

P2047



GACETA CONSTITUCIONAL

Nº 28

Bogotá, D.E., miércoles 27 de marzo de 1991

Edición de 24 páginas

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE

HORACIO SERPA URIBE
Presidente

ANTONIO JOSE NAVARRO WOLFF
Presidente

ALVARO GOMEZ HURTADO
Presidente

JACOBO PEREZ ESCOBAR
Secretario General

ALVARO LEON CAJIAO
Relator

RELATORIA

NOTARIOS DE FE PUBLICA

Proyecto de Acto Reformatorio
de la Constitución Política de Colombia

Nº 116

AUTOR: LUIS GUILLERMO NIETO ROA

(Página 2)

REGULACION SISTEMA FINANCIERO

Proyecto de Acto Reformatorio
de la Constitución Política de Colombia

Nº 117

AUTOR: LUIS GUILLERMO NIETO ROA

(Página 4)

SUSPENSION PROVISIONAL

Proyecto de Acto Reformatorio
de la Constitución Política de Colombia

Nº 118

AUTOR: JUAN CARLOS ESGUERRA PORTOCARRERO

(Página 24)

Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución Política de Colombia

Nº116

Título: NOTARIOS DE FE PUBLICA

Autor: LUIS GUILLERMO NIETO ROA

Por el cual se modifican los artículos 40 y 188 y se autoriza la creación de los notarios de fe pública.

La Asamblea Nacional Constituyente

DECRETA

Artículo Primero.- Adiciónase al artículo 40 de la Constitución Política el siguiente inciso:

"La ley establecerá los requisitos para que los abogados inscritos puedan actuar como notarios de fe pública y señalará las condiciones para su ejercicio. Todo abogado que cumpla los requisitos establecidos tendrá derecho a ser reconocido como notario de fe pública".

Artículo Segundo.- El artículo 188 de la Constitución Política quedará así:

"Compete a la ley la creación y supresión de círculos de registro y la organización y reglamentación del servicio público que prestan los registradores.

Todo acto o contrato entre particulares para el que la ley exija la solemnidad de la escritura pública se extenderá ante los notarios de fe pública y se registrará. Si una de las partes es una persona jurídica de derecho público, se registrará directamente.

En los municipios en los que no hubiere abogados reconocidos como notarios de fe pública, actuarán como tales los alcaldes o los jueces.

Artículo Tercero.- (Transitorio).- El gobierno, en un plazo no mayor de dos años, organizará el servicio de registro de instrumentos privados y ejecutará lo necesario para que todos los actos o contratos que hoy se cumplen en las notarias puedan realizarse ante los notarios de fe pública y en la Registraduría Nacional del Estado Civil, según el caso.

EXPOSICION DE MOTIVOS

Señores Constituyentes:

La función notarial es ante todo una función testimonial. El notario simplemente da fe de que tuvo ante sí a la persona que suscribió un acto o contrato y que la firma que estampó es la propia. Para el cumplimiento de esta función no se requiere

sino autoridad moral, la que no se confiere por el nombramiento que el gobierno hace a una persona como empleada pública, sino por el reconocimiento de la sociedad de las cualidades de esa persona para servir como testigo calificado.

Con la evolución de la actividad notarial, se ha pretendido también que los notarios actúen como asesores legales de quienes concurren a extender documentos o celebrar contratos. Por ésto, se ha vuelto forzoso que sean abogados.

Adicionalmente, se les ha dado a los notarios la guarda de los documentos que ante ellos se extienden. Es el protocolo de las notarias.

El origen de los notarios como únicos depositarios de la fe pública fue entre nosotros eminentemente comercial. La Corona española, en una decisión que desvirtuaba la esencia misma de la función testimonial pero que tenía razones de arbitrio de recursos, ponía en venta por remate dichas posiciones. Ganaba no quien reuniera mejores condiciones de honorabilidad y credibilidad sino el mejor postor. El ganancioso no tenía obligación de dar fe por constancia personal y directa; podía delegar en un subalterno y hasta arrendar su función notarial.

Este origen viciado de las notarias desconoció el principio cardinal de la certificación de fe pública, consistente en que una persona de reconocida calidad actuaba como testigo personal y directo de un hecho y daba fe del mismo, para convertirla en un simple negocio.

En la mayoría de los países, especialmente en los regidos por el derecho anglosajón, se conserva la esencia de la función testimonial. El notario no es un empleado público que adquiere por el nombramiento credibilidad, sino una persona cuyas calidades y condiciones la hacen merecedora de la fe pública. Esta persona responde por la veracidad de su testimonio porque solamente puede rendirlo cuando personalmente le consta. No como en la institución notarial de negocio por remate que es, desafortunadamente, lo que se conserva entre nosotros.

El notario en Colombia delega en empleados subalternos, a veces de infima categoría y para los cuales ningún requisito se

exige, la verificación presencial de los hechos y las personas, y se limita a firmar dando fe de un hecho que no le consta. Eso sí, personalmente supervisa el inmediato ingreso de los estipendios, convirtiéndose él mismo y convirtiendo su función en razones potisimas para la pérdida de la credibilidad y el respeto a los valores. Si es justamente aquel a quien se ha revestido con la plena autoridad de ley, quien puede dar testimonio falso sin que nadie lo tache ni sancione, resulta natural que la comunidad entera se sienta autorizada para rendir falsos testimonios impunemente. Eso conduce por fuerza a la pérdida de la confianza en las instituciones y a la inmoralidad.

Si se acaba la institución notarial tal como hoy funciona y, en su lugar, se autoriza que, con el cumplimiento de determinados requisitos, todo abogado inscrito pueda actuar como notario de fe pública, se recupera la condición perentoria de la inmediatez entre el testigo y el hecho o la persona sobre los que da fe.

Propongo que se limite este reconocimiento a los abogados inscritos que cumplan las condiciones de ley porque es necesario que el notario no solamente de testimonio sino que ayude a los comparecientes para que el acto o contrato reúna los requisitos legales. Con ello se logra también la responsabilidad de un profesional calificado, quien no puede como ahora limitarse a decir que la minuta le fue presentada y con ello exonerarse de culpa si el acto no reúne los requerimientos necesarios para su validez legal. Esto es particularmente necesario si, como normas recientes lo han hecho, se delega en los notarios el trámite de los matrimonios civiles, las separaciones de bienes por mutuo acuerdo de los cónyuges y las sucesiones en las que no hay controversia entre los herederos.

La ley tendrá que contemplar, naturalmente, las formalidades propias para cada acto o contrato ante los notarios de fe pública y la manera de dar publicidad efectiva a los actos que así lo requieran, como los matrimonios o las sucesiones, cuestiones que hoy tampoco se cumplen debidamente.

Otras funciones de los notarios actuales como la guarda del protocolo, pueden pasar a las oficinas de registro, tanto si son instrumentos públicos como privados. Hoy se lleva una doble labor de archivo. En la

notaría en donde se extiende el documentos y en donde se registra, bien sea la Oficina de Registro o la Cámara de Comercio. La función de expedir copias en estricto sentido corresponde a las Oficinas de Registro, pues son éstas las que llevan la historia completa de los inmuebles, tanto por anotación en los folios como por archivo de los documentos que dan soporte a esos folios. Otro tanto sucede con las cámaras de comercio en lo relativo a las sociedades mercantiles y civiles y a otras operaciones de comercio.

En el momento actual, ¿qué sucede con la persona que desea obtener copia completa de la historia de un inmueble o de una sociedad? Debe ir a la Oficina de Registro a solicitar el folio de matrícula inmobiliaria, si se trata de un inmueble, o a la cámara de comercio a pedir el certificado de existencia y representación legal, si se trata de una sociedad. Obtenido el folio de matrícula inmobiliaria o el certificado de existencia, tiene que empezar un recorrido por cada una de las notarias en las que fueron extendidas las escrituras anotadas en el folio o en el certificado para procurarse la copia de las mismas. Como ni para las escrituras referidas a un inmueble ni para las relaciones con una sociedades es forzoso utilizar siempre la misma notaría, ni siquiera la misma ciudad, puede ser que ese parroquiano se vea obligado a ir a una docena de notarías distintas y hasta de ciudades distintas.

El registro, bien sea para el inmueble o para la sociedad, en cambio, es único, y tiene relación con cuestiones lógicas, como el lugar en donde está situado el inmueble

o donde tiene el domicilio principal la sociedad. Por consiguiente, lo verdaderamente lógico es que si tales oficinas tienen el archivo completo de las escrituras o documentos relacionados con el inmueble o con la sociedad, sean ellas mismas las que entregan por petición y a costo del solicitante, copia de dichos documentos.

En desarrollo de este principio elemental, el proyecto establece que la función de guarda del protocolo (si así quiere seguirse llamando) o de las copias originales autorizadas por los notarios de fe pública, corresponderá a la Oficina en la que se lleva la historia del inmueble, de la sociedad, del acto mercantil, de la aeronave, o lo que deba registrarse y, como consecuencia lógica, esta misma oficina estará obligada a expedir las copias que se le soliciten.

Naturalmente que la ley puede establecer la obligación para los abogados reconocidos como notarios de fe pública, de conservar copia de los documentos que autoricen.

El registro civil de las personas pasará, como ya lo ordena la ley, a la registraduría respectiva.

Conviene anotar que entre nosotros ya existe para determinados efectos la institución del notario de fe pública distinto del empleado público notario, aunque no se le dé este nombre. Es el caso de los contadores públicos cuya atestiguación sobre hechos de su competencia es plena prueba. Así la ley 145 de 1960 confiere a los contadores públicos la capacidad de certificar, autorizar con su firma y dictaminar con efecto de plena prueba, balances y estados de

cuentas de sociedades comerciales, empresas y establecimientos públicos descentralizados, bancos y establecimientos de crédito, instituciones de utilidad común, etcétera, y asimila a los contadores a funcionarios públicos para efectos de determinar su responsabilidad y les señala consecuencias penales y civiles para el caso de falsedad testimonial. Es decir, verdaderos notarios de fe pública.

Es necesario resaltar también, como última razón, que en lógico desarrollo del origen mercantil de las notarias en las instituciones españolas, las notarias colombianas en su función actual son más establecimientos de negocios, a veces muy jugosos, que verdaderos templos de testimonio calificado. La fe pública en las notarias se ha vuelto una frase pues todos saben que cuando el notario firma ni siquiera se da cuenta de lo que firma. Lo único que le importa es que suene la registradora, que el dinero entre. Justamente por eso se ha incrementado en los últimos años una cadena de delitos contra la propiedad raíz con escrituras públicas corridas por suplantadores y falsificadores, sin responsabilidad alguna para los notarios. Y como sucede casi siempre entre nosotros, en lugar de exigir a los notarios que cumplan su función de ser testigos presenciales de los hechos y constaten hasta la plena prueba la identidad de los comparecientes, se le pone a éstos cada vez más trabas. O sea, que para remediar la ineficacia e irresponsabilidad de los notarios que solamente se preocupan por el negocio, el ciudadano es convertido en víctima sin derecho a reclamar.

Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución Política de Colombia

Nº117

Título: **REGULACION SISTEMA FINANCIERO**

Autor: **LUIS GUILLERMO NIETO ROA**

Por el se modifica el régimen de regulación del sistema financiero.

La Asamblea Constitucional

DECRETA:

Artículo 1.— El artículo 32 de la Constitución Nacional quedará así:

Artículo 32.— Se garantizan la libertad de empresa y la iniciativa privada, dentro de los límites del bien común, pero la Dirección General de la Economía estará a cargo del Congreso y del Gobierno nacional.

Corresponde al Congreso de la República, por leyes de alcance general, limitar los derechos de las empresas, en los términos que la Constitución permite. Esas leyes deben expresar, al menos, cuál de los derechos que la Constitución garantiza se autoriza a limitar; la naturaleza y los fines de los límites que se permiten; los sujetos a quienes pueden aplicarse; los casos y la oportunidad en los que pueden imponerse; el grado de limitación, cuando ésta pueda graduarse; y la etapa de la actividad económica en la que los límites se aplican.

Los decretos que produzca el Gobierno para desarrollar tales leyes son actos administrativos.

Artículo 2.— El numeral 11 del artículo 76 de la Constitución Nacional quedará así:

Artículo 76.— Corresponde al Congreso hacer las leyes.

Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones:

11. Conceder autorizaciones al Gobierno para celebrar contratos, negociar empréstitos, y enajenar bienes nacionales;

Artículo 3.— El numeral 22 del artículo 76 de la Constitución Nacional quedará así:

Artículo 76.— Corresponde al Congreso hacer las leyes.

Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones:

22. Dictar las normas a las cuales deba sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos: regular el cambio internacional y el comercio exterior; regular las actividades de los intermediarios financieros; y modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas;

Autorizar al Gobierno a contratar empréstitos señalando para ello límites que consistan en determinadas relaciones porcentuales indicativas de la capacidad de pago de la Nación.

Artículo 4.— El numeral 3 del artículo 120 de la Constitución Nacional quedará así:

Artículo 120.— Corresponde al presidente de la República como jefe del Estado y suprema autoridad administrativa:

3. Ejercer la potestad reglamentaria expidiendo las órdenes, decretos y resoluciones necesarios para la cumplida ejecución de las leyes. Sin mandato expreso de la ley, los reglamentos no podrán limitar los derechos que la Constitución garantiza; ni hacerlo para fines, sujetos, casos y oportunidades, grados o etapas distintos de los que la ley autoriza. La ley, o el presidente, podrán delegar la facultad reglamentaria en otras autoridades; pero el presidente, como suprema autoridad administrativa, podrá siempre revocar o reformar los reglamentos que produzcan las autoridades del orden nacional.

Artículo 5.— Derógase el ordinal 14 del artículo 120 de la Constitución Política.

Artículo 6.— El numeral 15 del artículo 120 de la Constitución Nacional quedará así:

Artículo 120.— Corresponde al presidente de la República, como jefe del Estado y Suprema autoridad administrativa.

15. Ejercer la inspección necesaria sobre los demás establecimientos de crédito y las

sociedades mercantiles, conforme a las leyes. La facultad de inspección y la de vigilancia permiten al presidente, y a sus delegados, conocer todas aquellas actividades y datos de las empresas que sean necesarios para cerciorarse de que cumplen las leyes y los reglamentos; y para sancionarlas en caso de incumplimiento. Las autoridades a quienes el presidente delegue la facultad de inspección y vigilancia pueden indicar, por actos de carácter general, la forma y la oportunidad en la que debe proporcionárseles la información que requieran, pero carecen en los demás de facultad reglamentaria.

Artículo 7.— El numeral 22 del artículo 120 de la Constitución Nacional quedará así:

Artículo 120.— Corresponde al presidente de la República como jefe del Estado y suprema autoridad administrativa:

22. Regular el cambio internacional, el comercio exterior, y las actividades de los intermediarios financieros; y modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas, con sujeción a las reglas previstas en las leyes a que se refiere el ordinal 22 del artículo 76.

Artículo 8.— El numeral 2 del artículo 214 de la Constitución Nacional quedará así:

Artículo 214.— A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confieren ésta y las leyes, tendrá las siguientes:

2. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de todas las leyes y los decretos dictados por el Gobierno en ejercicio de las atribuciones de que tratan los artículos 76, ordinal 12, y 80 de la Constitución Nacional, cuando fueren acusados ante ella de inconstitucionalidad por cualquier ciudadano.

Luis Guillermo Nieto Roa.

Proyecto de Reforma Constitucional en Asuntos de Regulación Financiera

TABLA DE CONTENIDO

Proyecto de Acto Legislativo

EXPOSICION DE MOTIVOS

Presentación

PRIMERA PARTE

La Capacidad de regulación sobre el Sistema Financiero

CAPITULO 1

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

CAPITULO 2

EVOLUCION DE LA FACULTAD DE REGULACION SOBRE LA ECONOMIA

2.1. Planteamiento del problema.....	13
2.2. El punto de partida: la Constitución de 1886.....	13
2.3. La reforma constitucional de 1910.....	16
2.4. La reforma constitucional de 1936.....	16
2.5. La reforma constitucional de 1945.....	17
2.6. La reforma constitucional de 1968.....	18
2.7. La reforma constitucional de 1979.....	19
2.8. Conclusiones.....	20

Artículo 2.- El numeral 11 del artículo 76 de la Constitución Nacional quedará así:

Artículo 76.- Corresponde al Congreso hacer las leyes.

Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones:

11. Conceder autorizaciones al Gobierno para celebrar contratos, negociar empréstitos y anajar bienes nacionales;

Artículo 3.- El numeral 22 del artículo 76 de la Constitución Nacional quedará así:

Artículo 76.- Corresponde al Congreso hacer las leyes.

Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones:

22. Dictar las normas a las cuales deba sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos: regular el cambio internacional y el comercio exterior; regular las actividades de los intermediarios financieros; y modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas;

Autorizar al Gobierno a contratar empréstitos señalando para ello límites que consistan en determinadas relaciones porcentuales indicativas de la capacidad de pago de la Nación.

Artículo 4.- El numeral 3 del artículo 120 de la Constitución Nacional quedará así:

Artículo 120.- Corresponde al presidente de la República como jefe del Estado y suprema autoridad administrativa:

3. Ejercer la potestad reglamentaria expidiendo las órdenes, decretos y resoluciones necesarios para la cumplida ejecución de las leyes. Sin mandato expreso de la ley, los reglamentos no podrán limitar los derechos que la Constitución garantiza; ni hacerlo para fines, sujetos, casos y

oportunidades, grados o etapas distintos de los que la ley autoriza. La ley, o el presidente, podrán delegar la facultad reglamentaria en otras autoridades; pero el presidente, como suprema autoridad administrativa, podrá siempre revocar o reformar los reglamentos que produzcan las autoridades del orden nacional.

Artículo 5.- Derógame el ordinal 14 del artículo 120 de la Constitución Política.

Artículo 6.- El numeral 15 del artículo 120 de la Constitución Nacional quedará así:

Artículo 120.- Corresponde al presidente de la República, como jefe del Estado y suprema autoridad administrativa,

15. Ejercer la inspección necesaria sobre los demás establecimientos de crédito y las sociedades mercantiles, conforme a las leyes. La facultad de inspección y la de vigilancia permiten al presidente, y a sus delegados, conocer todas aquellas actividades y datos de las empresas que sean necesarios para cerciorarse de que cumplen las leyes y los reglamentos; y para sancionarlas en caso de incumplimiento. Las autoridades a quienes el presidente delegue la facultad de inspección y vigilancia pueden indicar, por actos de carácter general, la forma y la oportunidad en la que debe proporcionárseles la información que requieran, pero carecen en lo demás de facultad reglamentaria.

Artículo 7.- El numeral 22 del artículo 120 de la Constitución Nacional quedará así:

Artículo 120.- Corresponde al presidente de la República como jefe del Estado y suprema autoridad administrativa:

22. Regular el cambio internacional, el comercio exterior, y las actividades de los intermediarios financieros; y modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas, con sujeción a las reglas previstas en las leyes a que se refiere el ordinal 22 del artículo 76.

Artículo 8.- El numeral 2 del artículo 214 de la Constitución Nacional quedará así:

Artículo 214.- A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confieren ésta y las leyes, tendrá las siguientes:

2. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de todas las leyes y los decretos dictados por el Gobierno en ejercicio de las atribuciones de que tratan los artículos 76, ordinal 12, y 80 de la Constitución Nacional, cuando fueren acusados ante ella de inconstitucionalidad por cualquier ciudadano.

Proyecto de Reforma Constitucional en Asuntos de Regulación Financiera

Exposición de motivos

PRESENTACION

La Asociación Bancaria presentó a las mesas de trabajo organizadas por el Gobierno para conocer las ideas de diferentes

personas y grupos sobre la reforma de la Constitución, un proyecto de Acto Legislativo, sobre diversos aspectos relacionados con la regulación de la economía y la Hacienda Pública.

El proyecto parte del supuesto de que la claridad en el alcance de la facultad de regulación es un requisito para el funcionamiento eficiente del sistema económico; y que éste, a su vez, es condición indispensable para que se puedan crear el empleo y el ingreso que el país busca. Y supone además, que la inflación, los problemas de manejo presupuestal, y las ambigüedades en el alcance de las regulaciones, tienen un alto costo social.

Varios de los planteamientos que el proyecto contiene en cuanto a la regulación de la economía han sido hechos por destacadas personalidades a lo largo de varios años, y por mí mismo. El documento de la asociación, de otra parte, contiene planteamientos muy juiciosos que, seguramente enriquecerán el trabajo de la Asamblea. Por eso he decidido presentar como proyecto la parte de esa propuesta relativa a la intervención en la economía, la potestad reglamentaria y la facultad de inspección y vigilancia. La justificación del proyecto, que aparece enseguida, ha sido tomada, en sus aspectos principales del documentos de la Asociación.

PRIMERA PARTE

La Capacidad de Regulación sobre el Sistema Financiero

CAPITULO I

Planteamiento del problema

En el plano conceptual, el derecho público contemporáneo acepta el principio de la "intervención del Estado" según el cual las autoridades pueden limitar la libertad de las personas, sobre todo en el campo económico. Siendo Colombia un Estado de derecho, esos límites se expresan por medio de regulaciones.

En este documento se denominan "regulaciones", todas las normas de carácter general que producen las autoridades legislativas y administrativas, y que deben obedecer las personas para no quedar sujetas a algún tipo de sanción.

Hay muchas razones por las cuales es indispensable que las autoridades regulen la economía en general, y el sector financiero en particular. En éste, la regulación se justifica, ante todo, para que las empresas del sector cumplan sus funciones económicas de intermediación entre ahorradores e inversionistas, mereciendo la confianza de unos y otros. Pero también para que las autoridades puedan alcanzar objetivos adicionales de política económica y social.

El principio del "intervencionismo de Estado" coincide a menudo con la creencia de que la solución a muchos problemas sociales requiere la adopción de regulaciones con rapidez y con frecuencia, en la medida en que cambian las circunstancias del país. Tal creencia lleva a que se proponga trasladar la capacidad de regulación propia del Congreso, que se supone poco flexible y ágil, hacia las autoridades administrativas, en cuyas manos quedaría, por regla general, la tarea de realizar la intervención del Estado. Pero ese propósito

encuentra un límite en la necesidad de proteger a las personas contra la arbitrariedad de los funcionarios, y de buscar la certidumbre jurídica, por medio de reglas generales relativamente estables.

Surge, así, una *tensión* entre la necesidad de proteger y dar certidumbre a las personas, por medio de reglas generales y estables, y la de dar a las autoridades administrativas instrumentos eficaces, no solo para cumplir la ley, sino para completarla por medio de *reglamentos* que respondan a las cambiantes circunstancias de la vida del país. Esa tensión se manifiesta en el *plano orgánico*, en la necesidad de señalar hasta dónde llegan las funciones del Congreso, y en dónde comienzan las del Gobierno; y en el *plano instrumental* en la necesidad de definir cuáles limitaciones a la libertad tienen que aparecer en la ley misma, y cuáles pueden dejarse al más importante acto administrativo de todos: el *reglamento*.

La respuesta a esa tensión se manifiesta en ciertos fenómenos que han hecho que la regulación en Colombia resulte ineficiente desde un punto de vista social. Entre ellos parece indispensable anotar los siguientes:

a) Ha habido ciertos cambios en el derecho positivo, que son parte de una *tendencia manifiesta en los primeros ochenta años del siglo XX para aumentar las atribuciones de las autoridades de la rama Ejecutiva del Poder Público*. Como, al mismo tiempo, no se suprimieron explícitamente atribuciones al Congreso, el resultado de tales cambios fue una *multiplicación de las modalidades de regulación, y de las autoridades reguladoras, y una duplicación de funciones*.

b) Ha habido ciertos cambios en la técnica de redacción del derecho positivo, en concordancia con lo dicho atrás, que tienen por objeto *dar más flexibilidad y discrecionalidad a las autoridades administrativas al regular la economía y sobre el sector financiero*. Desde el punto de vista de la ciencia económica puede afirmarse que estos cambios han encontrado apoyo en dos clases de teorías. La primera, la de la "búsqueda del ajuste minucioso" ("fine tuning"), sostiene que para conseguir que la política económica, pero sobre todo la política monetaria, contribuya a la estabilización de la economía, es preciso que las autoridades, en forma discrecional y muy flexible, tomen día a día medidas sobre el sistema financiero para contrarrestar las variaciones que, día a día también, se presentan en las circunstancias económicas de un país. La segunda teoría, en la cual se funda sobre todo la llamada "política crediticia", sostiene que el sistema financiero no debe ser sólo un instrumento "neutral" de captación y transmisión de recursos, sino un instrumento suficientemente "flexible" y "discrecional" como para que las autoridades puedan aplicarlos al "fomento" de ciertas actividades económicas "meritorias".

c) Por influjo de las tendencias y teorías mencionadas atrás, ha habido también cambios en la *jurisprudencia*, que abandonó algunos conceptos legales clásicos, validó los cambios aludidos en el derecho positivo, y amplió el fenómeno de la *duplicación de funciones y multiplicación de las autoridades con capacidad reguladora sobre el sector*. En verdad, la jurispru-

dencia de la Corte y del Consejo de Estado no sólo no ha atenuado sino que, en cierta medida, ha aumentado la dispersión y duplicación de las fuentes reguladoras a las que está sujeto el sistema financiero.

El resultado de los cambios a los que se acaba de aludir es un esquema de regulación confuso, y por lo tanto ineficiente, que puede resumirse así:

a) La Constitución ha multiplicado las *modalidades* de regulación sobre el sistema financiero; en particular, en condiciones normales, se ha pasado de la regulación por medio de la ley ordinaria y el reglamento, a la regulación por medio de leyes ordinarias, leyes de autorizaciones, decretos de intervención, decretos de intervención en el ahorro, leyes marcos, reglamentos y resoluciones de autoridades de nivel inferior. En condiciones especiales, la regulación puede hacerse, también, por medio de decretos-leyes y de decretos de emergencia económica.

b) La ley y la jurisprudencia han multiplicado el número de las *autoridades* que tienen capacidad de regular el sistema financiero; en particular, se ha pasado de la regulación a cargo del Congreso y el Gobierno (presidente y sus ministros), a la regulación por parte del Congreso, del Gobierno, de la Superintendencia Bancaria y de un organismo colegiado "sui generis": La Junta Monetaria.

c) La doctrina y la jurisprudencia han ampliado en forma considerable el *ámbito de la facultad reglamentaria*; ella no se concibe ya, solamente, como un instrumento para cumplir las leyes, sino, también, para modificar obligaciones y derechos de las personas, dentro de autorizaciones legales amplias.

d) Y, por todos esos motivos, se ha vuelto confuso el alcance de las regulaciones que cada autoridad puede dictar. No ha habido acuerdo jurisprudencial acerca de si el Congreso perdió facultad de intervenir en el ahorro, o si puede ejercer esa facultad en forma concurrente con el presidente; acerca de si el Congreso perdió facultad de regular el crédito cuando creó la Junta Monetaria; acerca de hasta dónde llegan las facultades del Congreso, y dónde comienzan las del Gobierno, cuando se produce una ley de intervención o una "ley marco". Además, se discute si los decretos presidenciales de intervención en el ahorro, los decretos en uso de autorizaciones y de intervención, y los decretos en uso de facultades de "leyes marco" pueden o no cambiar las leyes preexistentes; y acerca de la justificación y el alcance de las normas de aplicación general que dicta la Superintendencia Bancaria.

De todo lo anterior surgen graves problemas, que pueden resumirse así:

a) Muchos esfuerzos del Congreso, o del Gobierno, se desperdician; en efecto, estos órganos del Poder Público dictan en ocasiones medidas con el propósito de producir un efecto importante sobre la economía, pero ese propósito se frustra cuando las autoridades judiciales las declaran inconstitucionales o ilegales, porque existe una discrepancia respecto al alcance de la facultad regulatoria que el Congreso o el Gobierno invocaron.

b) La abundancia de regulaciones multiplica los riesgos del negocio financiero, porque la dificultad en conocer, armonizar e interpretar las distintas reglas, somete a las instituciones financieras a la posibilidad de sanciones administrativas, a la de incurrir en responsabilidad civil frente a sus clientes, y a la de que algunos de sus negocios no produzcan los efectos jurídicos buscados. (1).

c) La duplicación, abundancia y mutabilidad de las regulaciones financieras, ocasiona costos administrativos considerables a las instituciones del sector.

En el campo de los hechos económicos, es útil recordar, además, que nuestras instituciones financieras pasaron, a partir de 1982, por una de las crisis más grandes de su historia, y de mayores consecuencias sobre el conjunto de la economía. La abundancia de modalidades de regulación, y de regulaciones, no evitó la crisis. Parecería entonces que la eficacia de la regulación sobre el sistema financiero no depende tanto del número de las modalidades de regulación, sino del uso adecuado de las clásicas.

En los siguientes capítulos del documento se sustentarán las afirmaciones sobre las causas de los problemas, es decir, sobre la multiplicación de las modalidades de regulación sobre el sistema financiero, y de las autoridades facultadas para ejercerla; y sobre la duplicación y ambigüedad en las facultades respectivas. Al final, el documento propondrá unos textos constitucionales, con plena conciencia de las dificultades enormes que se encuentren al tratar de vestir en normas concretas los conceptos jurídicos, y sin más pretensión que la de ayudar a identificar algunos de los elementos que podrían resolver los problemas planteados, y hacer más eficaz y eficiente la regulación de las autoridades sobre la economía y el sistema financiero.

Se supone que cualquier reforma que se adopte en estos temas deberá ir acompañada de normas que faciliten la transición entre el régimen y las regulaciones existentes, y los que pueden producirse como resultado de la reforma constitucional.

Una parte importante de las reformas que se proponen consiste en aclarar el texto constitucional sobre la intervención del Estado, considerado como el eje de la regulación sobre la economía, y en prescindir de algunas de las modalidades de regulación que se han introducido recientemente.

CAPÍTULO 2

Evolución de la Facultad de Regulación sobre la economía

2.1. Planteamiento del problema.

El propósito de este capítulo consiste en mostrar cómo la evolución de los textos constitucionales, desde 1886 hasta nues-

(1) Hugo Palacios Mejía, "La regulación del sistema financiero: ¿Conflicto entre los objetivos e instrumentos legales?" en Carlos Caballero Argüez, editor, *Macroeconomía, mercado de capitales y negocio financiero* (Bogotá: Asociación Bancaria de Colombia, 1989), p. 405.

tros días, indica una creciente conciencia de los constituyentes acerca de la importancia de los fenómenos económicos dentro de la vida social; y en mostrar cómo esa evolución positiva, lleva también a una ampliación de las modalidades de la regulación de las autoridades en la economía y, por lo

tanto, en el sistema financiero; y acentúa la facultad reguladora del Gobierno, en detrimento del Congreso.

En el capítulo se pretende mostrar también cómo la reforma constitucional de 1979 trató algunos de los problemas mencionados en el capítulo I de este documento.

El análisis que se hace en este capítulo es preliminar, y parte de una interpretación literal de los textos que contienen las instituciones a las que se alude; en los capítulos posteriores se utilizarán elementos adicionales para completar el análisis.

2.2. El punto de partida: la Constitución de 1886.

El interés en la regulación de la economía y, en especial, del sistema financiero, no es algo constante en nuestro derecho público; por el contrario, es un fenómeno que se ha venido acentuando durante el siglo XX. Y así, por ejemplo, las "bases" constitucionales que se sometieron a la votación de las municipalidades en 1885, con el propósito de limitar la acción de los constituyentes de 1886, no mencionaron tema alguno que pudiera relacionarse en forma más o menos directa con la regulación del sistema financiero.

Fieles al espíritu de las "bases constitucionales" que permitieron su reunión, muchos constituyentes de 1886 se opusieron a llevar a la Constitución los temas económicos porque éstos, a su juicio, no eran suficientemente importantes para aparecer allí; los constituyentes pensaban que era el legislador quien debería ocuparse de ellos (2). Pero, a pesar de todo, en la Constitución de 1886 aparecen varias normas relativas a la propiedad (Art. 32), a la actividad económica y, en particular, a la actividad financiera.

Es indispensable analizar, en general, y como punto de partida, la forma como la Constitución de 1886 organizaba la capacidad de regulación de los diversos órganos del Poder Público; y, en especial, como la organizaba respecto de los asuntos que interesan al sector financiero. Es indispensable, además, examinar lo que allí se disponía respecto a la "inspección" sobre "industrias y profesiones", en general y, en particular, sobre los "bancos de emisión y demás establecimientos de crédito". Es así como se observan los siguientes hechos de interés:

2.2.1. En la Constitución de 1886 la modalidad más importante de regulación es la ley. La Constitución contiene un concepto "instrumental" de la ley. Es decir, la ley aparece allí, simplemente, como un instrumento formal y típico de la acción del Congreso, que éste debe utilizar siempre que dese regular cualquier aspecto de la vida social. El artículo 76 de la Constitución enumera los temas que el Congreso puede regular por medio de leyes; pero la enu-

meración no es taxativa, es decir, no impide que el Congreso dicte leyes sobre otros asuntos. El carácter simplemente ilustrativo de la enumeración se deduce fácilmente por el hecho de que existen otras normas constitucionales que tratan sobre materias que no contempla el artículo 76 y respecto de las cuales, sin embargo, la Constitución dice que deben manejarse de acuerdo con la ley. Ejemplo de tales normas son, entre otras, los artículos 6 (sobre límites de los departamentos), 9 (sobre recuperación de la calidad de colombiano para quienes la perdieron por adquirir ciudadanía en otro país), y 32 (motivos de expropiación), etcétera.

2.2.2. En especial, la Constitución de 1886 contiene una facultad directa de regulación sobre la moneda, atribuida al Congreso para "fijar la ley, tipo y denominación de la moneda, y arreglar el sistema de pesas y medidas" (Art. 76, N° 15) por medio de leyes.

2.2.3. Otra modalidad de regulación prevista en la Constitución de 1886 es el reglamento. La Constitución contiene un concepto bastante preciso y "finalista", de la "facultad reglamentaria", como aquella encaminada a lograr "la cumplida ejecución de las leyes" (Art. 120, N° 3). De allí se desprende entonces, con claridad, que el reglamento se subordina a la ley, y que tiene el exclusivo objeto de cumplirla.

2.2.4. La Constitución faculta al Congreso para dar autorizaciones al Gobierno para "celebrar contratos, negociar empréstitos, anexionar bienes nacionales y ejercer otras funciones dentro de la órbita constitucional" (Art. 76, N° 9). Esas autorizaciones deben darse bajo la modalidad de la ley.

2.2.5. La Constitución contiene una facultad de "inspección" que se confiere, en forma genérica, a las autoridades, respecto de las industrias y profesiones; y que tiene por objeto "la moralidad, la seguridad y salubridad públicas" (Art. 44, inciso 2).

2.2.6. La Constitución contiene una facultad especial de "inspección" que se otorga, en forma específica, al presidente de la República, para que la ejerza sobre "los bancos de emisión y demás establecimientos de créditos, conforme a las leyes" (Art. 120, N° 17). La facultad de "inspección" aparece, entonces, como algo diferente de la facultad reglamentaria; y como sometida, directamente, a la ley.

En síntesis: a la luz de la Constitución de 1886 había dos modalidades nítidas de regulación: la ley y el reglamento. Era claro que la regulación sobre las actividades financieras correspondía, ante todo, al Congreso, por su facultad general de hacer las leyes y, en forma indirecta, por su capacidad de fijar las características de la moneda. El presidente tenía también una capacidad reguladora, secundaria y limitada, que se enmarcaba dentro del concepto de la facultad reglamentaria. Y aunque el presidente podía ejercer "inspección" sobre los establecimientos de crédito, esa facultad aparecía como una facultad diferente de la de reglamentación. De la misma manera, no era evidente, al menos a primera vista, que las "autorizaciones" que el Congreso estaba facultado para dar al presidente, en desarrollo del numeral 9 del artículo 76, llevaran consigo una facultad de regulación, ni que la facultad de inspección implicara también la de regulación.

2.3. La reforma constitucional de 1910.

A pesar de las protestas conocidas, por considerar que las materias económicas no deberían aparecer en la Constitución (3), la importante reforma constitucional que se hizo por medio del Acto Legislativo 3 de 1910 incluyó en su artículo 7 la prohibición, que aún subsiste, de hacer cualquier nueva emisión de papel moneda de curso forzoso. No se introdujo, en esta reforma, ninguna modalidad nueva de regulación, ni hubo ningún cambio en cuanto a la distribución entre el Congreso y el Gobierno de las facultades de regulación o inspección sobre el sistema financiero.

2.4. La reforma constitucional de 1936.

La reforma constitucional de 1936 dio atención especial a varios temas económicos. Sobre todo, su artículo 11 facultó al Congreso, cuando reuniera una mayoría especial, para expedir leyes por medio de las cuales se pudiera intervenir en "la explotación de industrias o empresas públicas y privadas, con el fin de racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas, o de dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho".

Este artículo es el antecedente inmediato del actual artículo 32 de nuestra Constitución Política.

El artículo 11 de la reforma se aprobó sin mayor discusión en el Congreso (4). Los reformadores de ese año, al parecer buscaban dar al Congreso una mayor capacidad de limitar el derecho a la propiedad y la libertad contractual, así como permitir a las autoridades que organizaran empresas públicas en abierta competencia con la de los particulares (5). Es decir, se extendió el ámbito de la regulación. Pero no parece que se haya creado una modalidad nueva de regulación, porque no se mencionó siquiera el propósito de dar al Gobierno una capacidad de producir normas con fuerza de ley, es decir, normas no sujetas a una ley previa y con capacidad de modificar las leyes.

2.5. La reforma constitucional de 1945.

En la reforma del año 45 se modificó la norma sobre intervención del Estado, en el sentido de aclarar que ésta no tendría que ser hecha "por medio de la ley", sino que bastaría que se hiciera "por mandato de la ley" (Art. 4); y se restringió la iniciativa legislativa de los congresistas (Art. 10). Ambas reformas apuntan en el sentido de fortalecer la capacidad reguladora del Gobierno.

Además, en 1945 se incorporó a nuestro derecho constitucional la institución de la Contraloría (Art. 93). Se dispuso que "la vigilancia de la gestión fiscal de la administración correspondía a la Contraloría General de la República", de la cual se dijo, además, "que no ejercerá funciones administrativas distintas de las inherentes al desarrollo de su propia organización". En

(3) República de Colombia, *Historia de las leyes. Acto Legislativo Número 3 de 1910*, compilador Lácides Segovia (Cartagena: 1914), pp. 282, 288.

(4) Jaime Vidal Perdomo, "Prólogo", en Alvaro Tirado Mejía y Magdalena Velásquez, *La reforma constitucional de 1936* (Bogotá: La oveja negra, 1982), p. 14.

(5) Darío Echandía, "Prólogo" en José Joaquín Castro Martínez, *Tratado de derecho administrativo* (Bogotá: Editorial Arga, 1950), p. III.

(2) Academia Colombiana de Historia, *Antecedentes de la Constitución de Colombia de 1886* (Bogotá: Plaza Janés, 1983), pp. 212, 216, 217, 323.

otras palabras, no se dio a la Contraloría facultad de regulación.

2.6 La reforma constitucional de 1968.

La reforma constitucional de 1968 representa, en el siglo XX, el momento más representativo de una tendencia a trasladar al Presidente, y en general a la rama ejecutiva del poder público, funciones regulatorias que antes estaban atribuidas al Congreso. Ejemplos de esa tendencia son la restricción de la *iniciativa legislativa* de los congresistas en ciertos asuntos (que ya se había iniciado en la reforma del 45); y la regla según la cual el Congreso no podría tratar algunos temas sino por medio de "leyes marco".

Las "leyes marco" son una *modalidad* nueva de regulación en virtud de la cual el Congreso puede regular ciertos temas (cambios internacionales y comercio exterior, crédito público, aduanas), pero de *modo general*, esto es, sin entrar en los detalles respectivos, que deben ser regulados por el Gobierno. Corresponde a éste, en forma exclusiva, la posibilidad de presentar proyectos de ley sobre los temas aludidos.

En esta misma reforma constitucional, apareció la institución de la "emergencia económica", que confiere al Presidente facultad de expedir decretos con fuerza de legislación permanente, sobre todas las materias económicas relacionadas con la situación de emergencia. Se trata, también, de una *modalidad* nueva de regulación.

En 1968 se reformó también el texto del artículo 32, sobre intervención del Estado.

Sin embargo, para los propósitos de este documento, importa ahora destacar que en el artículo 41 de la reforma constitucional de 1968 apareció una facultad que ha tenido gran importancia en el desarrollo del sistema financiero, y particularmente en todo lo relacionado con el sistema de ahorro y vivienda. Es también una *modalidad* nueva de regulación que hoy aparece como numeral 14 del artículo 120 de la Constitución Política, y que a la letra dice:

Corresponde al Presidente de la República, como Jefe del Estado y suprema autoridad administrativa:

14. Ejercer, como facultad constitucional, la intervención necesaria en el Banco de Emisión y en las actividades de personas naturales o jurídicas que tengan por objeto el manejo y aprovechamiento y la inversión de los fondos provenientes del ahorro privado.

2.7 La reforma constitucional de 1979.

Ante los numerosos problemas de interpretación suscitados por la redacción que dieron los constituyentes de 1968 al texto del ordinal 14 del artículo 120, en la reforma constitucional de 1979 se quiso precisar que los decretos que el Presidente expide para intervenir en materias relativas al ahorro privado son de carácter administrativo, es decir, que no excluyen la acción del Congreso ni pueden modificar las leyes. Se dispuso, entonces, como medio de asegurar ese propósito, que la facultad de intervención presidencial en el ahorro

debería ejercerse previa la autorización de una "ley marco".

Como se sabe, la reforma de 1979 fue declarada inexecutable por la Corte; y por eso, en los fallidos intentos de reforma constitucional que tuvieron lugar entre 1988 y 1989, se quiso revivir la disposición a la que se acaba de hacer referencia.

Otra parte importante de la reforma de 1979, respecto al poder de regulación, consistió en derogar aquella parte del numeral 11 del Artículo 76 de la actual codificación constitucional en donde se facultaba al Presidente para "ejercer otras funciones dentro de la órbita constitucional". Con la derogación se pretendía evitar la confusión creada por alguna jurisprudencia, que se comentará adelante con detalle, y que había encontrado en ese numeral una nueva fuente de atribuciones y *modalidad* reguladora, en virtud de la cual el Presidente podría expedir regulaciones con fuerza de ley.

2.8 Conclusiones

En síntesis: cuando se examina, "prima facie" la evolución de la Constitución Política, hasta su estado actual, se encuentran las siguientes *autoridades con capacidad de regulación sobre la economía y el sistema financiero*:

2.8.1. El Congreso, a través de su atribución general de hacer las leyes; éstas pueden tener un alcance muy amplio, en virtud de la facultad de "intervenir" en la economía.

2.8.2. El Presidente de la República, que puede regular el sistema financiero a través de diversas *modalidades*: directamente, en el caso de la "emergencia económica" y en el de la "intervención en el ahorro"; o por delegación, cuando el Congreso le otorga "facultades extraordinarias".

2.8.3. El Presidente, que puede regular el sistema, a través de la *modalidad* del simple ejercicio de su facultad común reglamentaria.

2.8.4. El presidente, y ciertas agencias estatales, tienen, además, una facultad de "inspección" sobre las instituciones financieras; los textos constitucionales no sugieren, sin embargo, directamente, que esa facultad implique capacidad o *modalidad* de regulación.

2.8.5. La Contraloría y la Procuraduría tienen, cada una, una función de vigilancia; sobre los aspectos fiscales, la primera, y sobre los de la conducta personal de los funcionarios, la segunda. Ninguno de los textos constitucionales que se refiere a esas entidades sugiere, al menos a primera vista, que tengan capacidad de regulación, es decir, que sus funciones de vigilancia sean una *modalidad* de regulación.

La evolución del derecho constitucional colombiano pone de presente, pues, la aparición de nuevas *modalidades* de regulación; la creciente capacidad de regulación de la rama ejecutiva del poder público sobre el sistema financiero; la pérdida de *iniciativa legislativa* en el Congreso; y el nacimiento de algunas autoridades, como la Contraloría y la Procuraduría que no se crearon con el propósito de regular actividades particulares.

En los capítulos siguientes, el documento mostrará cómo la evolución jurisprudencial ha multiplicado aún más las *modalidades* de regulación, y el número de las autoridades que pueden ejercerla; y cómo el proceso lleva a establecer duplicidad en las funciones de regulación y un grado muy considerable de confusión sobre los alcances de las facultades respectivas.

CAPÍTULO 3

LA FACULTAD DE INTERVENCIÓN

3.1 Planteamiento del problema.

El propósito de este capítulo consiste en explicar el origen y en mostrar las contradicciones y oscilaciones jurisprudenciales acerca de un tema fundamental para la actividad económica: la intervención del Estado en la economía. El capítulo resume, en primer lugar, la evolución de los textos constitucionales respectivos. Después muestra cómo, en algunos casos, la jurisprudencia ha utilizado el actual artículo 32 de la Constitución, que se relaciona con la "intervención del Estado", y cuyo propósito original fue, simplemente, el de *extender el ámbito* de la facultad reguladora del Congreso, para convertirlo en una *modalidad* nueva de regulación, que permite al Presidente de la República dictar decretos con fuerza suficiente para derogar las leyes y que, eventualmente, reduce las facultades del Congreso mismo. Esa jurisprudencia, que rompía algunos de los principios básicos de nuestro derecho constitucional, comienza a ser modificada por la Corte Suprema de Justicia.

El origen del problema consiste en la dificultad de definir hasta dónde debe ser la ley misma la que limite las libertades de las personas, y a partir de dónde puede transferirse esa posibilidad al reglamento.

La oscilación jurisprudencial crea una confusión que dificulta una regulación eficaz sobre la economía, y amerita por ello una reforma en los textos constitucionales respectivos. Los constituyentes de 1979 comprendieron el problema y avanzaron en una solución; pero, quizás, puede aprovecharse la Constituyente de 1991 para aclarar en forma más completa el asunto, tal como en este documento se propone.

3.2 Evolución del texto constitucional hasta 1936.

A diferencia de conceptos tales como el de "Estado de derecho", "separación de ramas del poder", o "sistema parlamentario", el concepto de "intervención del Estado" no es de amplio uso internacionalmente entre los tratadistas de derecho constitucional (6).

Marcel Hauriou, uno de los pocos cons-

(6) Los términos "intervención de Estado", o "intervencionismo", ni siquiera aparecen en los índices de materias de libros básicos en los estudios constitucionales como son la "Teoría General del Estado", de Hans Kelsen (México, D.F.: Editora Nacional, 1959), o como la "Teoría del Estado" de Herman Heller (México: Fondo de Cultura Económica, 1961); o como la "Teoría de la Constitución", de Karl Lowenstein (Barcelona: Editorial Ariel, 1976); o como "The American Constitution" de Alfred H. Kelly y Winfred A. Harbison (New York: W.W. Norton Company Inc., 1970), o como el "Cours de Droit Constitutionnel et d'institutions politiques" de Georges Vedel.

titucionalistas de renombre que se refieren al concepto de "intervencionismo", en un libro que apareció en Francia en 1923, explicaba que la intervención tiene por objeto evitar que la libertad de unas personas llegue a ser opresora para las demás; que esa intervención debe ser continua, porque la libertad está siempre amenazada; y que es particularmente necesaria en el campo de los contratos de trabajo, donde no puede presumirse la igualdad de las partes contratantes (7), y para impedir al patrono que imponga sus condiciones a los obreros (8).

En España, en la Constitución de la II República de 1931, el inciso 5 del artículo 44, que es el antecedente más inmediato extranjero de nuestro actual artículo 32, sobre intervención del Estado decía:

El Estado podrá intervenir por ley la explotación y coordinación de industrias y empresas cuando así lo exigieran la racionalización de la producción y los intereses de la economía nacional.

Siguiendo de cerca el texto español, el 10 de septiembre de 1934 el entonces Ministro de Gobierno Darío Echandía presentó a la consideración del Congreso un proyecto de reforma constitucional que, en la parte pertinente decía:

Artículo 2. El Estado podrá intervenir por medio de leyes en la explotación de las industrias o empresas públicas y privadas, con el fin de racionalizar la producción, distribución y consumo de la riqueza o de dar protección al trabajo (9).

En el Congreso, el asunfo de la "intervención" no dio lugar a discusiones tan complejas como otros (10). Y al final, el Acto Legislativo N° 1 de 1936 dispuso:

Artículo 11. El Estado puede intervenir por medio de leyes en la explotación de industrias o empresas públicas y privadas, con el fin de racionalizar la producción, distribución y consumo de la riqueza, o de dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho.

Parágrafo. Las leyes que se dicten en ejercicio de la facultad que otorga este artículo requieren para su aprobación el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra cámara.

3.3 El propósito de los constituyentes de 1936.

Para comprender el alcance que los constituyentes de 1936 daban a la norma de intervención, parece especialmente útil recurrir al pensamiento de Darío Echandía, tal como él lo expresó en el prólogo de una obra del jurista José Joaquín Castro Martínez, y que tenía directa relación con el tema. (11)

Según Echandía, el individualismo proclamaba "la propiedad privada, como poder absoluto y arbitrario" y "la omnipotencia de los contratos, cuyas disposiciones (deben) ser leyes de las partes". Para Echandía, el

individualismo jurídico llevó al capitalismo económico, que condujo a la concentración de capitales monopolísticos, al fin de la competencia, y a la explotación del trabajo humano. "El sistema jurídico de la libertad y de la libre concurrencia conducía a la eliminación de la libertad y de la concurrencia", decía. Los grandes capitalistas, además, según él, buscan un "régimen de policía" para suprimir las libertades públicas, porque éstas "suelen obligar a la dictadura económica a ejercer una vigilancia atenta sobre los movimientos de la opinión pública, a moderar sus manejos opresores, a disfrazar sus iniciativas, y esto cuesta tiempo y dinero".

El Estado, añade Echandía, tuvo, entonces, que intervenir, "para evitar que el régimen de libertad que ponía a los propietarios frente a los no propietarios a contratar en igualdad de condiciones, acabara por producir el sometimiento total de los no propietarios... creando una nueva versión de la esclavitud"; y "asestó golpe mortal a la concepción individualista de la libertad de contratar". Tanto el fascismo, como el comunismo, se construyeron como reacción contra los excesos individualistas, pero niegan el derecho y la libertad, para sustituirlos por el poder arbitrario del Estado, y por eso no son aceptables. Pero, dice Echandía, no es verdad que la existencia del "Estado de derecho" esté unida irremediablemente al capitalismo económico; subsiste una solución liberal, no individualista, que "trata de salvar la libertad del individuo poniendo vallas al poder del Estado, por eso es liberal y no totalitaria, pero, al mismo tiempo, reconoce como criterio decisivo que en el conflicto entre el interés público y el privado debe prevalecer aquel; por eso es una solución liberal y no individualista". Se llega así a la noción de "servicio público" y al "intervencionismo" esto es, a "la manera como deben resolverse los conflictos entre individuo y sociedad, en cada país, teniendo en cuenta las necesidades generales y el respeto debido a la libertad". Pero, concluye Echandía, "el procedimiento para satisfacer las necesidades colectivas debe ser jurídico, o sea que debe respetar los derechos esenciales del individuo, manteniéndose dentro de los límites trazados a los poderes del Estado". (El subrayado no es del original)

Castro Martínez, a su vez, en la obra que elogia Echandía, admite que "el intervencionismo no ha podido definirse en términos de mayor exactitud"... Pero agrega que "la intervención quiere decir regulación, método para armonizar las aspiraciones individuales con los intereses generales, control y vigilancia para evitar indebidos enriquecimientos a costa de las necesidades sociales...". La intervención, según Castro, le "imprime al Estado un carácter de empresario, de director activo de servicios, y puede llevar a que el Estado organice monopolios" cuando crea empresas lucrativas "mediante la explotación en su exclusivo provecho", o "socializaciones" cuando las entidades públicas prestan servicios directamente, con exclusión de los particulares, pero sin buscar rendimiento fiscal ni emolumento ninguno a costa de los asociados; o a la "nacionalización" en la cual una necesidad se satisface por medio de servicios públicos con la concurrencia de particulares, pero so-

metidos éstos al mismo régimen que los servicios correspondientes del Estado. (12)

Si se ha analizado en tanto detalle el pensamiento de Echandía y de Castro Martínez es para mostrar cómo estos dos caracterizados exponentes de las ideas que llevaron a introducir en la Constitución el texto relativo al intervencionismo de Estado no mencionaron, en absoluto, que el propósito de ese texto fuera dar al Presidente una facultad legislativa y, ni siquiera, aumentar su capacidad reglamentaria. Los antecedentes a los que se acaba de hacer referencia demuestran que la "intervención" de Estado no se concebía como una nueva modalidad de regulación, como una atribución de facultades legislativas al Gobierno, o como un recorte de las del Congreso, sino como una extensión del ámbito regulador del Estado, dirigido, ante todo, a controlar la libertad de contratación en el campo laboral, y a permitir que el Estado organizara empresas para prestar los servicios públicos.

En España, tratadistas contemporáneos interpretan de la misma manera el concepto de "intervención de Estado". Uno de ellos dice:

... la primera forma estatal de intervenir se realiza reglamentando y... la reglamentación ha de efectuarse, en determinadas materias, precisamente por ley formal. (13)

3.4 Interpretación jurisprudencial de la reforma de 1936.

A poco tiempo de aprobado el Acto Legislativo 1 de 1936 comenzó el debate jurisprudencial sobre sus alcances.

En efecto, el Congreso dictó la ley 125 de 1937 sobre protección de la industria bananera. La ley autorizó al Gobierno para fomentar la producción de la fruta, irrigar terrenos, estimular la venta y exportación de los productos y propender por su mejoramiento. El Gobierno, entonces, por medio de varios decretos, y con el propósito de combatir la sigatoka en el Magdalena, dispuso, en síntesis, que los productores de banano de esa región deberían destinar una parte del producto de la venta del fruto a pagar, junto con el Gobierno, la campaña de sanidad vegetal respectiva. Se ordenaba al comprador de la fruta retener la parte correspondiente y entregarla al Gobierno.

El Consejo de Estado suspendió primero, y luego anuló la parte pertinente de los decretos, con el argumento de que la ley no obligaba en forma directa a los productores a asumir los costos respectivos, por lo que los decretos no eran ejecución de las leyes sobre el asunto, ni las complementaban, sino que limitaban el derecho del productor a la parte de su patrimonio proveniente de la venta de la fruta. Según el Consejo, no es posible que por simple vía reglamentaria se restrinja la libertad de disposición del patrimonio de las persona (14), si la ley misma no lo ha hecho.

(12) Castro, *Ibidem*, pp. 107-113.

(13) Fernando Garrido Falia, "Introducción general", en *El modelo económico en la Constitución española* (Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 1981), p. 49.

(14) Consejo de Estado, ponente Ramón Miranda. "Auto del 2 de noviembre de 1936", *Anales del Consejo de Estado*, T. XXXV, N.º 272-274, p. 922, y Consejo, ponente Diógenes Sepúlveda Mejía. "Sentencia del 16 de mayo de 1941", *Anales del Consejo de Estado*, T. XLV, N.º 302-304, p. 679.

(7) Maurice Hauriou, *Principios de derecho público y constitucional* (Madrid: Instituto Editorial Reus, sin fecha (Segunda edición, p. 160).

(8) *Ibidem*, p. 342.

(9) Alvaro Tirado Mejía, *Ibidem*, p. 161.

(10) Vidal, en Tirado "La reforma...", p. 14.

(11) Darío Echandía en "Prólogo" a José Joaquín Castro Martínez, *Tratado de Derecho Administrativo* (Bogotá: Editorial Arga, 1950), p. III-XIV.

En una importante sentencia que produjo en 1939 con motivo de una acusación contra varias normas de la ley 125 de 1937, la Corte, en concordancia con el Consejo de Estado, sostuvo que las leyes de intervención, por el hecho de ser tales, no amplían la facultad reglamentaria del Gobierno; que la ley no puede dar facultades a éste para limitar los derechos civiles de las personas, con mayor razón cuanto las normas que autorizan la intervención del Estado debían dictarse, en esa época, por procedimientos especiales, a los que escaparían los decretos que dictara el ejecutivo; que los decretos de intervención tienen que someterse a las leyes y que no pueden modificarse, y que para ampliar las atribuciones del Gobierno no puede invocarse la facultad que el Congreso tiene para otorgar al Gobierno "otras funciones dentro de la órbita constitucional", porque tales funciones son de carácter administrativo, no legislativo. En otras palabras, que la intervención, en cuanto limite a los derechos de las personas, tiene que ser hecha por el legislador mismo. (15)

Es interesante advertir, para que no se exagere la posición que mantuvo en esa época el Consejo de Estado, que éste descartaba en 1943 la idea de que los detalles de la intervención tuvieran que aparecer en la ley: así, por ejemplo, declaró legales algunas resoluciones sobre fijación de precios del hierro, teniendo en cuenta que había habido una ley que autorizaba al Gobierno a señalar precios al producto. No era preciso, dijo el Consejo, oponiéndose a los alegatos del distinguido constitucionalista Francisco de Paula Pérez, que el legislador mismo, para completar el mandato de intervención señalara directamente los precios. (16)

Analizada hoy la jurisprudencia de este periodo, se encuentra que la Corte y el Consejo no pretendieron, en forma alguna, que el Congreso no pudiera regular y limitar los derechos contractuales de las empresas, o que no pudiera imponerles restricciones en sus patrimonios. Lo que ambas instituciones dijeron fue que si esos límites o restricciones iban a crearse, era el Congreso mismo, con precisión, pero sin descender a detalles, el que debía imponerlos. El debate fue, realmente, más acerca del alcance del poder reglamentario, que acerca de la facultad de limitar los derechos de las personas. Y las tesis que en ese entonces defendieron las altas corporaciones jurisdiccionales, se exponen todavía hoy en ellas, a saber: que si se van a establecer tributos, o restricciones sustanciales a la libertad de contratación, es la ley la que debe especificar cómo, y que no basta una simple "autorización" imprecisa al Gobierno para que éste pueda expedir regulaciones sobre tales asuntos.

3.5 La reforma de 1945

El texto de la reforma de 1936 fue, a su vez, modificado por medio del Acto Legislativo N° 1 de 1945. El Presidente Alfonso López propuso, simplemente, eliminar el Parágrafo según el cual era necesaria una mayoría calificada para aprobar las leyes de

intervención. (17) En la exposición de motivos del Ministro Alberto Lleras no se hizo referencia especial al asunto. (18) El Congreso derogó el Parágrafo pero, además, dispuso que la norma sobre intervención quedaría así:

El Estado puede intervenir por mandato de la ley en la explotación de industrias o empresas públicas y privadas, con el fin de racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas, o de dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho.

Esta función no podrá ejercerse en uso de las facultades del artículo 69, ordinal 12, de la Constitución.

La reforma consistió, básicamente, en advertir que el Estado puede intervenir "por mandato de la ley" y no solo "por medio de leyes"; en suprimir el requisito de que las leyes de intervención tuvieran que ser aprobadas por la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara, y en advertir que no se podía conferir al Presidente facultades extraordinarias, de las previstas en el artículo 69, ordinal 12, para expedir normas de intervención.

Es claro que el propósito de los reformadores de 1945 fue ampliar la facultad reglamentaria. Como reacción contra las jurisprudencias que se comentaron atrás, o, quizás mejor, contra una interpretación exagerada de ellas, se dijo que no era necesario que la ley misma se refiriera a "los pormenores" de la intervención, es decir, que ésta no tendría que ser hecha "por medio de la ley"; y que bastaría, en adelante, que la ley la autorizara, es decir, que la intervención podría hacerse por simple "mandato de la ley".

Según el informe de unos miembros del Congreso que participaron especialmente en la redacción del texto constitucional respectivo, el alcance de la fórmula "por mandato de la ley", consiste en que:

... sin dejar de consignar el principio de que la competencia para intervenir en determinada industria... corresponde privativamente al legislador, se permite que la acción del Gobierno en ejercicio de sus facultades reglamentarias pueda completar los principios generales consignados en la ley... De ahí la fórmula "por mandato de la ley" que hemos adoptado, cuyo alcance es el de que el Congreso pueda señalar en cada caso en qué suerte de industrias o empresas privadas conviene al Estado intervenir, en cuál de los momentos del proceso económico va a hacerlo y en qué grado debe realizarse la intervención dejando al Gobierno su tarea propia de ejecutar el mandato. En otras palabras, el legislador únicamente consignará los lineamientos generales de la intervención, y al ejecutivo corresponderán las reglamentaciones indispensables para hacerlas operar debidamente. (19)

Como se ha dicho, antes de la reforma se requería una mayoría especial para aprobar leyes de intervención; y, según la jurisprudencia, el Congreso no podía aprobar leyes de "autorizaciones" al Gobierno, sin las mayorías requeridas para las leyes de intervención, pues ese procedimiento habría dejado sin efectos el requisito aludido. Es probable que ese haya sido uno de los motivos por los cuales, en la reforma de 1945, se eliminó el requisito mencionado.

Vale la pena anotar que el propósito de "ampliar" los límites de la facultad reglamentaria, y el de señalar cuáles son las definiciones que corresponden al Congreso,

y cuáles al Gobierno, son muy difíciles de alcanzar; como ejemplo de ello es útil observar cómo, después de la reforma de 1945, en 1948, en una sentencia de especial interés, la Corte afirmó la primacía de la ley como instrumento de intervención, pero tuvo que remitirse a los términos empleados por los constituyentes de 1945 y dijo:

... la intervención, en lo esencial, tiene que hacerla la ley... Al legislador le incumbe declarar en qué industrias interviene el Estado, el momento en que lo debe hacer dentro de las varias etapas de su desarrollo, y el grado en que debe realizar la intervención... Si el mandato no define y delimita la intervención, y al propio tiempo autoriza al Ejecutivo para que la realice, le da realmente facultades para que legisle... (20) (Lo subrayado no es del original)

Buena parte del razonamiento de esta sentencia se fundaba en el hecho de que la norma constitucional vigente entonces, prohibía dar facultades extraordinarias al Gobierno para intervenir.

Pero en esta sentencia, como en las anteriores, la Corte insiste en que las leyes que autoricen la intervención tienen que señalar ciertos límites a los cuales debe ceñirse el Gobierno.

3.6 La reforma de 1968.

De nuevo, en 1968, se volvió sobre el tema de la intervención del Estado y se dio al artículo 32 de la Carta la siguiente redacción:

Se garantiza la libertad de empresa y la iniciativa privada dentro de los límites del bien común, pero la dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Éste intervendrá, por mandato de la ley, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes y en los servicios públicos y privados, para racionalizar y planificar la economía a fin de lograr el desarrollo integral.

Intervendrá también el Estado, por mandato de la ley, para dar pleno empleo a los recursos humanos y naturales, dentro de una política de ingresos y salarios, conforme a la cual el desarrollo económico tenga como objetivo social la justicia social y el mejoramiento armónico e integrado de la comunidad, y de las clases proletarias en particular.

Como se observa, el texto se hizo más retórico, se dio particular atención a los "fines" de la intervención, se dijo que el pleno empleo debía buscarse "dentro de una política de ingresos y salarios", y se abolió la prohibición de dar facultades extraordinarias al Gobierno para dictar mandatos de intervención. En este último aspecto la reforma era lógica: no tenía sentido que el Congreso pudiera dar autorizaciones para intervenir, por medio de normas redactadas en forma amplia para extender la facultad reglamentaria del Gobierno, si al mismo tiempo se le prohibía que se dieran facultades extraordinarias para dictar mandatos de intervención.

En todo caso, en 1968 se conservó el principio según el cual, la intervención debe ocurrir "por mandato de la ley".

La jurisprudencia no parece haber dado mucha atención al nuevo texto que se acordó en el año 68; es decir, no parece haber habido una modificación jurisprudencial en cuanto a los alcances de la facultad reguladora del Estado, o en cuanto a los instrumentos que pueden utilizarse para ello, que tenga su fundamento, de modo expreso, en el nuevo texto de la norma. El Consejo de Estado llegó a decir que el único aspecto en que la reforma de 1968 contiene un avance, en cuanto a la teoría de la in-

(15) Corte Suprema de Justicia, ponente Pedro A. Gómez Naranjo, "Sentencia del 4 de septiembre de 1939", *Gaceta Judicial*, T. XLVIII, N° 1950, p. 610.

(16) Consejo de Estado, ponente Sepúlveda Mejía, "Sentencia del 30 de marzo de 1943", *Anales del Consejo de Estado*, T. XXV, N°s 323-328, p. 136.

(17) *Anales de la Cámara de Representantes*, Serie I, N° 12, Bogotá, lunes 13 de noviembre de 1944, p. 109-116.

(18) *Anales de la Cámara de Representantes*, Serie I, N° 12, Bogotá, lunes 13 de noviembre de 1944, p. 116-121.

(19) *Anales de la Cámara de Representantes*, Serie I, N° 26, Bogotá, 29 de noviembre de 1944, p. 311-314.

(20) Corte Suprema de Justicia, ponente Aníbal Cardoso Gaitán, "Sentencia del 30 de noviembre de 1948", *Gaceta Judicial*, T. LXV, N°s 2066-2067, p. 36.

intervención, es en haber aclarado que ella podía hacerse, también, por medio de facultades extraordinarias. (21)

3.7. La facultad de intervención como facultad de legislar.

Durante varios años, y en casos de gran importancia para la regulación de la economía nacional, la jurisprudencia oscureció las fronteras entre la facultad legislativa y la reglamentaria, a propósito de la interpretación del artículo 32 de la Constitución. Es útil destacar que a menudo, para alcanzar sus conclusiones, interpretó esa norma en concordancia con el numeral 11 del artículo 76 del mismo estatuto. La tesis que se acogió creó, por así decirlo, una nueva modalidad de regulación, los "decretos de intervención", a los cuales se atribuyó fuerza de ley material, es decir, la capacidad de derogar las leyes contrarias.

El mencionado numeral 11 es del siguiente tenor:

Artículo 76. Corresponde al Congreso hacer las leyes.

Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones:

11. Conceder autorizaciones al Gobierno para celebrar contratos, negociar empréstitos, enajenar bienes nacionales y ejercer otras funciones dentro de la órbita constitucional;

El primer antecedente que se ha encontrado de la teoría según la cual el Presidente puede dictar decretos con fuerza de ley, se encuentra en un planteamiento del fiscal de la Corte, Néstor Pineda, según el cual la Constitución atribuye al Presidente no sólo la facultad de reglamentar las leyes, sino la de "dictar reglamentos con fuerza legal dentro del radio de sus atribuciones constitucionales". Lo curioso del asunto consiste en que no fue la Corte la que hizo especial referencia a esta tesis de su fiscal, sino el Consejo de Estado, en 1939, que la citó y le dio especial relevancia. Pero ni Pineda, ni el Consejo, hicieron una explicación detallada de esta teoría (22) que, en cualquier caso, no se expuso como un desarrollo de la facultad de intervención del Estado.

A partir de 1966, el Consejo de Estado comenzó a sostener que, en materia de leyes de intervención, y como consecuencia de la reforma constitucional de 1945, el Congreso había perdido competencia para adoptar las medidas reglamentarias de intervención; que esa competencia era ahora sólo del Ejecutivo, el cual debería ejercerla por medio de una nueva clase de decretos, que tienen "la misma fuerza normativa de la ley". Y añade el Consejo, para que no quepa duda:

El mandato legal de intervención habilita al Gobierno de un poder normativo especial, y da a los reglamentos, dentro del campo económico intervenido, fuerza de ley, porque en otra forma se haría nugatorio el principio de la intervención que autoriza la Carta. (23) (Lo subrayado no es del original)

Esta jurisprudencia, sin embargo, como otras reseñadas atrás, no proporciona elementos de juicio para definir hasta

dónde puede ir el Congreso en sus mandatos intervencionistas, o cuando una medida deja de ser "legislativa" para convertirse en "reglamentaria".

En 1971 la Corte sostiene que las leyes que se expiden con fundamento en el artículo 32, ó que pueden relacionarse con él en razón de las materias que tratan, dan lugar a que el Presidente expida los decretos a los que alude la parte final del numeral 11 del artículo 76; la jurisprudencia establece, pues, un vínculo directo entre tales normas. Y los decretos que expide el Presidente, en estos casos tienen, según la Corte, fuerza y carácter de ley; por eso pueden llegar hasta regular la creación de sanciones y, precisamente porque tienen fuerza legal y no la de simples actos administrativos, están sometidos a su control jurisdiccional. El Consejo de Estado ha compartido esa interpretación. (24)

La Corte está modificando esta jurisprudencia. Es así como la comienza primero, en 1978, a insistir en los límites a los que debe ceñirse el legislador al autorizar las intervenciones; y luego recuerda que el Congreso conserva su facultad de intervenir, y en que no puede trasladarla en forma global e incondicional al Gobierno. Sus palabras son:

... la ley que concreta y desarrolla el artículo 32 al impartir el mandato para que el Estado intervenga, ha de circunscribir exactamente los límites de la facultad que ordena ejercer, determinando cuándo se interviene, a quiénes, respecto de qué actividades, en qué sentido, de qué manera, y obviamente, respetando las finalidades previstas constitucionalmente para la intervención.

... el legislador no está limitado a la autorización de una intervención indefinida, inconcreta, atribuyendo su propia y total capacidad interventora, en una especie de traslado global de su competencia al Gobierno, que quedaría investido de una iniciativa incondicional.

... los decretos que desarrollan las leyes sobre intervención económica, son de la naturaleza y valor que tienen los previstos en el ordinal 11 del artículo 76 de la Constitución, cuando el Congreso autoriza al Gobierno, mediante ley, para "ejercer otras funciones dentro de su órbita constitucional" que para este caso es la general de ejecutar la ley. (25) (Lo subrayado no es del original)

Como se ha visto, buena parte de la teoría según la cual los decretos del Gobierno, en uso de facultades de intervención tienen fuerza de ley, depende de la concordancia que establecieron los tribunales entre el artículo 32 y la parte final del numeral 11 del artículo 76 ("ejercer otras funciones dentro de la órbita constitucional"). Por eso, para aclarar el tema, en el artículo 14 del *Acto Legislativo N° 1* de 1979 los constituyentes ordenaron suprimir la última parte de ese numeral, el cual habría debido quedar así:

Conceder autorizaciones al Congreso para celebrar contratos, negociar empréstitos, y enajenar bienes nacionales.

En 1983 la Corte avanza y afirma que

... al ejercitar esa potestad (la de intervenir) el ejecutivo no se está convirtiendo en un legislador extraordinario permanente, sino que se mueve apenas dentro de su obligación constitucional de cumplir y hacer cumplir la ley, es decir, dentro de su *típica función ejecutiva*, por medio de los especiales instrumentos que le da el artículo 32. (26) (Los subrayados no son del texto)

24. Corte Suprema de Justicia, ponente José Gabriel de la Vega, "Sentencia del 16 de febrero de 1971", *Foro Colombiano*, T. IV, N° 22 (1971), p. 373; y ponente Hernando Gómez Otárola, "Sentencia del 22 de enero de 1987", *Gaceta Judicial*, N° 2340, p. 18; y Consejo de Estado, ponente Jaime Paredes Tamayo, "Respuesta del 3 de noviembre de 1983 a una consulta del Gobierno", expediente 1792, *Jurisprudencia y Doctrina*, N° 133 (1983), p. 87.

25. Corte Suprema de Justicia, ponente Luis Carlos Sánchez, "Sentencia del 15 de abril de 1978", *Foro Colombiano*, T. XVIII, N° 108 (1978), p. 518.

26. Corte Suprema de Justicia, ponente Luis Carlos Sánchez, "Sentencia del 7 de julio de 1983", *Jurisprudencia y Doctrina*, N° 141 (1983), p. 763.

Y en sentencia de 1990 la Corte termina de apartarse por completo de la posición del Consejo en 1966, y de la suya en 1971, y dice:

Las leyes de autorizaciones como lo ha sostenido esta Corporación son aquellas por las cuales el Congreso habilita al Ejecutivo, sin señalar límites de tiempo, ni precisión, para ejecutar alguna de las tareas a que alude el ordinal 11 del artículo 76 del Estatuto Superior, como son negociación de empréstitos, celebración de contratos, enajenación de bienes, y "ejercer otras funciones dentro de la órbita constitucional".

Igualmente se ha dejado establecido que los poderes conferidos al Ejecutivo mediante leyes de autorizaciones (art. 76-11 C.N.) no son para ejercer funciones propias del legislador ordinario sino para desarrollar atribuciones del Presidente "dentro de la órbita constitucional" de carácter administrativo u operativo que imponga la formal colaboración del Congreso. (27) (Los subrayados no son del texto)

Dentro de esta misma orientación, la Corte considera que no puede el Congreso, por medio de una de las leyes de autorizaciones que contempla el artículo 76, ordinal 11, facultar al Gobierno para establecer subsidios, porque tales subsidios son "gasto público" y el decreto del gasto, en la Constitución, no es una función que se encuentre dentro de la "órbita constitucional" del Gobierno, sino dentro de la del Congreso. (28)

3.8 Extensión y delegación de la facultad reglamentaria.

Es obvio que al definir hasta dónde puede llegar el legislador al autorizar la intervención del Estado, o qué parte de la intervención debe ser hecha por él mismo, se define simultáneamente el campo de acción del reglamento. Ley y reglamento completan el universo de las regulaciones. Por eso, adelante en este documento, cuando se intente señalar aquellos aspectos que, de todos modos, deberían ser definidos por el legislador cuando desee hacer intervención del Estado, se hará un intento similar respecto a la facultad reglamentaria.

Dada la estructura de la administración pública contemporánea, no es posible aspirar a que el Gobierno, entendido técnicamente como el Presidente y sus Ministros o Jefes de Departamento Administrativo (Art. 57) produzca todos los reglamentos del ámbito nacional. Ni es posible esperar que todos los reglamentos tengan el mismo grado de detalle, o el mismo rango. Por eso, en la práctica, se ha generalizado la costumbre de expedir reglamentos entre las diversas agencias de la Nación.

Esta práctica, por supuesto, ha dado lugar a numerosas controversias judiciales porque, aparentemente, el artículo 120, numeral 3, deja sólo en manos del Gobierno la facultad reglamentaria en el orden nacional. Por eso, para acomodarse a la necesidad de extender tal facultad, la jurisprudencia ha ideado diversos argumentos y clasificaciones, de acuerdo con los cuales diferentes autoridades nacionales pueden expedir "reglamentos técnicos", o "reglamentos internos", o "reglamentos de servicio".

La facultad reglamentaria se acepta, ante todo, para las entidades descentralizadas por servicios, y se explica, a veces, como una consecuencia natural de la descentralización misma, tal como se observa en la siguiente transcripción de la doctrina de la Corte:

Esta modalidad de reglamentación es la manera como se manifiesta precisamente la autonomía administrativa del Establecimiento Público y

27. Corte Suprema de Justicia, ponente Jaime Sanín Greiffenstein, "Sentencia del 15 de febrero de 1990", *Foro Colombiano*, T. 42, N° 250 (1990), p. 314-320.

28. *Ibidem*, p. 319.

21. Consejo de Estado, ponente Miguel Lleras Pizarro, "Sentencia del 20 de febrero de 1969", *Anales del Consejo de Estado*, T. LXXXV, N° 421-422 (1969), 1er. Sem., p. 70.

22. Consejo de Estado, ponente Tulio Enrique Tascón, "Sentencia del 31 de enero de 1939", *Anales del Consejo de Estado*, T. XXI, N° 275-277, p. 7.

23. Consejo de Estado, ponente Alberto Hernández Mora, "Auto del 31 de octubre de 1966", *Anales del Consejo de Estado*, T. LXXIX, N° 409-412, Primera parte, p. 553. El mismo punto de vista se expresó, entre otras, en Consejo de Estado, ponente Miguel Lleras Pizarro, "Sentencia del 20 de febrero de 1969", *Anales del Consejo de Estado*, T. LXXXV, N° 421-422 (1969), 1er. Sem., p. 69.

constituye una de las características de la descentralización por servicios como atrás se anotó y no priva al Presidente en el caso que se examina de la facultad reglamentaria que le otorga la Constitución. (29)

Otras veces la facultad reglamentaria de las entidades descentralizadas se justifica como una consecuencia de la necesidad de realizar la intervención en la economía. Dice la Corte, por ejemplo, acogiendo un punto de vista del doctor Jaime Vidal:

... es la ley la que implanta la intervención del Estado, pudiendo imponerla en muy diversas materias, muy distintos sujetos, variadas finalidades y mayor o menor amplitud. Conviene hacer también la siguiente advertencia: es el Estado el que intervendrá, no exclusivamente el Presidente o un Ministro, confusión en la que generalmente se cae voluntaria o involuntariamente, correspondiéndole esa intervención al Congreso y al Ejecutivo, por lo que en cuestiones económicas puede realizarse "por medio de organismos especializados en la cuestión económica". (30)

En otras ocasiones, se apela a subterfugios para concluir, en la práctica, que otras dependencias oficiales pueden expedir normas obligatorias de carácter general, es decir, reglamentos, con el argumento de que ello es necesario para "el ejercicio eficaz de las funciones" que les asigna la ley. (31)

Parece oportuno, pues, evitar que continúe un debate innecesario sobre la difusión de la facultad reglamentaria en la administración pública y admitir que tal facultad existe, pero dejando al Presidente de la República la posibilidad de revocar los reglamentos de rango inferior que se produzcan en la administración.

3.9 Conclusiones.

Quiénes llevaron a los textos constitucionales el concepto de "intervención de Estado" no tuvieron otro propósito que el de aclarar que las autoridades pueden limitar ciertos derechos de las personas, particularmente la libertad de contratar.

Desde 1936 hasta hoy la jurisprudencia ha entendido que las leyes que autoricen la intervención tienen que precisar ciertos aspectos de ésta; pero ha surgido una explicable controversia acerca de la manera de establecer qué tan precisa tiene que ser la ley de intervención. Como se verá en el capítulo 5, un eco de esa controversia se expresa en la institución de las "leyes marco".

El propósito de la reforma de 1945 fue el de ampliar la facultad reglamentaria del Gobierno, lo cual llevó a que la Corte entendiera que el Congreso había perdido su competencia para dictar mandatos concretos de intervención, y que, como contrapartida, el Gobierno había adquirido facultad de dictar normas con verdadera fuerza de ley.

La actual jurisprudencia de la Corte, está de regreso de esa tesis, que reduce la función del Congreso. La Corte ve hoy en los decretos de intervención simples actos administrativos, sin fuerza de ley. La tarea, hoy como a partir de 1936, sigue siendo llevar a la Constitución un texto que, de acuerdo con lo recomendado por los constituyentes del 45 y por la Corte misma, precise cuáles son los límites materiales y formales a los que debe atenerse el legislador cuando expida mandatos de inter-

vención; y que, sin inducir a confusión acerca de la naturaleza administrativa de los decretos que surjan de tales mandatos, facilite al Gobierno el uso de una facultad reglamentaria amplia.

Uno de los argumentos que utilizaron los partidarios de la tesis según la cual los decretos de intervención tienen fuerza de ley, consiste en que su control constitucional ha sido asignado a la Corte, la cual, como se sabe, por regla general, controla la constitucionalidad de los actos que tienen esa fuerza. La reforma que se emprenda, pues, debería dejar en cabeza del Consejo de Estado el control sobre su constitucionalidad y legalidad, tal como ocurre respecto de los demás actos administrativos. En este aspecto, la reforma constitucional de 1979 fue ambigua porque, al mismo tiempo que excluyó del control constitucional de la Corte los decretos que el Presidente expide con base en el numeral 11 del artículo 76, incluyó los que expide con base en el artículo 32 de la Carta...

Las confusiones de la jurisprudencia, que se han expuesto, respecto de un tema de tanta trascendencia para la economía del país, amerita que se introduzcan las reformas del caso en el texto constitucional para hacerlo más preciso. No se trata de desconocer la capacidad del Estado de limitar los derechos económicos, dentro de los límites constitucionales; se trata, sí, de conseguir que, en lo sustancial, esos límites provengan del Congreso mismo, de los representantes del pueblo, y que tengan cierta estabilidad para que las empresas no queden sujetas al arbitrio de las autoridades administrativas, o a la incertidumbre jurídica.

En la medida en que se logre dar al artículo 36 una redacción adecuada, resultarán innecesarios el numeral 14 del artículo 120, sobre intervención del Presidente en el ahorro, y la institución de las "leyes marco", que surge de la palabra "generales" que emplea el numeral 22 del artículo 76. El documento analiza este asunto en mayor detalle en los capítulos 4 y 5.

Como se ha visto, tanto los reformadores del 36, como la jurisprudencia y la doctrina, aceptan la necesidad de señalar tales límites; pero no se ha hecho un intento de precisar, en el texto de la Constitución, cuáles son ellos. Ante la ausencia de ese texto, la controversia jurisprudencial continúa, con merma de la eficacia de las regulaciones.

No se supone, en forma alguna, que exista un texto que permita terminar de una vez por todas tal controversia; se afirma, sí, que un texto constitucional puede reducirla, delimitarla. Y que, con ello, las regulaciones serán más eficaces.

Después de tener en cuenta los aspectos básicos aludidos, el Congreso debe ser siempre capaz de determinar qué grado de generalidad, o de detalle, debe dar a las leyes y, por lo tanto, qué grado de amplitud deben tener los reglamentos. Pero no parece conveniente consagrar en la Constitución una regla general que acoja las interpretaciones jurisprudenciales según las cuales en asuntos de intervención el Congreso debe tener prohibición de entrar en detalles. Definidos en la ley misma ciertos aspectos básicos de la intervención, el reglamento puede ser tan amplio como el legislador quiera.

Las reformas pueden consistir así, en establecer el mínimo de requisitos que

deben cumplir las leyes de intervención cuando autoricen limitar los derechos de las personas y empresas; en suprimir del ordinal 11 del artículo 76 de la parte final que ha dado lugar a equívocos sobre la fuerza de la ley de los decretos de intervención; y en radicar en el Consejo de Estado, y no en la Corte, el control de su constitucionalidad.

¿Cuáles son, entonces, los aspectos de la intervención que el Congreso mismo debería regular? En tan difícil materia parece conveniente seguir muy de cerca las pautas que dieron los constituyentes de 1945 y la jurisprudencia reciente. Según los primeros, las leyes de intervención deben indicar, por lo menos,

... en qué suerte de industrias o empresas privadas conviene al Estado intervenir, en cuál de los momentos del proceso económico va a hacerlo y en qué grado debe realizarse la intervención... (32)

Según la jurisprudencia, las leyes de intervención deben determinar

... cuándo se interviene, a quiénes, respecto de qué actividades, en qué sentido, de qué manera, y obviamente, respetando las finalidades previstas constitucionalmente para la intervención. (33)

Y, para mayor concreción, según la Corte compete al Congreso definir a quiénes, cuándo y para qué se ordena la intervención... (34)

De las citas transcritas parece desprenderse un acuerdo en el sentido de que es el Congreso mismo por mandato de la ley, el que tiene que precisar, por lo menos, la naturaleza y los fines de la intervención, sus sujetos, los casos y la oportunidad en la que procede, su grado, y la etapa económica en la que puede imponerse. Estas guías, pues, se han tomado en cuenta al redactar en este documento el texto del proyecto de reforma al artículo 32 (intervención del Estado), y al artículo 120, numeral 3 (poder reglamentario).

La propuesta fortalece la participación del Congreso en la definición de la intervención económica, pero no impide que, sentadas unas bases mínimas, el poder reglamentario sea tan amplio y ágil como se desee.

Para hacer una concordancia con lo que se establezca acerca de la facultad de intervención del Congreso, debe aclararse que la facultad reglamentaria no permite, por sí misma, establecer los límites que el Congreso no haya establecido.

Debe reconocerse, también, el hecho de que es necesario que varias autoridades nacionales y no sólo el Presidente de la República tengan poder reglamentario. Ello lleva a que, en la práctica, haya varias clases de reglamentos. Tal como se dijo atrás, de hecho, la jurisprudencia ha tenido que ir aceptando poco a poco, ese hecho.

Para que no se entienda que las propuestas de reforma que este documento contiene limitan en alguna manera la facultad de intervenir en empresas particulares, que la ley y la Corte reconocen a las autoridades administrativas desde que se dictó la ley 45 de 1923, el último inciso del proyecto reitera en forma expresa esa facultad.

3.10. Propuesta de reforma.

3.10.1. El artículo 32 podría redactarse, entonces así:

32. Citados en Consejo de Estado, ponente Alberto Hernández Mora, "Auto del 31 de octubre de 1966", *Ibid.*

33. Corte Suprema de Justicia, ponente Luis Carlos Sábica, "Sentencia del 15 de abril de 1978", *Foro Colombiano*, T. XVIII, N.º 108 (1978), p. 518.

(34) Corte, ponente Sábica, "Sentencia del 7 de julio de 1983", *Ibidem*.

29. Corte Suprema de Justicia, ponente Jaime E. Duque Pérez, "Sentencia del 18 de septiembre de 1986", *Foro Colombiano*, T. 35, N.º 209 (Noviembre 1986), p. 480-481.

30. Corte Suprema de Justicia, ponente Mario Latorre Rueda, "Sentencia del 15 de mayo de 1981", *Gaceta Judicial*, T. CLIV, N.º 2405, p. 152.

31. Corte Suprema de Justicia, ponentes Jesús Vallejo Mejía et al., "Sentencia del 21 de enero de 1988", Expediente 1639, *Foro Colombiano*, T. 38, N.º 225 (1988), p. 234.

Artículo 32. Se garantizan la libertad de empresa y la iniciativa privada, dentro de los límites del bien común, pero la Dirección General de la Economía estará a cargo del Congreso y del Gobierno Nacional.

Corresponde al Congreso de la República, por leyes de alcance general, limitar los derechos de las empresas, en los términos que la Constitución permite. Esas leyes deben expresar, al menos, cuál de los derechos que la Constitución garantiza se autoriza a limitar; la naturaleza y los fines de los límites que se permiten; los sujetos a quienes pueden aplicarse; los casos y la oportunidad en los que pueden imponerse; el grado de limitación, cuando ésta pueda graduarse; y la etapa de la actividad económica en la que los límites se aplican.

Los decretos que produzca el Gobierno para desarrollar tales leyes son actos administrativos.

Además de las facultades de expropiación a las que se refiere el artículo 30, en los casos previstos por la ley las autoridades podrán asumir en forma temporal la administración de las empresas privadas, para liquidarlas, reorganizarlas, o conseguir que atiendan necesidades de la comunidad que en otra forma quedarían insatisfechas. Las autoridades indemnizarán a quienes resulten injustamente perjudicados por sus actuaciones.

3.10.2. La reforma propuesta llevaría, también, a una modificación parcial en el numeral 11 del artículo 76 de la Constitución, en conformidad con lo que dispusieron los constituyentes de 1979.

Ese numeral podría quedar, entonces, así:

Artículo 76. Corresponde al Congreso hacer las leyes.

Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones:

(...)

11. Conceder autorizaciones al Gobierno para celebrar contratos, negociar empréstitos y enajenar bienes nacionales;

3.10.3. En cuanto a la potestad reglamentaria, convendría establecer la siguiente modificación en el numeral 3 del artículo 120:

Artículo 120. Corresponde al presidente de la República...

(...)

3. Ejercer la potestad reglamentaria expidiendo las órdenes, decretos y resoluciones necesarios para la cumplida ejecución de las leyes. Sin mandato expreso de la ley, los reglamentos no podrán limitar los derechos que la Constitución garantiza; ni hacerlo para fines, sujetos, casos y oportunidades, grados o etapas distintos de los que la ley autoriza. La ley, o el Presidente, podrán delegar la facultad reglamentaria en otras autoridades; pero el Presidente, como supremo autoridad administrativa, podrá siempre revocar o reformar los reglamentos que produzcan las autoridades del orden nacional.

3.10.4. Y sería preciso que el artículo 214, numeral 2, de la Constitución, quedara así:

A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confieren ésta y las leyes, tendrá las siguientes:

(...)

2. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de todas las leyes y los decretos dictados por el Gobierno en ejercicio de las atribuciones de que tratan los artículos 76, ordinal 12, y 80 de la Constitución Na-

cional, cuando fueren acusados ante ella de inconstitucionalidad por cualquier ciudadano.

CAPÍTULO 4°

La Facultad presidencial de la intervención en el ahorro

4.1. Planteamiento del problema.

En el campo normativo, uno de los episodios de dispersión, y confusión, que más trascendencia han tenido en la jurisprudencia constitucional y administrativa reciente, fue la aprobación en 1968 del texto que hoy aparece como ordinal 14 del artículo 120, y según el cual:

Artículo 120. Corresponde al Presidente de la República como Jefe del Estado y suprema autoridad administrativa:

(...)

14. Ejercer, como atribución constitucional propia, la intervención necesaria en el Banco de Emisión y en las actividades de personas naturales o jurídicas que tengan por objeto el manejo o aprovechamiento y la inversión de los fondos provenientes del ahorro privado;

Esa norma dio lugar más tarde nada menos que al nacimiento del sistema de ahorro y vivienda de valor constante. Recientemente se ha utilizado para regular de modo extenso los llamados "inversionistas institucionales" (Compañías de Seguros, Fondos de Inversiones, Fondos de Pensiones) y las Corporaciones Financieras; así como para establecer sanciones a ciertas conductas que no pueden tipificarse en forma adecuada dentro de la legislación penal y contravencional financiera. Pero, de otra parte, a partir de 1979, según costumbre que ha contado con el respaldo del Consejo de Estado (35), la Junta Monetaria asumió la regulación de ciertos asuntos que durante algún tiempo reguló el Gobierno con facultades de ordinal 14 tales como el régimen de encaje de las corporaciones de ahorro y vivienda, sus operaciones activas, el encaje sobre los depósitos de ahorro en todos los intermediarios financieros, las relaciones entre el capital y los pasivos o activos de todos los intermediarios, y las operaciones activas de las compañías de financiamiento comercial.

Las distorsiones que introduce esta norma en el manejo de la economía son tantas que, por ejemplo, cuando se han hecho controles sobre las tasas de interés pasivas de los intermediarios financieros (es decir, las que pagan al ahorrador esos intermediarios por los recursos que captan) se ha apelado al ordinal 14; y cuando se han controlado las tasas activas (esto es, las que cobran los intermediarios a sus prestatarios por los recursos que les facilitan) ha sido necesario utilizar las facultades propias de la Junta Monetaria.

Por obra de la redacción que tiene desde 1968 el ordinal 14 del artículo 120 de la Constitución Política, surgió una extensa controversia acerca de la posibilidad de que el Congreso legisle sobre las materias a las que él se refiere; acerca de si los decretos que el Presidente produce con estas facultades pueden modificar las leyes; acerca de si con ellos se puede regular la estructura de las sociedades; y acerca de cuáles son las personas cuyas actividades puede regular el

Presidente con la facultad que el ordinal otorga.

La Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado adoptaron posiciones divergentes sobre todos estos temas.

El constituyente de 1979 quiso resolver muchos de los problemas insinuados; pero su intento se vio frustrado por el fallo de la Corte que declaró inexecutable la reforma de ese año.

Al interpretar en un sentido amplio el ordinal 14 del artículo 120 se llegaría a poner en manos del Presidente la posibilidad de intervenir en todo el proceso económico, sin participación previa del Congreso. Por eso, en consonancia con la voluntad del constituyente de 1979, y atendiendo al hecho de que ese ordinal tiene un carácter excepcional dentro de nuestras instituciones políticas, parece que con el paso del tiempo la jurisprudencia se hubiera propuesto restringir su alcance. El Consejo de Estado ha sido el líder de ese empeño: la Corte Suprema de Justicia ha participado gradualmente en él, sin abandonar del todo su posición inicial (36) que, en esta materia, ha favorecido una expansión de los poderes del Presidente en detrimento de los del Congreso.

Las contradicciones y dificultades en la interpretación del ordinal 14 del artículo 120, y el reciente afán restrictivo de la jurisprudencia, permiten pensar que, quizás, lo más conveniente puede ser que se derogue este ordinal, y que el Congreso y el Gobierno intervengan en el sector financiero por medio de las leyes de intervención que autoriza el artículo 32 para regular la economía. En apoyo de esta propuesta, es interesante anotar que durante la crisis financiera de 1982 resultó más útil la facultad de declarar la "emergencia económica", que la de intervenir con las facultades que este ordinal confiere.

El régimen aplicable al Banco de Emisión o, mejor, al Banco de la República, debería ser objeto de tratamiento en norma especial.

En todo caso, este es otro ejemplo de cómo la multiplicación de las modalidades de regulación en nuestra Carta Política da lugar a contradicciones y confusiones que restan eficacia a los esfuerzos de las autoridades, y aumentan la incertidumbre jurídica a las empresas. (37).

Se ha dicho que el ordinal 14 del artículo 120 genera contradicciones en la jurisprudencia. En éste y en los próximos apartes de este documento, se expondrán las principales. Después se explicarán las dificultades en la interpretación del ordinal, se analizarán los intentos de reformarlo que ha hecho el Congreso, y se concretará la propuesta de suprimirlo que fue enunciada atrás.

4.2. Contradicciones jurisprudenciales: la exclusión del Congreso en la regulación del ahorro.

En algunas ocasiones, tanto la Corte como el Consejo de Estado, al interpretar el ordinal 14 del artículo 120 de la Consti-

(36) Consejo de Estado, ponente Carlos Galindo Pinilla, "Sentencia del 4 de febrero de 1976". *Anales del Consejo de Estado*, T. XC, Nos. 449-450 (1976), I Semestre, p. 80; y Corte Suprema de Justicia, ponente Fabio Morán Díaz, "Sentencia del 9 de junio de 1987", *Gaceta Judicial*, Tomo CXCL, N° 2340 (1987), p. 625.

(37) De especial utilidad para analizar las contradicciones jurisprudenciales en este tema es el trabajo de los doctores Diana C. Visser y Luis Fernando Pabón, "La intervención del Presidente de la República en el sector financiero", presentado al Congreso de Abogados Javerianos de 1990 en Paipa, e inédito.

(35) Consejo de Estado, ponente Carmelo Martínez Conn, expedientes 6444 y 6451, "Sentencia del 18 de junio de 1984", *Anales del Consejo de Estado*, T. CVI, Nos. 481, 482 (1984), p. 390.

tución Política, han llegado a la conclusión de que esa norma confiere al Presidente una facultad que no sólo es similar a la del Congreso, sino que excluye a éste, cuando se trata de producir normas generales sobre el ahorro o el Banco de la República, lo cual como es obvio incluye materias relacionadas con el sistema financiero (38).

Pero, de otra parte, también ambas corporaciones, en otras ocasiones, han llegado a la conclusión contraria: es decir, han opinado que el ordinal 14 del artículo 120 de la Constitución no se opone a que el Congreso regule, directamente, las materias que son objeto de él (39).

Como si lo anterior fuera poco, la Corte ha dado, recientemente, en distinguir entre la "regulación" general y facultativa de los intermediarios financieros, que sería atribución del Congreso, y la "intervención" restrictiva en sus actividades particulares y concretas; que estaría reservada al Presidente, o a agentes suyos, como la Junta Monetaria (40). Ya se ha visto, atrás, al tratar sobre la intervención del Estado, lo difícil que resulta distinguir entre normas "generales" y normas "particulares".

4.3. Contradicciones jurisprudenciales: fuerza legislativa de los decretos que expide el Presidente.

También en este campo hay claras contradicciones entre las posiciones que han adoptado el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia.

En efecto, en algunas decisiones, tanto la Corte como el Consejo de Estado, aceptan que los Decretos que expide el Gobierno en uso de las facultades del ordinal que se comenta, sí tienen fuerza de ley (41). Es la Corte, sobre todo, la que ha asumido esta posición.

De otra parte, hay por lo menos dos fallos del Consejo de Estado, en los que esa corporación afirma que los decretos de intervención en el ahorro que dicta el Presidente no tienen fuerza de ley (42).

4.4. Contradicciones jurisprudenciales: capacidad de regular la estructura de las sociedades.

Se ha argumentado que, en vista del artículo 12 de la Constitución, que faculta al Congreso para determinar lo relacionado con el régimen de las sociedades, la facultad de intervención en el ahorro no faculta al Presidente para hacer lo mismo. También en este punto ha habido contradicción entre nuestros más altos tribunales.

En efecto, la Corte dijo en 1973 que las facultades del Gobierno no se extendían hasta dictar normas relativas a la estructura de las sociedades (43); pero el Consejo, en 1974, afirmó lo contrario (44).

De la misma manera, puede entenderse que la facultad de regular las "actividades" de los intermediarios financieros excluye la de crearlos, o la de dictar reglas sobre su naturaleza jurídica, organización, funciones, directivas, patrimonio y régimen aplicable a sus funcionarios; así lo ha entendido el Consejo de Estado. Pero la Corte ha tenido un punto de vista opuesto (45).

4.5. Oscuridad en cuanto al significado de la palabra "ahorro".

Pero las contradicciones anotadas van unidas, además, a la dificultad de interpretar varios términos del ordinal 14 del artículo 120. Y así, es necesario, en primer lugar, definir cuáles son "los fondos provenientes del ahorro privado" a los que se refiere la norma.

Aunque, en principio, puede entenderse que el ahorro es aquella parte del ingreso que no se consume, debe advertirse que, en verdad, tal definición sólo es válida cuando se refiere al ingreso no consumido en un momento determinado. En efecto,

... al considerar varios períodos, y aunque se trate del mismo agente económico, idénticos recursos financieros o reales pueden calificarse de ingreso, de ahorro y de inversión planeada o no. Lo que para una persona es ahorro puede ser, simultáneamente, capital de trabajo, o inversión o consumo anticipado para otra. No hay una definición económica general del ahorro; simplemente, para estudios específicos, los economistas deciden tratar como ahorro ciertos recursos que reúnen determinadas características, y éstas varían en función de la clase de estudio de que se trata... (46).

Dadas las complejidades que implica la definición económica del "ahorro", no es extraño que la jurisprudencia haya tenido dificultad en precisar el alcance legal del concepto. Pero parece prevalecer en ella una idea, útil por cierto, según la cual desde que el ordinal 14 del artículo 120 menciona "fondos provenientes del ahorro privado" alude a recursos que tienen cierta liquidez, a dinero (47). Sin embargo, en otra oportunidad, la Corte hizo una distinción artificiosa entre ahorro "elemental", "secundario", e "institucional" (48). Y hace poco adoptó un concepto de "ahorro" según el cual éste es, simplemente, ingreso no consumido, sin tener en cuenta el tiempo durante el cual el propietario se abstiene, o se piensa abstener, de consumirlo. Dijo la Corte:

... se entiende por "ahorro" (S) la parte del ingreso (Y) no destinada al consumo (C)

(43) Corte Suprema de Justicia, ponente Guillermo González Charry, "Sentencia del 18 de agosto de 1972", *Foro Colombiano*, T. VII, N° 39 (1972), p. 263; y Corte Suprema de Justicia, ponente Eustorgio Sarria, "Sentencia del 15 de diciembre de 1973", *Foro Colombiano*, T. IX, N° 54 (1973), pp. 767-791; y Consejo de Estado, ponente Jacobo Pérez Escobar, "Sentencia del 9 de septiembre de 1981", *Anales del Consejo de Estado*, T. CI, 2° semestre, N°s 471, 472 (1981), p. 193.

(39) Consejo de Estado, ponente Miguel Lleras Pizarro, "Sentencia del 25 de agosto de 1976", *Anales del Consejo de Estado*, T. XCI, N°s 451, 452, p. 132; Corte Suprema de Justicia, ponente Mario Latorre Rueda, "Sentencia del 15 de mayo de 1981", *Gaceta Judicial*, T. XCLIX, N° 2405, p. 140.

(40) Corte Suprema de Justicia, ponente Hernando Gómez Otálora, "Sentencia del 5 de octubre de 1989", expediente 1954, B.J. Boletín Jurídico Financiero (Bogotá: Asociación Bancaria, 1989), N° 637-19, p. 1409; Corte Suprema de Justicia, ponente Hernando Gómez Otálora, expediente 1904, "Sentencia del 21 de septiembre de 1989", *Foro Colombiano*, T. 41 N° 245 (1989), p. 450.

(41) Corte Suprema de Justicia, ponente Guillermo González Charry, "Sentencia del 18 de agosto de 1972", *Foro Colombiano*, T. VII, N° 39 (1972), pgs. 253, 264.

(42) Consejo de Estado, ponente Humberto Mora Osejo, "Sentencia del 14 de junio de 1974", *Anales del Consejo de Estado*, LXXXIII, Nos. 439, 440 (1974), 1° semestre, p. 109; y ponente Miguel Lleras Pizarro, "Sentencia del 25 de agosto de 1976", *Anales del Consejo de Estado*, T. CXI, Nos. 451, 452 (1976), 1° semestre, p. 132.

(S = Y - C) sin importar la forma en la cual los dineros respectivos sean administrados por los intermediarios financieros; así es indiferente que se depositen en cuentas corrientes, en cuentas ordinarias de ahorro, en cuentas de ahorro en valor constante o que con ellos se adquieran activos financieros, como títulos, bonos o cédulas... (49).

4.6. Problemas en la definición de los sujetos de la intervención en el ahorro.

Si definir qué es el ahorro ha resultado difícil, para efectos de aplicar el ordinal 14 del artículo 120, identificar los sujetos de la intervención presidencial no ha sido más fácil.

La jurisprudencia ha dicho que el ordinal 14 del artículo 120 sólo es aplicable a las personas que tienen por objeto la intermediación financiera (50). Ese punto de vista puede reforzarse al hacer un análisis sobre la naturaleza de las "actividades" a las que alude la norma.

En efecto, por regla general, la jurisprudencia y los doctrinantes han dedicado la mayor parte de sus esfuerzos a precisar en qué consiste el ahorro privado, antes que a interpretar el alcance de las palabras "manejo o aprovechamiento y la inversión" que emplea el ordinal 14 al referirse a las actividades que recaen sobre el ahorro. Inclusive parece advertirse cierta tendencia a suponer que esas tres palabras son sinónimas, y que puede prescindirse de cualquiera de ellas sin que las conclusiones cambien mucho. El Gobierno, a veces, al usar las facultades del ordinal 14 asume la misma actitud: por ejemplo, en el artículo 1 del decreto 1773 de 1973 se mencionan las personas "... que manejen, aprovechen o inviertan fondos provenientes del ahorro privado...".

Es más: los constituyentes de 1979 pensaron suprimir de los textos repectivos la palabra "inversión"; en los artículos 14 y 33 del Acto Legislativo N° 1 de 1979 se aludía sólo al "manejo o aprovechamiento del ahorro privado". O no veían utilidad especial a las referencias a "la inversión", o querían ampliar el alcance de las normas que iban a regir el tema.

Uno de los aspectos en donde el Congreso, en el proyecto de reforma constitucional de 1988, se apartó del de 1979 fue en mantener las referencias a "la inversión". Esas referencias son indispensables, porque es gracias a ellas que se advierte que las actividades sujetas a intervención con la modalidad del ordinal 14 del artículo 120 son sólo las que adelantan los intermediarios financieros.

En efecto, en el ordinal 14 se pueden advertir dos condiciones que deben darse simultáneamente para que la actividad que se adelanta con el ahorro pueda quedar sujeta a las regulaciones que el ordinal autoriza. Esas dos condiciones son, de una parte, que la actividad sea de "aprovechamiento" o de "manejo" del ahorro; y, de otra, que la actividad conduzca a la "inversión" del ahorro. En otras palabras: la norma no se refiere sólo a una actividad que consista en "manejar" ahorro privado, ni a una actividad que consista en "aprovechar" ahorro privado, ni a una que consista en "invertir" ahorro privado. La norma alude

(49) Corte Suprema de Justicia, ponente Hernando Gómez Otálora, "Sentencia del 5 de octubre de 1989", expediente 1954, B.J. Boletín Jurídico Financiero (Bogotá: Asociación Bancaria, 1989), N° 637-19, p. 1409.

(50) Consejo de Estado, ponente Lleras, "Sentencia del 25 de agosto de 1976", ... p. 156.

a actividades que consistan simultáneamente en el "aprovechamiento e inversión" o en el "manejo e inversión" del ahorro privado.

La norma incluye una "y" copulativa, que tiene perfecta lógica cuando se examina el asunto desde el punto de vista de la experiencia financiera, porque gracias a ella puede entenderse que el ordinal 14 alude a los dos lados del balance de la persona que realiza la actividad: el activo y el pasivo. En efecto, cuando una de las personas a las que se refiere la norma recibe ahorro ajeno para "manejarlo" o para "aprovecharlo", debe registrar la operación en el lado pasivo de su balance; y cuando utiliza el dinero para "invertirlo", debe hacer un registro contable en el activo: un asiento se refiere a la fuente de los recursos, el otro a su uso o destino. El ordinal 14 del artículo 120 es, entonces, preciso, en el sentido de que describe no sólo la fuente de los recursos que se utilizan en la operación (el ahorro privado), sino las dos modalidades en las cuales puede captarse ese ahorro (para "manejarlo" o para "aprovecharlo") y, para mayor claridad, define que la norma se aplica cuando tales recursos se llevan al activo bajo la forma de una "inversión".

Dentro de esta forma de enfocar el ordinal 14, si la actividad de una persona no consiste en captación e inversión de ahorro, esa actividad no está sujeta a las regulaciones que surjan de él. Es de la referencia simultánea a la "inversión", y no de artificiosas definiciones del ahorro, o de calificaciones apriorísticas sobre la calidad de "intermediarios financieros" de los sujetos de las regulaciones previstas en ese ordinal, de donde puede surgir el principal elemento restrictivo en cuanto a su ámbito de aplicación.

4.7 Necesidad de distinguir entre el "manejo" y el "aprovechamiento" del ahorro.

En el análisis de los problemas que suscita el ordinal 14 del artículo 120, y especialmente para determinar cuáles son las actividades y los sujetos a los que se refiere, se ha hecho énfasis en las referencias a los términos "aprovechamiento" y "manejo" del ahorro privado. Parece útil, entonces, detenerse en las implicaciones que uno y otro pueden tener en la interpretación de ese ordinal.

Se recibe ahorro para "aprovecharlo" cuando el intermediario que realiza la actividad asume la responsabilidad de devolver sus recursos al ahorrador; y así, por ejemplo, cuando un banco o una corporación financiera expiden un CDT, o cuando una compañía de seguros vende una póliza que implica capitalización, están captando ahorro para "aprovecharlo". El ahorrador tiene derecho a una remuneración pactada, que se refleja en una tasa de interés, pero no corre los riesgos, ni se beneficia de las ganancias, que el intermediario haga con su dinero. El "aprovechamiento" del ahorro, y sus riesgos, corresponden, entonces, al intermediario.

Se recibe ahorro para "manejarlo" cuando el intermediario que realiza la actividad no asume la responsabilidad de devolver los recursos al ahorrador; y así, por ejemplo, cuando una Sociedad Administradora de Inversión capta ahorro para un Fondo y expide un certificado de in-

versión, no garantiza en modo alguno que la unidad conserve su valor. Los recursos se manejan "por cuenta" de los ahorradores. La sociedad se compromete, apenas, a "manejar" los recursos del Fondo en forma experta y diligente, y recibe una remuneración por ello junto con el reembolso de sus gastos; pero no se beneficia con el aumento de las cotizaciones de los valores en los que invierte, ni se perjudica patrimonialmente si entran en pérdida. Eventualmente puede, inclusive, satisfacer sus obligaciones frente a los ahorradores repartiendo entre ellos los valores en los que haya hecho inversiones. (Decretos 384 de 1980 y 2515 de 1987).

4.8 Las dificultades con el término "inversión".

El ordinal 14 no alude sólo a las personas que "manejan" o "aprovechan" el ahorro privado, ni sólo a las que lo "invertien"; ese ordinal cubre, exclusivamente, a las personas que, además de manejarlo o provecharlo, lo invierten. Es indispensable, por lo tanto, hacer una referencia al concepto de "inversión".

Infelizmente, el concepto de "inversión", al que tanta importancia se da en este documento para precisar el alcance del ordinal 14 del artículo 120, no es unívoco en la costumbre ni en la legislación.

Es preciso dar a la palabra "inversión" un significado específico; porque mientras se pueda entender válidamente que ella alude a cualquier uso que el captador de ahorro pueda hacer con él, no se habrá avanzado demasiado. Pero se debe suponer que si el Constituyente utilizó la palabra fue para precisar más, para identificar mejor, el tipo de actividades respecto de las cuales estaba creando la especialísima facultad del ordinal 14.

En economía se considera "inversión", únicamente, la asignación de recursos que tiene por objeto aumentar la capacidad productiva de una empresa; es inversión, en ese sentido, la compra de una maquinaria, la construcción de una planta industrial, la adquisición de tecnología, la adecuación de una finca para aumentar su productividad. Es así como Keynes la identifica con la "... adición neta a toda clase de equipos de producción..." (51). Este es el sentido que tiene la palabra, a menudo, en nuestra legislación tributaria, por ejemplo, en el artículo 58 del Decreto Ley 2053 de 1974.

La palabra "inversión" se usa también asociada con la idea de aporte al capital de una empresa, y lleva implícita una connotación de "permanencia" y de "riesgo". El elemento de "permanencia" es esencial: la persona que toma un riesgo en una operación que arroja rápidamente pérdidas o ganancias no es un "inversionista"; es un "especulador". Se considera "inversión", entonces, por ejemplo, la compra de acciones, de "participaciones", o de partes de interés social en una empresa. En este sentido, por ejemplo, usaron la palabra el Congreso en el artículo 2 de la ley 32 de 1983; y el Gobierno en el artículo 111 del Decreto 444 de 1967, 1 del Decreto Reglamentario 1604 de 1975, 1 del Decreto 384 de 1980, y 17 del Decreto 3448 de 1983.

(51) John Maynard Keynes, "Teoría General de la ocupación, el interés y el dinero", México: Fondo de Cultura Económica, 1958, p. 82.

En el derecho financiero la palabra genérica para referirse a las operaciones activas de los intermediarios es "colocaciones"; y las normas distinguen a menudo, claramente, entre "inversiones" y "créditos" (Ver, por ejemplo, el artículo 1 de la resolución 23 de 1989 de la Junta Monetaria, el Parágrafo del artículo 8 del Decreto 1562 de 1973, y el artículo 1 del Decreto 2041 de 1987). La palabra "inversión" se usa, entonces, por lo general, para aludir a la compra de activos productores de renta, generalmente acciones, bonos o títulos representativos de deuda, para los cuales existe, en principio, un mercado secundario.

Infelizmente, la costumbre y hasta la legislación financiera asimilan en algunos casos los conceptos de "inversión" y "préstamo": tal ocurre, por ejemplo, en el artículo 2 del Decreto 1691 de 1960, sobre inversiones de las compañías de seguros.

De todo lo dicho se desprende cómo, para llegar a un concepto más preciso acerca de las actividades y de los sujetos a los que cubre la facultad de intervención que surge del ordinal 14 del artículo 120, se requeriría que la ley estableciera con más precisión los conceptos de "inversión" y de "crédito". La asimilación de ambos conceptos llevaría, eventualmente, a que pudiera considerarse que todos los intermediarios privados son sujetos de esta modalidad de intervención, por el contrario, la distinción entre ello podría dar lugar a sostener que sólo quienes captan ahorro para invertirlo son sujetos de esta modalidad intervencionista.

4.9 La reforma de 1979

Para enmendar las contradicciones anotadas, y superar las dificultades en la definición de conceptos tales como "ahorro" e "inversión", o en la identificación de los sujetos de esta modalidad de intervención, o de las actividades a las que ella se refiere, en 1979 el Congreso quiso introducir una reforma al ordinal 14 del artículo 120 de la Constitución. La reforma, como se sabe, fue declarada inexecutable, y las cosas quedaron como estaban.

La reforma consistió en derogar el ordinal aludido, y en modificar el ordinal 22 del artículo 76 para aclarar que una de las materias sobre las cuales el Congreso puede expedir "leyes marco" son las que permitan al Gobierno "intervenir en el Banco de Emisión y en las actividades de las personas naturales o jurídicas que tengan por objeto el manejo o aprovechamiento del ahorro privado".

En el proyecto de reforma, como se ve, y seguramente por inadvertencia de sus eventuales implicaciones, se suprimía la referencia a la "inversión" del ahorro privado, sobre cuya importancia se trató arriba.

4.10 El proyecto de reforma de 1989.

En el proyecto de reforma constitucional que aprobó el Congreso en primera vuelta en 1988, y que publicó el Gobierno por medio del Decreto 510 de 1989, pero que no se aprobó finalmente en 1989, el ordinal 14 del artículo 120 de la Constitución Política estuvo a punto de tener una modificación sustancial.

El texto de la reforma propuesta, curiosamente, era el mismo de 1979. Se dice "curiosamente", porque lo predecible habría sido que la crisis de 1982 hubiera despertado nuevas inquietudes o percepciones acerca de la forma de regular el

sistema financiero. Sin embargo, el regreso al texto de 1979 podría explicarse por la experiencia de la crisis de 1982, en donde el principal instrumento que utilizó el Gobierno no fue la facultad de intervenir en el ahorro sino la de "emergencia económica"; parece, entonces, que se encontró que es ésta, y no la facultad de intervención en el ahorro, la que resulta útil para atender las dificultades más graves que puede llegar a afrontar el sistema financiero.

4.10.1. Análisis de los textos propuestos en 1989.

El proyecto de 1989 acogía, con modificaciones mínimas, la fórmula que había aprobado el Constituyente, de 1979 sobre el tema de la intervención en el ahorro. En efecto, el artículo 48 del proyecto disponía que el ordinal 14 del artículo 120 de la Constitución Política quedaría así:

"Como personero de la Nación colombiana corresponde al Presidente de la República en su carácter de Jefe del Estado, Jefe del Gobierno y suprema autoridad administrativa, ...

Ejercer la intervención necesaria en el Banco de Emisión y en las actividades de personas naturales y jurídicas que tengan por objeto el manejo o aprovechamiento y la inversión de los fondos provenientes del ahorro privado, con sujeción a las normas generales a que se refiere el artículo 76, numeral 22".

Y el artículo 76, ordinal 22, a su vez, según el artículo 23 del proyecto, habría quedado así:

Artículo 76. Corresponde al Congreso hacer las leyes.

Por medio de ellas el Congreso ejerce las siguientes atribuciones:

(...)

22. Dictar las normas generales a las cuales deba sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos: organizar el crédito público, reconocer la deuda nacional y arreglar su servicio, regular el cambio internacional y el comercio exterior; modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas; intervenir en el Banco de Emisión y en las actividades de personas naturales o jurídicas que tengan por objeto el manejo o aprovechamiento y la inversión de los fondos provenientes del ahorro privado."

El proyecto de 1989 era mejor que el de 1979, porque conservaba la referencia a la "inversión" lo cual, como se ha explicado, es indispensable para determinar cuáles son los sujetos pasivos, y las actividades, a las que se refiere el ordinal 14 del artículo 120.

De acuerdo, de nuevo, con lo previsto en la reforma constitucional de 1979, el literal "i" del artículo 88 del proyecto de 1988, contemplaba la siguiente disposición transitoria:

"Durante dos (2) años, mientras el Congreso dicta las normas generales a que se refiere el ordinal 22 del artículo 76 sobre intervención en el Banco Emisor y en las actividades de las personas naturales o jurídicas que tengan por objeto el manejo o aprovechamiento del ahorro privado, el Gobierno podrá ejercer, sin sujeción a ellas, la atribución conferida en el ordinal 22 del artículo 120".

4.10.2. Ventajas y desventajas del proyecto de 1989.

Es obvio que la reforma prevista en el

proyecto de 1989 habría afectado el reparto de la facultad de regulación sobre las instituciones financieras que existe hoy entre el Congreso y el Presidente, tal como lo definen la legislación y la jurisprudencia constitucional y administrativa.

En efecto, al examinar los antecedentes de la reforma constitucional de 1968, la jurisprudencia del Consejo de Estado había concluido que la principal variación entre la intervención prevista en el artículo 32 de la Constitución Política, y la que autoriza hoy el ordinal 14 del artículo 120, consiste en que aquella debe realizarse siempre en desarrollo de una ley, mientras que esta última no la requiere (52). En este sentido es claro que si la reforma se hubiera aprobado, toda intervención habría requerido ley previa.

Y si toda intervención habría de requerir ley previa, habría sido claro que la facultad de intervención del Presidente en el ahorro no es exclusiva, como ha sostenido la Corte desde las primeras sentencias sobre el tema (53), sino que, siempre, ella habría dependido de la voluntad del legislador. En otras palabras, no habría habido aspectos relacionados con el ahorro privado sobre los cuales el Congreso no hubiera podido legislar.

La reforma, pues, habría despejado algunos de los aspectos más confusos de la normatividad existente, y lo habría hecho reafirmando los aspectos básicos de nuestra estructura constitucional, en cuanto se refiere a las relaciones y a la colaboración entre las diferentes ramas del poder público. Desde un punto de vista orgánico, ella habría favorecido al Congreso.

A partir del momento en el que hubiera entrado en vigencia el proyecto aludido de reforma constitucional, habría sido más claro que nunca que los Decretos que el Presidente expediera para intervenir en las actividades de las personas que aprovechan o manejan e invierten el ahorro privado, son actos administrativos. Es decir, que son actos cuya validez depende de su conformidad con una ley: si lo propio del acto con fuerza de ley es la capacidad de derogar la ley, lo propio del acto administrativo es la necesidad de sujetarse a ella.

Si alguien afirmó que a partir de la reforma constitucional de 1968 la existencia del ordinal 14 del artículo 120 implicaba una "deslegalización" del tema del ahorro privado, la consecuencia inevitable de la reforma que estuvo en proceso habría consistido en "legalizar" de nuevo el tema.

Sin embargo, el proyecto de reforma habría dejado sin resolver algunos problemas fundamentales. El más importante de ellos, habría sido el relativo a la definición de "ahorro" y a la de "inversión". Mientras se hubiera seguido haciendo referencia a esas palabras, que resultan elusivas aun en las ciencias económicas, habrían subsistido los equívocos. La controversia respecto a quienes son los sujetos de este tipo de inversión, y cuáles son las actividades intervenibles, habría continuado.

(52) Consejo, ponente Galindo, "Sentencia del 4 de Febrero de 1976", ... p. 71.

(53) Corte, ponente González, "Sentencia del 18 de Agosto de 1972", ... p. 263; y Corte Suprema de Justicia, ponente Eustorgio Sarria, "Sentencia del 15 de diciembre de 1973", *Foro Colombiano*, T. IX, N.º 54 (1973), pp. 767-691.

El proyecto de reforma tenía el inconveniente de sujetar la intervención en el ahorro a una "Ley Marco" previa. Se dice que esto era inconveniente porque, tal como se expondrá en el capítulo 5, la institución de las leyes "marco" ha resultado muy inadecuada como instrumento de regulación, por la enorme dificultad que existe para precisar cuándo una ley es "general" y cuándo deja de serlo. Subsistiendo esa ambigüedad, siempre se corre el riesgo de que los tribunales consideren "preciso" algo que el Congreso ha considerado "general", y que se frustre así un esfuerzo regulador.

En lo posible, pues, convendría buscar una solución mejor que la que se intentó en 1979 y 1989.

4.11. Conclusiones.

Existen constancias según las cuales el constituyente de 1968 tuvo el ánimo de limitar el campo de aplicación del ordinal 14 del artículo 120 de la Constitución Política. Además, desde 1976, y cada vez en forma más acentuada y reiterativa, el Consejo de Estado, e inclusive la Corte, advierten que es ésta una norma excepcional no sólo frente a la llamada "cláusula general de competencia" del Congreso para legislar, sino también frente al artículo 32 de la Constitución Política sobre la facultad interventora del Estado "por mandato de la ley"; y frente a algunas competencias específicas del Congreso, por ejemplo, en el campo monetario, y en el de la organización de la administración pública.

De ese carácter excepcional de la norma ambos tribunales deducen, correctamente, que su interpretación debe ser restrictiva.

También fue evidente en la reforma constitucional de 1979, y en el proyecto de 1989, el ánimo del Congreso de restringir el ámbito de la modalidad de intervención que surge del ordinal 14 del artículo 120.

Ante los múltiples problemas que ha planteado la aplicación del ordinal 14 del artículo 120, ante el hecho de que los tribunales se inclinan a darle una interpretación restrictiva, y ante el hecho de que el Congreso y el Gobierno disponen de otros instrumentos eficaces para intervenir en la economía, parece que lo que conviene es dejar que el Congreso, por medio de leyes de intervención, de las previstas en el artículo 32, y tan particulares o tan generales como desee, regule todos los temas que han sido objeto de atención por parte del Gobierno en uso de las facultades del ordinal 14 del artículo 120.

Como complemento de lo anterior, se propone que en el numeral 22 del artículo 76 se incluya una referencia a los intermediarios financieros, para que sea explícita la facultad que el Congreso tiene de regularlos. El texto de ese numeral, reformado, se examinará en el capítulo 5.

Es entendido que, en el evento de una situación crítica, el Gobierno siempre dispondrá de las facultades de "emergencia económica" para hacerle frente. Salvo en esa situación, no parece necesario sustraer al Congreso la facultad de regular estos temas.

4.12 Propuesta de reforma.

El texto que se propone sería, entonces, el siguiente:

Artículo Derógase el ordinal 14 del artículo 120 de la Constitución Política.

CAPÍTULO 5

La dudosa utilidad de las leyes marco

5.1. Planteamiento del problema.

En el Capítulo 3, cuando se trató acerca de la intervención del Estado en la economía, se advirtió cómo el propósito de los constituyentes de 1945 fue el de obligar al legislador a crear normas suficientemente "generales", como para que el Gobierno pudiera disponer de una facultad reglamentaria mucho más amplia.

También se observó cómo, tratando de acomodarse a ese propósito de los constituyentes de 1945, el Consejo de Estado en 1966 y la Corte en 1971 llegaron a afirmar que el Congreso había perdido la facultad de legislar sobre los detalles de los mandatos de intervención.

Es curioso entonces que, mucho después, en la reforma de 1968, y con el ánimo de adoptar una institución francesa, los constituyentes hubieran introducido en nuestra Constitución la institución de las "leyes marco", en el ordinal 22 del artículo 76, que concuerda intencionalmente con el ordinal 22 en el artículo 120. Se dice que esta reforma es "curiosa" porque lo que se buscó con ella fue que el Congreso por medio de "leyes marco" diera guías "generales" al Gobierno, le ampliara la facultad reglamentaria, y no pudiera ocuparse de detalles: en otras palabras, los mismo objetivos que se buscaron con la reforma de 1945 al artículo 32, y que alguna jurisprudencia consideraba que habían sido alcanzados...

En el ordinal 22 del artículo 76 se dice que es atribución del Congreso:

Dictar las normas generales a las cuales deba sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos: organizar el crédito público; reconocer la deuda nacional y arreglar su servicio; regular el cambio internacional y el comercio exterior, modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas; (el subrayado no es del texto).

Los comentaristas de esta norma destacan, como características de las "leyes marco", el que ellas tienen que ser "generales".

Con la institución de las "leyes marco", entonces no se ha hecho otra cosa que tratar de conseguir, con una nueva modalidad de regulación, lo que se había procurado varios años antes con la reforma constitucional del año 45 sobre la facultad de intervención: ampliar la facultad reglamentaria. Y esa ampliación se consiguió, además, prohibiendo al Congreso entrar a legislar sobre los detalles de las materias respectivas. Tal es la verdadera novedad de la institución.

Quiénes patrocinaron la inclusión de las normas sobre "leyes marco" en el texto constitucional, supusieron que en las materias a las que ellas se refiere se requiere una gran agilidad de decisión, y que ésta no la tiene sino el Gobierno. La institución de las "leyes marco" facilita la adopción de una estrategia de "ajuste exacto" (fine tuning) en el manejo económico y, sobre todo, monetario, tal como se recomendaba en la década de los años 60.

La justificación de la institución está lejos de ser clara: no es evidente que en las materias que deben regularse por medio de este tipo de leyes la posibilidad de cambio frecuente en las normas sea una ventaja. Economistas de mucho prestigio académico critican hoy duramente la estrategia del "fine tuning".

La institución de las "leyes marco" ha creado, por supuesto, confusiones jurisprudenciales sobre varios aspectos, como se verá adelante, pero, sobre todo, por la dificultad de precisar si una ley cumple o no con el requisito de "generalidad"; y respecto a la fuerza de los decretos que se expiden por medio de ellas.

Todo ello permite pensar que el problema de cómo dar "agilidad" al Gobierno no se resuelve creando nuevas modalidades de regulación, o afirmando que algunas leyes tienen que ser "generales"... Es preciso dejar que el legislador, en cada caso concreto, y después de especificar los aspectos mínimos que se propusieron atrás al tratar sobre la intervención del Estado en la economía, decida cuánto margen de reglamentación quiere dejar al Gobierno.

5.2. La justificación de las leyes marco; el "ajuste exacto" (fine tuning) de la economía.

Según el entonces ministro de Gobierno, Misael Pastrana, en la exposición de motivos al Congreso que aprobó la reforma constitucional de 1968, la atribución de mayores facultades al Gobierno se funda en que es éste quien cuenta con ... el personal y los medios técnicos requeridos para dar adecuada y oportuna respuesta a los problemas que la vida contemporánea plantea en los campos señalados. (54).

Según la Corte, la razón por la cual el constituyente reservó ciertas materias para incluirlas dentro del régimen de las "leyes marco", o "cuadro", consiste en que tales materias, "por razones de orden técnico y de oportunidad, exijan una gran facilidad y variabilidad de decisión, como la que es propia del Ejecutivo, que es lo que justifica esta modalidad de reparto de competencias entre Legislativo y Ejecutivo en el manejo de esta clase de asuntos". (55).

Los constituyentes, los legisladores, los doctrinantes y la jurisprudencia han sido muy receptivos en Colombia a la tesis según la cual el manejo de la economía requiere, por regla general, capacidad de adoptar con mucha rapidez regulaciones de una naturaleza especializada o técnica, que no pueden ponerse en manos del Congreso quien, se supone, carece de la agilidad y los conocimientos necesarios para producirlas. En especial, se dice que tal tipo de regulaciones son indispensables en el campo del comercio exterior, en el cambiario, en el monetario y crediticio, y en el aduanero.

Por supuesto, la experiencia de todos los países demuestra que en ciertas ocasiones pueden presentarse cambios muy rápidos y profundos en las circunstancias económicas, hasta el punto de que no se puede esperar que un cuerpo colegiado, como es el Congreso, a través de los procedimientos ordinarios, expida las medidas del caso. Pero Colombia dispone de un instrumento excepcionalmente útil para hacer frente a tales crisis cuando se presentan: la emergencia económica.

Por eso, parece que se ha exagerado la frecuencia con la que tales situaciones críticas se presentan, y la necesidad de producir en forma continua regulaciones nuevas en los aspectos que se mencionaron. El régimen aduanero, por ejemplo, debería reflejar una estrategia estable de apertura o de protección industrial; no se ve motivo para que el Congreso no pueda tomar las decisiones necesarias, si cuenta con buenos asesores para ello. En materia de comercio exterior puede decirse lo mismo. Y en materia cambiaria, las crisis no se producen por sorpresa: generalmente son el resultado de la continuidad en una mala política fiscal o monetaria; mientras no se cometa el error de fijar por ley la tasa de cambio, la política fiscal y la política monetaria convencionales proporcionan suficientes instrumentos para evitar que los problemas se vuelvan críticos, dentro del ámbito de una legislación como la que existe en Alemania, Inglaterra, los Estados Unidos o Chile. En el campo de la política crediticia ocurre igual cosa.

El punto de vista que ha prevalecido en Colombia, y que se refleja en la institución de las "leyes marco" obedece, pues, a una concepción de estrategia económica que usualmente se denomina "estrategia del ajuste exacto" (fine tuning), y que se recomendó especialmente en el campo del manejo monetario.

Ya a comienzos del siglo XIX el banquero y político inglés Thomas Attwood sostuvo que, como las condiciones monetarias y económicas cambian cada día, el manejo de la política monetaria tenía que hacerse, también, diariamente; con mucha discrecionalidad, sin reglas fijas; por medio de una comisión de legisladores. En nuestros días a esa receta para el manejo de la política monetaria se le da el nombre de "búsqueda de un ajuste exacto" (fine tuning). Y fue objeto de crítica también desde comienzos del siglo XIX, nada menos que por John Stuart Mill, cuyo enfrentamiento con los puntos de vista de Attwood ha llegado a ser clásico (56).

Durante el presente siglo, y sobre todo a partir de los trabajos de Keynes, muchos economistas han sostenido la conveniencia de hacer "ajustes exactos" en la política fiscal y en la política monetaria, para adaptarse a las cambiantes condiciones económicas, y obtener así la estabilización de la economía. En 1973, por ejemplo, el presidente de la Junta de la Reserva Federal de los Estados Unidos, al recomendar una política económica que combinaba créditos tributarios, encajes marginales, consejos a los banqueros para reducir el crecimiento de sus préstamos, y un superávit fiscal, decía:

Debemos persistir en la búsqueda de herramientas nuevas y más poderosas para la política de estabilización. Idealmente, esas herramientas deberían ser tales que pudieran introducirse o removerse rápidamente, y que afectarían las decisiones sobre el gasto en una forma pronta... (57).

Y en otra ocasión explicaba:

De un mes a otro, la demanda del público

(54) Presidencia de la República, Secretaría Jurídica, *Historia de la Reforma Constitucional de 1968* (Bogotá: Imprenta Nacional, 1968), p. 44.

(55) Corte Suprema de Justicia, "Sentencia del 15 de junio de 1982", ponente Luis Carlos Sánchez, *Gaceta Judicial*, T. CLXXI, N° 2409 (1982), página 334.

(56) Thomas M. Humphrey, "Two Views of Monetary Policy: The Attwood-Mill Debate Revisited", en *Federal Reserve Bank of New York, Federal Reserve Readings on Inflation* (New York: Federal Reserve Bank of New York, 1979), p. 73.

(57) Arthur F. Burns, *Reflections of an Economic Policymaker* (Washington, D.D.: American Enterprise for Public Policy Research, 1978), p. 157.

por dinero está sujeta a variaciones por motivos que son usualmente de corto plazo... Si la Reserva Federal tratara de mantener una tasa rígida de crecimiento monetario ante tales desarrollos, las tasas de interés variarían ampliamente, sin ningún resultado bueno... Para evitar estos efectos dañinos, la Reserva Federal busca conseguir que sobre períodos relativamente largos la moneda y el crédito alcancen las tasas deseadas de crecimiento... aun una tasa excesivamente grande, o excesivamente pequeña, de crecimiento monetario tienen un efecto mínimo sobre el curso de la economía, si se las compensa enseguida (58).

Desde por lo menos 1948, Milton Friedman ha criticado ese enfoque, y ha propuesto que, por el contrario, el manejo de la política monetaria y fiscal se haga siempre dentro de marcos legales estables, reduciendo la autoridad discrecional de los funcionarios (59), y adoptando una norma que obligue a las autoridades monetarias, simplemente, a buscar un crecimiento monetario permanente y similar en su ritmo al del crecimiento de la capacidad productiva del país. No cree él en la posibilidad de éxito de un manejo monetario "compensatorio" frente a los cambios diarios de las condiciones económicas.

Friedman fundamenta su posición en argumentos económicos y políticos. En cuanto a los argumentos económicos, afirma que es prácticamente imposible hacer predicciones económicas suficientemente precisas; y que, además, la política monetaria siempre opera con retrasos, por lo que es posible que cuando se produzcan los efectos de las decisiones monetarias que se toman hoy, de nuevo las circunstancias hayan cambiado tanto que el resultado que se obtenga no sólo no lleve a la estabilización económica sino que produzca una inestabilidad peor que la que se quería remediar (60). En cuanto a los argumentos políticos, Friedman manifiesta que si se concede autoridad discrecional a los funcionarios para hacer ajustes periódicos a la política monetaria, diferentes grupos de presión, políticos y económicos, van a lograr que los funcionarios utilicen su facultad discrecional en una forma que no convalida a los propósitos de la estabilización. Por eso recomienda una norma constitucional que ordene una política monetaria de metas constantes, para que no quede sujeta a las presiones aludidas (61).

El análisis de Friedman ha tenido mucho eco, entre otros países, en los Estados Unidos (62); y varios estudios sustentan el punto de vista de que existe un "ciclo político" en el manejo económico, es decir, que a menudo las autoridades económicas diseñan la política en tal forma que favorezca a los partidos que se encuentran en el Gobierno (63). Todo ello contribuyó a que el Congreso de los Estados Unidos produjera legislación, a partir de 1977, según la cual

la Junta de la Reserva Federal, que es el Banco Central de ese país, debe manejar la política monetaria con el objetivo constante de conseguir que el crecimiento de largo plazo de los agregados monetarios se ajuste al potencial de la economía para crecer en el largo plazo (64), antes que con el de neutralizar o contrarrestar fenómenos monetarios ocasionales.

Parece, pues, que en muchas de las materias que son propias de las leyes marco, según el artículo 76, ordinal 22, de la Constitución Política, un cambio continuo del régimen aplicable, no sólo no es lo que aconseja la técnica sino que resultaría contraproducente para lograr un desarrollo económico equilibrado. En materias como los regímenes aduanero, cambiario y de comercio exterior puede ser más útil disponer de reglas estables que de regulaciones que se modifican con frecuencia. Y, en los casos de crisis, cuando sea preciso adoptar decisiones con rapidez, el Gobierno siempre tendrá la facultad de recurrir a las facultades de "emergencia económica".

5.3 La fuerza de las "leyes marco".

Inicialmente, acogiendo un planteamiento del doctor Hernán Toro Agudelo, el Consejo de Estado afirmó que

... las leyes cuadros o normativas son distintas a las leyes ordinarias, de la misma manera que los decretos dictados para desarrollar las primeras tienen un carácter diverso a los decretos simplemente reglamentarios... Los primeros tendrán fuerza de ley aunque así no se diga de modo claro porque jurídicamente deben asimilarse a los expedidos en virtud de las facultades del ordinal 12 del artículo 76; sólo que éstas se otorgan según los tiempos, y las orgánicas o normativas están previstas como estatutos normales, corrientes, siempre presentes. (65) (Los subrayados no son del texto)

Después, sin embargo, el Consejo ha afirmado que los decretos que expide el Gobierno con las facultades que contienen las leyes marco, son simples decretos reglamentarios, y que no pueden modificar las leyes; esta es la interpretación que prevalece hoy. (66)

5.4 La "generalidad" de las leyes marco

La "ley marco" es, naturalmente, una de las clases de leyes por medio de las cuales el Congreso puede autorizar la intervención en la economía. Y la Corte Suprema de Justicia ha dicho:

... las leyes de intervención económica, contempladas en el artículo 32 constitucional mediante las cuales y a cuyo mandato el Estado puede ejercer su función en la "dirección general de la economía" que está a su cargo... son verdaderas leyes en sentido material que, por lo tanto, han de ser generales, abstractas e impersonales... (67)

Aunque es difícil reconciliar esta jurisprudencia con otras según las cuales la ley pueda hacer, directamente, la intervención (68), si se puede aceptar que, en principio, las leyes de intervención deben ser "ge-

nerales". ¿Qué quiere decir, entonces, el constituyente en el ordinal 22 del artículo 76 de la Constitución Política cuando también califica de "generales" las leyes "marco"? ¿Se trata de una redundancia?

La generalidad de la ley, en este caso, no puede entenderse como simple prohibición de referirse a un sujeto particular, sino que implica que la ley no puede entrar en detalles "reglamentarios".

Pero, por supuesto, no es tarea fácil determinar cuándo una norma deja de ser "general" y comienza a ser "reglamentaria".

No se puede compartir, por ejemplo, el criterio expuesto por el ilustre jurista Manuel Gaona, para quien el hecho de que la ley diga que el Gobierno reglamentará un precepto prueba, por sí mismo, que éste no es reglamentario. En efecto, la reglamentación de una norma puede ir, prácticamente, al infinito; el hecho de que el Congreso dicte una norma reglamentaria, no impide que el Gobierno dicte otra, de alcance aún más preciso. (69)

El requisito de la "generalidad" produce efectos: con base en él la Corte declaró inexequibles varios artículos de la ley 47 de 1981, sobre "zonas francas" aduaneras, con el argumento de que el Congreso había legislado sobre aspectos particulares del cambio internacional, comercio exterior y régimen de aduanas, cuando, por razón de la materia, no era competente sino para fijar "normas orientadoras". (70) Este es ejemplo de cómo la ambigüedad de un término frustra los propósitos de una autoridad reguladora, en este caso el Congreso.

Una de las consecuencias de la "generalidad" que deben tener las leyes marco consiste en afirmar que los decretos que se expiden con ellas tienen un ámbito más amplio que los reglamentos comunes. En efecto, los que el Gobierno produce en uso de su facultad reglamentaria común tienen un carácter residual; sólo pueden referirse a aquellas materias que, habiendo sido tratadas en forma expresa en la ley, no fueron desarrolladas en forma completa por el legislador. (71) En cambio, los reglamentos que expide el Gobierno en uso de las facultades de las leyes marco tienen un ámbito más amplio que los reglamentos corrientes. Esos decretos

no son competencias residuales sino perfectamente determinadas en la propia Constitución y por lo mismo absolutamente diferentes a los reglamentos de la ley señalados en el ordinal 3 del artículo 120 C.N. (72)

Por supuesto, queda por determinar, en la práctica, hasta dónde puede llegar un reglamento que no se limite al cumplimiento de la ley que le da origen...

Al fin y al cabo, de acuerdo con la evolución jurisprudencial del Consejo de Estado en esta materia, los decretos que se expiden en desarrollo de leyes marco son reglamentarios. Ello significa que pueden completar los vacíos de tales leyes, en lo

(58) *Ibid.*, p. 175.

(59) Milton Friedman, "A Monetary and Fiscal Framework for Economic Stability", en M. G. Mueller, Ed., *Readings in Macroeconomics* (New York: Holt, Rinehart and Winston, Inc., 1966), p. 337.

(60) Milton Friedman and Franco Modigliani, "The Monetarist Controversy", en Federal Reserve Bank of New York, *Readings on Inflation* (New York: Federal Reserve Bank of New York, 1979), p. 98; y Lawrence S. Rutter & William L. Silber, *Principles of Money, Banking and Financial Markets* (New York: Basic Books, Inc., 1980), p. 407.

(61) Friedman and Modigliani, *Ibid.*

(62) *Ibidem*.
63. Edward R. Tufte, *Political Control of the Economy* (Princeton, N.J.: Princeton University Press, 1978).

64. Rutter, *Ibidem*.
65. Consejo de Estado, ponente Jorge Dávila Hernández, "Sentencia del 26 de enero de 1978", expediente 4004, Control de cambios en Colombia (Bogotá: Banco de la República, 1987), T. III, p. 931.

66. Consejo de Estado, ponente Guillermo Benavides Melo, "Auto del 31 de marzo de 1987", expediente 530, *Anales del Consejo de Estado*, N.ºs 493-494 (Primer semestre de 1987), p. 227; y Consejo de Estado, ponente Miguel Betancur Rey, "Auto del 19 de noviembre de 1984", expediente 4819, *Anales del Consejo de Estado*, N.ºs 483-484 (1984), p. 181.

67. Corte Suprema de Justicia, ponente Fabio Morón Díaz, "Sentencia del 22 de septiembre de 1978", *Foro Colombiano*, N.º 233 (1988), p. 441.

68. Consejo de Estado, ponente Humberto Mora Osejo, "Sentencia del 14 de junio de 1974", *Anales del Consejo de Estado*, T. LXXXVI, N.ºs 439-440 (1974), p. 137.

69. Corte Suprema de Justicia, Manuel Gaona Cruz et al., "Salvamento de voto a la sentencia del 15 de junio de 1982", *Gaceta Judicial*, T. CLXXI, N.º 2409 (1982), p. 349.

70. Corte Suprema de Justicia, ponente Luis Carlos Sánchez, "Sentencia del 15 de julio de 1982", expediente 952, *Gaceta Judicial*, T. CLXXI, N.º 2409 (1982), p. 119.

71. Consejo de Estado, ponente Samuel Buitrago Hurtado, "Sentencia del 10 de marzo de 1987", expediente 216, *Anales del Consejo de Estado*, N.ºs 493-494, p. 119.

72. Corte Suprema de Justicia, ponentes Jesús Vallejo Mejía, Jaime E. Duque Pérez, Didiño Páez Velanda, "Sentencia del 21 de enero de 1988", expediente 1639, *Foro Colombiano*, N.º 225 (1988), p. 234.

necesario para que ellas puedan cumplirse, pero no pueden tratar asuntos completamente nuevos, ni modificar los derechos u obligaciones, los plazos o los procedimientos previstos en la ley que reglamentan, o en otras leyes (salvo en aquellas leyes que resulten en oposición directa con la ley marco o cuadro).

Parece fuente permanente de conflictos jurisprudenciales, y de riesgos para la eficacia de la regulación, el mantener la exigencia de que determinadas leyes sean "generales". La suerte de la ley sobre "zonas francas" aduaneras, que atrás se comentó, es buena prueba de ello.

5.5. Materias conexas que no son objeto de las leyes marco.

Otra eventual fuente de conflictos jurisprudenciales al trabajar con el concepto de "leyes marco" surge cuando se tiene en cuenta que no es fácil trazar fronteras entre los temas a los que ellas se refieren, según el artículo 76, ordinal 22 de la Constitución, y otros temas que son objeto de regulación en desarrollo de otras facultades constitucionales del Congreso.

Así, por ejemplo, la regulación del tema cambiario toca, en muchos aspectos, con el régimen monetario, que puede el Congreso tratar, en tanto detalle como quiera, dentro de las facultades que le otorga el ordinal 15 del artículo 76 de la Constitución Política, y a las que se alude a menudo con el "nombre pomposo" de "soberanía monetaria". (73)

Debe tenerse en cuenta que sólo el Gobierno puede presentar los proyectos de ley relativos a leyes marco. Por lo tanto, si el Gobierno pudiera incluir en ellos temas sobre los que el Congreso tiene iniciativa y sobre los cuales puede legislar en detalle, así tengan evidente conexión con los temas propios de las leyes "marco", estaría privando al Congreso de una facultad suya.

Hay, además del ejemplo citado, aspectos de la actividad económica cuya regulación corresponde al Congreso por norma constitucional expresa. Así ocurre con lo relativo a la emisión y denominación de la moneda (Artículo 76, Ordinal 15), con las actividades de personas extranjeras (Art. 11), con el derecho de asociación (Art. 44), y con la estructura de la administración y el servicio público (Artículo 76, ordinales 9 y 10). En caso de duda, entonces, ésta debe resolverse en el sentido de que, de acuerdo con la "cláusula general de competencia", la facultad de legislar corresponde, en principio, sin límites, al Congreso, por lo que todas las excepciones son de interpretación restrictiva.

Pero, por supuesto, lo mejor sería no tener que estar resolviendo conflictos de interpretación, y prescindir de una institución que no ha aportado mucho a nuestro derecho público.

5.6. Leyes "marco" y facultades extraordinarias.

La Corte sostuvo, en sentencia del 15 de junio de 1982, que el Congreso no puede dar al Gobierno facultades extraordinarias, en las materias propias de las leyes marco. (74)

73. Eduardo Cifuentes Muñoz, "Regulación Financiera y Reforma Constitucional", en *Economía colombiana*, N° 208-209 (1988), p. 43.

74. Corte, ponente SÁCHICA, "Sentencia del 15 de julio de 1982", p. 343.

Por supuesto, como se dijo con tanta razón en el salvamento de voto respecto de esa sentencia, tal restricción no parece correcta; "no se puede confundir una ley marco... con una ley de facultades extraordinarias". Ni se pueden crear excepciones jurisprudenciales a la cláusula general de competencia del Congreso. (75)

5.7. Efectos derogatorios de las leyes marco.

Una de las afirmaciones que ha hecho la jurisprudencia sobre el tema de las "leyes marco" consiste en que éstas derogan la legislación anterior que resulta incompatible con ellas. (76) Como se observa, tal afirmación está lejos de constituir novedad; como no lo está la afirmación de que, en las circunstancias anotadas, los decretos que desarrollan las leyes marco pueden ser contrarios a las leyes a las que éstas resultan opuestas. Parece que la misma afirmación podría hacerse respecto de cualquier otro decreto reglamentario, y que, por lo tanto, la teoría jurídica no recibe, en este aspecto al menos, aporte alguno proveniente del concepto de "ley marco".

En la práctica, sin embargo, aplicar el principio que se acaba de comentar puede ofrecer algunas complicaciones. Por ejemplo, con base en la jurisprudencia, puede advertirse que, si una ley marco no deroga la norma que tipifica como delito o contravención una cierta conducta, el decreto que desarrolle esa ley no puede hacer que aquella conducta deje de ser punible. (77)

5.8. Control de legalidad de los decretos que se expiden con facultades de leyes marco.

El control de legalidad de los decretos que expide el Gobierno en uso de las atribuciones de las leyes "marco" o "cuadro", corresponde al Consejo de Estado (78); hasta donde se conoce, la jurisprudencia es unánime en este punto.

5.9. Orientación de la reforma propuesta.

La institución de las leyes marco parece, entonces, inútil: ha sido un intento tardío de revivir el propósito que tuvieron los constituyentes de 1945 cuando dispusieron que la intervención debería hacerse "por mandato de la ley", y que no era sino el de ampliar la facultad reglamentaria.

Desde el punto de vista de la política económica, la institución de las "leyes marco" pudo servir para aplicar una estrategia de "ajuste exacto" (fine tuning) que hoy recibe muchas y fundadas críticas de académicos del mayor renombre.

Las normas actuales y las propuestas en este documento, sobre intervención del Estado, parecen suficientes para cumplir ese propósito, sin que sea necesario para ello tener una modalidad diferente de regulación, "las leyes marco", sobre cuyo alcance, como se ha visto, siempre puede

haber conflictos de interpretación con graves consecuencias.

Parece que el ordinal 22 del artículo 76 sería adecuado si, simplemente, se redactara sin la palabra "general". Se podría también, en vista de la derogatoria propuesta del ordinal 14 del artículo 120, añadir en este ordinal una referencia a las actividades de los intermediarios financieros, con lo cual, mientras no haya normas de alcance más especial que se refieran a ellas (como serían, por ejemplo, las normas relativas a la regulación de la moneda), este ordinal se convertiría en la fuente expresa de la facultad con la cual el Congreso podría regular los intermediarios.

En el artículo 120 no haría falta reforma distinta de la hacer una mención a los intermediarios financieros: su ordinal 22 seguiría siendo una facultad explícita del Gobierno para producir reglamentos en las materias a las que él se refiere.

En el capítulo 7 de este documento se propondrá poner enseguida del ordinal 22 del artículo 76 otro ordinal que se refiera, especialmente, a la organización del crédito público, al servicio de la deuda externa y, en general, a la regulación de los empréstitos externos. Por eso convendría excluir del ordinal 22 todo lo relacionado con el crédito público.

5.10. Propuesta de reforma

El ordinal 22 del artículo 76 de la Constitución quedará así:

Artículo 76.- Corresponde al Congreso hacer las leyes.

Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones:

Dictar las normas a las cuales deba sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos: regular el cambio internacional y el comercio exterior; regular las actividades de los intermediarios financieros; y modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas.

Y el ordinal 22 del artículo 120 quedará así:

Artículo 120.- Corresponde al Presidente de la República como Jefe del Estado y suprema autoridad administrativa:

22. Regular el cambio internacional, el comercio exterior, y las actividades de los intermediarios financieros; y modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas, con sujeción a las reglas previstas en las leyes a que se refiere el ordinal 22 del artículo 76.

CAPÍTULO 6

La Facultad de Inspección en el sector financiero

6.1. Planteamiento del problema.

A partir del capítulo 3, este documento ha mostrado cómo la evolución de nuestro derecho constitucional posterior a 1886 aumenta el número de modalidades por medio de las cuales se regula la economía y, por ende, el sistema financiero. En seguida se pretende explicar cómo la evolución jurisprudencial puede contribuir, a su vez, a multiplicar el número de autoridades que tienen facultades de regulación.

En particular, a pesar de ciertas reticencias formales, puede observarse que algunas decisiones jurisprudenciales avanzan, en la práctica, en el sentido de reconocer a la Superintendencia Bancaria una facultad de reglamentación sobre el sector financiero que no corresponde a nuestra estructura constitucional, y que es

75. Corte, ponente SÁCHICA, "Sentencia del 15 de julio de 1982", p. 353.

76. Consejo de Estado, ponente Miguel Betancur Rey, "Auto del 19 de noviembre de 1984", expediente 4819, *Anales del Consejo de Estado*, N°s 483-484 (1984), p. 181.

77. Consejo de Estado, ponente Guillermo Benavides Melo, "Auto del 31 de marzo de 1987", expediente 530, *Anales del Consejo de Estado*, N°s 493-494 (1987), p. 227.

78. Consejo de Estado, ponente Enrique Low Murtra, "Sentencia del 18 de julio de 1980", expediente 5399, *Anales del Consejo de Estado*, N°s 467-468 (1980), p. 89.

inconveniente para el desarrollo de ese sector.

En efecto, cuando la entidad que dicta las regulaciones sobre el sistema financiero es distinta de aquella que vigila su cumplimiento, ésta puede hacer un juicio independiente sobre el impacto, positivo o negativo, de tales regulaciones y, de esa manera, contribuir a mejorar su calidad. Pero en la medida en que la autoridad que dicte las regulaciones sea la misma que vigila su cumplimiento, no habrá quién realice un juicio crítico y objetivo sobre la bondad de ellas; la autoridad que las dicta tenderá siempre, en primera instancia, y por una explicable reacción defensiva, a atribuir las fallas a problemas inherentes a las entidades reguladas. Y no es extraño, tampoco, que las regulaciones se orienten a facilitar la vigilancia y a fortalecer las atribuciones de la entidad vigilante, antes que a permitir que las entidades vigiladas hagan el mejor uso posible de los recursos que manejan.

En la rama ejecutiva del poder público es preciso distinguir entre entidades ejecutoras y entidades de control. Parece indispensable que las primeras tengan poder reglamentario, pues éste es indispensable para hacer cumplir la ley, tal como se señaló en el capítulo 3 de este documento. En cambio, puede ser muy perjudicial que esa facultad se extienda a las segundas, como se acaba de explicar en el párrafo anterior. Este punto de vista ha sido, en principio, acogido por la Constitución colombiana a partir de 1945; y es por eso que, en el artículo 59, indica que la Contraloría General de la República no ejercerá funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización, incluyendo, por supuesto, la función reglamentaria. Con la misma lógica, convendría evitar todo asomo de poder reglamentario en las autoridades cuya principal tarea es de "inspección y vigilancia".

Convendría, pues, una reforma que tuviera la creciente actividad reguladora de la Superintendencia, que se ejercita siempre en detrimento de otras autoridades, y que la limitara a su función natural de inspección y vigilancia.

6.2. Origen y alcance inicial de la facultad de inspección

Los constituyentes de 1886 discutieron acerca de la conveniencia de tener en la Constitución un artículo que se refiriera a la creación del Banco Nacional, o a su organización directa por el Presidente; sin embargo, donde parece que todos estuvieran de acuerdo fue en dar al Presidente facultad de inspeccionar los "bancos de emisión", y los "establecimientos de crédito". (79) Para comprender lo que los contribuyentes pensaban acerca de la naturaleza y alcance de esa facultad, son interesantes las palabras de don José María Samper:

"No niego que la inspección es necesaria... pues habiendo valores fiduciarios en circulación, y no estando los establecimientos que los emiten sujetos a la vigilancia inmediata de los particulares, conviene la intervención de la autoridad pública para la protección de los intereses sociales..." (80)

("El Gobierno... tiene la obligación de velar para que no se menoscaben los intereses de los ciudadanos por mala administración o deliberados abusos

de los establecimientos en que esos intereses están comprometidos". (81)

Es decir, en los antecedentes de la Constitución, la facultad de "inspección" sobre los bancos aparece, simplemente, como una atribución que se confiere a las autoridades para que cumplan la misma inspección que, en principio, debería tener cualquier socio sobre los negocios de las sociedades de las que hace parte. No hay trazas de que con esa facultad se hubiera querido dar a las autoridades una facultad reglamentaria o de regulación.

En concordancia con lo anterior, a juzgar por los antecedentes del artículo 120, ordinal 17, de la Constitución de 1886, se rechazaba la posibilidad de que el Gobierno pudiera, en forma discrecional, otorgar o negar permisos de funcionamiento a los bancos. El constituyente José María Samper decía:

"... admito el derecho de la autoridad, de inspeccionar los bancos privados, de emisión, en obsequio de los intereses sociales que pueden ser afectados; pero de aquí no se desprende la facultad autoritativa de permitir o no la existencia o creación de Bancos. Esto debe determinarlo la ley, conforme a reglas generales, iguales para todos". (82)

6.3. La Constitución y la vigilancia sobre el sector financiero.

Después de la facultad de declarar el estado de sitio, la más importante de las atribuciones policiales de que disponen las autoridades colombianas es la que se atribuye al Presidente para todo tiempo, y que surge del ordinal 3 del Artículo 120 de la Constitución Política, como deber general de velar por el exacto cumplimiento de las leyes.

En íntima relación con el deber de hacer cumplir las leyes, el Presidente recibe importantes facultades de inspección. Estas apuntan hacia uno de los caracteres que, con más frecuencia, se atribuyen al poder de policía: el de prevenir violaciones del orden público, es decir, prevenir el incumplimiento de las leyes.

La Constitución otorga al Presidente facultades de inspección sobre diversas instituciones; pero para los efectos de este documento, la más interesante es la de ejercer "la inspección necesaria sobre los demás establecimientos de crédito y las sociedades mercantiles, conforme a las leyes" (Art. 120, ordinal 15). Esta es, quizás, la única referencia específica de la Constitución Política a la policía administrativa en el sector financiero.

Aunque no están directamente en cabeza del Presidente, tienen el mismo propósito las facultades que la Constitución otorga a las autoridades para "inspeccionar las profesiones y oficios en lo relativo a la moralidad, seguridad y salubridad públicas", y el mandato de "ordenar la revisión y la fiscalización de las tarifas y reglamentos de las empresas de transportes o conducciones y demás servicios públicos" (Art. 39, incs. 2 y 4). En estrecha relación con todas estas normas existe la advertencia de que "Es permitido formar compañías..." siempre "que no sean contrarias a la moral o al orden legal" (Art. 44).

Para comprender el alcance de las facultades de inspección a las que se ha hecho referencia, es preciso ponerlas en contraste con un conjunto de derechos que la Constitución otorga a las personas y que forman lo que podría llamarse un "ambiente general de autonomía". Este consiste en que las autoridades no pueden "molestar" a las personas (Artículo 23); ni obligarlas a declarar contra sí mismas (Artículo 25); ni entorpecer el disfrute de su propiedad (Artículo 30); ni registrar su correspondencia, ni sus libros de contabilidad (Artículo 38).

Ese "ambiente general de autonomía" no implica que no haya límites a los derechos de las personas, pero sí las exime de tener que andar demostrando que cumplen la ley, mientras una norma constitucional expresa no disponga otra cosa. Por supuesto, hay varias normas en que la Constitución, directamente, o por remisión a la ley, establece varias de esas excepciones. Pero,

entre éstas, la más general es la que consagra la facultad de "inspección y vigilancia". En virtud suya, las autoridades pueden obligar a las personas a la molestia de entregar información y someterse a inspección para comprobar que están cumpliendo las leyes, es decir, que no están disturbando el orden público.

Es dentro de este marco conceptual como deben examinarse todos los problemas constitucionales relacionados con la policía administrativa en el sector financiero. La Superintendencia Bancaria podría aparecer, así, como un instrumento para facilitar al Presidente de la República la inspección que requiere la tarea de asegurar que se cumplan las leyes relativas al sector financiero.

6.4 Alcance práctico de la facultad de inspección.

La facultad de "inspección" se concreta especialmente a través de la facultad de pedir informes (Artículo 41, L. 45/23), y de practicar visitas sorpresivas (Artículo 39, L. 45/23). La primera es especialmente amplia: el Superintendente puede exigir que esos informes se le den "en la forma y con el contenido que el mismo prescriba". Los informes pueden referirse a los programas para el futuro, a los presupuestos (83)... Y es claro que esta facultad de exigir informes, según su frecuencia, su extensión, su naturaleza, puede dar lugar a una de las "molestias" contra las que protege, en principio, el artículo 23 de la Constitución Política. En íntima conexión con tal facultad, el Superintendente tiene otra: la de establecer las reglas generales a las que debe ceñirse la contabilidad de los bancos (Artículos 47 y 87, L. 45/23). El impacto de las reglas contables sobre los derechos patrimoniales de las personas, y sobre sus obligaciones fiscales, puede ser enorme: esta atribución del Superintendente está lejos de ser asunto de pequeños detalles y es, por el contrario, de la mayor trascendencia.

El alcance, y los límites, de la facultad de inspección y vigilancia aparecen debidamente limitados en la siguiente decisión del Consejo de Estado:

Conviene advertir que según la ley cuando un banco insiste en el manejo peligroso de sus negocios, la facultad que el Superintendente tiene es la de ocupar la administración del banco para poner fin a la irregularidad y que las facultades que dispone antes de la ocupación, no son positivas en el sentido de que ordene ejecutar determinados actos sino negativas en el sentido de que puede ordenar que se abstenga de ejecutar aquellos que constituyen una administración negligente o peligrosa. Esa es la esencia de la facultad del Superintendente que está encaminada a proteger los intereses del público que confía sus dineros y otros bienes a la administración de los bancos y luego los de los accionistas de los bancos para que los estatutos no se violen en perjuicio de sus intereses. Respecto de la legalidad o puntualidad o regularidad como el banco cumpla con los negocios celebrados con su clientela, el superintendente sólo puede dar órdenes para evitar lo que contraría la ley pero no para revocar los actos de ejecución contractual...

... Si el banco es engañado por culpa de alguno de sus agentes o por dolo y de esta manera causa perjuicio a alguno de sus clientes, el Superintendente no puede ordenar ni directa ni indirectamente que tal perjuicio sea reparado, ni siquiera puede estimar si hubo o no perjuicio o si se cumplió bien o mal la obligación del contrato porque tal extensiva interpretación de sus facultades de vigilancia transformaría su función de administrativa en jurisdiccional. (84)

(83) Consejo de Estado, ponente Gustavo Humberto Rodríguez, "Auto del 14 de abril de 1986", *Jurisprudencia y Doctrina*, T. XV N° 173 (1986), pp. 447-451.

(84) Colombia, Consejo de Estado, ponente Miguel Lleras Pizarro, "Auto del 9 de octubre de 1974", *Anales del Consejo de Estado*, Tomo LXXXVII, N° 443 y 444 (1974), p. 311.

79. Academia Colombiana de Historia, *Antecedentes de la Constitución de Colombia de 1886* (Bogotá: Plaza & Janés, 1983), pp. 214, 215, 216, 312, 315.
80. *Ibidem*, p. 214.
81. *Ibidem*, p. 312.
82. *Ibidem*, pp. 213, 214.

En relación con el proceso en el que se produjo esa decisión, la Sala del Consejo ratificó el mismo punto de vista y además señaló:

Importa puntualizar que la nota característica de la competencia que para vigilar los bancos tiene el Superintendente consiste en su capacidad para impedir que se ejecuten actos o hechos peligrosos y no la de ordenar que se cumplan determinados actos o hechos, en especial aquellos íntimamente vinculados con los contratos celebrados con la clientela o los que regulan las relaciones con los accionistas. (85)

6.5 La transformación de la vigilancia en regulación.

Si el Superintendente, en uso de la facultad de inspección, puede impedir o prohibir, en un caso concreto, pero no puede "ordenar que se cumplan determinados actos o hechos" parece lógico suponer que tampoco pueda ordenar por vía general, es decir, regular o reglamentar. Sin embargo la jurisprudencia tiende a asimilar la facultad de "inspección" con la de reglamentación, aumentando, así, el número de las autoridades con capacidad de regular la economía y el sistema financiero en particular.

En efecto, la Ley 45 de 1923 confiere a la Superintendencia Bancaria atribuciones de vigilancia y de "policía administrativa" sobre el sistema. Y ya desde 1925 la Corte afirmó que el poder de regular implica el de restringir. (86)

El Consejo de Estado, por su parte, recientemente reconoce a la Superintendencia facultad de "dar instrucciones de carácter general con fuerza obligatoria"; y tales instrucciones son lo que, por regla general, se denomina "reglamento". Sin embargo, para no apartarse del principio según el cual solo el presidente puede expedir reglamentos, el Consejo hace un distinguo imposible y afirma que la facultad que reconoce a la Superintendencia no es reglamentaria, sino que es una manifestación de su función de "policía administrativa". (87) Es así como, con subterfugios, el Consejo comienza a dar una facultad reguladora a la Superintendencia.

En una de las varias oportunidades en las cuales el Consejo repite el mismo planteamiento, se refiere a una de las formas típicas por medio de las cuales la Superintendencia produce reglas de alcance general: las circulares. Y afirma que éstas tienen el propósito de "ejercer un papel didáctico... consignar prohibiciones...", pero que la facultad de expedirlas en ningún caso puede confundirse con la potestad reglamentaria que la Constitución atribuye al Presidente. Por el contrario, insiste el Consejo, se trata de una función de policía administrativa... (88)

Como si lo anterior fuera poco, al interpretar el Decreto 1939 de 1986 el Consejo de Estado afirma que las instituciones financieras deben aplicar las reglas contables que produzca la Superintendencia antes que las reglas contables que contienen la

ley y los reglamentos legales. (89) La Superintendencia, pues, puede invadir no sólo la órbita del reglamento, propia del Gobierno, sino la de la ley, propia del Congreso...

Fronte a la facultad de señalar normas contables, de la que depende, nada menos, que la definición de los resultados de los estados financieros, no es mucho alivio que el Consejo de Estado proclame, al mismo tiempo, que la Superintendencia, aunque puede exigir planes y presupuestos a las entidades vigiladas, no puede forzarlas a dar demasiados detalles ni a someterse a los modelos que ella diseña... (90)

Es en estas jurisprudencias en las que se funda la apreciación que se hace en este documento acerca del creciente poder regulador de la Superintendencia Bancaria.

Por supuesto, es útil advertir que la Corte ha puesto algunos límites a la facultad reguladora de la Superintendencia, al afirmar explícitamente que la facultad de inspección presidencial sobre los bancos no autoriza al inspector para obrar sin facultad legal, ni contra las leyes. (91)

Y dentro del mismo propósito restrictivo, el Consejo llega hasta afirmar que si la ley no regula con claridad algún aspecto relacionado con el sector financiero, y que pueda vincularse con las materias a las que se refiere el ordinal 14 del artículo 120, corresponde usar las facultades previstas en esa norma antes que tratar de ejercer facultad reglamentaria por la Superintendencia. (92)

Para atenuar la facultad reglamentaria que, con otros nombres, se reconoce a la Superintendencia, el Consejo advierte que la facultad de pedir información, tiene que ejercerse de acuerdo con las leyes y no permite a la Superintendencia imponer determinados objetivos o finalidades a los bancos, ni obligar caprichosamente a cambiar planes, ... la vigilancia y control no permite sustituir la iniciativa privada, ... ni permite exigir detalle de planes, ... tampoco se pueden imponer modelos de presupuestos, ni sus denominaciones, ni se puede exigir a los revisores fiscales que certifiquen las explicaciones sobre las desviaciones frente a los presupuestos. (93)

Debe advertirse, también, que uno de los límites que la jurisprudencia ha señalado respecto de la facultad de inspección y vigilancia, consiste en que ella, por sí sola, no faculta al Presidente, ni a sus delegados, para dictar normas sobre la disolución y liquidaciones de personas jurídicas. El problema de la "disolución y liquidación" de una sociedad es parte de su "régimen general" y, por lo tanto, debe ser regulado por el legislador, y no por el Presidente en uso de facultades de inspección y vigilancia. (94)

(89) Consejo de Estado, ponente Jaime Abella Zárate, "Sentencia del 29 de abril de 1988", *Jurisprudencia relacionada con el sector financiero* (Bogotá: Superintendencia Bancaria, 1990), T. IV, p. 58.

(90) Consejo de Estado, ponente Hernán Guillermo Aldana Duque, "Sentencia del 22 de mayo de 1987", *Jurisprudencia relacionada con el sector financiero* (Bogotá: Superintendencia Bancaria, 1990), T. III, p. 225.

(91) Corte Suprema de Justicia, ponente Guillermo Ospina Fernández, "Sentencia del 2 de mayo de 1968", *Derecho Colombiano*, T. XVII, N.º 77 (1968), p. 14.

(92) *Ibid.*, p. 863.

(93) Consejo de Estado, ponente Aldana, "Sentencia del 22 de mayo de 1987", *Jurisprudencia*, p. 225.

(94) Consejo de Estado, ponente Libardo Rodríguez Rodríguez, "Sentencia del 20 de septiembre de 1990", expediente 772, *Foro Colombiano* (Noviembre, 1990), N.º 257, p. 474.

La jurisprudencia, pues, no afirma, de modo claro y consistente, que la Superintendencia tenga una facultad reglamentaria; más aún, ha dicho que no la tiene. Pero, sin duda la atribución que le reconoce de producir "circulares" con carácter general y obligatorio, equivale a esa facultad. Por eso convendría que el constituyente aclarara, de una vez por todas, el asunto.

6.6 Facultad de imponer sanciones.

Se ha dicho que es típico de la policía administrativa sancionar. De hecho, en la misma Constitución se observa una relación estrecha entre el régimen de policía y el régimen penal: en el artículo 23 se asimilan los asuntos de policía con los criminales y los correccionales. No es extraño, entonces, que la Superintendencia tenga capacidad de sancionar. Es así como puede imponer "multas" por defectos de encaje (Artículo 32, L. 45/23). Pero, también, en muchos otros casos: por ejemplo, cuando no se rindan en tiempo los informes que el Superintendente pide (Artículo 41, inc. 3, L. 45/23), ó por indicar, sin autorización, que una oficina es un "Banco" (Artículo 100, L. 45/23), o por falsear la contabilidad (Artículo 48 inc. final L. 45/23). Las más serias de dichas sanciones son la revocación del permiso de funcionamiento (Artículo 31, L. 45/23) y la toma de posesión.

Pero la jurisprudencia, que ha sido tan generosa en ampliar la facultad de regulación de la Superintendencia, ha puesto límites a la Superintendencia, cuando se trata de establecer sanciones. Por ejemplo se afirma que solo la ley puede definir infracciones y penas, y que tanto en el ámbito del derecho penal, como en el del derecho administrativo, las infracciones y las sanciones deben estar en el marco de la legalidad. (95) Y se afirma también que la Superintendencia Bancaria no puede reajustar, por normas de carácter general, las cuantías de las multas que impone, porque ello es función reglamentaria: "... no puede establecer las sanciones contempladas con carácter general, sino que apenas puede aplicarlas e imponerlas en cada caso..." (96)

También estas consideraciones deben tenerse en cuenta al examinar lo que puede ser el nuevo orden constitucional colombiano.

6.7 Conclusiones.

En la Constitución de 1886 no se previó que la facultad de inspección llevara consigo potestad reglamentaria; y no parece bueno, para asegurar la calidad de las regulaciones en el sector financiero, que pueda dictar regulaciones la misma entidad encargada de vigilar su cumplimiento.

Aunque inicialmente la jurisprudencia adoptó una posición restrictiva respecto a las facultades de la Superintendencia Bancaria, poco a poco ha ido ampliándola. Es así como, con el argumento de que esta

(95) Consejo de Estado, ponente Carmelo Martínez Conn, "Sentencia del 23 de noviembre de 1984", expediente 7747, citado en Consejo de Estado, ponente Enrique Low, "Auto del 21 de abril de 1986", *Jurisprudencia y Doctrina*, N.º 173 (1986), p. 455.

(96) Consejo de Estado, ponente Policarpo Castillo Dávila, "Auto del 19 de noviembre de 1986", Radicación 1483, *Jurisprudencia y Doctrina*, N.º 182 (1987), p. 175.

entidad ejerce funciones de policía administrativa, ha terminado reconociéndole una facultad que, en la práctica, es reglamentaria. Hay, pues, una *nueva autonomía* con capacidad reguladora, lo cual tiende a producir confusión y duplicación respecto de las facultades de otras autoridades, como el Congreso y pérdida de eficacia.

Convendría, entonces, aclarar en la Constitución, como ya se hizo en el caso de la Contraloría, que las funciones de inspección y vigilancia no permiten ejercer funciones administrativas en general, ni la reglamentaria, en particular.

La regulación sobre el sistema financiero correría a cargo del Congreso y de autoridades tales como la Junta Monetaria. La Superintendencia Bancaria vigilaría el cumplimiento de las regulaciones respectivas, e impondría a los infractores las sanciones del caso.

6.8 Propuesta de reforma.

Teniendo en cuenta el análisis hecho en este capítulo, la norma constitucional respectiva podría entonces, redactarse así:

Artículo 120. Corresponde al Presidente de la República, como Jefe del Estado y Suprema autoridad administrativa,

15. Ejercer la inspección necesaria sobre los demás establecimientos de crédito y las sociedades mercantiles, conforme a las leyes. La facultad de inspección y la de vigilancia permiten al Presidente, y a sus delegados, conocer todas aquellas actividades y datos de las empresas que sean necesarios para cerciorarse de que cumplen las leyes y los reglamentos; y para sancionarlas en caso de incumplimiento. Las autoridades a quienes el Presidente delegue la facultad de inspección y vigilancia pueden indicar, por actos de carácter general, la forma y la oportunidad en la que debe proporcionarse la información que requieran, pero carecen en lo demás de facultad reglamentaria.

RESUMEN Y CONCLUSIONES

REGULACION DEL SISTEMA FINANCIERO

1. Síntesis.

1.1 La primera parte del documento se refiere a la regulación sobre el sistema financiero. El objetivo principal consiste en devolver eficacia a la facultad reguladora del Congreso y del Gobierno, evitando conflictos de interpretación y duplicación de facultades reguladoras que dan lugar a frecuentes sentencias de inexecutable y nulidad; y que ocasionan incertidumbre, y por lo tanto riesgos y costos a las empresas privadas que trabajan en el sector financiero.

1.2 El documento muestra los conflictos que ha reconocido la jurisprudencia respecto a las facultades del Congreso y del Presidente para intervenir en la economía, regular el ahorro y las instituciones financieras, y definir las facultades que se derivan de las "leyes marco". Explica también por qué la facultad de "inspección y vigilancia" que tiene el Presidente de la República sobre el sector financiero, y que ejerce la Superintendencia Bancaria, no es y no debe ser una facultad de regulación, y la duplicación que ello implica respecto de las facultades de otras autoridades.

1.3 El documento propone aclarar el tema de la facultad reguladora de las autoridades sobre la economía, para organizarla alrededor del concepto de "intervención del Estado", y suprimir otros instrumentos de regulación que confunden y duplican las facultades que surgen del artículo 32. Entre tales instrumentos se señalan, especialmente, las facultades presidenciales de intervención en el ahorro, las "leyes marco" y la facultad reglamentaria que, con el nombre de "policía administrativa", ha ido asumiendo la Superintendencia Bancaria.

1.4 Respecto a la "intervención del Estado", el documento sigue las consideraciones que ha hecho la jurisprudencia, y propone que sea siempre el Congreso mismo el que, sin perjuicio de facilitar que los reglamentos que se expidan luego sean amplios, señale ciertos aspectos básicos de los mandatos intervencionistas. La identificación de esos aspectos básicos hace parte de la propuesta del documento.

2. Reforma del artículo 32, sobre intervención.

2.1 El artículo 32 de la Constitución es una norma fundamental en el desarrollo de toda la teoría de la capacidad reguladora de las autoridades colombianas. El artículo tenía, originalmente, el propósito principal de facilitar límites a la libertad contractual, sobre todo en asuntos laborales, y el de facilitar la organización de empresas con capital público.

2.2 El análisis de la evolución histórica de los textos respectivos, y de la jurisprudencia, revela el afán de los constituyentes colombianos por construir un instrumento de regulación que permita, al mismo tiempo, ampliar la facultad reglamentaria del Gobierno, pero proteger a las personas frente a eventuales abusos de los funcionarios administrativos y obtener certidumbre jurídica.

2.3 Los textos constitucionales han resultado insatisfactorios para ese propósito, y ello ha dado lugar a duplicaciones de instrumentos de regulación ("leyes marco"), y a confusiones jurisprudenciales sobre la facultad reguladora del Congreso y el Gobierno, hasta el punto de llegar a afirmar que el artículo 32 permite al Presidente producir decretos con fuerza de leyes y que prohíbe al Congreso regular los detalles de la intervención.

2.4 Por eso, siguiendo de cerca la jurisprudencia, se propone una reforma del artículo 32 que haga más preciso su alcance; que facilite la expedición de reglamentos amplios, si el Congreso lo desea; y que permita tomar ese artículo como núcleo de toda la regulación de la economía, para que se pueda prescindir de la institución de las "leyes marco", y de la facultad de intervención presidencial en el ahorro.

2.5 En concordancia con lo anterior, el documento propone aclarar los límites de la facultad reglamentaria, y reconocer el hecho de que ciertas autoridades nacionales, distintas del Presidente de la República, pero bajo su dirección, pueden gozar de esa misma facultad.

2.6 La redacción que se propone, podría ser la siguiente:

Artículo 32. Se garantiza la libertad de empresa y la iniciativa privada, dentro de los límites del bien común, pero la dirección general de la economía estará a cargo del Congreso y del Gobierno Nacional.

Corresponde al Congreso de la República, por leyes de alcance general, limitar los derechos de las empresas, en los términos que la Constitución permite. Esas leyes deben expresar, al menos, cuál de los derechos que la Constitución garantiza se autoriza a limitar: la naturaleza y los fines de los límites que se permiten; los sujetos a quienes pueden aplicarse; los casos y la oportunidad en los que pueden imponerse; el grado de limitación, cuando ésta pueda graduarse; y la etapa de la actividad económica en la que los límites se aplican.

Los decretos que produzca el Gobierno, para desarrollar tales leyes, son actos administrativos.

Además de las facultades de expropiación a las que se refiere el artículo 30, en los casos previstos por la ley las autoridades podrán asumir en forma temporal la administración de las empresas privadas, para liquidarlas, reorganizarlas, o conseguir que atiendan necesidades de la comunidad que en otra forma quedarían insatisfechas. Las autoridades indemnizarán a quienes resulten injustamente perjudicados por sus actuaciones.

Artículo 120. Corresponde al Presidente de la República...

3. Ejercer la potestad reglamentaria expidiendo las órdenes, decretos y resoluciones necesarios para la cumplida ejecución de las leyes. Sin mandato expreso de la ley, los reglamentos no podrán limitar los derechos que la Constitución garantiza; ni haberlo para fines, sujetos, casos y oportunidades, grados o etapas distintos de los que la ley autoriza. La ley, o el Presidente, podrán delegar la facultad reglamentaria en otras autoridades; pero el Presidente, como suprema autoridad administrativa, podrá siempre revocar o reformar los reglamentos que produzcan las autoridades del orden nacional.

2.7 La reforma propuesta llevaría, también, a una modificación parcial en el ordinal 11 del artículo 76 de la Constitución, en conformidad con lo que dispusieron los constituyentes de 1979, y a una reforma concordante en el artículo 214 sobre las facultades de control constitucional de la Corte. Los textos que se sugieren se encuentran en la parte principal del documento.

3. Intervención presidencial en el ahorro:

3.1 La facultad del ordinal 14 del artículo 120, para que el Presidente intervenga en el ahorro, ha sido fuente de numerosas confusiones en la jurisprudencia, que han llevado a restar eficacia a varios actos del Congreso y del Gobierno. En la práctica, la institución fue poco útil en la crisis financiera de 1982, y muchos de los propósitos con los que se empleó inicialmente, se cumplen ahora a través de actos de la Junta Monetaria.

3.2 Se propone eliminar ese ordinal. Así se restablecería el principio de que la regulación de las instituciones del sector financiero, y de la política de crédito, debe ser hecha por el Congreso, dentro de sus facultades de intervención, y reglamentada por el Presidente, con tanta amplitud y agilidad como el Congreso crea conveniente.

3.3 Para aclarar que el Congreso recupera su facultad reguladora sobre el sector, se propone incluir en el ordinal 22 del artículo 76, una referencia a la actividad de los intermediarios financieros. Pero ese ordinal sería una simple enumeración de facultades del Congreso, sin que se entendiera, como se entiende hoy, que las leyes que dicte en

desarrollo de ellas tienen la característica especial de ser "leyes marco".

3.4 Quedaría a otras autoridades, y en particular a la Superintendencia Bancaria, la posibilidad, que hoy tienen, de producir actos de alcance particular para asegurar el cumplimiento de las leyes y decretos sobre el sector.

3.5 El Presidente conservaría, por supuesto, la posibilidad de regular el sector en el caso de una emergencia económica, con las facultades especiales que para ese evento tiene, tal como ocurrió, por ejemplo, en el año de 1982.

3.6 La norma propuesta podría ser, entonces: Artículo... Derógame el ordinal 14 del artículo 120 de la Constitución Política.

3.7 La reforma propuesta al ordinal 22 del artículo 76 aparece adelante, al tratar sobre las "leyes marco".

3.8 El documento no se refiere a la regulación del Banco de la República, tema que, eventualmente, debe ser objeto de una propuesta del Gobierno a la Asamblea.

4. Leyes marco.

4.1 Otra institución que se creó en el año de 1968, y que ha tenido escaso desarrollo práctico, además de que da lugar a numerosas confusiones jurisprudenciales en cuanto a su alcance, es la de las "leyes marco".

4.2 En el fondo, el propósito de esta institución parece ser el mismo que buscaron los constituyentes de 1945 cuando dispusieron que la intervención en la economía debería hacerse "por mandato de la ley": ampliar el poder reglamentario. Ese propósito coincide con una estrategia económica que estuvo en boga alrededor de los años 60, y que sostenía que a través de una regulación continua y muy discrecional de las principales variables económicas, pero sobre todo de las monetarias, se podía hacer un "ajuste exacto" (fine tuning) y lograr la estabilización de la economía.

4.3 Parece entonces que, con la nueva redacción propuesta para el artículo 32 de la Constitución quedaría claro que las materias que hoy son objeto de leyes marco podrían regularse por medio de leyes de intervención, en donde el Congreso establecería principios generales, pero precisando ciertos aspectos mínimos a los que tendría que referirse necesariamente, y dejando, en adelante, un poder reglamentario tan amplio como se desee al Gobierno. La estrategia del "ajuste exacto" (fine tuning) en el manejo económico es hoy objeto de severas críticas entre los académicos.

4.4 Sin embarco, para que no se ponga en duda la facultad del Congreso de regular esas materias, se conservaría básicamente la redacción del artículo 76, ordinal 22, suprimiendo en ella el adjetivo "generales" e incluyendo una referencia a la actividad de los intermediarios financieros. Esta referencia, similar a la que ya se hizo en la reforma constitucional de 1979, puede ser útil para que no haya dudas en cuanto a la forma de ejercer regulación sobre ellos, por el hecho de que el documento propone, también, la derogación del ordinal 14 del artículo 120.

4.5 Las referencias al crédito público que contiene el actual ordinal 22 del artículo 76 serían agrupadas en un nuevo ordinal, tal

como se propone en el número 12 de este documento.

4.6 La norma propuesta podría ser, entonces:

Artículo 76. Corresponde al Congreso hacer las leyes.

Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones...

22. Dictar las normas a las cuales deba sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos: regular el cambio internacional y el comercio exterior; regular las actividades de los intermediarios financieros; y modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas;

4.7 Y el ordinal 22 del artículo 120 quedaría así:

Artículo 120. Corresponde al Presidente de la República como Jefe del Estado y suprema autoridad administrativa...

22. Regular el cambio internacional, el comercio exterior, y las actividades de los intermediarios financieros; y modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas, con sujeción a las reglas previstas en las leyes a que se refiere el ordinal 22 del artículo 76.

5. Facultad de inspección y vigilancia.

5.1 El documento muestra cómo la intención de los constituyentes de 1886, cuando dieron al Presidente facultades de "inspección y vigilancia" sobre el sector financiero, no contemplaron que esas facultades implicaran un alto grado de discrecionalidad, ni que aparejaron un nuevo instrumento de regulación. La jurisprudencia entendió también así esta facultad hasta hace pocos años.

5.2 El documento señala, igualmente, que la separación entre la facultad de inspección y vigilancia y la de regulación es indispensable para asegurar la calidad de las regulaciones y su aplicación imparcial. La necesidad de separación entre funciones de control y de regulación administrativa fue aceptada ya en la Constitución colombiana, en las normas que regulan la actividad de la Contraloría.

5.3 El documento explica en qué forma la jurisprudencia reciente ha convertido la facultad de inspección y vigilancia, o "policía administrativa", que ejercita la Superintendencia Bancaria sobre las instituciones del sector, en una verdadera facultad reglamentaria, que duplica la de otras autoridades. Con tal facultad se invade inclusive la órbita del Congreso, en el campo importantísimo de las normas de contabilidad aplicables.

5.4 Lo más importante en esta materia parecería ser aclarar que quienes ejercen en forma delegada la facultad de inspección y vigilancia no tienen, por ello, facultad reglamentaria. Se busca conseguir que las entidades de vigilancia puedan opinar en forma imparcial sobre la calidad de las regulaciones cuyo cumplimiento vigilan, y contribuyen, así, a elevar la calidad de tales regulaciones.

5.5 La regulación sobre el sistema corriería, entonces, íntegramente, por cuenta del Congreso, y de autoridades tales como la Junta Monetaria. La Superintendencia vigilaría el cumplimiento de esas regulaciones, y sancionaría a quienes se apartaran de ellas.

5.6 La norma respectiva podría, entonces, redactarse así:

Artículo 120. Corresponde al Presidente de la República, como Jefe del Estado y suprema autoridad administrativa...

15. Ejercer la inspección necesaria sobre los demás establecimientos de crédito y las sociedades mercantiles, conforme a las leyes. La facultad de inspección y la de vigilancia permiten al Presidente, y a sus delegados, conocer todas aquellas actividades y datos de las empresas que sean necesarios para cerciorarse de que cumplen las leyes y los reglamentos; y para sancionarlas en caso de incumplimiento. Las autoridades a las que el Presidente delegue la facultad de inspección y vigilancia pueden indicar, por actos de carácter general, la forma y la oportunidad en la que debe proporcionarse la información que requieran, pero carecen en lo demás de facultad reglamentaria.

6. Transición.

6.1 Probablemente algunas de las normas propuestas deberían ir acompañadas de mandatos transitorios, que dispusieran que, por cierto tiempo, en las materias respectivas seguirían aplicándose las reglas constitucionales y legales que hoy existen.

De la Honorable Asamblea Constituyente, con todo respeto,

Luis Guillermo Nieto
Constituyente

APENDICE

COMPARACION DE LAS NORMAS ACTUALES CON LAS PROPUESTAS

Norma propuesta

Artículo 32. Se garantizan la libertad de empresa y la iniciativa privada, dentro de los límites del bien común; pero la Dirección General de la Economía estará a cargo del Congreso y del Gobierno nacional.

Corresponde al Congreso de la República, por leyes de alcance general, limitar los derechos de las empresas, en los términos que la Constitución permite. Esas leyes deben expresar, al menos, cuál de los derechos que la Constitución garantiza se autoriza a limitar; la naturaleza y los fines de los límites que se permiten; los sujetos a quienes pueden aplicarse; los casos y la oportunidad en los que pueden imponerse; el grado de limitación, cuando ésta pueda graduarse; y la etapa de la actividad económica en la que los límites se aplican.

Los decretos que produzca el Gobierno para desarrollar tales leyes son actos administrativos.

Norma actual

Artículo 32. Se garantizan la libertad de empresa y la iniciativa privada, dentro de los límites del bien común, pero la Dirección General de la Economía estará a cargo del Estado. Este interviendrá por mandato de la ley en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes y en los servicios públicos y privados para racionalizar y planificar la economía a fin de lograr el desarrollo integral.

Intervendrá también el Estado, por mandato de la ley, para dar pleno empleo a los recursos humanos y naturales, dentro de una política de ingresos y salarios, conforme a la cual el desarrollo económico tenga como objetivo principal la justicia social y el mejoramiento armónico e integrado de la comunidad, y de las clases proletarias en particular.

Además de las facultades de expropiación a las que se refiere el artículo 30, en los casos previstos por la ley las autoridades podrán asumir en forma temporal la administración de las empresas privadas, para

liquidarlas, reorganizarlas, o conseguir que atiendan necesidades de la comunidad que en otra forma quedarían insatisfechas. Las autoridades indemnizarán a quienes resulten injustamente perjudicados por sus actuaciones.

Norma propuesta

Artículo 76.- Corresponde al Congreso hacer las leyes.

Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones:

11.- Conceder autorizaciones al Gobierno para celebrar contratos, negociar empréstitos, y enajenar bienes nacionales.

Norma actual

Artículo 76.- Corresponde al Congreso hacer las leyes.

Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones:

11.- Conceder autorizaciones al Gobierno para celebrar contratos, negociar empréstitos, enajenar bienes nacionales y ejercer otras funciones dentro de la órbita constitucional.

Norma propuesta

Artículo 76.- Corresponde al Congreso hacer las leyes.

Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones:

22.- Dictar las normas a las cuales deba sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos: Regular el cambio internacional y el

comercio exterior; regular las actividades de los intermediarios financieros; y modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas;

Autorizar al Gobierno a contratar empréstitos señalando para ello límites que consistan en determinadas relaciones porcentuales indicativas de la capacidad de pago de la Nación.

Norma actual

Artículo 76.- Corresponde al Congreso hacer las leyes.

Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones:

22. Dictar las normas generales a las cuales deba sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos: organizar el crédito público; reconocer la deuda nacional y arreglar su servicio; regular el cambio internacional y el comercio exterior; y modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas;

Norma propuesta

Artículo 120.- Corresponde al presidente de la República como jefe del Estado y suprema autoridad administrativa:

3. Ejercer la potestad reglamentaria expidiendo las órdenes, decretos y resoluciones necesarios para la cumplida ejecución de las leyes. Sin mandato expreso de la ley, los reglamentos no podrán limitar los derechos que la Constitución garantiza; ni hacerlo para fines, sujetos, casos y opor-

tunidades, grados o etapas distintos de los que la ley autoriza. La ley, o el presidente, podrán delegar la facultad reglamentaria en otras autoridades; pero el presidente, como suprema autoridad administrativa, podrá siempre revocar o reformar los reglamentos que produzcan las autoridades del orden nacional.

Norma actual Artículo 120

Corresponde al presidente de la República como jefe del Estado y suprema autoridad administrativa:

3. Ejercer la potestad reglamentaria expidiendo órdenes, decretos y resoluciones necesarios para la cumplida ejecución de las leyes.

Norma propuesta

Artículo ...

Derógase el ordinal 14 del artículo 120 de la Constitución Política.

Norma actual Artículo 120

Corresponde al presidente de la República como jefe de Estado y suprema autoridad administrativa:

14. Ejercer, como atribución constitucional propia, la intervención en el Banco de Emisión y en las actividades de personas naturales o jurídicas, que tengan por objeto el manejo o aprovechamiento y la inversión de los fondos provenientes del ahorro privado;

Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución Política de Colombia Nº118

Título: **SUSPENSION PROVISIONAL**

Autor: **JUAN CARLOS ESGUERRA PORTOCARRERO**

ARTICULO: (Dentro del capítulo de garantías constitucionales)

Todo acto administrativo, sea el definitivo, de trámite o de ejecución, susceptible de impugnarse por la vía contencioso administrativa, podrá ser suspendido provisionalmente por los motivos y con los requisitos que establezca la ley.

EXPOSICION DE MOTIVOS

La suspensión provisional es un instrumento procesal para la garantía de los derechos de los asociados, de allí que dentro de la norma propuesta se sugiere la inclusión de la figura dentro del capítulo de las garantías constitucionales.

Este mecanismo procesal ha sido ampliamente desarrollado por la jurisprudencia y la legislación colombianas. Por tanto, no se hará una detallada descripción del mismo. En su lugar, se justificará la conveniencia de las modificaciones planteadas en cuanto estas configuran una forma más eficaz de lograr los fines que ella persigue.

Dentro de la norma se precisa que sólo podrán ser objeto de suspensión aquellos actos administrativos controvertibles por la vía de lo contencioso administrativo y se hace expresa la posibilidad de solicitarla respecto de los actos de trámite y los de ejecución. Esto pondría fin al conflicto jurisprudencial y doctrinal que se ha suscitado en torno del tema, pero sobre todo, contribuiría al mejor desarrollo de las finalidades de la suspensión provisional cuales son:

Proteger los derechos subjetivos y no

esperar a que se produzca el daño o a que éste se prolongue mientras se dicta el fallo final. Si se tiene en cuenta que el resarcimiento de perjuicios tiene un alcance limitado, se comprende por qué el campo de aplicación de esta garantía no debe ser restringido.

Al mismo tiempo se evita que los actos injurídicos de la administración resulten a la postre en una gravosa carga patrimonial para el Estado y puedan causarles mientras tanto perjuicios irreparables al particular lesionado.

Y por último, se establece un mecanismo de salvaguarda de la legalidad por parte del mismo Estado.

Bogotá, 8 de marzo de 1991

Juan Carlos Esguerra Portocarrero

Impreso por Roto/Offset