

Bases Constitucionales del Derecho Económico Colombiano

Por DARIO MUNERA ARANGO

(Capítulos de la Tesis de Grado presentada para optar el título de Doctor en Derecho)

“El Estado puede intervenir por mandato de la ley en la explotación de industrias 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 76, ordinal 12 de la Constitución”.

(Artículo 4º del Acto Legislativo Nº 1º de 1.945 - 32 de la actual codificación oficial).

Capítulo Primero

EL INTERVENCIONISMO DE ESTADO EN COLOMBIA

Antes que en 1.936 se elevara a canon constitucional el principio del intervencionismo del Estado en cuestiones económicas, la intervención había existido en nuestra patria desde épocas muy remotas. Hemos explicado anteriormente cómo este fenómeno no es un hecho de estos días sino que ha sido inseparable de la existencia misma del Estado. Pero, también dijimos, hay épocas y sistemas de gobierno más intervencionistas que otros.

Lo que hoy confiere novedad a la tesis del intervencionismo de Estado es el hecho de que las naciones más civilizadas del universo hasta hace poco se venían orientando por ciertas ideas y sistemas políticos, jurídicos y económicos que suponían un estado de cosas en que la acción del Estado y la de los particulares marchaban por rumbos al parecer completamente separados. El liberalismo clásico se fundaba en la hipótesis, nunca cumplida cabalmente en la realidad, de que el Estado tenía una esfera de acción propia y el individuo otra, sin que fuérale dado al primero abandonar la suya para entrometense en la del segundo. Este sistema se cifraba en las ya manidas frases de “laissez faire”, “laissez passer”.

Consecuente con estas ideas, el mundo jurídico estaba polarizado en dos hemisferios: el Derecho público y el Derecho privado, cuyas normas presidían separadamente las acciones, hipotéticamente aisladas, del Estado y de los particulares.

Este esquema ideal, repetimos, nunca se cumplió con entera fidelidad en la práctica, pero es forzoso confesar que sí hubo naciones que se acercaron a él en mayor grado que otras. Entre las naciones que no entraron del todo por este sistema sino que permanecieron fieles a regímenes económicos y jurídicos de otras épocas anteriores que se distinguieron por su gran intervencionismo, debemos mencionar a España.

El intervencionismo colonial español.

El pensamiento político y económico de España, sobre todo en su régimen sobre las colonias americanas, fue de marcada orientación mercantilista, según algunos, o de un mercantilismo feudal, según otros (1). En todo caso el sistema colonial español fue extensa e intensamente intervencionista en asuntos económicos.

Para comprobar la veracidad de esta afirmación nos basta mencionar el sistema monopolista y proteccionista del comercio colonial; el régimen de regalías de la Corona: en tierras, aguas, montes, pastos, minas y salinas, que sólo pasaban a propiedad de los particulares en virtud de concesiones o dones gratuitos del soberano; los bienes comunales o de aprovechamiento colectivo, los llamados "bienes de propios"; los privilegios; las numerosas limitaciones al derecho de propiedad; las diversas intromisiones del poder público en la inversión de las rentas de determinados bienes, en la ganadería, en la manera de cultivar las tierras para fomentar, por ejemplo, determinados cultivos (sauces, lino, cáñamo y prohibición de cortar caobos, cedros, robles y otras maderas) (2).

Los móviles del intervencionismo colonial español.

No hay que creer que estas intervenciones de las autoridades coloniales en la vida económica obedecieron siempre a un exclusivo propósito de lucro fiscal, como aseveran algunos. Debemos tener en cuenta que en aquella época regía lo que hoy se denomina "hacienda patrimonial o regalista", en la cual los bienes e intereses del Soberano no estaban separados de los de la comunidad. Por este motivo el interés fiscal venía a menudo confundido o entremezclado con el interés social.

(1) José María Ots Capdequí — "Estudios de Historia del Derecho Español en las Indias" — Bogotá 1.940.

(2) Ots Capdequí, op. cit.

"El Estado español, representado en una pluralidad de burócratas, creó un verdadero cuerpo de política económica y social. Reguló el precio de los alimentos y de los vestidos, estableció un máximo de ganancias a los comerciantes, creó un control para las exportaciones y organizó cupos, fiscalizó la venta de artículos de consumo para asegurar su calidad, examinó las pesas y medidas,

No hay duda de que entre ese número considerable de actos intervencionistas, algunos obedecían a propósitos exclusiva o preponderantemente fiscales, como las diversas regalías que la Corona de Castilla poseyó en sus Indias de ultramar, los sistemas de rentas estancadas y los numerosos tributos que pesaban sobre la economía colonial. Es muy posible o, más bien, seguro que en el monopolio del comercio entraron como motivos predominantes los intereses de la Real hacienda. Pero lo que sí es evidente es que el afán de lucro fiscal no fue el móvil único del intervencionismo colonial.

El interés económico y el interés social ocupan un lugar de preeminencia en el ánimo de las autoridades de la Colonia.

Los monarcas españoles por medio de sus cédulas de Indias buscaron el fomento de la economía colonial, propiciaron el aprovechamiento de las riquezas de las tierras descubiertas, auspiciaron el trabajo y trataron de evitar y de combatir los abusos. Es de justicia elemental reconocerles estos propósitos.

Para atestiguarlo está la numerosa y sabia legislación de Indias: allí están las cédulas famosas de San Lorenzo (18 de octubre de 1.754) y de San Ildefonso (2 de agosto de 1.780) que imponen la obligación de laborar las tierras adjudicadas por la Corona so pena de perderlas (condición resolutoria). "A ningún sujeto se conceda más porción de tierra que la que buenamente pueda labrar, atendido su caudal" dice la Real Cédula de San Ildefonso (3).

De una manera general se disponía en la Recopilación de Indias de 1.680 que "los Gobernadores procuren que se beneficie y cultive la tierra, con cargo de la omisión" (Ley 28, ti. 2, lib. 5) (4). En los repartimientos de tierras se prevenía que se había de tomar posesión de ellas dentro de tres meses y se habían de hacer los plantíos so pena de perderlas. Fueron frecuentes, como ya hemos dicho, las medidas fo-

impuso el racionamiento cuando así lo exigían las circunstancias, levantó los censos de las personas indigentes para acudir en su ayuda, se preocupó porque existieran cantidades suficientes de pescado para las cuaresmas, resquebrajó los monopolios cuando por su condición de únicos abastecedores quisieron aprovechar la situación, fijó precio para la confección de trajes, vigiló que el calzado se hiciera de buenos materiales y le señaló el precio de venta. En cuanto a la agricultura, fueron repetidas las intervenciones. No sólo se impuso el deber de cultivar la tierra, como elemento esencial para justificar su propiedad, sino que llegóse hasta delimitar zonas de cultivo como aconteció con la siembra del tabaco". — A. Arellano Moreno — "La intervención del Estado durante la colonia". — Revista Nacional de Cultura — Caracas Nº 56.

Sobre lo mismo puede consultarse el estudio de Julio Alemparte — "La regulación económica en Chile durante la colonia" — Cuadernos Jurídicos y Sociales — Universidad de Chile — XIV.

(3) Cita Antonio Rocha — "La libertad de comercio, el intervencionismo y la racionalización" — Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario Nos. 331 a 333. — Bogotá.

(4) Cita Ots Capdequí, op. cit.

mentadoras de determinados cultivos y las prohibiciones de cortar maderas (5).

Sería absurdo atribuir a un propósito de lucro fiscal las numerosas medidas de control de los precios que practicaron las autoridades coloniales —principalmente los cabildos— para remediar lo que hoy se conoce por "tijera de precios". Se multiplicaron las ordenanzas destinadas a controlar los precios de los artículos de primera necesidad (carne, vino, maíz, gallinas, plátanos, velas de sebo) desde el siglo XVI en adelante. El racionamiento se practicó para completar las medidas sobre los precios. Los cabildos, repetimos, fueron las autoridades que intervinieron principalmente en la regulación de los precios, por medio de un funcionario creado especialmente a este efecto: el fiel ejecutor, se llamaba, y era nombrado anualmente por el cabildo (6).

La lucha contra los monopolios también se conoció entre el gran número de medidas intervencionistas del Derecho económico colonial. No pretendemos hacer ahora un estudio pormenorizado de ellas. Sólo queremos poner de presente que es una teoría no sólo injusta sino falsa, la que entroniza como fin único el lucro fiscal en las intervenciones de las autoridades coloniales. Los autores más serenos, estudiosos e imparciales colocan al lado de ese móvil otros de índole diversa, como el deseo de asegurar un justo equilibrio entre todos los estamentos sociales, materializar en lo posible los fundamentos teóricos del cristianismo, evitar que algunos afortunados se enriquecieran a la sombra de circunstancias excepcionales, en fin, asegurar una vida social justa y humana, (7) propósitos estos muy legítimos dentro de un sano Derecho económico.

Tales fueron los móviles del intervencionismo colonial, aunque no siempre se obtuvieron los resultados apetecidos. En la vida colonial se advierte como rasgo, típico del carácter español, que los resultados muchas veces no realizan cabalmente los propósitos. Si vamos a juzgar el régimen colonial a través de ese monumento de sabiduría que es la legislación de Indias sólo alabanzas podemos tributarle. Pero si nos atenemos a los hechos cumplidos, tienen necesariamente que disminuir nuestros elogios.

Hay que confesar así que esas medidas intervencionistas, de tan laudables propósitos, originaron en la práctica resultados contraproducentes. La dificultad misma de llevarlas a cumplido efecto malogró tan nobles iniciativas en muchas ocasiones; la extensa burocracia que se creó, convirtiéndose en una maquinaria pesada y nociva y, también hay que decirlo, el lucro fiscal que se mezcló a los objetivos de beneficio social a menudo los echó a perder por completo. Un ejemplo ilustrativo de esto lo encontramos en el hecho de que el aprovechamiento de las tierras, ordenado por las ya citadas cédulas, no pudo lograrse porque lo impidieron los pesados tributos que desalentaron la industria.

(5) Ots Capdequí, op. cit.

(6) Arellano Moreno, op. cit.

(7) Arellano Moreno, op. cit.

Así llegó la economía de estos países, abrumada por un régimen confuso, contradictorio y perjudicial, a los albores de la guerra de Independencia. Las causas económicas ejercieron una influencia directa y decisiva sobre ella: basta recordar el caso de la insurrección de nuestros comuneros del Socorro.

Los primeros años de la República.

Los desastrosos resultados, sobre todo en los últimos años, del régimen económico y fiscal de la colonia llevaron a nuestros próceres a reaccionar fuertemente contra los principios en que aquél estuviera edificado. Atribuyeron, no sin razón, todos los males de la economía nacional al absurdo mecanismo financiero y económico de la colonia y creyeron que el remedio más indicado era el de levantar esas pesadas cargas fiscales y apartar las trabas económicas.

“Para la prosperidad de la agricultura, dice don José María del Castillo y Rada en su exposición de 1.826, no se requirieron leyes que dirijan el interés individual: la acción de las leyes en esta parte debe ser negativa. Basta que ellas aseguren la libertad, removiendo los obstáculos que se oponen a su ejercicio” (8).

Quisieron, pues, nuestros primeros gobernantes establecer la mayor libertad económica posible para fomentar y favorecer, de manera negativa, el desarrollo económico de la nueva nación. Pero debemos advertir que en esos primeros años de la vida de la República estas preocupaciones recaían directamente sobre problemas de hacienda pública y sólo por incidencia tocaban los asuntos económicos. La preocupación fundamental, en este sentido, era la de suprimir hasta donde lo permitieran las circunstancias los engorrosos y pesados sistemas coloniales.

Pues bien, las circunstancias no les permitieron desprenderse del todo del régimen colonial. No es fácil abandonar en un momento prácticas seculares. La penuria del fisco los obligaba además a conservar ciertos estancos, monopolios y tributos que bien hubieran querido hacer desaparecer: v. gr. el monopolio de la sal.

En cuanto a los problemas de política y, por ende, de Derecho económico no ocuparon lugar preponderante en el pensamiento de nuestros hombres públicos ni en la lucha de nuestros tradicionales partidos. Los asuntos políticos ocupan el escenario fragoroso del siglo XIX en Colombia, para forjar nuestro Derecho público. Más bien que pendones de colores diferentes, nuestros partidos enarbolan a ambos lados de las trincheras fratricidas los principios de la libertad y del orden públicos. Hasta que ambos ingredientes se enlazan en el lema de nuestro escudo y logran fundirse fecundándose en nuestra carta de 1.886, más tarde refrendada por las reformas de 1.910 y 1.936, principalmente.

No por ello vamos a decir que las preocupaciones económicas estuvieron ausentes de la mente de los batalladores del siglo pasado, sino, más bien, que no ocuparon lugar predominante en ellos ni fueron

(8) Citado por Augusto Espinosa Valderrama — “El pensamiento económico y político en Colombia” — Bucaramanga.

el móvil primordial de sus luchas. Existieron, desde luego, pero ocuparon un lugar secundario.

Concretándonos al problema del intervencionismo de Estado, es cierto, como queda anotado, que en el principio se reaccionó contra él. Más tarde penetraron en el país ideas fisiocráticas y principios del liberalismo manchesteriano. La revolución francesa de 1.848 con su espíritu francamente liberal produjo, entre sus numerosas repercusiones mundiales, nuestra revolución ideológica de 1.850, que acogió dichos principios en el sentido político, y en el económico de librecambismo. Pero puede decirse que fue más operante en el primero de ellos, es decir, en cuanto al sistema político. Fruto de ella fueron nuestra constitución federalista y el romántico individualismo que entronizó en la nación.

En cuanto al liberalismo económico, no fueron enteramente consecuentes con él los más altos y genuinos representantes de este ideario: allí está don Florentino González, quien, a pesar de su liberalismo, propugnaba por la fundación de un Banco Nacional formado por particulares pero con ingerencia del Gobierno. Don Manuel Murillo Toro se rebela contra el "laissez faire" en materia agraria y desea acabar con el acaparamiento de tierras. Y don Aníbal Galindo cuya participación en la expedición de la ley 48 de 1.882, precursora de la actual ley de tierras, es reconocida por todos.

El problema del intervencionismo de Estado en materias económicas no ha sido nunca, podemos decirlo, cuestión doctrinal o motivo de querrela ideológica entre nosotros. Sea por nuestra condición de nación joven en que las ideas no alcanzan la rigidez y consistencia que obtienen en los vetustos países europeos, o, más bien, porque en esta materia cuando la necesidad lo ha impuesto, el Estado ha intervenido sin que primero haya pasado la cuestión por el tamiz ideológico.

A pesar de los dos motivos anti-intervencionistas ya señalados—reacción contra el régimen colonial, ideas liberales importadas— conocemos actos de intervención oficial en la economía desde el nacimiento de la República.

Desde la época de la Independencia encontramos al Estado ocupado en cuestiones monetarias. Las numerosas guerras del siglo pasado con las penurias fiscales que ocasionaron, multiplicaron las emisiones de papel moneda de curso forzoso, lo que indica una preocupación financiera en estas intervenciones monetarias. Más adelantado el siglo, el Estado se preocupa del fomento del crédito y de la fundación de un Banco Nacional. Tomás Cipriano de Mosquera, en su primera administración, fomenta los medios de comunicación y de transporte, inicia la navegación en el río Magdalena, y más tarde, en su segundo gobierno, decreta la movilización de los bienes de manos muertas.

El intervencionismo en la carta de 1.886.

A más de sentar el principio de que el interés particular debe ceder ante el interés público o social, la Constitución de 1.886 trae los siguientes principios sobre intervencionismo de Estado:

- 1) Entre las atribuciones del Congreso coloca las siguientes:

Fomentar las empresas útiles o benéficas dignas de estímulo y apoyo. Fijar la ley, peso, tipo y denominación de la moneda y arreglar el sistema de pesas y medidas.

2) Entre las atribuciones de las Asambleas Departamentales hace figurar la de "Dirigir y fomentar por medio de ordenanzas y con los recursos propios del departamento, las industrias establecidas y la introducción de otras nuevas, la importación de capitales extranjeros, la colonización de tierras pertenecientes al departamento, la apertura de caminos y canales navegables, la construcción de vías férreas, la explotación de bosques de propiedad del departamento, la canalización de ríos, lo relativo a la policía local, la fiscalización de las rentas y gastos de los distritos, y cuanto se refiera a los intereses seccionales y al adelantamiento interno".

Y así hay quienes se atreven a motejar de anti-intervencionistas a los constituyentes de 1886. Este texto y los principios anteriores son la más expresa y meridiana consagración del intervencionismo de fomento y de control en materias económicas (9).

3) Como atribución del Presidente de la República coloca la siguiente: Ejercer la inspección necesaria sobre los bancos de emisión y demás establecimientos de crédito y sobre las sociedades mercantiles conforme a las leyes. Este principio es la base del intervencionismo de vigilancia sobre la industria bancaria y sobre las sociedades anónimas que hoy se ejerce mediante dos organismos que más adelante estudiaremos: la superintendencia bancaria y la de sociedades anónimas.

El intervencionismo en este siglo.

Frente a las tiendas de campaña de la última de nuestras guerras civiles alborea el presente siglo. En los primeros años el Estado interviene en cuestiones monetarias, en el fomento de obras públicas y vías de comunicación; impulsa la agricultura, crea un Ministerio destinado a ese propósito; organiza granjas agrícolas.

El gobierno del General Reyes se inclina francamente hacia el intervencionismo de Estado. Basta citar uno de sus hechos más célebres, la devaluación monetaria que se cifró en su famosa paradoja. Esta hábil maniobra estabilizadora ha sido aplicada más tarde en las naciones más avanzadas del universo: mencionaremos la valorización del marco efectuada en Alemania por Hjalmar Schaacht, y en estos días, la devaluación del rublo.

(9) Don José María Samper explica los verbos fomentar y dirigir en la siguiente forma: "Se *fomenta* estimulando, protegiendo, subvencionando o favoreciendo de algún modo, directo o indirecto, determinados trabajos, obras o empresas, cuando a otros pertenecen la dirección, ejecución y propiedad de los beneficios de las obras o empresas; y se *dirigen* estas obras, empresas, trabajos y servicios públicos, cuando pertenecen a quien tiene la dirección y dependen, por lo tanto, de su exclusiva voluntad" — Cita de Francisco de P. Pérez — Derecho Constitucional.

La reforma constitucional de 1.910 prohíbe las emisiones de papel moneda de curso forzoso que tan funestos resultados habían ocasionado en nuestra economía. (Art. 7º A. L. Nº 3).

Más tarde, en 1.918, el Acto Legislativo Nº 1º ordena la inspección de las autoridades en las industrias en lo relativo a la moralidad, la seguridad y la salubridad públicas (intervencionismo de vigilancia con fines sociales).

El Acto Legislativo Nº 1º de 1.921 autoriza al legislador para decretar la revisión y fiscalización de las empresas públicas de transportes (intervencionismo de vigilancia y de control con fines económicos).

En el tercer decenio de esta centuria se acrecienta el intervencionismo de Estado en materias económicas: muchas de nuestras actuales instituciones económicas fundamentales datan de aquella época.

La ley 20 de 1.921 funda los Almacenes Generales de Depósito. En el año de 1.923 se crea el Banco Agrícola Hipotecario; se celebra un contrato con la Federación Nacional de Cafeteros, fundada por la misma época, sobre organización y fomento de la industria del café. En el mismo año, como resultado de los trabajos de la misión Kemmerer, se fundan el Banco de la República y la Superintendencia Bancaria.

Más tarde —hacia 1.931— se crea la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero para fomentar el crédito en beneficio de la economía entera de la nación; se funda la Superintendencia de Sociedades Anónimas; se establece el control de los cambios internacionales. Durante el gobierno del doctor Olaya Herrera se concede una bonificación a la industria del café y se interviene fuertemente sobre ella; se desarrolla una política de protección a las industrias nacionales; se desenvuelve un movimiento monetario deflacionista moderado y paulatino, al mismo tiempo que un plan de crédito barato. Se adoptan medidas tendientes a aliviar la carga de las deudas privadas, procurando la baja del interés y fomentando el alza de los precios. De aquella misma época data el actual estatuto, francamente intervencionista, de la industria petrolera.

El principio Constitucional de 1.936.

Creemos que esta ligera exposición es suficiente para demostrar cómo el intervencionismo de Estado en asuntos económicos no fue introducido en Colombia por el Acto Legislativo Nº 1º de 1.936. Sin hablar de la etapa colonial, el **intervencionismo de fomento** ha sido practicado desde los albores de la República a lo largo de toda su historia. Fue consagrado expresamente en la constitución de 1.886. La misma carta establece el **intervencionismo de vigilancia** y el **de control**. Aun el **intervencionismo de estabilización**, que ya hemos señalado como uno de los aspectos más novedosos de este fenómeno, aparece en la paradoja de Reyes para sanear nuestra moneda, en las instituciones económicas que se fundan en la época del gobierno del General Ospina (Banco de la República, con su control sobre el crédito) y en las medidas del gobierno del doctor Olaya Herrera contra la crisis económica.

Alcance del vocablo "intervenir".

Dicho lo anterior, veamos cuál es el alcance de la reforma del año de 1.936.

Este Acto Legislativo emplea por primera vez la palabra "intervenir", cuando los textos anteriores hablan de "dirigir", "fomentar", "ejercer inspección". Estos conceptos se referían a intervenciones determinadas y específicas: vigilancia, fomento, control. La palabra "intervención" ya es genérica, las abarca por entero a todas las otras, comprende el fenómeno en su integridad.

Cómo ha de hacerse la intervención.

Intervenir es actuar, pero veamos cómo queda determinada la actuación del Estado en la vida económica según la ley fundamental.

Esta intervención, según la reforma de 1.936, ha de hacerse por medio de leyes.

De la noción de ley conocemos dos sentidos o significaciones: uno material, en el que ella nos dice norma general y abstracta, de alcance y vigencia indefinidos. Y otro significado formal, que nos lleva al origen de la ley, a la autoridad que la dicta, a la manera como nace. Nada mejor en este último sentido que la definición que de ella trae el Código Civil: expresión de la voluntad soberana manifestada en la forma prevenida en la Constitución.

No hay duda de que es en este último significado en el que debemos aceptar la palabra "leyes" aquí. La Constitución sólo nos da una noción formal de ley, a la que precisamente hace referencia la definición del Código Civil: "La potestad de hacer leyes reside en el Congreso", decía el artículo 54 de la anterior codificación constitucional. Y en la actual dice al artículo 76: "Corresponde al Congreso hacer las leyes". Y entre las atribuciones que le otorga para ser ejercidas por medio de leyes incluye tanto los actos que se conforman con la noción material de ley (abstracción y generalidad, vigencia indefinida), como los que no se conforman con ella: aprobación del presupuesto, decretar honores públicos, etc. En todo caso, a lo largo de la Constitución sólo se toma la palabra "ley" en su sentido formal.

De esto se desprende que la intervención que autoriza el Constituyente de 1.936 debe hacerse por medio de actos del Congreso de la República con las condiciones formales que la Constitución exige para las leyes. Pero ello no quiere decir que deba limitarse a la intervención "normativa o abstracta", ya que la palabra "leyes" no se toma en su significado material.

Así lo entendió la Corte Suprema de Justicia al declarar inexecutable la última parte del artículo 1º de la ley 125 de 1.937, que intervino en la explotación de la industria del banano, en desarrollo de la norma constitucional de 1.936. Dicha ley, en el aparte mencionado, transfería en cierta manera al Gobierno el derecho de intervenir en la reglamentación y supervigilancia del estatuto contractual de la industria bananera. La Corte creyó que ésta era una atribución reservada al Con-

greso por el Constituyente. Aplicó, pues, el sentido formal de la palabra "leyes".

El objeto del intervencionismo.

"Explotación de industrias o empresas públicas y privadas" significa el desarrollo de actividades económicas. Este ha de ser el objeto o la materia de la intervención del Estado.

Por medio de este texto hace su aparición en la carta fundamental el concepto de **empresa**, de tanta trascendencia en el Derecho económico. Pero ya nuestro Derecho privado (10), nuestro Derecho comercial (11) y nuestro Derecho del trabajo habían desenvuelto algunos de sus elementos esenciales, como quedó atrás observado.

En este último, es decir, en el **Derecho laboral**, la ley 57 de 1.915, sobre accidentes de trabajo ya habla de empresa para definir la calidad de patrono (12). Este concepto de empresa aparece sucesivamente en la ley 78 de 1.919, sobre huelgas, en la ley 4ª de 1.921, 32 de 1.922, 57 de 1.926. A través de estas leyes la empresa aparece, primero como mera palabra, luego va adquiriendo cierto significado específico: sirve para determinar el campo de aplicación de la leyes del trabajo, para provocar el surgimiento de los derechos y de las obligaciones que imponen esas leyes a los patronos.

El Decreto N° 652 de 1.935, que reglamenta la ley 10 de 1.934, sobre ciertas prestaciones a los empleados, es muy interesante en relación con el concepto de empresa, por varios motivos:

1º) Contiene una definición de empresario y de contratista de empresa, de las que puede deducirse ya un concepto, aunque rudimentario, de empresa:

"Artículo 3º — Se entiende por patrono el dueño, el empresario o el contratista de empresa, establecimiento o negocio de quien dependen una o más personas que trabajan a su servicio.

"Entiéndese por empresario la persona natural o jurídica, con ánimo de lucro, en forma más o menos permanente y en beneficio propio. Cuando la persona se encarga de la ejecución de una obra determinada y agrupa, ocasionalmente, las actividades de otras, por su cuenta, adquiere el carácter de contratista o intermediario".

De este artículo es dable deducir algunos caracteres del empresario o de la empresa: agrupación del capital y del trabajo; ánimo de lucro, continuidad o permanencia.

(10) Código Civil Libro 4º, ti. 26, Cap. 8º.

(11) Código de Comercio Art. 9º.

(12) Dice el artículo 1º de la Ley 57 de 1.915: "Entiéndese por patrono toda persona natural o jurídica, dueña de las industrias, obras o empresas en que por sí o por interpuesta persona se esté verificando un trabajo..."

2º El concepto de empresa es aquí más operante porque tiene por objeto asegurar la continuidad de la entidad patronal en las relaciones laborales:

“Para los efectos de la ley que se reglamenta, se considerará como una misma empresa, la que haya conservado en sus líneas generales el mismo giro de negocios u ocupaciones, con las variaciones naturales del progreso, ensanche o disminución, aun cuando hubiere cambiado de nombre, patrono o dueños” (Artículo 27 del decreto 652 de 1.935).

En leyes posteriores vuelve a aparecer el concepto de empresa: ley 49 de 1.936 y decreto 146 de 1.937, reglamentario de ella; ley 53 de 1.938, 61 de 1.939 y decreto 709 de 1.940 que la reglamenta, etc. Aunque en algunas de estas disposiciones aparecen normas obligatorias que en el lenguaje de la ley parecen recaer directamente sobre las empresas, en la realidad se radican en el dueño o empresario ya que, como hemos indicado, la empresa no goza de personería jurídica. Por otra parte, nada se avanza en cuanto a la configuración del concepto de empresa hasta el año de 1.946, en que se dicta la ley 64 reformativa de la ley 6ª de 1.945, sobre prestaciones a los trabajadores.

El artículo 6º de la ley 64 de 1.946 trae la siguiente definición de empresa:

“Para los efectos de las indemnizaciones y prestaciones sociales, se entiende por empresa o patrono toda unidad de explotación económica, o las varias unidades dependientes de una misma persona natural o jurídica que correspondan a actividades económicas similares o conexas”.

En este concepto de empresa entendida como “**unidad de explotación**” concurren los caracteres que hemos examinado en páginas anteriores como esenciales de ella: Agrupación de elementos heterogéneos (capital, trabajo y organización); actividad económica; autonomía; profesionalidad y continuidad.

Así se ha llegado en nuestro Derecho del Trabajo a una noción más o menos definida y completa de la empresa económica, aunque sólo alcanza a ser operante en algunos de sus diversos sentidos, principalmente el de continuidad.

Y, regresando al texto constitucional que veníamos comentando, debemos observar que en él aparece implícito el concepto de empresa como unidad de explotación.

Lo que la Constitución señala como objeto de la intervención de la ley es la explotación, es decir el ejercicio de las actividades económicas de las empresas públicas o privadas, que es precisamente la materia que regula el Derecho económico, como ya habíamos indicado.

Entre la ley y la explotación se plantea, por consiguiente, la relación que supone el Derecho económico.

Pero, cuál es el fin de esta intervención de la ley sobre las actividades económicas? El constituyente lo dice: racionalizar la producción, distribución y consumo de la riqueza. "La intervención gira como en su gozne en el vocablo "racionalizar" ha expresado gráficamente el doctor Antonio Rocha (13). Es preciso, por tanto, que analicemos este concepto.

Capítulo Segundo

LA RACIONALIZACION

"Ley es la ordenación de la razón para el bien común, promulgada por quien tiene a su cargo el cuidado de la comunidad".

(Santo Tomás de Aquino).

La técnica americana.

En los Estados Unidos de América, allá por los primeros años de este siglo, un ingeniero, llamado Frederic Winslow Taylor, ideó un sistema de arreglar y de combinar el trabajo de los obreros en las fábricas, de modo de obtener un máximo de rendimiento con un mínimo de esfuerzos.

El sistema de la división del trabajo había repartido ya entre distintos operarios la confección de una obra total. Cada obrero tenía, pues, una tarea específica dentro del conjunto. Taylor logró su método después de observar con cuidado los movimientos de cada obrero y de estudiar a conciencia la mejor manera de concentrarlos para reducir en lo posible los movimientos y esfuerzos inútiles, acortar el tiempo y ahorrar materiales.

Su método fue denominado por él mismo "scientific management", algo así como administración científica, porque realmente procedía de conocimientos profundos del mecanismo de la producción y de la psicología de los obreros. Qué cosa viene a ser la ciencia sino el conocimiento completo de todos los factores que intervienen en un fenómeno determinado? (14). El método de Taylor se debía a un análisis completo del proceso de producción; la denominación era, por tanto, adecuada.

Taylor creó escuela, el "taylorismo", que continuó los estudios y el perfeccionamiento del sistema del fundador (15).

También en los Estados Unidos, por la misma época, Henry Ford introdujo en sus fábricas un método acelerado y "estandarizado" de producción. Del "taylorismo" y del "fordismo" procede el llamado "trabajo en cadena" que permite un ahorro considerable de tiempo y

(13) A. Rocha "La libertad de comercio, el intervencionismo y la racionalización".

(14) Según una definición de ciencia, seguida por Herriot, y citada por Jean Hinoüs "La querrela de la Rationalisation" París 1.935.

(15) Grantt, Barth, Gilbreth y otros continuaron los métodos de Taylor sobre organización industrial.

de movimientos y que aumenta los rendimientos. Los operarios vienen a quedar engranados con las máquinas en un sistema mecánico que acrecienta y mejora, desde el punto de vista del rendimiento, la división del trabajo.

Origen del concepto de "racionalización".

Estos métodos, como era de esperar, produjeron una verdadera revolución en la industria americana cuyos ecos comenzaron a llegar al viejo continente a finales de la guerra de 1.914 - 18.

Después del esfuerzo de esa guerra y de la gran derrota la economía alemana había quedado en un completo estado de postración. El "scientific management" hubo de representar para Alemania una verdadera tabla de salvación y a ella se acogieron los industriales germanos desesperadamente. El "trabajo en cadena" fue adoptado por ellos y bautizado con el vocablo "fliessenarbeit", río que corre, porque la materia fluye frente a las manos de los operarios que la elaboran.

Pero allí no pararon las repercusiones que el sistema de Taylor y de Ford produjo en Alemania. La más importante fue la de hacer surgir el concepto de "racionalización" (Rationalisierung).

En torno de este concepto se precipitaron todos los esfuerzos y todas las esperanzas de los alemanes para superar la espantosa crisis que les dejó la guerra. Se formó una verdadera mística de la racionalización.

Este concepto de racionalización que vemos ahora concentrar y recoger todo el entusiasmo y todos los anhelos de redención económica del pueblo alemán, hemos dicho ya, fue provocado por la introducción de la técnica americana. Pero no es una simple traslación y adaptación a la economía europea de esos sistemas de trabajo. Hay ya mucha diferencia entre esta idea, este concepto y el método de Taylor y de Ford. El sistema ha ido creciendo y ensanchándose a la manera de un río que va recibiendo numerosos afluentes. Lejos queda ya el origen sencillo de técnica de la empresa: la racionalización es algo más amplio y complejo. Ya no se resigna al marco estrecho de la fábrica o de la empresa, sino que invade la producción, más tarde la economía entera y más adelante la desbordará.

Los varios sentidos de la racionalización.

Esta riqueza conceptual, esta gran variedad de significaciones de que se llena la palabra "racionalización" y que ahora veremos en detalle, ha hecho de ella un término confuso, vago e impreciso, por la dificultad de concretarlo a una sola de ellas con exclusión de las demás. Sobrado motivo tienen los que se quejan de ello y que, por otra parte, son la totalidad o la casi totalidad de los autores que de esto se han ocupado (16).

(16) "C'est qu'il est difficile de poser des limites a la Rationalisation. Cela tient sans doute a l'imprecision du terme lui meme, quien étend la signification. Cela tient aussi a la multiplicité des problemes dans lesquels on éprouve le besoin de mettre de l'ordre, un ordre rationnel" J. Hinous, op. cit. p. 17.

En la racionalización se han observado dos vertientes primordiales de significaciones: una técnica y otra doctrinal.

a) Racionalización técnica.

Se distinguen en ella varias formas que arrancan de la primitiva de Taylor y de Ford, según fue ensanchándose el sistema y cubriendo el mundo económico.

1º La racionalización en el interior de la empresa.

Tiene dos aspectos, uno de ellos puramente técnico y el otro administrativo o de técnica administrativa.

En el **aspecto técnico** se trata de poner en práctica los sistemas de Taylor y de Ford: economía de tiempo y de movimientos, trabajo en cadena, sistemas adecuados de remuneración para provocar la emulación entre los obreros, laboratorios psicofisiológicos de selección profesional, oficinas de preparación y de repartición del trabajo, etc.

El **aspecto administrativo** cuya contribución más importante se debe al francés Henri Fayol, se refiere a las cuestiones de autoridad y disciplina en la empresa, dirección, iniciativa, responsabilidad, división del trabajo, etc. Y la técnica administrativa a lo referente a estudios comerciales, técnicos y financieros de la explotación: v. gr. el problema de situar la fábrica en el mejor lugar posible, teniendo en cuenta las materias primas, los transportes y los servicios indispensables (fuerza motriz, electricidad, etc.) (17).

Este sentido de técnica de la empresa ha recibido en tiempos más recientes otras innovaciones importantes, como el "stakanavismo", que debe su nombre a su inventor, un minero ruso llamado Stakanov quien en el año de 1.935 logró aumentar en quince veces la cantidad de carbón extraída por los operarios a su mando. Este método se sirve de estímulos a la iniciativa de los obreros para que ellos mismos organicen la manera más acertada de trabajo para obtener el máximo de rendimiento posible.

2º La racionalización de las empresas entre sí.

La racionalización en su búsqueda del mayor rendimiento no se contentó con ordenar la estructura interior de cada empresa sino que en seguida pasó a organizar la colaboración entre las diversas empresas.

La empresa no es un ente aislado en el mundo económico sino que, por el contrario, se halla situada dentro de un sinnúmero de relaciones no sólo con el mercado (consumidores y productores de materias primas) sino también con las demás empresas productoras similares. El problema de los precios no está apenas ligado al del costo de producción, sino que se encuentra sometido a las condiciones de la oferta y de la demanda.

(17) Ver Hinous, op. cit.

“Si los esfuerzos particulares se ejercen en dispersión corren el riesgo de neutralizarse sin resultado. Aparece útil ahorrar este gasto de fuerzas con la organización metódica de las relaciones entre las empresas, la coordinación de sus operaciones técnicas y comerciales que sustituya total o parcialmente a la competencia natural que preside el funcionamiento espontáneo de la vida económica” (18).

Este afán de rendimiento y eficiencia conduce así a dos fenómenos: la concentración industrial, llamada también **integración**, y la organización concertada de las operaciones de producción.

Concentración industrial: Se forman consorcios o agrupaciones de empresas, llamadas “trusts” y “cártels” en los Estados Unidos, “Kongcerns” en Alemania, “enientes” en Francia, etc., para asegurar la coordinación mutua de las industrias de igual o semejante naturaleza con el objeto de realizar la producción en masa en las mejores condiciones posibles de precio y de rendimiento. Este fenómeno no es apenas de este siglo, pues aparece en la pasada centuria, sobre todo en Alemania, donde fue deliberadamente fomentado por el canciller Bismarck (19).

Organización concertada de las operaciones de producción: Comprende problemas de producción, como la “standarización” o “normalización” de los productos, que tiende a sustituir varios productos diferentes empleados en un mismo uso, por uno solo que los reemplaza a todos, lo que viene a facilitar la fabricación en grandes cantidades.

Y también recae sobre problemas de organización de la producción, no ya de índole técnica sino económica: limitar la concurrencia libre y sustituirla por la acción concertada, la creación de organismos comunes, ventas, etc.; estadísticas, problemas financieros, como bancos internacionales, cámaras de compensación, emisiones internacionales, asuntos aduaneros, etc. (20).

La racionalización en este último significado ha invadido, pues, todo el mundo económico.

b) El sentido doctrinal de la racionalización.

Hemos visto que la racionalización hasta ahora ha sido un novedoso método de aumentar de manera extraordinaria la producción y el rendimiento económico. Reduciendo los esfuerzos, ahorrando material y tiempo, aumentando los productos. Pero pronto surge la idea de que este incremento del rendimiento económico no debe favorecer únicamente al empresario, al capitalista, al propietario de la fábrica o industria, sino que sus efectos bienhechores deben extenderse a mejorar las condiciones de los trabajadores y, sobre todo, a beneficiar la sociedad.

Este sentido aparece ya en el pensamiento de uno de los creadores de los métodos técnicos de la racionalización: Henry Ford. Para

(18) J. Hinous, op. cit.

(19) Ver la obra de Robert A. Brady “La riqueza tras el poder” F. de C. E. México, y la obra citada de Hayek.

(20) Hinous op. cit.

Ford, la base de toda actividad económica no es el móvil del interés o del "profit" sino la idea del **servicio a la comunidad** (21).

Los alemanes acogen esta idea. En 1.927, el Comité para la Economía Nacional (Reichskuratorium für Wirtschaftlichkeit) formula la siguiente definición de la racionalización, que ya recoge su sentido doctrinal: "Un sistema de organización económica que debe **provocar un acrecimiento del bienestar nacional**, por una rebaja de los precios, un aumento de la cantidad y un mejoramiento de la calidad de los productos disponibles" (22).

Comparemos este sentido doctrinal con el sentido técnico de la racionalización, encerrado en la definición que dio la primera Conferencia Económica Internacional, reunida en Ginebra en mayo de 1.927: "La racionalización es la determinación de los métodos de técnica y organización destinados a asegurar el **mínimum de pérdida de esfuerzos y de material**" (23).

La racionalización **técnica** es apenas un **medio** método, sistema o procedimiento, como quiera llamársele, de aumentar el rendimiento económico. La racionalización **doctrinal** le asigna un **fin** a ese método: el bienestar de la comunidad, el bien común.

Pero apenas estamos en la etapa o estudio inicial del sentido doctrinal de la racionalización: colocar los nuevos sistemas de acrecentar el rendimiento de la producción al servicio del bienestar general.

Va a recibir una nueva ampliación el fecundo concepto: ahora pretende torcer el rumbo de la actividad económica, **organizar la producción, distribución y consumo de las riquezas con destino al bien de la comunidad**.

Así culmina la formación conceptual del término "racionalización", que ha venido pasando por un proceso de lo estrecho hacia lo amplio, de lo sencillo a lo complejo, es decir, de la **técnica de la empresa** a la **técnica de la economía**, y más tarde hacia la **función de la técnica** y la **función de la economía**.

A pesar de estos cambios y alteraciones progresivos, vamos a ver que esta palabra ha permanecido fiel a su raíz conceptual que descansa en su etimología latina: ratio - onis.

Ratio o razón quiere decir **entendimiento** o inteligencia, pero también dice **fin**, motivo o propósito. El vocablo "racionalización", obediente a su raíz etimológica viene a significar un **orden creado por la razón** o inteligencia, enderezado a una razón o ratio finalista u objetiva.

Implica, por tanto, la sustitución del orden natural de los hechos y de las cosas por un orden artificial construido por la razón con miras a objetivos o fines diferentes también de los que busca el curso natural de los acontecimientos.

Así, la racionalización en su aspecto técnico pretende sustituir el empirismo, el estado desarreglado de la producción por una **marcha o**

(21) Citado por Hinous *op. cit.*

(22) Cita del mismo autor.

(23) *Id. op. cit.*

sistema ordenado según la manera que la razón aconseja como mejor para obtener el mayor rendimiento o eficiencia posibles. Crea, pues, en este sentido la racionalización un orden en la empresa y en el sistema económico general, con una mira netamente económica: el máximo de rendimiento con el mínimo de sacrificio. Cambia el objetivo natural del lucro o "profit" del empresario por la búsqueda de la eficiencia, que pocas veces coincide con aquél.

En la racionalización doctrinal también se instaura un orden artificial y se entroniza un objetivo o propósito diferente al estado de cosas. Pero aquí ya no busca aumentar el rendimiento o la eficiencia como sustitutivos del espíritu de lucro, sino que entroniza como fin de la técnica y de la economía la obtención del bienestar de la comunidad.

Contenido jurídico de la racionalización doctrinal.

Y esto ya marca una diferencia tremenda entre ambos significados —técnico y doctrinal— de la racionalización.

Es que la racionalización en su aspecto técnico o económico no se sale del concepto de economía política, nada consigue agregarle ni en nada logra distinguirse de él. Concuere con los fines que Marx y sus seguidores asignan al Derecho en relación a la economía: el fomento de la producción.

Ya sabemos que el principio de la economicidad consiste en la búsqueda del mayor provecho con el menor sacrificio. A eso tiende precisamente la racionalización técnica de la empresa y de la economía: evitar despilfarro de esfuerzos, tiempo y materiales para obtener el mejor rendimiento posible (24).

Es verdad que trata de suprimir el propósito de lucro del empresario para sustituirlo por la búsqueda de la eficiencia en la producción, pero esto no es más que restablecer el citado principio de economicidad, decirle al empresario que en realidad se está engañando a sí mismo con su estrechez de miras y que es mejor que abandone sus ambiciones pequeñas para adoptar un sistema que le dejará mayores ganancias.

Pero la racionalización técnica, en todo caso, no alcanza a sacar a la economía de su marco egoísta y utilitarista.

La racionalización doctrinal, por el contrario ya se sale del orden edificado sobre el principio de economicidad para construir otro, orientado hacia el bien común. Toma, por lo tanto, un **contenido jurídico** de que carece la racionalización técnica: Santo Tomás de Aquino ha mucho tiempo señaló a la ley y, por ende al Derecho, como la ordenación racional de la vida y de los hechos sociales que con miras al bien común construye la autoridad a quien está confiado el cuidado de la comunidad. Esta es la mejor definición que puede darse del Derecho al

(24) Esto lo percibe el economista francés Charles Gide, cuando dice: "Qu' est-ce a dire sinon que la rationalisation c'est l'économie elle meme, c'est l' application de la loi du moindre effort pour le maximum de satisfaction" — Cours d' Economie politique. Citado por Ernest Teilhac "Les fondements nouveaux de l'économie" París 1.932.

que ya en las páginas iniciales de este estudio habíamos indicado como una obra u orden artificial del hombre, para orientar los hechos sociales hacia sus fines.

La racionalización en sentido doctrinal concuerda, por tanto, perfectamente con la noción tomista del Derecho. Y aplicada a la vida económica viene a ser sinónimo de **Derecho económico**. Racionalización y Derecho económico significan de consuno el esfuerzo por ordenar la economía con destino al bien común.

Y así podemos explicarnos la inmensa fortuna que en poco tiempo alcanzó este vocablo de racionalización. Sobre él vinieron a cristalizarse los anhelos vehementes de todas las gentes, para que los hechos económicos que ofrece la vida contemporánea sean organizados por el Estado y por el Derecho con miras al bien común. Estos anhelos los recoge Su Santidad Pío XI en su Encíclica "Quadragesimo Anno", cuando dice:

"Puesto que el régimen económico moderno descansa principalmente sobre el capital y el trabajo deben conocerse y ponerse en práctica los preceptos de la recta razón, esto es, de la filosofía social cristiana, que concierne a ambos elementos y a su justa colaboración. Para evitar ambos escollos, el individualismo y el socialismo, debe sobre todo tenerse presente el doble carácter, individual y social del capital o de la propiedad y del trabajo. Las relaciones que anudan el uno al otro deben ser reguladas por las leyes de una exactísima justicia conmutativa, apoyada en la caridad cristiana. Es imprescindible que la libre concurrencia, contenida dentro de límites razonables y justos, y, sobre todo el poder económico, estén perfectamente sometidos a la autoridad pública en todo aquello que le está peculiarmente encomendado.

"Finalmente, las instituciones de los pueblos deben acomodar la sociedad entera a las exigencias del bien común, es decir a las reglas de la justicia social; de ahí resultará que la actividad económica, función importantísima de la vida social, se encuadre asimismo dentro de un orden de vida sano y bien equilibrado" (25).

La racionalización ha sido piedra de discordia y arma de controversia entre las más opuestas concepciones de la economía y de la vida social. Los socialistas han visto en ella el toque de muerte del régimen capitalista y de libertad económica. Este modo de considerarla se apoya en el hecho de que la racionalización en su aspecto técnico conduce a la concentración industrial, a la supresión del mercado de competencia libre y a la planificación económica. Sin embargo, este aspecto de la racionalización es el que más pronto ha sufrido reveses en la práctica. La gran crisis del año de 1.929 fue un rudo golpe contra ella en su aspecto técnico, ya que no sólo no pudo evitar sino que en cierto modo provocó la gran catástrofe financiera.

En verdad la técnica no alcanza a resolver todos los problemas. El maquinismo y la mecanización exagerados solucionan algunos problemas pero sólo para crear otros mayores y al final acaban por contradecirse. Como ha dicho Hebbel "la fuerza está llamada a destruirse

a sí misma" (26). La racionalización en su sentido técnico puede llevar a la supresión de la libertad del hombre y de la destrucción de la humanidad.

Pero en su aspecto doctrinal la racionalización puede remediar muchos desastrosos efectos de la técnica. La racionalización doctrinal no sólo contiene los otros aspectos o significados anteriores sino que los supera. En muchos casos lleva a rectificar el orden creado por la técnica y la economía. Su objeto no es esa sed de rendimiento y eficiencia sino la conquista del bien común.

Atiende, por tanto, no sólo a las exigencias materiales de la vida sino también a las necesidades espirituales. No puede permitir que la maquinización de la vida social destruya la libertad del hombre. No desemboca fatalmente en la socialización porque su objetivo —el bien común— implica no sólo el interés de la sociedad sino también el interés del individuo. Su meta es colocar las cosas en su debido puesto, obedeciendo a una jerarquía de valores.

El sentido de la racionalización en la Constitución.

En cuál de estos significados aparece tomada la palabra "racionalizar" en nuestra carta fundamental?

En los anales del Senado de la República quedó como constancia el deseo de dar a esta palabra su sentido puramente técnico. Aparece allí reproducida la definición, que ya hemos transcrito, que dio la Conferencia Internacional de Ginebra: "Es el conjunto de métodos de técnica y organización, destinados a asegurar el *mínimum* de pérdida en esfuerzos y material".

A pesar de esta constancia, que jamás podrá ser considerada como interpretación auténtica dada por el Constituyente, no se ve razón alguna para circunscribir este concepto al aspecto puramente técnico. Ello sería una interpretación demasiado unilateral, pues una economía racionalizada técnicamente puede ser irracional desde el punto de vista doctrinal. Sólo en este último significado alcanza la racionalización su plenitud conceptual.

En la Constitución no aparece ninguna razón que limite este concepto a su fase técnica. Por el contrario, hay fuertes razones para sacarlo de esa fase hacia otros significados.

Ya hemos visto que la racionalización técnica de la empresa o de la economía no se sale del orden edificado sobre el principio de economicidad. Es cierto que en este sentido puede interesar al Estado aumentar el rendimiento del sistema económico nacional y disminuir los gastos de esfuerzos, tiempo y materiales, pero este propósito queda incompleto si no se le añaden objetivos sociales de mejoramiento general.

La racionalización técnica no entraña ningún significado jurídico y, por tanto, no puede interesar al Estado en su carácter de creador del Derecho. La Constitución es la piedra angular del sistema jurídico de la nación y todos sus conceptos y palabras han de tener necesariamente un contenido jurídico.

(26) Friedrich Hebbel — "Judith" Acto Quinto Escena I.

Extraño sería que la Constitución asignara al Estado como **única** función frente a la economía intervenir para hacer disminuir los gastos y desperdicios y aumentar el rendimiento. De esto —aunque también atañe al Estado— ya se ocuparán primordialmente las fuerzas económicas interesadas, por sí mismas.

La misión que se le asigna es más alta y trascendental; está de acuerdo con su propia naturaleza y destino: intervenir en las actividades de producción, distribución y consumo de la riqueza, para **ordenar jurídicamente** todo el ciclo de la vida económica.

El texto constitucional que hemos venido comentando es, por tanto, el arco toral de nuestro Derecho económico.

Algunos han visto en este texto una “cabeza de puente” del socialismo en nuestro Derecho. Ello no puede explicarse sino por una interpretación recortada y unilateral del concepto de racionalización, a que ya hemos aludido.

Queda establecida la planificación?

Algunos lo creen así: v. gr. el doctor Guillermo Hernández Rodríguez, quien dice:

“Desde el momento en que la Constitución nacional autoriza la intervención del Estado, por medio de leyes para racionalizar la producción, ha establecido un principio de planificación económica que se desarrolla en otros textos constitucionales, como el artículo 76” (27).

Dejando a un lado esos otros textos (artículo 76) que menciona el doctor Hernández Rodríguez y que más adelante estudiaremos, decimos que la planificación es una **forma** simplemente de intervencionismo de Estado y de racionalización económica. Por tanto, el texto constitucional en referencia, de por sí no la descarta pero tampoco la impone. **Puede entronizar un orden económico libre o planificado**: el concepto de racionalización de por sí no conduce necesariamente a ninguno de ellos, simplemente pide un orden cuyo signo ha de ser establecido por otros textos o principios, que ya tendremos oportunidad de examinar.

Y en cuanto al socialismo no creemos que sea impuesto por este texto: hemos explicado ya que Derecho económico, racionalización e intervencionismo de Estado, de una parte, y socialismo, de la otra, no son términos equivalentes. El socialismo es una de las posibles orientaciones o signos que puede darse a una política o a un Derecho económicos, pero no la única. Y, también lo hemos dicho, la racionalización en su aspecto doctrinal y jurídico tiende a corregir y a reprimir las tendencias socializantes que puede ostentar la racionalización técnica de la economía.

Estas conclusiones a que hemos llegado no parecen estar muy distantes de las del insigne jurista doctor Antonio Rocha quien expresa lo siguiente en un estudio titulado “La libertad de comercio, el intervencionismo y la racionalización”:

(27) Guillermo Hernández Rodríguez — “Los departamentos administrativos y la planificación económica” — Revista Universidad Nacional de Colombia N.º 4.

“Pertenece al Derecho Constitucional y también al Derecho Administrativo explicar que este precepto (el de la racionalización, artículo 28) no implanta la política de la economía dirigida, ni muchísimo menos de socialismo de Estado. . . . Es decir que el Estado le presta su ayuda, su fuerza y su técnica al que produce, distribuye y consume, dentro de un predeterminado orden jurídico-económico impuesto por virtud de leyes, como lo dice el precepto constitucional transcrito.

“La reforma constitucional, en cuanto se refiere a la intervención del Estado no tiene, de ninguna manera, el carácter de una socialización de la economía por el Estado, al modo como lo entienden las doctrinas socialistas. La reforma parece consistir en darle al Estado un poder fundamental sobre un orden que hasta hoy había permanecido, por lo menos constitucionalmente, autónomo y excéntrico. Decir que el Estado es el Derecho como entidad y que es la persona de la sociedad, no es sentar doctrina nueva. El afirmar que la esencia de la economía es de naturaleza social, no quiere decir que la realidad económica sea obra del Estado y que, por tanto, deba pertenecerle a éste exclusiva y absolutamente. Claro que la doctrina que la reforma establece sí tiene el alcance de una transformación radical en las concepciones clasificadas y fundamentales en Colombia, porque siendo mucha verdad que siempre se reconoció al Derecho como algo esencialmente social y al Estado como a su ejecutor e intérprete, no se había admitido o declarado la tesis fundamental de la identidad entre los dos ni tampoco se había dicho nada acerca del forzoso poder y dominio que debe tener el Estado sobre cuanto signifique un orden y una realidad de esencia social cual es la economía. El Estado no es una entidad económica ni mercantil, sino jurídica e histórica, y sólo en cuanto la economía afecta esos órdenes y en cierto modo los expresa, puede decirse que el Estado tiene una relación directa con ella” (28).

El desarrollo legislativo.

En su sentido doctrinal, que también podríamos llamar jurídico, parecen tomar la racionalización las leyes que comienzan a dictarse poco después en desarrollo del precepto constitucional.

La ley 203 de 1.936 se dicta “con el fin de regularizar el consumo del azúcar”. La palabra “regularizar” que, por otra parte, aparece en el artículo 318 del Código de Comercio (29), toma aquí el lugar de “racionalizar”. Y qué es regularizar, sino someter a reglas, como lo hace el Derecho?

(28) A. Rocha, op. cit.

(29) Código de Comercio, artículo 318:

“Las disposiciones de este título son aplicables a los empresarios públicos de conducciones.

“Ellos están sujetos, además, a los reglamentos que se dictaren para regularizar el ejercicio de su industria, determinar su relaciones con el Gobierno y los particulares, evitar los accidentes que comprometen la vida de los pasajeros, y consultar la conservación de los caminos públicos”.

La ley 125 de 1.937 "por la cual se interviene en el fomento de la industria bananera" en su artículo 1º le señala a la industria bananera no sólo algunos objetivos económicos (producción de frutos adecuados para la exportación), sino otros de índole social como "la igualdad de tratamiento comercial y jurídico que los compradores (United Fruit) deben dar a los productores y la equidad entre éstos y aquéllos", etc. El fin ya no es solamente la economicidad sino el bien común y los intereses de la colectividad.

Otro hecho interesante es el de que en esta ley 125 de 1.937, que se expide en desarrollo del nuevo texto constitucional, aparece por primera vez la expresión "orden público" aplicada a materias económicas: Esto lo observa el doctor Rocha (30). En el proyecto aparecía la expresión "orden público económico" pero se suprimió el calificativo de económico porque los legisladores creyeron que no podía existir otro orden distinto del político. Dice, pues, el último inciso del artículo 1º "Pertenece al orden público estas finalidades".

El legislador se ha dado cuenta de que la Constitución quiere un orden en la economía, un Derecho económico, que le ha encomendado esa misión y comienza obediente a construirlo. Las normas que se dictan para racionalizar la producción, distribución y consumo de la riqueza trazan el orden jurídico de la vida económica, levantan su estructura.

La jurisprudencia.

Este orden jurídico-económico no sólo es percibido por la ley sino también por la jurisprudencia de nuestro más alto tribunal, cuando, para considerar la política monetaria como de orden público, de "salud nacional", expone estos atinadísimos conceptos la Corte Suprema de Justicia:

"En esta fórmula (leyes de orden público) no es el calificativo público al que hay que poner mayor atención, sino al sustantivo orden. La noción de orden ha contribuido a orientar la doctrina y la jurisprudencia de aquél artículo. En el interés general, el Estado debe organizar un orden: orden en la constitución política, en la administración, en los servicios públicos, en la familia, en la vida económica; debe prohibir o reprimir todo hecho, todo acto tendiente a alterar ese orden o indirectamente a comprometerlo" (31).

Capítulo Tercero

LA REFORMA DE 1.945.

El Acto Legislativo Nº 1º de 1.945 modificó el texto de 1.936. Veamos en qué consiste la reforma.

El primitivo artículo decía: "El Estado puede intervenir por medio de leyes..." y el texto de 1.945 sustituye esa expresión por la

(30) A. Rocha, op. cit.

(31) Sentencia del 28 de abril de 1.937.

siguiente: "El Estado puede intervenir por mandato de la ley..."

Quiere esto decir que la intervención del Estado para racionalizar la economía no ha de hacerse ahora por medio de leyes?

No. — La ley — tomada esta expresión como ya hemos indicado — sigue siendo el medio de intervenir sobre la economía y de crear el Derecho económico. Por esto habla la Constitución de intervenir "por mandato de la ley". La ley sigue ocupando el mismo puesto en la intervención económica.

Pero el Estado —aparte de su función de hacer leyes— por medio de sus otros órganos va a ocupar ahora también constitucionalmente un lugar en la intervención sobre la economía y en el Derecho económico.

A la ley, por tanto —repetimos para mayor claridad— compete la creación del orden jurídico de la economía y la misión de señalar a los otros organismos y funciones del Estado un lugar dentro de ese orden jurídico-económico.

Con esto, el intervencionismo económico del Estado viene a quedar sometido expresamente a la **primacía de la ley**. Ha de moverse dentro del marco que ella le traza y ha de actuar dentro del orden económico que ella crea. Así como en el Derecho Administrativo, el gobierno tiene que marchar dentro de la órbita jurídica que le señala la ley .

Esta es la consagración más pura del Estado de Derecho y representa un rasgo de fidelidad al espíritu eminentemente legalista que siempre ha caracterizado al pueblo colombiano. Nada de arbitrariedad queda permitida; la ley ordena e impera.

Esta intervención del Estado, que ha de hacerse por mandato de la ley, no ha de ser cumplida únicamente por la rama ejecutiva del Poder. "Estado" está tomado aquí en su noción amplísima: los organismos nacionales, departamentales y municipales, todas las entidades de Derecho económico (Superintendencia Bancaria, Superintendencia de Sociedades Anónimas, juntas de control de precios, organismos de intervencionismo de fomento, de crédito, etc.). También se extiende a la rama jurisdiccional, para abarcar la justicia económica.

El intervencionismo de la rama ejecutiva.

Pero el intervencionismo de la rama ejecutiva está reglamentado con mayor precisión por el Constituyente.

Así, dice el inciso final del actual texto constitucional (artículo 32):

"Esta función no podrá ejercerse en uso de las facultades del artículo 76, ordinal 12 de la Constitución".

Y ese ordinal 12 del artículo 76 se refiere a la atribución que tiene el Congreso para revestir pro tempore al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, cuando la necesidad lo exija o las conveniencias públicas lo aconsejen.

Según jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, los Decretos que dicta el Gobierno pueden clasificarse así:

1º Decretos expedidos con base en el artículo 121 de la Constitución, es decir, en caso de **guerra exterior** o de **comoción interior**. Mediante la declaración previa de ese estado, el Gobierno tiene, además de las facultades ordinarias, las que conforme a las reglas aceptadas por el Derecho de Gentes rigen para la guerra entre naciones. Estos Decretos se denominan “**legislativos**”.

2º Decretos basados en el artículo 76, ordinal 12, es decir, los que dicta el Presidente de la República revestido temporalmente de precisas **facultades extraordinarias**.

3º Decretos basados en el artículo 76, ordinal 11 de la Constitución, es decir, autorizado por el Congreso para **celebrar contratos, negociar empréstitos, enajenar bienes nacionales** y ejercer otras funciones dentro de la **órbita constitucional**.

4º Decretos reglamentarios, en ejercicio de la **potestad reglamentaria** que le concede el artículo 120 3º de la ley fundamental, expidiendo las órdenes, decretos y resoluciones necesarios para la cumplida ejecución de las leyes.

5º Decretos **simplemente ejecutivos** (32).

Al investigar por cuáles de estos decretos o en virtud de cuáles de estas atribuciones puede el Ejecutivo intervenir en la vida económica, es preciso descartar los señalados en el Nº 1º, porque allí se trata de una hipótesis excepcional —el estado de guerra—. Los del Nº 3º tienen unos objetivos claramente limitados: celebrar contratos, negociar empréstitos, enajenar bienes nacionales, pero sí podemos admitir que pueden ser vehículos de intervenciones económicas.

De manera, pues, que, descartando los decretos y atribuciones señalados en el Nº 1º, los demás son susceptibles de ser considerados como medios posibles de intervención sobre la economía en tiempo de paz.

Ahora bien, a éstos podemos agruparlos por contraste en dos clases separadas: Los tres últimos (3º, 4º y 5º) que corresponden a la **esfera normal**, por así decirlo, del Gobierno. Y los del Nº 2º que corresponden a las facultades o **atribuciones extraordinarias** de que puede ser investido por el Congreso.

Esta última hipótesis es rechazada expresamente por la **Constitución** en cuanto a intervencionismo económico, cuando dice en el último inciso del artículo 32: “Esta función no podrá ejercerse en uso de las facultades del artículo 76, ordinal 12 de la Constitución”.

Esto significa que el Gobierno no puede ocupar el lugar que está reservado a la ley en la intervención del Estado para racionalizar la economía.

Es muy conocido el origen de los “**Decrets-loies**” que Francia puso en práctica durante la primera guerra mundial. Entre nosotros fue edificada la teoría de los “**decretos-leyes**” (o decretos legislativos para

(32) Her ández Rodríguez, op. cit

evitar el galicismo) sobre la hipótesis contemplada en el artículo 76, ordinal 12 de la Constitución.

En los últimos tiempos ha sido aceptada la fuerza legal de estos Decretos, contra las opiniones razonadas de eminentes juristas colombianos (33). El Presidente de la República en virtud de facultades temporales ha venido a dictar normas de vigencia indefinida, para modificar y derogar las verdaderas leyes. Capítulos enteros del Código de Comercio han sido subrogados por Decretos de esta naturaleza (34), y así otras leyes nacionales. El legislador mismo ha participado de esta creencia en la fuerza legal de estos Decretos, al dictar leyes interpretativas, modificatorias y derogatorias de los Decretos "leyes".

En desarrollo del precepto constitucional de 1.936 sobre intervención del Estado y aplicando esta teoría de los "decretos-leyes" el Gobierno comenzó a dictar normas para intervenir sobre la economía nacional.

El Acto Legislativo N° 1º de 1.945 reacciona contra esta doctrina y prohíbe expresamente que en uso de facultades extraordinarias pueda el Gobierno subrogar a la ley en la misión que a ella está confiada en relación con la racionalización de la economía.

De esto debemos concluir que la intervención del Gobierno en materias económicas no puede hacerse sino dentro de las facultades ordinarias del Ejecutivo.

La tesis de Hernández Rodríguez.

El doctor Guillermo Hernández Rodríguez sostiene que los decretos del Ejecutivo en esta materia corresponden a una potestad reglamentaria ampliada. Dice así, en relación con los decretos sobre control de precios:

"No teniendo tampoco estas disposiciones el carácter de Decretos legislativos ni estando basadas en autorizaciones especiales, ni siendo Decretos simplemente ejecutivos, su fundamento no puede hallarse sino en la potestad reglamentaria desbordada sobre los nuevos planos de intervencionismo de Estado ejercido por mandato de la ley para racionalizar el consumo de la riqueza.

"...El tránsito de la expresión **por medio de leyes**, a la expresión **por mandato de la ley** indica que el constituyente entiende que no se requiere una enunciación pormenorizada de carácter legal para que pueda desarrollarse una política de intervencionismo de Estado. El constituyente aclara en el nuevo artículo 32 que ese intervencionismo está solamente sujeto a un mandato de la ley para que el Gobierno en uso de la potestad reglamentaria pueda realizar en la práctica, por medio de decretos y resoluciones, el mandato legal sobre intervencionismo de Estado, circunscrito a la rama o actividad económica que la ley indique.

(33) Entre ellos el doctor Miguel Moreno Jaramillo en su estudio titulado "Ley de Leyes".

(34) V. gr. el título 5º del Libro 1º, sobre quiebras, subrogado por el Decreto Ley 750 de 1.940.

“... Cuando el reglamento opera en desarrollo de un mandato legal sobre intervencionismo de Estado en ciertas materias económicas, su función no se limita simplemente a ‘asegurar la aplicación de la ley’ sino que tiene un **dominio ampliado** que implica la posibilidad de poner en marcha todos los medios propios para realizar los fines de la ley.

“Dentro del ejercicio de esta potestad reglamentaria ampliada, el ejecutivo no puede violentar disposiciones legales preexistentes pero sí aquellas que están en pugna con los propósitos claros del mandato legal sobre el intervencionismo de Estado. En este caso no es el reglamento el que entra en conflicto con disposiciones anteriores, sino es el mandato legal que implica una modificación o derogación de otras leyes” (35).

No se ve razón constitucional ni jurídica alguna, en apoyo de la tesis del doctor Hernández Rodríguez, que pueda legitimar el hecho de que la potestad reglamentaria abandone el marco que le es propio, o sea, dar vida práctica a la ley, sin desbordarla ni modificarla, en este caso del intervencionismo de Estado en asuntos económicos.

Por el contrario, las palabras del texto constitucional parecen decir que el Estado (en todas sus ramas y manifestaciones) ha de ajustarse por entero a la ley: **“por mandato de la ley”**. Además, el último inciso, al excluir expresamente el uso de facultades extraordinarias del Ejecutivo en este caso, está indicando que el Gobierno sólo puede intervenir en la vida económica en uso de sus facultades ordinarias, que le conceden la Constitución y las leyes.

La tesis del doctor Hernández Rodríguez, a más de carecer de base legal y jurídica, resulta demasiado peligrosa.

Porque, si el Ejecutivo no ha de estar ligado sino por el objetivo que le señala la ley, vendría a quedar dotado de poderes ilimitados para cumplirlo, pasando por encima del orden constitucional y legal de la nación.

Esta “ampliación de la potestad reglamentaria” podría extermarse hasta desbordar el marco del reglamento e invadir el de la ley, y quizás hasta desbordar éste y penetrar en el ámbito del constituyente, como nos lo enseña la práctica de los últimos tiempos.

La tesis del doctor Hernández Rodríguez en último término puede prestarse para disfrazar bajo el término “potestad reglamentaria ampliada”, para “camuflar”, si se nos permite usar de un gráfico neologismo bélico, una violación, un fraude a la prohibición que sienta el último inciso del artículo 32.

Conclusión.

El orden económico que autoriza la Constitución ha de crearse y asentarse sobre el orden jurídico fundamental de la nación.

Las leyes son las llamadas a crearlo, pero respetando los principios de la Constitución en su integridad, particularmente, para el ca-

(35) Guillermo Hernández Rodríguez “El sistema jurídico-económico del control de precios” — *Revista Jurídica*, Bogotá Nos. 9 - 10. 1.946.

so que hemos venido contemplando, los que establecen la separación y las funciones de cada uno de los órganos o ramas del Poder: Legislativo, Ejecutivo y Judicial. No puede, por tanto, la ley autorizar al Gobierno para asumir el papel de legislador.

Ya hemos citado un fallo de la Corte Suprema de Justicia, cuando declaró inexecutable la última parte del artículo 1º de la ley 125 de 1.937, que autorizaba al Ejecutivo para reglamentar "el estatuto contractual de la industria bananera". La Corte estimó que con ello se le daba al Gobierno facultades reservadas por la Constitución al legislador y, por tanto, se estaba violando el principio constitucional que establece la separación de las ramas del poder.

La reforma de 1.945 vino a confirmar expresamente esta doctrina. Es cierto que se modificó la expresión "por medio de leyes" por la de "por mandato de la ley" pero ello no hace más que introducir a los otros órganos del Estado dentro del orden económico, sin permitir por esto que pueda el Ejecutivo reemplazar a la ley, ni derogar el mencionado precepto de separación de los órganos del poder. La última parte del texto lo expresa claramente.

EL ORDEN JURIDICO-ECONOMICO.

Queda demostrado cómo la Constitución Nacional reclama un orden jurídico sobre la vida económica. Tal es el sentido del principio de la intervención del Estado para racionalizar la economía que llevó a la carta fundamental el constituyente de 1.936.

Pero esto no quiere decir que ese orden jurídico-económico no haya existido en el país con anterioridad a esa reforma.

El Derecho económico se ha venido formando, aquí como en todo el mundo, ante la presión de los hechos y fenómenos que ofrece la vida social contemporánea.

Vamos a ver, de aquí en adelante, cuáles son las bases, cuáles los principios, cuáles las normas primordiales del sistema jurídico que en nuestra patria rigen la vida económica. Ya se verá que muchos de esos principios son anteriores al año de 1.936.

Lo que sí debemos recordar es que el constituyente de ese año se dio cuenta de la necesidad de un orden jurídico sobre la vida económica y autorizó al legislador para construirlo. Tal es el sentido de la expresión: racionalizar la economía. Por este motivo, al estudiar las instituciones jurídico-económicas de Colombia, hemos comenzado por un análisis de ese texto que es actualmente la piedra angular de nuestro Derecho económico y de nuestro Derecho del Trabajo (36). Pero si hubiéramos preferido un orden cronológico, forzosamente hubiéramos debido comenzar por otros principios de alcance jurídico sobre la economía que sienta la Constitución.

Ese orden, repetimos, ha de seguir creándolo la ley, asentado sobre el orden jurídico general de la nación, cuyas bases se hallan con-

(36) Al Derecho del Trabajo se refiere la última parte del artículo 32: "...y dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho". No la hemos examinado porque se sale del marco de nuestro tema.

signadas en la Carta Fundamental y, particularmente, sobre las normas institucionales de alcance económico a que ya hemos aludido. Al tratar de exponerlo, debemos empezar por enunciar esos principios económicos fundamentales de nuestra Constitución.

II — LA PROPIEDAD

“Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas, los cuales no pueden ser desconocidos, ni vulnerados por leyes posteriores.

“Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida por la ley, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

“La propiedad es una función social que implica obligaciones.

“Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa.

“Con todo, el legislador, por razones de equidad, podrá determinar los casos en que no haya lugar a indemnización mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra cámara. (Artículo 10 del acto legislativo N° 1° de 1936 — 30 de la actual codificación oficial).

“En caso de guerra y sólo para atender al restablecimiento del orden público, la necesidad de una expropiación podrá ser decretada por autoridades que no pertenezcan al orden judicial y no ser previa la indemnización”. (Artículo 33 de la actual codificación constitucional).

Capítulo Unico

Entre el primer inciso del texto constitucional que trata de la propiedad, que es el original de la Carta de 1.886, y el tercer inciso, colocado allí por el Constituyente de 1.936, varios expositores colombianos han señalado una **antinomia** fundamental.

El doctor Carlos Lozano y Lozano dice:

“En realidad hay en esta disposición tal como aparece redac-

tada, una antinomia entre dos sistemas jurídicos diversos: el que reconoce y el que niega la existencia de los derechos subjetivos" (37).

Para averiguar si tal antinomia existe, es preciso que analicemos cada uno de los dos términos.

La propiedad como derecho.

El Derecho clásico estructuró la propiedad como un derecho subjetivo o, mejor, patrimonial, es decir, como un poder o facultad de gozar y de disponer de una cosa, de manera absoluta, dentro de los límites fijados por las leyes: "Plena in re potestas quatenus juris ratio patitur".

Con este concepto concuerda la definición de nuestro Código Civil, en el artículo 669:

"El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra ley o contra derecho ajeno".

Aparentemente, nada más contrario a esta concepción de la propiedad consagrada en la primera parte del texto constitucional que venimos comentando, que la otra concepción del inciso 3º: la propiedad es una función social que implica obligaciones.

La propiedad como función.

Contra poniéndose al sistema tradicional y clásico, León Duguit afirmó que la propiedad es una función social.

Duguit observó lo siguiente:

"Todo individuo tiene la obligación de cumplir en sociedad cierta función en razón directa del lugar que en ella ocupa. Ahora bien, el poseedor de la riqueza, por lo mismo que posee la riqueza, puede realizar un cierto trabajo que sólo él puede realizar. Sólo él puede aumentar la riqueza general haciendo valer el capital que posee. Está, pues, obligado socialmente a realizar esta tarea, y no será protegido socialmente más que si la cumple y en la medida que la cumpla. La propiedad no es, pues, el derecho subjetivo del propietario; es la función social del tenedor de la riqueza" (38).

Esta tesis de Duguit se apoya en una idea de Augusto Comte, consignada en el año de 1.850 en su "Systeme de politique positive", y que el propio Duguit transcribe:

"En todo estado normal de la humanidad, todo ciudadano, cualquiera que sea, constituye realmente un **funcionario público**, cuyas atribuciones, más o menos definidas, determinan a la vez obligaciones y pretensiones. Este principio universal debe ciertamente extenderse hasta la propiedad, en la que el positivismo ve, sobre todo, una indispensable función social destinada a formar y a administrar los capitales con los cuales cada generación prepara los trabajos de la siguiente. Sabia-

(37) Citado por el doctor Tulio Enrique Tascón quien adhiere a la misma opinión.

"Derecho Constitucional Colombiano", Bogotá 1.939 — página 89.

(38) Duguit, op. cit. 6ª Conferencia III.

mente concebido, esta apreciación normal ennoblece su posesión sin restringir su justa libertad y hasta haciéndola más respetable”.

Como corolarios de la tesis de la función social de la propiedad, Duguit desprende los siguientes:

1º El propietario tiene el deber, y por tanto el poder, de emplear la cosa que posee en la satisfacción de las necesidades individuales, y especialmente de las suyas propias, de emplear la cosa en el desenvolvimiento de su actividad física, intelectual y moral. No se olvide, en efecto, que la intensidad de la división del trabajo social está en razón directa de la intensidad de la actividad individual.

2º El propietario tiene el deber, y por consiguiente el poder, de emplear su cosa en la satisfacción de necesidades comunes, de una colectividad nacional entera o de colectividades secundarias (39).

La concepción de la propiedad como derecho subjetivo y la concepción del dominio como función, a nuestro modo de ver, no son antagónicas, no se destruyen mutuamente sino que se armonizan y complementan. Los dos principios se refieren a aspectos diferentes de un mismo fenómeno.

Los significados de “función”.

a) La función como medio.

El positivismo tiene el mérito de haber recordado —ya que no descubierto— (40) que la propiedad, o sea la atribución de un bien al patrimonio de una persona, como todos los derechos subjetivos, responde a una necesidad o, mejor a una finalidad.

Después de tantos años de estudiar a la propiedad como derecho inviolable, absoluto y permanente, casi se había olvidado que esta institución obedece a una finalidad. Función es eso: quiere decir **medio con relación a un fin**.

Esta tesis ha venido, pues, en primer lugar a afirmar la **relatividad** del derecho de propiedad, es decir, su dependencia de un objetivo, para destruir la creencia en su entidad absoluta. Esta relatividad de los derechos subjetivos ha sido, por otra parte, reconocida por la moderna ciencia del derecho (41).

(39) Duguit, op. cit. V.

(40) La función de la propiedad aparece ya en el Antiguo Testamento:

“Quien esconde los granos será maldito de los pueblos; mas la bendición descenderá sobre la cabeza de los que los sacan al mercado”.

Proverbios — Cap. XI — 26 — Traducción de Torres Amat.

(41) Hay que citar, especialmente, la obra de Josserand: “De l’ esprit des droits et de leur relativité”. El concepto del patrimonio de afectación también responde a esta idea.

b) La función como actividad.

Pero función dice también actividad. Y es que en la propiedad cabe distinguir, como lo ha hecho tradicionalmente el Derecho, dos elementos: uno estático, o sea la potestad, poder, facultad o derecho subjetivo. Y otro dinámico, que es el ejercicio de ese derecho.

Además, todo individuo en la sociedad en que vive desarrolla una determinada actividad. La propiedad es el medio, la herramienta podríamos decir, que la persona tiene para el desenvolvimiento de su actividad. Esta actividad viene a estar en cierto modo **condicionada** por los medios de que dispone. Ya lo observa Duguit: el propietario está en mejores condiciones para actuar que el no propietario, pues aquél dispone de instrumentos que hacen posible o, cuando menos, facilitan su actividad.

Por tanto, la propiedad-derecho y la propiedad-función, lejos de contradecirse, viene a quedar vinculadas en una relación de **medio a fin**, y de **instrumento a actividad**.

Hasta ahora hemos hablado de **función** solamente, sin hacer entrar en juego el calificativo de "social" que contiene la tesis de Duguit y que toma el texto de nuestra carta fundamental.

Las diversas formas de propiedad.

No existe hoy, ni existió nunca, un régimen uniforme de propiedad. La propiedad no ha sido única sino múltiple.

La bifurcación del Derecho en las dos ramas tantas veces mencionadas: Pública y Privada, polarizó también el régimen de la propiedad en dos tipos: la **propiedad individual**, plena, absoluta y perfecta, y la **propiedad colectiva**, perteneciente al Estado.

La lucha entre el individualismo y el socialismo puros ha conocido como armas a estos dos esquemas ideales del régimen jurídico de la propiedad. Refiriéndose a esto ha escrito acertadamente Lucien Brocard:

"La controversia teórica en torno a la propiedad ha recaído desde hace mucho tiempo sobre el valor comparado de un derecho absoluto de propiedad privada y de un derecho de propiedad pública también absoluto, supuesto uno y otro inmutables e ilimitados" (42).

Propiedad privada contra propiedad colectiva ha sido el enunciado de esa lucha entre los teóricos de uno y otro bando. Pero, como ha expresado el mismo Brocard, "se ha operado una evolución subterránea". Los hechos se han venido apartando cada vez más de esos dos polos ideales de la propiedad, evolución que corresponde a la que ya habíamos señalado para el Derecho público y el Derecho privado.

Para observar esta evolución, empecemos con la propiedad pública.

Evolución de la propiedad pública.

Al concepto perfecto de propiedad colectiva sólo corresponden

(42) Lucien Brocard "Propriété et Economie Nationale" — Recuell d'études a la mémoire de Francois Géný — París, 1.935.

los llamados en nuestra legislación **"bienes nacionales de uso público"** (43).

El carácter fundamental de estos bienes es el de que su uso pertenece por igual a todos los habitantes del territorio nacional. Son **inalienables e imprescriptibles**, como consecuencia de su atributo primordial.

En la actualidad son muy pocos los bienes que encajan dentro de estos caracteres: las calles, las plazas, los caminos públicos.

No todos los que menciona el Código civil pueden considerarse como bienes de uso público en su sentido perfecto. Dice el artículo 677:

"Los ríos y todas las **aguas** que corren por cauces naturales son bienes de la Unión de uso público en los respectivos territorios" (Con las excepciones que la misma ley establece).

Las aguas de la nación no pueden considerarse hoy como de propiedad colectiva cuyo uso corresponda libremente a todos los habitantes. Sin hablar de la navegación que, por otra parte, no puede considerarse libre pues está sujeta a la reglamentación del Estado; el uso de las aguas está limitado a los riberanos. No corresponde, por tanto, a todos los habitantes del territorio nacional, como lo exige el concepto perfecto de propiedad colectiva (44). Además su uso puede limitarse por prescripción (45), y otros medios, lo que no ocurre con el uso de los bienes de propiedad colectiva (plazas, calles, caminos). Esto ya estaba en el Código civil pero ha cobrado mayor notoriedad y trascendencia con los Decretos del doctor Santos sobre aguas (46).

Los llamados **"bienes fiscales"** nunca han correspondido a la noción de propiedad colectiva sino que entran dentro del **patrimonio privado** del Estado. Tales son los edificios y otros bienes de que se sirve la administración pública.

Hay, además, cierta categoría de bienes que tradicionalmente han entrado en la noción de bienes fiscales sin razón alguna. Nos referimos a las **minas**, a los **baldíos**, a las **reservas forestales** y a otros de importancia más reciente, como son las **empresas económicas del Estado** (ferrocarriles, correos, bancos) y las empresas de economía mixta.

Esta clase de bienes no encaja en ninguna de las categorías conocidas de bienes del Estado: no son bienes de uso público porque su uso no pertenece colectivamente a todos los habitantes, ni son bienes fiscales porque no están dentro del patrimonio privado del Estado.

Estos bienes están afectos a un **destino social de carácter económico**. Por este motivo hemos hablado antes de un **patrimonio económico de la nación**. Su nota fundamental, su carácter diferencial es la **función social** de que están saturados.

En ellos ya no debe hablarse de propiedad colectiva, cuyo uso

(43) "Bienes de la unión de uso público" o "bienes públicos del territorio" los denomina el artículo 674 del Código Civil.

(44) Ver el artículo 892 del Código Civil.

(45) Ver el artículo 893 del Código Civil.

(46) Decreto N° 1.381 de 1.940 y Decreto N° 1.382 del mismo año.

corresponda a todos los habitantes, ni de patrimonio fiscal o privado de la nación, sino de bienes del Estado afectos a un interés económico general. Son ellos, repetimos, las aguas, que ya no pueden considerarse de uso público, los baldíos, las minas, los bosques, las empresas económicas oficiales.

La propiedad pública, estructurada por el Derecho público, ha evolucionado, pues, hacia la función social, dentro del Derecho económico, ya que aquél tipo tradicional de propiedad ha ido alejándose poco a poco de la realidad económica contemporánea.

La evolución de la propiedad privada.

En el otro extremo teníamos una propiedad afecta a un destino y a un interés puramente individuales; un derecho perfecto que se descomponía en los clásicos elementos de usus, fructus y abusus.

Pero el derecho de asociación hizo surgir formas de propiedad que, si bien radicadas en el patrimonio de una persona jurídica, ya no corresponden al tipo perfecto de dominio individual.

Las sociedades y las empresas económicas son núcleos de actividad, distintos de los individuos. Por tanto, los bienes de que disponen para el desarrollo de esa actividad están al servicio de objetivos o finalidades más extensos que los que supone el esquema absoluto de la propiedad privada. Ya esta propiedad no implica una función (relación de medio a fin, de instrumento a actividad) sencillamente individual, sino en cierta medida colectiva.

Esta función colectiva va creciendo a medida que aumenta la extensión de la sociedad o de la empresa, es decir, cuando se va alejando del radio estrecho de acción y de interés puramente individual y también a medida que crece su importancia en relación con la economía nacional.

Porque en nuestros días el derecho de asociación ha formado entidades gigantescas, como los trusts, cártels, consorcios, las grandes empresas concesionarias de servicios públicos. De los bienes de entidades de esta índole no puede decirse que estén afectos a un interés particular solamente, sino a los intereses económicos de la sociedad.

Por otra parte, la visión de conjunto de la economía nacional ha hecho percibir la trascendencia social que implican las actividades de los particulares que se mueven dentro del mundo económico. Y, lógicamente, los bienes de que éstos disponen para el ejercicio de esas actividades, han venido a considerarse como instrumentos de la economía entera, es decir, del complejo de actividades para la satisfacción de las necesidades humanas.

Así, la propiedad privada, dentro del terreno económico, vino a quedar articulada en una relación de medio a fin, de instrumento a actividad, con el conjunto de la economía nacional, especialmente los bienes de producción, comenzando por la tierra (suelo, elementos naturales).

De aquí la doctrina de la función social del dominio, cuyas interpretaciones unilaterales son francamente rechazables. Augusto Compte, ese "totalitario del siglo XIX", como lo llama Federico Hayek, quiso hacer de todo individuo un funcionario público.

La función mixta.

A esta tesis extremista de que toda propiedad es una función social ha sucedido otra que reconoce en ella dos funciones —una individual y otra social— que, lejos de excluirse, se armonizan. Esta concepción reconoce el derecho de propiedad, ve en él el arco total de nuestra civilización, pero no como entidad absoluta, sin principio ni fin, sino obediente a una razón de ser de naturaleza mixta. Los bienes que son materia de este derecho sirven de instrumentos a la actividad económica de los individuos y, al hacerlo, contribuyen al beneficio social.

Tal es la doctrina de la Iglesia Católica. León XIII en su célebre Encíclica RERUM NOVARUM dice lo siguiente:

“... la posesión justa de las riquezas se distingue del uso justo de las mismas. Poseer algunos bienes en particular es, como antes hemos visto, derecho natural al hombre, y usar de ese derecho, mayormente cuando se vive en sociedad, no sólo es lícito sino absolutamente necesario... mas si se pregunta qué uso se debe hacer de esos bienes, la Iglesia sin titubear responde: Cuanto a esto, no debe tener el hombre las cosas externas como propias, sino como comunes; es decir, de tal suerte, que fácilmente las comuniquen con otros cuando éstos las necesitan. En suma: los que mayor abundancia de bienes han recibido de Dios ya sean esos bienes corporales y externos o espirituales e internos, para esto los han recibido, para que con ellos atiendan a su perfección propia y al mismo tiempo, como ministros de la divina Providencia, al provecho de los demás” (47).

La antinomia que han pretendido ver algunos en el texto constitucional de la propiedad se resuelve, pues, en un concepto comprensivo y armónico de los varios aspectos que exhibe la propiedad. La mentable hubiera sido que se consagrara únicamente la función social (inciso 3º) sin la declaración del primer inciso en el cual se reconoce el derecho de propiedad privada.

El doctor Arturo Tapias Pilonieta, ex ministro de justicia, declaró lo siguiente:

“Y en lo tocante a la reforma de 1.936 estoy de acuerdo en que carece del alcance iconoclasta que le asignan algunos. La primera parte de la fórmula adoptada en aquel año, que hoy corresponde al artículo 30 de la actual codificación, atempera y le da el sentido que le debe corresponder a este enunciado del mismo artículo: ‘La propiedad es una función social que implica obligaciones’ (48).

Según el doctor Tapias de no haber sido así habría quedado implantado en Colombia el sistema de Duguit: la propiedad-función en lugar de la propiedad-derecho.

La función social de la propiedad aparece consagrada hoy en la carta fundamental de varias naciones del universo (49).

(47) Rerum Novarum — 19.

(48) “Habla el Ministro de Justicia” — Revista Jurídica Nº 11 Bogotá, 1947.

(49) La Constitución alemana de Weimar en su artículo 153 traía esta fórmula:

La propiedad y el Derecho económico.

La economía y, por consiguiente, el Derecho económico constituyen el campo de actuación propio del concepto funcional de la propiedad. Lo realmente operante allí es la función mixta, individual y social, del dominio.

Esta zona de actuación de ese concepto no presenta tampoco un carácter uniforme y homogéneo sino que, por el contrario, ostenta una gama variable de posiciones, desde un punto en que la función social es mínima hasta otro en que llega a ser máxima.

El primero se halla donde la propiedad responde principalmente a una finalidad, a un interés individual, pero tiene ciertas repercusiones sociales. Y el máximo de la función social de la propiedad se encuentra en lo que ya hemos denominado patrimonio económico del Estado.

A través de esta gama el interés, la función individual va desapareciendo para entronizarse el propósito general. Esto se va efectuando a medida que crecen la extensión, magnitud e importancia de la actividad económica a que la propiedad está afecta, con relación al conjunto de la vida económica.

La función social es pequeña en las actividades económicas de los individuos aislados; un poco más grande en las pequeñas sociedades y empresas; mucho mayor en los consorcios de empresas, trusts, etc.; bastante considerable en las empresas de economía mixta, y alcanza su plenitud en los bienes del Estado afectos a un servicio público económico.

Pero esta variación en el grado de la función social de la propiedad no está determinada solamente por la magnitud de la empresa ni por la extensión del radio de sus operaciones. Hay ciertas actividades económicas que presentan mayor interés social que otras. Por este motivo se estructuran regímenes diferentes de dominio en atención a la **importancia económica** de la actividad o industria. Así, no es igual el régimen de la propiedad agraria que el de la propiedad comercial o industrial o minera. Cada uno de ellos se ordena de acuerdo con las peculiaridades de la explotación y el diverso interés que entraña para la economía nacional.

Hablar, pues, de la función de la propiedad en abstracto sería una necesidad tan grande como hablar también en abstracto del derecho de propiedad.

“La propiedad implica obligaciones. Su uso debe ser al mismo tiempo un servicio con relación a los intereses nacionales”. La del Perú, del año de 1938: “La propiedad debe usarse en armonía con el interés social”. La de Lituania de 1938: “La propiedad privada obliga al propietario a conciliar el gozo de la propiedad con los intereses del Estado”. El proyecto de Constitución italiana —ya aprobado y sancionado— decía: “La propiedad privada es reconocida y protegida. La ley determina el modo de adquisición, de goce y los límites tendientes a asegurar su función social y a hacerla accesible a todos”. Como se ve, las constituciones o reformas más modernas adoptan un principio semejante en cuanto a función del dominio.

Descomposición del concepto de función social.

El concepto de función social de la propiedad individual se resuelve en las siguientes cuestiones:

1º Primacía del interés social sobre el interés individual.

Ya hemos visto que dentro del Derecho económico la propiedad está afecta a un interés de naturaleza mixta: individual y social. El texto constitucional que venimos comentando dispone que en caso de colisión entre ambos intereses el primero de ellos debe ceder en provecho del segundo.

Este principio no es nuevo entre nosotros. Ya fue sentado por el Constituyente de 1886 y no hay duda de que es una de las aplicaciones más trascendentales de la función social de la propiedad. Así lo reconoció uno de los autores más señalados de la reforma de 1936, el doctor Darío Echandía, cuando expresó en el Senado de la República:

“Al decir el constituyente de 1886 que cuando se hallaran en conflicto el interés privado y el interés público, aquél cediera ante éste, declaró el mismo principio, pero en mejor forma, que ha sostenido Duguit al decir que la propiedad es una función social, y la fórmula de la constitución de Weimar. La fórmula de Weimar, de que la propiedad es una función social que implica obligaciones, es inferior a la del señor Caro, la cual resulta más simple, más concisa, más clara, y explica en forma magistral lo que es la función social, que no consiste en otra cosa sino en que el interés privado ceda al interés público en caso de un conflicto entre uno y otro” (50).

La inclusión del principio de la primacía del interés social sobre el interés particular en el texto que consagra la función social, además, confirma la tesis de que nuestra carta no acepta la concepción radical o extremista de que la propiedad es una función social, sino la de que existen en ella dos funciones, es decir, que está afecta a dos intereses diferentes que cuando entran en lucha debe primar el uno sobre el otro.

Pero el principio de la función social tiene otras derivaciones.

2º Limitaciones al derecho de propiedad individual.

Podemos considerarlas desde dos puntos de vista.

a) Según la naturaleza del interés que las imponga. En este sentido pueden clasificarse en **individuales** y **sociales**. A la primera clase corresponden las limitaciones al dominio consagradas por el Derecho privado: el fideicomiso, el usufructo, el uso y la habitación y las servidumbres (51). Y las limitaciones de carácter social, impuestas por

(50) Citado por Tapias Pilonieta.

(51) Artículo 793 del Código Civil:

“El dominio puede ser limitado de varios modos:

“1º Por haber de pasar a otra persona en virtud de una condición. 2º Por el gravamen de usufructo, uso o habitación a que una persona tenga derecho en las cosas que pertenecen a otra. 3º Por las servidumbres”.

el interés de la colectividad: la expropiación por causa de utilidad pública es quizás la más notoria de ellas.

b) Según se refieran a algunos de los elementos en que se descompone el dominio. En este sentido tenemos limitaciones al usus, v. gr. las restricciones al derecho de edificar que imponen las exigencias del urbanismo; al fructus, como el usufructo y el derecho de ocupación de maderas que tienen los mineros (a pesar de que en cierto modo esto constituye una expropiación) y limitaciones al abusus, como la expropiación.

3º Deberes que entraña la actividad del propietario.

Es otra de las derivaciones de la función social de la propiedad y corresponde íntimamente a la función tomada en el sentido de actividad, aplicada por consiguiente al ejercicio del derecho de dominio.

Como ejemplos de estos deberes podemos mencionar la obligación de laboreo de las minas, sancionada por el abandono de ellas en favor del Estado, y la posesión consistente en actos de significación económica que exige nuestra legislación agraria (ley 200 de 1.936).

Hay que reconocer que el Derecho privado ha tenido siempre en cuenta este elemento activo del derecho de propiedad: la prescripción adquisitiva, basada en la posesión, ha sido el medio de vincular la propiedad-derecho con la propiedad-función o actividad.

Este es el sentido de la última parte del inciso 3º del texto que venimos comentando, cuando dice que la propiedad implica obligaciones. Muchos han hablado de lo redundante que resulta tal frase, pues al decir que es una función ya quedaba expresado que implica obligaciones. Sin embargo debe tomarse como una frase aclaratoria o explicatoria.

Alienabilidad de los bienes raíces.

"No habrá en Colombia bienes raíces que no sean de libre enajenación, ni obligaciones irredimibles". (Artículo 37 de la Constitución de 1.886 — 37 de la actual codificación oficial).

De acuerdo con este sentido dinámico o funcional del dominio, que hemos venido examinando, se halla el principio de la enajenabilidad de los bienes raíces y libre redención de las obligaciones que incorporó a nuestro orden jurídico-económico el Constituyente de 1.886, como reacción formal contra los antieconómicos sistemas coloniales de mayorazgos, vinculaciones, censos y capellanías perpetuos, que estancaban la propiedad y hacían imposible el debido aprovechamiento de ella. Este motivo es el mismo que indujo al general Mosquera a decretar la desamortización de los llamados bienes de manos muertas, el 9 de septiembre de 1.861.

El patrimonio familiar.

"Las leyes determinarán lo relativo al estado civil de las personas, y los consi-

La función mixta.

A esta tesis extremista de que toda propiedad es una función social ha sucedido otra que reconoce en ella dos funciones —una individual y otra social— que, lejos de excluirse, se armonizan. Esta concepción reconoce el derecho de propiedad, ve en él el arco toral de nuestra civilización, pero no como entidad absoluta, sin principio ni fin, sino obediente a una razón de ser de naturaleza mixta. Los bienes que son materia de este derecho sirven de instrumentos a la actividad económica de los individuos y, al hacerlo, contribuyen al beneficio social.

Tal es la doctrina de la Iglesia Católica. León XIII en su célebre Encíclica RERUM NOVARUM dice lo siguiente:

“... la posesión justa de las riquezas se distingue del uso justo de las mismas. Poseer algunos bienes en particular es, como antes hemos visto, derecho natural al hombre, y usar de ese derecho, mayormente cuando se vive en sociedad, no sólo es lícito sino absolutamente necesario... mas si se pregunta qué uso se debe hacer de esos bienes, la Iglesia sin titubear responde: Cuanto a esto, no debe tener el hombre las cosas externas como propias, sino como comunes; es decir, de tal suerte, que fácilmente las comunique con otros cuando éstos las necesitan. En suma: los que mayor abundancia de bienes han recibido de Dios ya sean esos bienes corporales y externos o espirituales e internos, para esto los han recibido, para que con ellos atiendan a su perfección propia y al mismo tiempo, como ministros de la divina Providencia, al provecho de los demás” (47).

La antinomia que han pretendido ver algunos en el texto constitucional de la propiedad se resuelve, pues, en un concepto comprensivo y armónico de los varios aspectos que exhibe la propiedad. La mentable hubiera sido que se consagrara únicamente la función social (inciso 3º) sin la declaración del primer inciso en el cual se reconoce el derecho de propiedad privada.

El doctor Arturo Tapias Pilonieta, ex ministro de justicia, declaró lo siguiente:

“Y en lo tocante a la reforma de 1.936 estoy de acuerdo en que carece del alcance iconoclasta que le asignan algunos. La primera parte de la fórmula adoptada en aquel año, que hoy corresponde al artículo 30 de la actual codificación, atempera y le da el sentido que le debe corresponder a este enunciado del mismo artículo: ‘La propiedad es una función social que implica obligaciones’” (48).

Según el doctor Tapias de no haber sido así habría quedado implantado en Colombia el sistema de Duguit: la propiedad-función en lugar de la propiedad-derecho.

La función social de la propiedad aparece consagrada hoy en la carta fundamental de varias naciones del universo (49).

(47) Rerum Novarum — 19.

(48) “Habla el Ministro de Justicia” — Revista Jurídica N° 11 Bogotá, 1.947.

(49) La Constitución alemana de Weimar en su artículo 153 traía esta fórmula:

La propiedad y el Derecho económico.

La economía y, por consiguiente, el Derecho económico constituyen el campo de actuación propio del concepto funcional de la propiedad. Lo realmente operante allí es la función mixta, individual y social, del dominio.

Esta zona de actuación de ese concepto no presenta tampoco un carácter uniforme y homogéneo sino que, por el contrario, ostenta una gama variable de posiciones, desde un punto en que la función social es mínima hasta otro en que llega a ser máxima.

El primero se halla donde la propiedad responde principalmente a una finalidad, a un interés individual, pero tiene ciertas repercusiones sociales. Y el máximo de la función social de la propiedad se encuentra en lo que ya hemos denominado patrimonio económico del Estado.

A través de esta gama el interés, la función individual va desapareciendo para entronizarse el propósito general. Esto se va efectuando a medida que crecen la extensión, magnitud e importancia de la actividad económica a que la propiedad está afecta, con relación al conjunto de la vida económica.

La función social es pequeña en las actividades económicas de los individuos aislados; un poco más grande en las pequeñas sociedades y empresas; mucho mayor en los consorcios de empresas, trusts, etc.; bastante considerable en las empresas de economía mixta, y alcanza su plenitud en los bienes del Estado afectos a un servicio público económico.

Pero esta variación en el grado de la función social de la propiedad no está determinada solamente por la magnitud de la empresa ni por la extensión del radio de sus operaciones. Hay ciertas actividades económicas que presentan mayor interés social que otras. Por este motivo se estructuran regímenes diferentes de dominio en atención a la **importancia económica** de la actividad o industria. Así, no es igual el régimen de la propiedad agraria que el de la propiedad comercial o industrial o minera. Cada uno de ellos se ordena de acuerdo con las peculiaridades de la explotación y el diverso interés que entraña para la economía nacional.

Hablar, pues, de la función de la propiedad en abstracto sería una necesidad tan grande como hablar también en abstracto del derecho de propiedad.

"La propiedad implica obligaciones. Su uso debe ser al mismo tiempo un servicio con relación a los intereses nacionales". La del Perú, del año de 1938: "La propiedad debe usarse en armonía con el interés social". La de Lituania de 1938: "La propiedad privada obliga al propietario a conciliar el gozo de la propiedad con los intereses del Estado". El proyecto de Constitución italiana —ya aprobado y sancionado— decía: "La propiedad privada es reconocida y protegida. La ley determina el modo de adquisición, de goce y los límites tendientes a asegurar su función social y a hacerla accesible a todos". Como se ve, las constituciones o reformas más modernas adoptan un principio semejante en cuanto a función del dominio.

Descomposición del concepto de función social.

El concepto de función social de la propiedad individual se resuelve en las siguientes cuestiones:

1º Primacía del interés social sobre el interés individual.

Ya hemos visto que dentro del Derecho económico la propiedad está afecta a un interés de naturaleza mixta: individual y social. El texto constitucional que venimos comentando dispone que en caso de colisión entre ambos intereses el primero de ellos debe ceder en provecho del segundo.

Este principio no es nuevo entre nosotros. Ya fue sentado por el Constituyente de 1.886 y no hay duda de que es una de las aplicaciones más trascendentales de la función social de la propiedad. Así lo reconoció uno de los autores más señalados de la reforma de 1.936, el doctor Darío Echandía, cuando expresó en el Senado de la República:

“Al decir el constituyente de 1.886 que cuando se hallaran en conflicto el interés privado y el interés público, aquél cediera ante éste, declaró el mismo principio, pero en mejor forma, que ha sostenido Duguit al decir que la propiedad es una función social, y la fórmula de la constitución de Weimar. La fórmula de Weimar, de que la propiedad es una función social que implica obligaciones, es inferior a la del señor Caro, la cual resulta más simple, más concisa, más clara, y explica en forma magistral lo que es la función social, que no consiste en otra cosa sino en que el interés privado ceda al interés público en caso de un conflicto entre uno y otro” (50).

La inclusión del principio de la primacía del interés social sobre el interés particular en el texto que consagra la función social, además, confirma la tesis de que nuestra carta no acepta la concepción radical o extremista de que la propiedad es una función social, sino la de que existen en ella dos funciones, es decir, que está afecta a dos intereses diferentes que cuando entran en lucha debe primar el uno sobre el otro.

Pero el principio de la función social tiene otras derivaciones.

2º Limitaciones al derecho de propiedad individual.

Podemos considerarlas desde dos puntos de vista.

a) Según la naturaleza del interés que las imponga. En este sentido pueden clasificarse en **individuales** y **sociales**. A la primera clase corresponden las limitaciones al dominio consagradas por el Derecho privado: el fideicomiso, el usufructo, el uso y la habitación y las servidumbres (51). Y las limitaciones de carácter social, impuestas por

(50) Citado por Tapias Pilonieta.

(51) Artículo 793 del Código Civil:

“El dominio puede ser limitado de varios modos:

“1º Por haber de pasar a otra persona en virtud de una condición. 2º Por el gravamen de usufructo, uso o habitación a que una persona tenga derecho en las cosas que pertenecen a otra. 3º Por las servidumbres”.

el interés de la colectividad: la expropiación por causa de utilidad pública es quizás la más notoria de ellas.

b) Según se refieran a algunos de los elementos en que se descompone el dominio. En este sentido tenemos limitaciones al usus, v. gr. las restricciones al derecho de edificar que imponen las exigencias del urbanismo; al fructus, como el usufructo y el derecho de ocupación de maderas que tienen los mineros (a pesar de que en cierto modo esto constituye una expropiación) y limitaciones al abusus, como la expropiación.

3º Deberes que entraña la actividad del propietario.

Es otra de las derivaciones de la función social de la propiedad y corresponde íntimamente a la función tomada en el sentido de actividad, aplicada por consiguiente al ejercicio del derecho de dominio.

Como ejemplos de estos deberes podemos mencionar la obligación de laboreo de las minas, sancionada por el abandono de ellas en favor del Estado, y la posesión consistente en actos de significación económica que exige nuestra legislación agraria (ley 200 de 1.936).

Hay que reconocer que el Derecho privado ha tenido siempre en cuenta este elemento activo del derecho de propiedad: la prescripción adquisitiva, basada en la posesión, ha sido el medio de vincular la propiedad-derecho con la propiedad-función o actividad.

Este es el sentido de la última parte del inciso 3º del texto que venimos comentando, cuando dice que la propiedad implica obligaciones. Muchos han hablado de lo redundante que resulta tal frase, pues al decir que es una función ya quedaba expresado que implica obligaciones. Sin embargo debe tomarse como una frase aclaratoria o explicatoria.

Alienabilidad de los bienes raíces.

"No habrá en Colombia bienes raíces que no sean de libre enajenación, ni obligaciones irredimibles". (Artículo 37 de la Constitución de 1.886 — 37 de la actual codificación oficial).

De acuerdo con este sentido dinámico o funcional del dominio, que hemos venido examinando, se halla el principio de la enajenabilidad de los bienes raíces y libre redención de las obligaciones que incorporó a nuestro orden jurídico-económico el Constituyente de 1.886, como reacción formal contra los antieconómicos sistemas coloniales de mayorazgos, vinculaciones, censos y capellanías perpetuos, que estancaban la propiedad y hacían imposible el debido aprovechamiento de ella. Este motivo es el mismo que indujo al general Mosquera a decretar la desamortización de los llamados bienes de manos muertas, el 9 de septiembre de 1.861.

El patrimonio familiar.

"Las leyes determinarán lo relativo al estado civil de las personas, y los consi-

b) Que se imponga en virtud de ley.

c) Que se **indemnice previamente** a los particulares perjudicados, pues el establecimiento de un monopolio realmente equivale a una expropiación.

PRIVILEGIOS.

Privilegio, o *lex privata*, es una gracia excepcional que se concede a los particulares. Viene a contrariar el principio de la igualdad de ellos ante la ley y para el ejercicio de la actividad económica.

La noción de privilegio es más amplia que la de monopolio. Puede decirse que todo monopolio es un privilegio cuando se concede a los particulares, pero no todo privilegio es monopolio, pues puede consistir en otras cosas, como, por ejemplo, exención de cargas fiscales, tratamiento desigual en materia económica, etc. La Corte tiene definiendo el privilegio como "la gracia o prerrogativa que se concede a uno, libertándolo de alguna carga o gravamen o confiriéndole algún derecho de que no gozan otros" (55).

Las únicas excepciones que admite la constitución a la prohibición de los privilegios se refieren a los inventos útiles y a las vías de comunicación, para estimular las obras del ingenio y el adelanto de la nación.

LA PLANIFICACION.

"Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones:

"4ª — Fijar los planes y programas a que debe someterse el fomento de la economía nacional, y los planes y programas de todas las obras públicas que hayan de emprenderse o continuarse.

"19. — Decretar las obras públicas que

-
- (55) Recientemente la Corte ha entendido que la explotación de un monopolio por intermedio de particulares no implica privilegio. El doctor Carlos H. Pareja demandó algunas disposiciones de la ley 64 de 1923, sobre loterías, de inexecutable por violar el texto arriba citado (artículo 1º, inciso 3º y artículo 2º). Se basaba el doctor Pareja en que esa ley hace posible las concesiones a los particulares sobre explotación del monopolio de loterías, lo que constituye un privilegio prohibido por la ley fundamental. La Corte negó la inexecutable, afirmando que el monopolio oficial no impide que pueda ser ejercido por particulares. Niega que ello implique privilegio y afirma que es el ejercicio de un monopolio. Algunos han atacado la distinción que hace la Corte entre monopolio y privilegio. Para nosotros en ello no es criticable la Corte Suprema de Justicia. El punto crítico está aquí en la afirmación que hace ese tribunal de que la concesión de un monopolio, como el de loterías, a los particulares no constituye privilegio. Pero la distinción entre monopolio y privilegio es fundada.

hayan de emprenderse o continuarse, con arreglo a los planes y programas que fijen las leyes respectivas.

"20. — Fomentar las empresas útiles o benéficas dignas de estímulo y apoyo, con estricta sujeción a los planes y programas correspondientes". (Artículo 76 de la actual codificación constitucional).

Dice el doctor Guillermo Hernández Rodríguez, ya citado:

"... desde el momento que la Constitución nacional autoriza el intervencionismo de Estado para racionalizar la producción ha establecido un principio de planificación económica que se desarrolla en otros textos constitucionales como el artículo 73 (4^a, 19 y 20). Todas estas disposiciones constitucionales —añade— están inspiradas no sólo en un principio simplemente intervencionista sino más aun en un criterio de intervención planificada" (56).

Antes de entrar a examinar esta tesis, conviene citar la opinión del expositor americano Carl Landauer, ya citado en este trabajo, quien distingue entre el **plan netamente económico** y el **simple programa**. Este es apenas la determinación de una política económica, aquél encierra no sólo propósitos económicos definidos sino también la determinación de los medios para lograrlos. Todo esto apreciado no solamente en cantidades sino también en forma cualitativa (57).

También conviene recordar ahora que los planes económicos pueden ser **parciales** o **totales**. Lo primero, cuando recaen sobre la economía de una región simplemente, o cuando se refieren a un mero aspecto de la vida económica nacional (v. gr. electrificación, industrialización).

Los planes económicos totales recaen sobre la economía de toda la nación. Instauran un nuevo orden económico: el orden planificado. Ejemplos: los planes quinquenales rusos, los cuadrienes de Goering, en Alemania.

Cuál de estas planificaciones autoriza la Constitución Nacional?

No creemos que en Colombia pueda establecerse la planificación total, es decir, el orden económico planificado.

Razones: 1^o La planificación total exige cálculos extensos e intensos de los procesos económicos, requiere conocimientos profundos, demanda una técnica complicada. Por este motivo, en los países que la han adoptado, se crea una junta u organismo destinado a elaborar los planes y a ponerlos en ejecución. Los autores que de esto se han ocupado están acordes en afirmar que el parlamento es incapaz de llenar estas funciones. Algunos teóricos llegan a afirmar que lo más que puede

(56) Hernández Rodríguez, op. cit.

(57) Landauer, op. cit.

hacer un parlamento es fijar el objetivo del plan, quedando lo demás a cargo de la junta.

Pues bien, el artículo que venimos comentando atribuye al Congreso "fijar los planes y programas... etc." por medio de leyes, sin que sea posible delegar esta atribución en ningún organismo o funcionario.

De acuerdo, por tanto, con nuestro sistema jurídico hay una imposibilidad de hecho para implantar entre nosotros la planificación total. Pero hay, además, otras importantísimas razones jurídicas que se oponen al establecimiento de un orden económico planificado.

2º La planificación supone en la autoridad que planifica atribuciones legislativas, ejecutivas y jurisdiccionales, y la Constitución establece la separación de los órganos o ramas del poder público. (Artículo 55 de la actual codificación oficial).

3º La planificación conduce al establecimiento de monopolios de derecho y de privilegios, pues a cada empresa se le asignan privativamente determinadas actividades económicas, y la Constitución proscribela implantación de monopolios, salvo como arbitrio rentístico y en virtud de ley, y la concesión de privilegios. (Artículo 31).

4º El orden económico planificado implica la abolición de la libertad de trabajo e industria, pues cada uno tiene que someterse a la tarea que le imponga la autoridad, y nuestra carta fundamental la consagra expresamente. (Artículo 39).

De lo expuesto se deduce que, estando descartada la planificación total, lo único que puede llevarse a cabo en Colombia es la fijación y ejecución de programas de política económica y de planes económicos parciales. Por otra parte esto es lo único que hasta ahora se ha tratado de adelantar.

Ensayos de planificación parcial.

Mencionaremos algunos ensayos de planificación parcial que se han efectuado entre nosotros:

El **Decreto 1.157 de 1.940** traza un programa de fomento económico general.

Como **objetivos fundamentales** persigue los siguientes: 1º El conocimiento, explotación y utilización de los productos alimenticios y medicinales, así como de las materias primas de origen vegetal o animal que sean naturales del territorio colombiano. 2º La producción y abaratamiento de materias básicas para el desarrollo industrial, de fuerza motriz, combustibles, materiales de construcción y abonos. 3º Aumentar y encauzar los conocimientos y la capacidad productora del colombiano.

Fue desenvuelto en **tres programas específicos**: Fomento agrícola (Decreto 1.413 de 1.940); Fomento pecuario (Decreto 1.414 de 1.940) y Fomento industrial (Decreto 1.439 de 1.940).

Para su cumplimiento se crearon el **Fondo Rotatorio de Fomento Económico**, y el **Instituto de Fomento Industrial**, y se reorganizó el **Consejo de la Economía Nacional**, éste último como organismo coordi-

nador. El primero se creó con el objeto de promover la implantación de cultivos de difícil establecimiento o de gran riesgo para los particulares y el segundo con el fin de provocar la fundación de empresas dedicadas a la explotación de industrias básicas y de primera transformación de materias primas nacionales.

A pesar de que este programa vino enunciado como "plan" de fomento de la economía y no obstante su carácter comprensivo y de conjunto, no reúne los caracteres suficientes para ser considerado como tal. (Carece de determinación cuantitativa y cualitativa).

En el año de 1.943 un grupo de parlamentarios propuso a las cámaras legislativas un plan de reforma económica agraria y de fomento industrial.

Se proponía aumentar la capacidad de consumo del campesino. Pretendía la expropiación de tierras, con indemnización, para organizar en ellas grandes unidades agrarias, con una granja modelo del Estado como centro de orientación práctica y una serie de estancias al rededor, entregadas a los particulares para que las fuesen adquiriendo poco a poco.

En cuanto al fomento industrial, se trataba de crear fábricas nuevas en los ramos en que fuera deficiente o inexistente la iniciativa particular. Esto se llevaría a cabo por medio del Instituto de Fomento Industrial. También comprendía el plan la organización centralizada del crédito, para facilitar su desarrollo.

Tampoco creemos que este proyecto reuniera las características de un verdadero plan económico, pero sí era un programa de política económica, particularmente de intervencionismo de fomento. No fue ni discutido ni aprobado.

Mejor suerte que el anterior tuvo el llamado "**Plan Quinquenal Agrícola**", presentado al Congreso de 1.945 por el entonces Ministro de Economía, doctor Carlos Sanz de Santamaría, y convertido en la ley 5ª del mismo año.

Se destinan 39 millones de pesos, distribuidos en cinco anualidades (de 1.945 a 1.949 inclusive) para fomentar la agricultura a través de las siguientes actividades: Enseñanza agrícola, investigación experimental agrícola, estudio y defensa del suelo, defensa sanitaria, ingeniería agrícola, fomento agrícola, recomendaciones generales. Con este plan se pretende llegar a una producción agrícola por valor de mil cien millones de pesos, lo que revela que dicho proyecto encierra, al menos, un análisis cuantitativo del objetivo y de los medios.

No entraña compulsión sobre los particulares: la difusión de los experimentos y de los estudios generales se deja a la iniciativa privada. La financiación del plan se verifica mediante contratos entre el Gobierno y las instituciones de crédito (artículo 4º ley 5ª de 1.945). De modo que no pretende establecer un orden planificado en la agricultura. Divide el país en zonas administrativas, para los efectos del plan, que tendrán sus correspondientes almacenes y servicios de campo (artículo 2º). Se dispone la creación por el Gobierno de un Consejo Técnico Administrativo, para proponer las normas reglamentarias, técnicas y administrativas tendientes al desarrollo del plan. (Artículo 5º).

También creemos conveniente mencionar el proyecto de **electrificación** del país, propuesto por el entonces Ministro de Obras Públi-

cas, doctor Alvaro Díaz, que pretendía dividir el país en dos zonas: la oriental y la occidental. Es posible que sea sostenido o continuado por el Instituto de Aprovechamiento de Aguas y Fomento Eléctrico, recientemente creado.

La reciente creación de los Departamentos Administrativos ha venido a facilitar el desarrollo de planes y programas económicos. Se ha creado especialmente uno de ellos con este propósito: es el Departamento de Planificación y Servicios Técnicos.

Como se ve, la planificación que hasta ahora se ha llevado a cabo entre nosotros se ha realizado con sujeción a nuestro orden jurídico-económico. Dista mucho del orden planificado y compulsivo que se conoce en los Estados totalitarios. Respetando nuestro sistema de separación de los poderes y de libertad económica pueden desarrollarse proyectos de fomento económico y planes parciales, o libremente convenidos o aceptados por los interesados, que dan mayor precisión y eficacia al intervencionismo de Estado y permiten orientar los recursos económicos de la nación en el sentido más provechoso para la satisfacción de sus necesidades sin que ello vaya hasta la implantación de un orden diferente al que instaura la ley fundamental.