

Comentarios al proyecto de Reforma Constitucional en lo correspondiente a la norma sustitutiva del artículo 49 de la Carta sobre prohibición de emitir moneda de curso forzoso

Por: Doctor Roberto Salazar Manrique*
Abogado subgerente del Banco de la República

I. Antecedentes del artículo 49 de la Constitución Nacional

De tiempo atrás se ha venido cuestionando por los constitucionalistas la vigencia del principio que orientó la prohibición de emitir moneda de curso forzoso contenida en el artículo 49 de la Constitución.

Para una buena parte de los constitucionalistas el curso forzoso ha pasado a ser una noción que ha perdido actualidad; otros sostienen que la práctica del manejo monetario moderno hace que se haya violado la prohibición.

Ni la tesis de la desuetud, ni la tesis de la violación parecen conformes con la realidad económica. La historia constitucional de la prohibición de emitir moneda de curso forzoso muestra que el constituyente se basó en "la imperiosa necesidad de cerrar la puerta para siempre en el campo de la ley al cáncer del papel moneda". Esta norma se dictó dentro de los moldes propios del patrón oro cuya operatividad permitía en forma automática el control cuantitativo de la emisión monetaria. Sin embargo el legislador dejó abierta así la posibilidad interpretativa del precepto constitucional, de acuerdo con la evolución de las ciencias monetarias, destacando dos elementos básicos de la norma: "El propósito de

evitar la emisión incontrolada de moneda y el deseo de procurar que no obstante la evolución de la ciencia económica, pudiera preservarse siempre ese principio de control monetario.

El concepto de emisión monetaria de curso forzoso fue variando por la fuerza de los acontecimientos monetarios y cambiarios en los últimos 50 años. Al establecerse la inconvertibilidad de la moneda, se suspendió la posibilidad de ejercer por el tenedor de la misma el derecho a obtener su pago en metálico o en monedas de otras fuentes. Hoy día el concepto tradicional de moneda libremente convertible, no existe en su acepción original. Actualmente la inconvertibilidad monetaria no necesariamente desemboca en una emisión incontrolada de papel moneda, dentro de la moderna concepción de lo que llamaríamos "la moneda sana".

El legislador ha hecho uso de este principio, al disponer en el artículo 24 literal a) de la Ley 7a. de 1973, la facultad de la Junta para establecer los presupuestos monetarios a que deberá sujetarse aquélla y el Banco de la República en el manejo de la política del crédito y de la moneda.

Recogiendo esa evolución conceptual, el ponente para primer debate de la Reforma en el Senado,

* Escrito el 4 de octubre de 1989, antes de su nombramiento como Ministro de Justicia (octubre 8 de 1989).

doctor Durán Dussán introdujo el tema para discusión del Congreso, proponiendo como texto sustitutivo del artículo 49 de la Constitución el siguiente:

Artículo 15. El artículo 49 de la Constitución Política, quedará así: "Con el fin de garantizar la estabilidad de la moneda el Gobierno Nacional adoptará anualmente un presupuesto monetario compatible con el presupuesto general de la Nación y un presupuesto de divisas de cambio exterior, ambos con sujeción al plan económico y social, de los cuales informará al Congreso".

Algunos comentarios, entre ellos el del doctor Abdón Espinosa Valderrama, consideraron que la norma se quedaba corta frente a la necesidad de prohibir constitucionalmente el financiamiento del Banco Central con empréstitos al Tesoro Nacional, como fin fundamental de la moneda sana.

El Banco de la República preparó entonces, para ser presentado por el señor Ministro de Hacienda al Congreso, un texto más comprensivo de la necesaria limitación de la emisión de moneda con propósitos de arbitrio rentístico y para financiamiento del Tesoro. Dentro de las deliberaciones que el Ministerio de Hacienda tuvo con los parlamentarios, se llegó a una fórmula transaccional y complementaria según la cual, de una parte se prohibía el crédito del Banco de Emisión como arbitrio rentístico y se limitaba a atender deficiencias transitorias de Tesorería, y a mantener la regularidad de los pagos, debiendo cancelarse tales créditos dentro de la vigencia presupuestal. De otra parte se contemplaba la posibilidad de convertir en ingreso ordinario de la Nación, el equivalente en moneda nacional de los intereses percibidos por el Banco de Emisión, en la inversión de las reservas internacionales, en los términos que señalara la autoridad monetaria, de conformidad con lo que dispusiera la ley.

El precepto concebido en los anteriores términos fue aprobado en la primera vuelta y quedó como texto definitivo de la reforma en esta etapa.

Ahora, para la segunda vuelta, la ponencia en primer debate del doctor Federico Estrada Vélez, trae un pliego de modificaciones en el que se elimina la necesidad de otorgar financiamiento al Gobierno Nacional, sobre la base de suprimir el inciso 3o. del texto. Por considerar que "el Banco de Emisión tiene entre sus funciones fundamentales financiar al Gobierno, y considera que puede traer dificultades, crear normas rígidas, que eventualmente pue-

dan impedir la acción del Estado frente a situaciones imprevistas". Sin embargo, el ponente mantiene la norma sobre asignación de intereses por inversión de reservas, como ingreso ordinario de la Nación.

La anterior enmienda constituye una modificación sustancial del proyecto de reforma que, a la luz de la jurisprudencia de la Corte con motivo de la inexecutable de la Reforma Constitucional de 1979 ⁽¹⁾, hace pensar que la iniciativa constitucional deba volver en esta parte a discutirse en primera vuelta para su confirmación. Si bien es cierto que existe jurisprudencia dirigida a considerar que no requiere revisarse, la concepción del artículo constitucional se torna completamente opuesta con la sugerencia del pliego de modificaciones y en ese caso, para hacer consistente la supresión del arbitrio fiscal con la nueva redacción, tendría que eliminarse el ingreso fiscal, previsto en el inciso final del artículo que comentamos, que fue precisamente objeto de transacción entre el Gobierno y el Parlamento. De lo contrario se correría el grave riesgo de declararse un vicio de inconstitucionalidad.

De otro lado, como lo anotamos en los puntos III y IV de este documento, la necesidad de eliminar el inciso final relativo a los intereses de las reservas internacionales como ingreso ordinario del Gobierno, se hace indispensable frente a la evolución que ha tenido la jurisprudencia internacional con respecto al tema de la inmunidad soberana que protege a las reservas cuando ellas están en cabeza de un Banco Central, pero que no lo hace cuando pueda existir la posibilidad de que se les califique como activos del Tesoro Nacional. Pasamos a explicar este punto en los apartes siguientes para hacer la mayor precisión sobre un tema que reviste gran importancia y que resulta muy delicado para la protección de los activos internacionales del país en situaciones de endeudamiento externo como las que viven actualmente las naciones en desarrollo.

II. La Banca Central y el financiamiento al Gobierno

Si bien en los orígenes de los bancos de emisión, dos siglos atrás, pudo haber una tendencia a utilizarlos

(1) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, del 3 de noviembre de 1981.

como guía de financiamiento al Gobierno, la evolución de la banca de emisión hacia la moderna banca central, ha sido la de adoptar reglas que limiten la discrecionalidad de los bancos centrales en materia de manejo monetario (2). La creación de la banca central en épocas más recientes, proviene de la necesidad de introducir orden dentro del sistema de emisión monetaria, como sucedió en la Alemania e Italia de la postguerra; de esta manera, las necesidades fiscales que pudieron motivar la creación de los bancos de emisión, han desaparecido en la evolución del sistema de banca central. Esta evolución podría decirse que va paralela a la consolidación de las democracias modernas.

El primer banco de los Estados Unidos, según ley expedida en 1791, ya consagraba limitaciones a la posibilidad de otorgar crédito al gobierno federal o al de los estados. La Federal Reserve Act de 1913, que organizó el actual sistema federal de reservas, en todo momento tuvo en mente que las normas aplicables al sistema no contradijeran las reglas del patrón oro, para lograr que la oferta monetaria estuviera limitada por las reglas aplicables al mismo.

En el ámbito de América Latina los bancos centrales han tenido distintas limitaciones al crédito del gobierno. Así sucedió en el caso del Banco Central de la Argentina (artículo 44 de la Ley 12.155 de 1935); así ocurre también con el primer banco emisor de México, al que se le prohibió prestar más del 15% de su capital al gobierno y lo propio ha ocurrido con el actual banco de México cuyas normas orgánicas señalan un límite máximo de crédito para el gobierno, del 10% del capital pagado, con expresa prohibición de prestar a los estados o municipios.

Las anteriores normas básicas de origen legal que indudablemente desarrollan un principio uniforme orientado hacia la eliminación del crédito de la banca central al gobierno, particularmente el de origen fiscal, ha sido en ocasiones materia de atención constitucional. Así se dispuso por precepto de la Constitución Política del Brasil que "es prohibido al banco central (o banco de emisión) conceder, directa o indirectamente, empréstitos al Tesoro Nacional o a cualquier órgano o entidad que no sea institución financiera".

En el caso del Banco de la República, no obstante las limitaciones de sus normas orgánicas que limitan el crédito al gobierno para situaciones de Tesorería en cuantía no superior al 8% de los ingresos ordinarios del año anterior (Leyes 33 de 1962 y 38 de 1989 artículo 80). Sin embargo, normas o disposiciones con fuerza de ley de carácter exceptivo se han sepa-

rado de esta regla permitiendo en ocasiones el financiamiento del banco central al gobierno para atender situaciones de déficit fiscal.

De ahí las razones que llevaron a recomendar la norma constitucional que se introdujo en el texto sustitutivo del artículo 49, que aprobó el constituyente en su primera vuelta.

La inclusión de esta disposición, como decíamos en el punto primero de este documento, constituye la esencia del precepto y su eliminación tendría que estar acompañada también de la supresión del recurso fiscal constituido por los intereses de las reservas internacionales del país, para que la reforma en esta parte no aparezca adoptando una enmienda de fondo que la hiciera volver a revisarse en los primeros debates del procedimiento para aprobación de la misma.

III. La situación de las reservas internacionales y el endeudamiento externo

Los acontecimientos financieros internacionales, particularmente los relacionados con el endeudamiento de los países subdesarrollados han tenido una evolución radical en los últimos tiempos, tanto dentro de la práctica bancaria, como dentro de la jurisprudencia de tribunales internacionales. En efecto, se ha restado alcance al beneficio de la inmunidad de que gozaban los activos internacionales de las naciones (sin consideración a la banca central), depositados en bancos de los centros financieros de los países desarrollados. Esta evolución no sólo hace aconsejable sino indispensable, mantener el sistema jurídico y operativo que rodea el manejo de las reservas internacionales tanto en Colombia como en muchos otros países. Sólo así se podrá consolidar la posición sustentada por el Banco de la República y aceptada por el Gobierno Nacional, acerca de la titularidad del Banco de la República como administrador de las reservas internacionales y titular del derecho de disponer de ellas dentro del marco que le señala la ley y de acuerdo con principios de interés público y beneficio común.

(2) Timberlake Richard H., *The Origine of Central Banking in the United States*. Harvard University Press, Cambridge Mass. 1978, págs. 225 y 226.

La Junta Directiva del Banco de la República, presidida por el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, en su sesión de 31 de enero de 1985 fijó la siguiente posición sobre administración y manejo de reservas frente a la posibilidad de que se presentaran cláusulas que comprometieran los activos internacionales por entidades distintas del Banco de la República.

- a. La administración y manejo de las reservas internacionales corresponden por mandato de la ley al Banco de la República, de conformidad con las previsiones de los artículos 4o., 5o. y 37 del Decreto-Ley 444 de 1967, 1o. y 5o. del Decreto 386 de 1982 y 1o. y 2o. de la Resolución No. 105 de 1982.
- b. Cláusulas por medio de las cuales se establezcan compromisos de no constituir gravámenes sobre el oro y las divisas, o bien de limitar su posesión y tenencia implican necesariamente materia de la administración y manejo de las reservas internacionales.
- c. De acuerdo con las normas citadas, el Banco de la República no puede aceptar la inclusión de cláusulas de 'prenda negativa' sobre las reservas internacionales en los contratos de empréstito de la Nación".

Lo anterior permite concluir, que desde tiempo atrás, la posición oficial del Banco de la República es la de que en esta entidad se ha radicado el control y administración de las reservas internacionales del país y por tanto, es la única entidad con título y con capacidad dispositiva sobre las mismas.

IV. Las reservas internacionales y la inmunidad soberana aplicada a la situación de la deuda externa del país

De tiempo atrás los estados soberanos venían siendo sujetos privilegiados frente a la inmunidad consagrada en la ley internacional. Antes del siglo XX era muy difícil encontrar que un país en el mundo permitiera que sus Cortes pudieran admitir acciones judiciales privadas contra instituciones soberanas. La inmunidad desde sus comienzos se justificó en

las doctrinas de la justicia y la dignidad, pero en la práctica se basó en el principio de la reciprocidad del tratamiento entre las naciones y en la necesidad de evitar que la acción judicial generara antagonismos diplomáticos.

Sin embargo la evolución del mecanismo de inmunidad, ha variado en la medida en que los Estados han llegado a participar crecientemente en actividades comerciales; de manera que el mantenimiento de la inmunidad soberana puede resultar en un tratamiento injusto para los contratistas particulares.

El grado en el cual la inmunidad se ha visto restringida, varía según las distintas jurisdicciones en donde ella se aplica, como es el caso de la US Foreign Immunity Act de 1976, la UK State Immunity Act de 1978 o la Canadian State Immunity Act de 1982. En realidad debe distinguirse entre la demanda judicial de un gobierno extranjero o la demanda judicial de un gobierno nacional. En el caso colombiano los activos de origen presupuestal, por ejemplo, no son embargables según los artículos 8 y 16 de la Ley 38 de 1989. No sucede lo mismo en el ámbito externo, en el que la vieja regla que no admitía la posibilidad de ejecutar judicialmente a los Estados por razón de inmunidad soberana, ha tenido un cambio radical que algunos autores⁽³⁾ registran como la doctrina restrictiva en los alcances de la inmunidad soberana de los Estados. En términos generales, esta posición restrictiva sostiene que la inmunidad no se extiende a asuntos provenientes de actividades relacionadas con administración de propiedades, negocios sujetos al derecho privado, mantenimiento de propiedades estatales en el exterior, como ha ocurrido en casos judiciales en Estados Unidos, Grecia, Austria, Alemania Oriental, Suiza, Holanda y Canadá, entre otros. A pesar de no existir una uniformidad en los diferentes sistemas jurídicos, particularmente los de "Civil Law" frente a los del "Common Law", sí es innegable que hay una tendencia a restringir el alcance de la inmunidad soberana de los Estados (no de la banca central).

En efecto, en lo que respecta a la inmunidad soberana de los Estados, la doctrina y la jurisprudencia se inclinan por la teoría restrictiva. Sin embargo, en lo que se refiere a la banca central, es importante anotar que cuando quiera que un banco central es la entidad responsable de centralizar y administrar las reservas internacionales del país interviniendo

(3) Armel C. Cates and Santiago Isern-Feliu. Clifford-Turner, London en International Law Review July, 1984.

en el mercado de cambio exterior y proveyendo cambio exterior para los residentes con destino a las operaciones de comercio exterior, ello significa que ejerce el control efectivo sobre las reservas y que es el titular de las mismas. Aunque no existe mucha jurisprudencia al respecto la doctrina sostiene que cuando quiera que un banco central obra como tal en el manejo de las reservas internacionales (y ésta es una característica propia del Banco de la República), la tendencia más definida es la de que las disposiciones sobre inmunidad soberana lo protegen. A esa conclusión se debe llegar si se tiene en cuenta que la US Foreign Sovereign Immunity Act de 1976. Esta disposición, por ejemplo, no autoriza a un banco central extranjero a renunciar a su derecho de inmunidad contra el embargo preventivo. Para esa legislación una renuncia de esta naturaleza no sería legalmente válida (4).

A propósito de este tema, resulta oportuno citar a los ya referidos autores Cates e Isern-Feliu de Clifford-Turner quienes sostienen sobre el Acto de Inmunicaciones de 1978 del Reino Unido lo siguiente:

“Este Acto ha establecido una posición privilegiada para los bancos centrales u otras autoridades monetarias. La legislación reconoce las especiales funciones de los bancos centrales en el campo de las finanzas internacionales. Más aún, es obvio que ningún centro financiero internacional desea crear un ambiente hostil para los depósitos de las reservas de bancos centrales (el US Act en forma similar ofrece especial inmunidad para los bancos centrales). La posición es de tal naturaleza que aún en el caso de que un banco central sea considerado bajo el Acto como una entidad separada del Estado, éste continuará gozando de la inmunidad de ejecución que se le otorga a los Estados. El Acto va más allá y dispone que sin importar cuál sea la naturaleza de un banco central, sus propiedades nunca se entenderán como vinculadas a propósitos comerciales. Si un préstamo es hecho a un banco central, la única manera para que los bancos acreedores aseguren la eliminación de la inmunidad, es la de obtener el consentimiento escrito del banco central...

Se ha considerado dentro de este contexto, que debe hacerse una distinción entre las reservas internacionales mantenidas por un banco central por su propia cuenta de aquellas mantenidas en nombre del Estado. Si las reservas son

de propiedad del banco central, entonces los procedimientos ejecutivos no pueden llevarse a cabo a menos que el banco central haya dado su consentimiento escrito. Sin embargo, si se demuestra que las reservas son de propiedad del Estado y son usadas para propósitos comerciales, entonces los procedimientos ejecutivos estarían disponibles contra estos activos, aún en el caso de que el consentimiento escrito del Estado no se hubiera obtenido”.

Es importante aclarar que la ley americana de inmunidad y las opiniones de estudiosos del tema como el señor Ernest Patrikis del Departamento Legal del Federal Reserve Bank de New York (5), hacen la advertencia de que si un banco central mantiene depósitos en bancos americanos con propósitos comerciales y no propios de la banca central, no estaría cubierto por la inmunidad. Este tema que puede ser motivo de preocupación se despeja por cuanto la referencia a actividades comerciales, que hace la ley americana, se aplica sólo a algunos bancos centrales que actúan también como banca comercial. Sin embargo éste no es el caso del Banco de la República. Precisamente a este respecto resulta pertinente repasar la posición que ha asumido la Junta Monetaria en materia de las operaciones del Banco de la República con moneda extranjera, en el sentido de que su régimen es precisamente el aplicable a las actividades propias de un banco central.

V. Necesidad de confirmar que las reservas internacionales son activos del Banco de la República

Como premisa indispensable para concretar la legalidad y establecer la estrategia sobre el manejo de las reservas internacionales, debe darse al tema toda la importancia del caso y debe reafirmarse,

(4) Inmunicaciones de Jurisdição e de Execução dos Estados Proteção a Bens de Bancos Centrais. Luiz Carlos Sturzenegger. Chefe do Departamento Jurídico do Banco Central do Brasil.

(5) Ver “Foreign Central Bank Property Immunity from Attachment in the United States”. Marzo 31 de 1988 y “IMF Central Bank Lawyers Seminar. Sovereign Immunity of Central Banks”. Mayo 5 de 1988.

como lo hemos pretendido hacer en este documento, que los depósitos del Banco de la República constituyen reservas de éste contabilizadas como tales en los activos de su balance. La argumentación dirigida a demostrar este acierto, asegura la protección de los activos de cambio exterior en un proceso de negociación de deuda externa.

Ello nos lleva al siguiente enunciado sobre la necesidad de mantener las reservas bajo el manejo de un banco central, así:

- a. El Banco de la República como banco central de Colombia, es el propietario con título autorizado sobre las reservas internacionales y ejerce autónomamente la capacidad dispositiva sobre ellas. En consecuencia el Gobierno Nacional no puede gravar las reservas ni ejecutar actos dispositivos sobre las mismas, posición que ha sentado la Junta Directiva y la administración de la entidad.
- b. El Banco de la República mantiene las reservas internacionales en sus propias cuentas; no ejerce actividades comerciales, sino de banca central y en consecuencia es beneficiario de la inmunidad que le confiere la ley americana a los activos de los bancos centrales. Lo propio ocurre en otros países como Inglaterra y Suiza.
- c. La argumentación en torno a la posición de la banca central frente al Foreign Sovereign Immunity Act es, en nuestra opinión, suficientemente sólida para afrontar con éxito

cualquier eventualidad sin que sea necesario trasladar las reservas internacionales de los bancos americanos donde actualmente están depositadas.

- d. La argumentación sobre aplicabilidad de las normas de inmunidad a los activos internacionales que mantenga la banca central como tal, según las apreciaciones anteriores, las consideramos suficientemente sólidas.

Por eso se tiene que enfatizar que normas como las contenidas en el precepto constitucional sustitutivo del artículo 49 de la Carta, tienen la desventaja de que en un Tribunal, sobre la base de argumentar que si la Nación recibe como ingreso de presupuesto el producto en moneda legal de los intereses que producen las reservas internacionales, la opinión del Juez o de una Corte pueda inclinarse hacia la tesis de que ellas son un activo de la Nación, con lo cual entraría a aplicárseles la teoría restrictiva de la inmunidad soberana. Esto es más probable que ocurra si se tiene en cuenta que en los créditos Jumbo, Concorde y Challenger se han pactado por la Nación, cláusulas como la del derecho de los acreedores a compensar las cuentas de los prestatarios en caso de incumplimiento en el pago, o de que nuestra entidad no mantiene las cuentas o depósitos en moneda extranjera en su propio nombre y como banco central que es, o que las renuncias a actos de ejecución procesal hechas en los créditos mencionados puedan tener validez, cosa que como dijimos no sucedería tratándose de activos propios del Banco Central.