, HERNÁN, *La intervención presidencial en el Banco de Emisión*, Lealon, Medellín, 1973.

Normas jurídicas

De rango constitucional

Anales de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991. Biblioteca Luis Ángel Arango.

Constitución Nacional de 1886.

Constitución Política de 1991.

De rango legal

Decreto ley 444 de 1967.

Ley 9 de 1991.

Ley 31 de 1992.

Resolución Externa 8 del 5 de mayo del 2000, Junta Directiva del Banco de la República.

Sentencias del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo

Sección Cuarta, sentencia del 20 de mayo de 1994, MP: GUILLERMO CHAHÍN LIZCANO.

Sección Primera, sentencia del 8 de octubre de 1998, MP: JUAN ALBERTO POLO F.

Sección Cuarta, sentencia del 3 de diciembre del 2001, MP: MARÍA INÉS ORTIZ BARBOSA.

Sentencias de la Corte Constitucional

C-021 de 1993, MP: CIRO ANGARITA BARÓN.

C-021 de 1994, MP: ANTONIO BARRERA CARBONELL.

C-489 de 1994, MP: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ.

C-560 de 1994, MP: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ.

C-955 de 2000, MP: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ.

C-333 de 2001, MP: RODRIGO ESCOBAR GIL.

C-712 de 2001, MP: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

C-781 de 2001, MP: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

C-827 de 2001, MP: ÁLVARO TAFUR GALVIZ.

C-536 de 2005, MP: ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

Sentencias de la Corte Suprema de Justicia

12 de junio de 1969, MP: HERNÁN TORO AGUDELO.

*