REPÚBLICA DE COLOMBIA

GACETA DEL CONGRESO

SENADO Y CÁMARA

(Artículo 36, Ley 5a. de 1992)

IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA
www.imprenta.gov.co

I S S N 0 1 2 3 - 9 0 6 6

AÑO XIX - Nº 815 Bogotá, D. C., martes, 26 de octubre de 2010 EDICIÓN DE 16 PÁGINAS

DIRECTORES: EMILIO RAMÓN OTERO DAJUD
SECRETARIO GENERAL DEL SENADO
www.secretariasenado.gov.co

JESÚS ALFONSO RODRÍGUEZ CAMARGO
SECRETARIO GENERAL DE LA CÁMARA
www.camara.gov.co

RAMA LEGISLATIVA DEL PODER PÚBLICO

CÁMARA DE REPRESENTANTES

PONENCIAS

PONENCIA PARA PRIMER DEBATE AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 296 DE 2010 CÁMARA

por medio de la cual se interpreta por vía de autoridad legislativa el artículo 15, numeral 2, literal a) de la Ley 91 de 1989.

Bogotá, D. C., septiembre 21 de 2010

Señora Presidenta Comisión Séptima Constitucional Permanente

Honorable Cámara de Representantes

E.S.D.

Respetada señora Presidenta:

En cumplimiento del encargo hecho por la Mesa Directiva de la Comisión Séptima Constitucional Permanente de la Cámara de Representantes y acatando el Reglamento del Congreso en sus artículos 156, 157 y 158 de la Ley 5ª de 1992, nos permitimos rendir informe de ponencia para primer debate ante la Comisión Séptima Constitucional Permanente de la Cámara de Representantes, al **Proyecto de ley número 296 de 2010 Cámara,** *por medio de la cual se interpreta por vía de autoridad legislativa el artículo 15, numeral 2, literal a) de la Ley 91 de 1989,* teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

I. ANTECEDENTES DEL PROYECTO DE LEY

El Proyecto de ley número 114 de 2009 aprobado en Senado de la República, de iniciativa de los honorables Senadores *Luis Carlos Avellaneda Tarazona, Gloria Inés Ramírez, Jesús Bernal Amorocho, Piedad Córdoba, Dilian Francisca Toro, Héctor Helí Rojas, Jorge Eliécer Guevara, Carlos Ferro, Carlos Julio González Villa, Samuel Arrieta, Víctor Velásquez, Yolanda Pinto* y *Luis Fernando Velasco*, y **Proyecto número 296 de 2010 Cámara**, por el asunto de la materia, fue repartido a la Comisión Séptima de la honorable Cámara de Representantes y la Mesa Directiva, en ejercicio de sus funciones, designó como ponentes para primer debate a los honorables Representantes *Alba Luz Pinilla Pedraza, Carlos Alberto Escobar Córdoba, Holger Horacio Díaz Hernández, Luis Fernando Ochoa Zuluaga, Lina María Barrera* y *Diela Liliana Benavides Solarte*.

II. OBJETO DEL PROYECTO DE LEY

El proyecto de ley tiene por objeto, buscar que el Congreso de la República, en uso de sus facultades, realice una interpretación de manera directa, del artículo 15, numeral 2, literal a) de la Ley 91 de 1989, en los términos de los artícu los 14 y 25 del Código Civil, en el sentido de que se entienda que los tiempos nacionales son computables para efectos del reconocimiento de la pensión gracia y por lo tanto los educadores nacionales puedan acceder a esta, conforme a las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y 91 de 1989, aunque su pensión ordinaria sea a cargo total o parcial de la Nación.

Es de resaltar que la Ley 91 de 1989 establece en el numeral A del artículo 15 que los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que

por mandato de las Leyes 114 de 1913, 166 de 1928 y 37 de 1933 y demás normas que las hubiere desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. ***Esto nos indica que la pensión de gracia a la que se refiere la norma sólo podrá concederse a docentes vinculados hasta 31 de diciembre de 1980 por prescripción legal sin que sea posible colegir que el este proyecto de ley pretende crear un régimen especial nuevo.***

Lo anterior de conformidad con la Constitución Política artículo 48 adicionado Acto Legislativa 001 de 2005 artículo 1° que establece: "A partir de la vigencia del presente acto legislativo, no habrá regímenes especiales ni exceptuados, sin perjuicio del aplicable a la Fuerza Pública, al Presidente de la República, y a lo establecido en los parágrafos del presente artículo".

III. CONTENIDO Y ALCANCES

El proyecto de ley cuenta con un único artículo, mediante el cual se pretende interpretar el literal a), del numeral 2, del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, en el sentido de que los educadores que acrediten tiempos de servicio en educación primaria, en normales, en secundaria o en inspectoría o supervisión educativa en planteles del orden nacional, serán beneficiarios de la pensión gracia, aunque su pensión ordinaria esté a cargo total o parcial de la Nación.

IV. CONSIDERACIONES

El proyecto de ley sometido a consideración, está dirigido a aplicar el principio Constitucional de igualdad, y en concreto, el principio del derecho laboral según el cual debe existir identidad en el trato a las personas que desarrollen las mismas funciones en iguales condiciones. En este sentido, el proyecto aclara y determina legalmente los destinatarios de la pensión de gracia.

El legislador al momento de expedir la norma que va a ser objeto de interpretación tuvo en cuenta la labor que cumplían los educadores, y quiso establecer, a manera de compensación, para la época, el establecimiento de una pensión gracia, es decir trató de mejorar las condiciones de aquellos frente a sus ingresos económicos.

Pasemos a desarrollar la evolución normativa de la pensión gracia. La Ley 114 de 1913, dio origen a una pensión de jubilación especial en favor de los maestros de escuela, es decir, de los educadores de primaria, rezando en su artículo 1º:

"Artículo 1º. Los maestros de escuelas primarias oficiales que hayan servido en el Magisterio por un término no menor de veinte años, tienen derecho a una pensión de jubilación vitalicia, en conformidad con las prescripciones de la presente ley". (Negrillas fuera de texto).

El artículo 4º de dicha ley dispuso:

"**Artículo 4º. Para gozar de la gracia de la pensión será preciso que el interesado compruebe:**

3. Que no ha recibido ni recibe actualmente otra pensión o recompensa de carácter nacional. Por consiguiente, lo dispuesto en este inciso no obsta para que un maestro pueda recibir a un mismo tiempo sendas pensiones como tal, concedidas por la Nación o por un departamento" (Subrayas y negrillas fuera de texto).

Consecuencia de lo antes descrito, en el marco de la Ley 114 de 1913, los únicos tiempos válidos para los efectos de la pensión gracia, eran los prestados en los departamentos, municipios o distritos especiales, lo que se deducía de un correcto entendimiento del artículo 4º, numeral 3, de la mencionada ley.

Se deduce entonces que era requisito para el que pretendiera la pensión gracia la comprobación que no recibía **"otra pensión o recompensa de carácter nacional".**

La conclusión era acertada, porque si el docente percibía una pensión de carácter nacional, era porque sus servicios los había prestado a un ente del orden nacional. Pero aquella conclusión, que repetimos, tiene respaldo en la Ley 114 de 1913 era además coherente con la Ley 39 de 1903, ley orgánica sobre instrucción pública, según la cual la educación primaria costeada con fondos públicos, estaba a cargo de los departamentos, así:

"La instrucción primaria costeada con fondos públicos será gratuita y no obligatoria. Estará a cargo y bajo la inmediata dirección y protección de los gobiernos de los departamentos, en consonancia con las ordenanzas expedidas por las asambleas respectivas, e inspeccionada por el poder ejecutivo nacional" (Negrillas fuera de texto).

Debe tenerse en cuenta que conforme a la misma Ley 39 de 1903, artículo 13, orgánica sobre instrucción pública, en cada departamento debe existir una escuela normal para varones y otra para mujeres costeada por la Nación. Adicional-

mente por la misma ley de Instrucción Pública número 39, artículo 4°, la instrucción secundaria se hallaba a cargo de la Nación sin perjuicio que los departamentos y municipios que dispusieran de recursos concurrieran a dicha enseñanza secundaria.

Por lo tanto, si la pensión gracia, creada para educadores de primaria oficial, solo era incompatible con una pensión de carácter nacional, era posible afirmar que la pensión gracia era compatible con una pensión ordinaria departamental, de donde surgió el concepto que los docentes de primaria tenían derecho a una doble pensión jubilatoria.

Pero la afirmación según la cual, para la pensión gracia, sólo se pueden tener en cuenta tiempos departamentales, municipales o distritales, o dicho de otra manera, que no se pueden tener en cuenta tiempos nacionales, no se puede aceptar dentro de un marco histórico legislativo, pues con una interpretación sociológica de las Leyes 116 de 1928 y 37 de 1933, analizadas a la luz de la Ley 39 de 1903, debe concluirse que el legislador extendió la pensión de gracia a educadores que registraran tiempos nacionales.

En efecto, mediante **Ley 116 de 1928**, la pensión se extiende en favor de empleados y profesores de las escuelas normales y de inspectores de instrucción pública, y sí la instrucción normalista y la inspectoría eran servicio nacional, debe por lógica inferencia concluirse que el legislador de 1928, quiso hacer partícipe de la pensión gracia a educadores que dependían de la Nación. El texto es el que se transcribe a continuación:

"Artículo 6º. Los empleados y profesores de las escuelas normales y los inspectores de instrucción pública, tienen derecho a la jubilación en los términos que contempla la Ley 114 de 1913 y demás que a esta complementan. Para el cómputo de los años de servicio se sumarán los prestados en diversas épocas, tanto en el campo de la enseñanza primaria como en el de la normalista, pudiéndose contar en aquella lo que implica la inspección". (Negrillas fuera del texto).

Ahora bien, todo ordenamiento jurídico está obligado a procurar una coherencia interna, es decir que una norma no de soluciones contradictorias. Cuando ello resulta, surge lo que denominamos **antinomia jurídica,** siendo esta, la contradicción real o aparente de las leyes con el sistema jurídico, o consigo mismas, o respecto de otras leyes.

Este fenómeno jurídico se presenta en la Ley 116 de 1928, en su artículo 6º, pues concede la pensión de gracia a educadores que dependían de la Nación así: **"Los empleados y profesores de las escuelas normales y los inspectores de instrucción pública, tienen derecho a la jubilación",** pero a la vez les cercena el derecho al expresar: **"en los términos que contempla la Ley 114 de 1913"**, pues esta remisión normativa, se les concedía siempre y cuando se comprobara **"Que no ha recibido ni recibe actualmente otra pensión o recompensa de carácter nacional,**" por lo tanto, al ser docentes nacionales y recibir su pensión ordinaria de carácter nacional, no podían recibir la de gracia, presentándose la incongruencia o antinomia en la misma norma.

Posteriormente, la Ley 37 de 1933, introduce una nueva modificación a la Ley 114 de 1913 y a la Ley 116 de 1928, ya que en el marco de estas dos normas, los servicios prestados en secundaria, no tenían aptitud para el otorgamiento de la pensión gracia y con dicha norma, se aceptan tiempos de servicio en dicho nivel, así:

"Artículo 3º Las pensiones de jubilación de los maestros de escuela, rebajadas por Decreto de carácter legislativo, quedarán nuevamente en la cuantía señalada por las leyes. Hácense extensivas estas pensiones a los maestros que hayan completado los años de servicio señalados por la ley, en establecimientos de enseñanza secundaria". (Negrillas fuera del texto)

La misma antinomia que se reseñó con respecto de la Ley 116 de 1928, se presentó con el artículo 3° de la Ley 37 de 1933, dado que, como ya se indicó atrás, los educadores de secundaria, por regla general, dependían de la Nación, luego sus vínculos laborales eran nacionales donde se deducía que la pensión ordinaria, común y corriente, estaba a cargo de su patrón Nación y si conforme a Ley 114 de 1913, la pensión gracia solo era compatible con una pensión ordinaria de carácter departamental o municipal, resultaba que esta norma, así como la Ley 116 de 1928, estaba extendiendo la gracia a unas tipologías de educadores sin que estos pudieran hacerla efectiva. La contradicción normativa era evidente: Se otorgaba un derecho, pero no podía ser disfrutado, se plasmaba un derecho cuya realización era imposible.

Las antinomias reseñadas en la Ley 116 de 1928 y en la Ley 37 de 1933, vistas en relación con la Ley 114 de 1913, fueron objeto de análisis por parte de la jurisdicción contenciosa administrativa, jurisdicción que en su momento indicó que los profesores de Normales, los inspecto-

res de instrucción pública y los docentes de secundaria tendrían derecho a la pensión gracia a pesar que sus vínculos fueran nacionales y que consecuencialmente su pensión ordinaria fuera de carácter nacional y a tal conclusión se llegó por la vía de la aplicación del principio interpretativo de utilidad normativa y del principio de favorabilidad, aplicable en materia laboral.

Con motivo de la nacionalización de la educación, que venían prestando los departamentos, intendencias, comisarías, municipios y Distrito Especial de Bogotá, contenida en la Ley 43 de 1975, comenzó a discutirse si los educadores, tenían derecho a la pensión gracia, dado que por el efecto nacionalizador todos los maestros pasaban a tener vínculo nacional, en consecuencia su pensión ordinaria era también acompañada del carácter nacional y por allí la prédica de la incompatibilidad. Los problemas generados, quedaron resueltos con la expedición de la Ley 91 de 1989, que en su artículo 15, numeral 2, literal a) expresó:

"a) Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, y 37 de 1933 y demás normas que las hubiere desarrollado o modificado, tuviesen o llegaron a tener derecho a la pensión gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación aun en el evento de estar esta a cargo total o parcial de la Nación". (Subrayas fuera de texto).

La norma pretranscrita permitió que la Caja Nacional de Previsión, reconociera de manera directa la pensión de gracia con vínculos nacionales, bien para profesores de Normales nacionales, bien para inspectores, nombrados por el Ministerio de Educación Nacional o bien para docentes de secundaria de planteles nacionales. Pues la norma analizada era clara en afirmar la compatibilidad de la pensión gracia con la pensión ordinaria de jubilación aun en el evento de estar esta a cargo total o parcial de la Nación. O sea que la Ley 91 de 1989 vino a aclarar, normativamente, la antinomia generada en las Leyes 116 de 1928 y 37 de 1933, antinomia que había sido resuelta en fallos jurisprudenciales. Muchos educadores nacionales lograron su pensión gracia, bien en aplicación de interpretación jurisprudencial o bien en aplicación directa de la norma.

El anterior panorama, fue uniforme hasta cuando el Consejo de Estado en Sentencia de agosto 26 de 1997, proferida en el Expediente S-699, afirmó:

"No es de recibo el argumento que en ocasiones se ha expuesto para sostener que con motivo de la expedición de esta norma, pueda reconocerse la pensión gracia a todos los que prestan sus servicios a la Nación, por ser los maestros a que ella se refiere docentes de carácter nacional. Dos son las razones fundamentales que conducen al rechazo de tal aseveración, así:

a) Como se dijo, la Ley 37 de 1933, examinada en relación con las Leyes 116 de 1928 y la 114 de 1913, no introdujo modificación alguna a las exigencias establecidas en estos ordenamientos normativos.

b) No es acertada la afirmación de que los establecimientos oficiales de educación secundaria fuesen nacionales en su totalidad en 1933, tanto, que fue con la Ley 43 de 1975 que se inició el proceso de nacionalización tanto de la educación primaria como de la secundaria. Por eso en su encabezamiento se lee: "por la cual se nacionaliza la educación primaria y secundaria que oficialmente vienen prestando los departamentos, el Distrito Especial de Bogotá, los municipios, las intendencias y comisarías; se redistribuye una participación, se ordenan obras en materia educativa y se dictan otras disposiciones". Y en su artículo primero se prescribe hacia el futuro: "La educación primaria y secundaria serán un servicio público de cargo de la Nación". (Negrillas fuera del texto).

Sobre esta jurisprudencia es importante resaltar, que el Consejo de Estado, después de transcribir la norma impetrada, afirma que dicha disposición "**se refiere de manera exclusiva a aquellos docentes departamentales o regionales y municipales que quedaron comprendidos en el mencionado proceso de nacionalización**". (Negrillas fuera del texto).

Así las cosas, fueron tres los argumentos esgrimidos en la sentencia parcialmente transcrita para indicar que la pensión gracia no podría ser predicable con tiempos nacionales. En su orden se abordarán estos argumentos.

1. Que las Leyes 116 y 37 no introdujeron modificación alguna. Este argumento es fácilmente deleznable, pues es evidente que en la Ley 114 de 1913, la gracia sólo se creó para educadores de primaria oficial, mientras que por la Ley 116 de 1928, dicho derecho se extendió a

empleados y profesores de normales, y a inspectores de instrucción, de un lado y de otro, por la Ley 37 de 1933 se permitió completar los años de servicio, con tiempos prestados en la educación secundaria.

2. Que la educación secundaria no era totalmente nacional. Este argumento fue objeto de contradicción por parte del ex Consejero de Estado Javier Díaz Bueno, quien en salvamento de voto a la sentencia que se viene analizando dijo:

"Al extenderse por virtud de esta ley (se refiere a la Ley 37 de 1933) la pensión gracia a los maestros que hayan completado los años de servicio en establecimientos de enseñanza secundaria, igualmente cobijó a estos servidores la posibilidad de percibir dos pensiones de carácter nacional, toda vez que por mandato de la Ley 39 de 1903, la instrucción secundaria se hallaba a cargo de la Nación, sin perjuicio de que los departamentos y municipios que dispusieran de recursos suficientes, sostuvieran establecimientos de enseñanza secundaria, es decir que tenían derecho a la pensión gracia los maestros de enseñanza secundaria, ya fueran nacionales, departamentales o municipales".

3. Que la Ley 91 de 1989 se refiere de manera exclusiva a docentes departamentales, regionales y municipales. No es cierto que el artículo 15 numeral 2 literal a), de la Ley 91 de 1989 se refiera exclusivamente a docentes departamentales, regionales o municipales, pues dicho normativo utiliza el genérico "los docentes" y es evidente que en este vocablo quedan comprendidos los departamentales, regionales y municipales, que fueron nacionalizados por la Ley 43 de 1975, así como los nacionales. Esto es evidente, pues si la norma no distingue, no le es dable al intérprete hacer distinción.

Adicionalmente, para profundizar en argumentos que respalden la anterior afirmación en el sentido que el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 no hace referencia únicamente al personal docente nacionalizado (departamental, regional y municipal) sino que cobija también al personal docente nacional, resaltamos que no solo en dicha norma, sino que toda la ley, cuando es necesario hacer claridad acerca de sus receptores, los califica expresamente, bien como docentes nacionales o bien como docentes nacionalizados y en otras menciones del articulado se utiliza el vocablo "docentes", pero sin que esta adjetivación signifique que la ley que la consagra esté dirigida de manera particular al docente nacionalizado.

Es así, que al consultar los numerales contenidos en el artículo 2° de la Ley 91 de 1989, se denota que están dirigidos al personal docente nacional o al personal docente nacionalizado, veamos:

"Artículo 2°. **De acuerdo con lo dispuesto en la Ley 43 de 1975, la Nación y las Entidades Territoriales, según el caso, asumirán sus obligaciones prestacionales con el personal docente, de la siguiente manera:**

1. Las prestaciones sociales del personal nacional causadas (…)

2. Las prestaciones sociales del personal nacionalizado causadas (…)

3. Las prestaciones sociales del personal nacionalizado (…)

4. Las prestaciones sociales del personal nacionalizado (…)

5. Las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado (…)".

(Negrillas fuera del texto).

Así mismo, el artículo 15 de la norma en mención cuando hace referencia a docentes nacionales y nacionalizados en sus numerales e incisos queda establecido de manera explícita.

De igual manera, en el numeral 1 del artículo 5° de la Ley 91 de 1989, consagra:

"**Artículo 5°. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tendrá los siguientes objetivos:**

1. Efectuar el pago de prestaciones sociales del personal afiliado". (Negrillas fuera del texto).

Ahora bien, la Ley 37 de 1933 no predicó la posibilidad de completar los años de servicio señalados por la ley, en establecimientos de enseñanza secundaria **exclusivamente para los planteles departamentales**, con lo cual podemos concluir, que si el legislador no distinguió la aplicación de tal proveído, exclusivamente en beneficio de educadores de secundaria departamental, es porque **también quiso que el normativo se aplicase para los educadores nacionales**, pues si existiendo distinción, el legislador no distingue, tampoco le es dable al intérprete aplicador del normativo abstracto, hacer distinción alguna, ya que si el intérprete pudiera hacer distinción, no autorizada por el legislador, aquel se tornaría en un legislador y en consecuencia en usurpador de una competencia privativa del Órgano Legislativo del poder público.

Con los anteriores argumentos se demuestra que el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 no sólo está dirigido al personal docente nacionalizado, sino también, al personal docente nacional, para quienes, por esta misma razón, se hace extensivo el derecho a que se le reconozca y pague la pensión gracia.

La Sentencia del Consejo de Estado de fecha agosto 26 de 1997, ha traído como consecuencia que a unos educadores nacionales se les desconozca el derecho pensional de gracia, mientras que a otros se les ha reconocido, con lo cual respecto a los primeros se consagra una clara violación del principio de igualdad, contenido en el artículo 13 constitucional, pues es evidente que respecto de los nacionales, estando en igualdad de circunstancias fácticas, reciben tratos diferentes, con evidente discriminación para quienes no se les concede dicha pensión. Esta circunstancia obliga a que el legislador se pronuncie para que el principio de igualdad no sea un mero enunciado formal, sino que la igualdad alcance el concepto de igualdad real, material y efectiva.

Es de tener en cuenta que la interpretación de las normas se hace de manera genérica por tres vías: Doctrinaria, jurisprudencial y legislativa, conocida esta como interpretación por vía de autoridad legislativa.

El artículo 25 del Código Civil indica:

"Artículo 25. Interpretación por el legislador: la interpretación que se hace con autoridad para fijar el sentido de una ley oscura, de una manera general, solo corresponde al legislador".

La honorable Corte Constitucional en Sentencia C-820 de 2006, analizando la constitucionalidad del artículo trascrito expresó que:

"(…) Efectivamente, la facultad legislativa para interpretar la ley es evidente en el artículo 150 de la Constitución al disponer, como primera de las funciones asignadas al Congreso de la República al hacer las leyes, la de "interpretar, reformar y derogar las leyes". Luego, es indiscutible que el legislador tiene a su cargo la tarea interpretativa de la ley. Entonces, el hecho de que la norma que ahora se impugna exprese que el legislador puede interpretar la ley oscura es constitucional, pues no sólo tiene expreso respaldo en el artículo 150, numeral 1, de la Carta, sino que resulta de su libertad de configuración política. (…) Con base en lo expuesto, para la Sala es claro que, además del legislador, la Corte Constitucional también interpreta la ley para fijar el sentido de una ley oscura, de manera general y obligatoria. Sin embargo, ello no significa que la Corte Constitucional asume la posición de órgano legislativo, pues simplemente se limita a cumplir con su función jurídica de salvaguarda de la integridad y supremacía de la Constitución (artículo 241 Superior). En efecto, a diferencia de la labor legislativa, cuyo origen es la conveniencia y libertad de configuración política, la labor de esta Corporación surge del proceso judicial y de la aplicación de normas jurídicas que resultan obligatorias y vinculantes para todas las autoridades, inclusive, obviamente, para la propia Corte. Entonces, mientras el fundamento de la decisión legislativa es la conveniencia y la oportunidad política, el de la decisión judicial es el proceso y la norma jurídica que impone su cumplimiento en forma preferente y obligatoria".

Por su parte, el artículo 14 del Código Civil expresa:

"Artículo 14. ***De las leyes que declaran el sentido de otras leyes*. Las leyes que se limitan a declarar el sentido de otras leyes, se entenderán incorporadas en estas; pero no afectarán en manera alguna los efectos de las sentencias ejecutoriadas en el tiempo intermedio)".**

En síntesis, este proyecto de ley busca que el Congreso de la República, como legislador, de manera directa haga una interpretación del artículo 15, numeral 2, literal a) de la Ley 91 de 1989, en los términos de los artículos 14 y 25 del Código Civil y que en consecuencia se entienda que los tiempos nacionales son computables para efectos de la pensión gracia y por tanto los educadores nacionales puedan acceder a esta pensión, conforme a las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y 91 de 1989, aunque su pensión ordinaria sea a cargo total o parcial de la Nación.

No obstante lo anterior, cabe advertir, que si bien como lo expresa la Corte Constitucional en la sentencia citada a continuación, no se trata de pedirle permiso al Gobierno Nacional para el desarrollo de las iniciativas legislativas, sino que el cumplimiento de ciertos requisitos técnicos entre ellos la Ley 819 de 2003, constituyen el garante de una efectiva protección a los derechos que aquí se pretenden reivindicar y llevarlos al plano de la igualdad real y efectiva. Ya que todos los que hemos tenido el privilegio de acceder a la educación en Colombia, sabemos del importante papel que representan nuestros educadores de básica primaria y secundaria en nuestro desarrollo formativo.

Finalmente, este proyecto no requiere estudio de impacto fiscal, dado que se trata de una ley interpretativa, no de creación o extensión de un derecho, por lo que se presume que el impacto fiscal está incorporado en las leyes anteriores y específicamente en la ley que se interpreta y por lo mismo no se requiere diseñar un espectro fiscal de sostenibilidad financiera como lo impetra el artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2005.

Soporta esta decisión lo manifestado por la Corte Constitucional en Sentencia C-502 de 2007 cuando expone:

"(…) Evidentemente, las normas contenidas en el artículo 7° de la Ley 819 de 2003 constituyen un importante instrumento de racionalización de la actividad legislativa, con el fin de que ella se realice con conocimiento de causa de los costos fiscales que genera cada una de las leyes aprobadas por el Congreso de la República. También permiten que las leyes dictadas estén en armonía con la situación económica del país y con la política económica trazada por las autoridades correspondientes. Ello contribuye ciertamente a generar orden en las finanzas públicas, lo cual repercute favorablemente en la estabilidad macroeconómica del país".

(…)

De la misma manera, el cumplimiento de los requisitos establecidos en el mencionado artículo 7° ha de tener una incidencia favorable en la aplicación efectiva de las leyes, ya que la aprobación de las mismas solamente se producirá después de conocerse su impacto fiscal previsible y las posibilidades de financiarlo. Ello indica que la aprobación de las leyes no estará acompañada de la permanente incertidumbre acerca de la posibilidad de cumplirlas o de desarrollar la política pública en ellas plasmada. Con ello, los instrumentos contenidos en el artículo 7° analizado pueden contribuir a la superación de esa tradición existente en el país –de efectos tan deletéreos en el Estado Social de Derecho– que lleva a aprobar leyes sin que se incorporen en el diseño de las mismas los elementos necesarios –administrativos, presupuestales y técnicos– para asegurar su efectiva implementación y para hacer el seguimiento de los obstáculos que dificultan su cabal, oportuno y pleno cumplimiento.

(…)

Ciertamente, dadas las condiciones actuales en que se desempeña el Congreso de la República, admitir que el artículo 7° de la Ley 819 de 2003 constituye un requisito de trámite, que crea una carga adicional y exclusiva sobre el Congreso en la formación de los proyectos de ley, significa, en la práctica, cercenar considerablemente la facultad del Congreso para legislar y concederle al Ministerio de Hacienda una especie de poder de veto sobre los proyectos de ley".

(…)

Por una parte, los requisitos contenidos en el artículo presuponen que los congresistas –o las bancadas– tengan los conocimientos y herramientas suficientes para estimar los costos fiscales de una iniciativa legal, para determinar la fuente con la que podrían financiarse y para valorar sus proyectos frente al Marco Fiscal de Mediano Plazo. En la realidad, aceptar que las condiciones establecidas en el artículo 7° de la Ley 819 de 2003 constituyen un requisito de trámite que le incumbe cumplir única y exclusivamente al Congreso reduce desproporcionadamente la capacidad de iniciativa legislativa que reside en el Congreso de la República, con lo cual se vulnera el principio de separación de las Ramas del Poder Público, en la medida en que se lesiona seriamente la autonomía del Legislativo".

V. PROPOSICION FINAL

En armonía con lo antes escrito, proponemos a los miembros de la Comisión Séptima de la Cámara de Representantes, se apruebe en primer debate el **Proyecto de ley número 296 de 2010 Cámara,** *por medio de la cual se interpreta por vía de autoridad legislativa el artículo 15, numeral 2, literal a) de la Ley 91 de 1989,* con el texto propuesto que viene de senado, el cual se adjunta.

Atentamente,

Representantes Ponentes,

Diela Liliana Benavides Solarte, Alba Luz Pinilla Pedraza, Lina Maria Barrera Rueda, Holger Horacio Díaz Hernández, Carlos Alberto Escobar Córdoba, Luis Fernando Ochoa Zuluaga.

Ponentes.

TEXTO AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 296 DE 2010 CÁMARA

por medio de la cual se interpreta por vía de autoridad legislativa el artículo 15, numeral 2, literal a) de la Ley 91 de 1989.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1º. *Interpretación legal del literal a), del numeral 2, del artículo 15, de la Ley 91 de 1989.* Conforme a esta norma los educadores que acrediten tiempos de servicio en educación primaria, en normales, en secundaria o en inspectoría o supervisión educativa en planteles del orden nacional, también serán beneficiarios de la pensión gracia aunque su pensión ordinaria esté a cargo total o parcial de la Nación.

Artículo 2º. *Vigencia*. La presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga las normas que le sean contrarias.

Diela Liliana Benavides Solarte, Alba Luz Pinilla Pedraza, Lina Maria Barrera Rueda, Holger Horacio Díaz Hernández, Carlos Alberto Escobar Córdoba, Luis Fernando Ochoa Zuluaga.

Ponentes.

PONENCIA PARA PRIMER DEBATE

AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 091 DE 2010 CÁMARA

por la cual se dictan normas en materia de costos de los servicios que prestan las entidades financieras y se dictan otras disposiciones.

Bogotá, D. C., 11 de Octubre de 2010

Doctor

ÁNGEL CUSTODIO CABRERA

Presidente

Comisión Tercera

Cámara de Representantes

En cumplimiento del honroso encargo que nos hiciera la mesa directiva de la comisión tercera de la Cámara de Representantes, nos permitimos rendir ponencia para primer debate al **Proyecto de ley número 091 de 2010 Cámara,** *por la cual se dictan normas en materia de costos de los servicios que prestan las entidades financieras y se dictan otras disposiciones,* cuyo autor es el honorable Representante David Barguil Assís.

Atentamente,

DAVID BARGUIL
Representante a la Cámara

FELIPE FABIAN OROZCO
Representante a la Cámara

EDUARDO CRISSIEN
Representante a la Cámara

LAUREANO ACUÑA
Representante a la Cámara

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

1. Propósito del proyecto

El proyecto de ley en discusión tiene como objetivo la intervención en el cobro de las tarifas a los servicios financieros prestados por los establecimientos bancarios, a través de la Superintendencia Financiera de Colombia, mediante la reglamentación de las tarifas máximas que estos cobren por concepto de transacciones y consultas a través de cajeros automáticos, internet, audiorrespuesta y telefonía móvil.

Así mismo, la iniciativa legislativa pretende que la Superintendencia Financiera establezca montos máximos y tarifas diferenciales dependiendo los montos de las transacciones.

2. Aspectos por los cuales el proyecto resulta inconstitucional, inconveniente, contraproducente e inconducente

2.1. Inconveniencia de los topes a costos en los productos financieros

El proyecto de ley que nos ocupa es inconveniente y contraproducente.

Tomando en cuenta que al ser aprobado este proyecto de ley, se le daría la potestad a la Superintendencia Financiera para fijar las tarifas máximas por concepto de transacciones y consultas a través de cajeros automáticos, internet, audio respuesta y telefonía móvil, se hace necesario determinar cómo reaccionarían las tarifas de estos servicios frente a una medida en tal sentido.

Para el efecto se ha tomado la información sobre tarifas de los servicios financieros que publica la página web del supervisor (link consumidor financiero) correspondiente a 3 de los 4 canales (cajeros automáticos, internet, audio respuesta), y para 15 de los 18 bancos que conforman el sector. De los servicios que se prestan por esos canales se toman cuatro, que son comunes a ellos, y se suponen tres escenarios, es decir, tres posibles tarifas que pudiera fijar el supervisor:

CAJERO RED PROPIA	Máxima	Media	Mínima
Consulta de Saldo	$3.296	$1.180	$970
Transferencia Cuentas del mismo Titular	$3.200	$1.298	$970
Transferencia Cuentas diferente Titular	$2.300	$1.125	$970
Pagos a Terceros	$3.296	$1.161	$900
AUDIORESPUESTA	**Máxima**	**Media**	**Mínima**
Consulta de Saldo	$1.300	$473	$700
Transferencia Cuentas del mismo Titular	$2.691	$772	$970
Transferencia Cuentas diferente Titular	$2.691	$1.062	$970
Pagos a Terceros	$1.050	$391	$750

INTERNET	Máxima	Media	Mínima
Consulta de Saldo	$-	$-	$-
Transferencia Cuentas del mismo Titular	$2.420	$217	$840
Transferencia Cuentas diferente Titular	$5.200	$564	$840
Pagos a Terceros	$2.307	$319	$550

En relación con estos cuadros debe entenderse:

a) Máxima: la tarifa más alta que cobra hoy una entidad.

b) Media: el promedio de tarifas del sector.

c) Mínima: la tarifa más baja que cobra hoy una entidad.

Las entidades ante un techo en el precio de estos servicios, suponiendo que tratarán de mantener cuando menos constantes sus ingresos, lo más probable es que las tarifas que exijan por los servicios converjan al precio máximo que defina el supervisor. De esa forma, compensarán lo que dejen de ganar por un canal percibiéndolo por otro.

En los siguientes cuadros se muestra el número de entidades que aumentarían y/o mantendrían quietas sus tarifas:

TARIFA MÁXIMA	Cajero	Audiorrespuesta	Internet
Consulta de Saldo	14	15	15
Transferencia Cuentas del mismo Titular	12	14	15
Transferencia Cuentas diferente Titular	11	11	15
Pagos a Terceros	15	14	14

TARIFA MEDIA	Cajero	Audiorrespuesta	Internet
Consulta de Saldo	9	8	15
Transferencia Cuentas del mismo Titular	8	8	13
Transferencia Cuentas diferente Titular	7	7	12
Pagos a Terceros	10	8	10

TARIFA MÍNIMA	Cajero	Audiorrespuesta	Internet
Consulta de Saldo	7	9	15
Transferencia Cuentas del mismo Titular	7	9	14
Transferencia Cuentas diferente Titular	7	6	13
Pagos a Terceros	4	9	11

Los anteriores resultados demuestran que, salvo por siete casos de un total de 36, más del 50% de las entidades subirían o mantendrían sus tarifas, cuando se impone un precio máximo. Así las cosas, la imposición del techo no asegura la mejora del bienestar de los consumidores financieros sino la desmejora de un número importante de ellos.

Adicional a lo anterior, debe tomarse en cuenta que la conveniencia de optar por este camino, es decir, el de disponer reglamentación como la que nos ocupa por vía legislativa, fue ampliamente debatido por más de dos años al interior del Congreso de la República cuando se estudiaba el proyecto que generó la expedición de la Ley 1328 de 2009 o ley de Reforma Financiera, momento en el cual se discutió arduamente si debían imponerse topes a los productos que ofrecen las entidades financieras. Se consideró por parte del Congreso que era altamente inconveniente admitir previsiones normativas de esa naturaleza, al interior de ese Estatuto. Tal decisión se fundamentó en las siguientes consideraciones, que son válidas para el proyecto que nos ocupa:

i) Es más efectivo reforzar los derechos de los consumidores financieros y su educación, con el fin de que estos influyan sobre la calidad y los precios de los servicios financieros. Con esto se logra dar incentivos adecuados, utilizando mecanismos de mercado, sin tener que forzar a los bancos para ofrecer un producto a pérdida ni a los consumidores a recibirlo;

ii) La competencia entre instituciones y la mayor educación del consumidor permiten sin lugar a dudas el cumplimiento de un propósito como el que se propone con el proyecto de ley;

iii) El control de precios no es la herramienta para garantizar mayor bancarización, toda vez que no solo impide que se incremente la población atendida por el sector financiero, sino que por el contrario puede generar un efecto contraproducente generando distorsiones en el mercado, que actualmente no existen;

iv) La obligación de ofrecer un determinado servicio a un específico costo puede conducir a

reducir la oferta del producto, a prestar un servicio de menor calidad o a elevar su costo.

De otro lado, tampoco se encuentra que las "innumerables quejas recibidas por las entidades *de vigilancia y control"* relacionadas con "los costos e información sobre dichos cobros" justifique la medida.

a) Quejas del sector financiero

En el texto del proyecto se hace mención al informe que publica la Superintendencia Financiera a diciembre de 2009, pero no se toma en consideración la evolución de este indicador. Con la misma información que está disponible para el público en general en la página web de la mencionada entidad se construyó el cuadro que aparece a continuación, del cual se desprenden dos conclusiones importantes:

a) Que el número de quejas de los bancos ha venido disminuyendo, mientras el número de transacciones ha mostrado un incremento sostenido.

b) Que de la relación de estas dos variables (número de quejas y número de transacciones) se puede establecer que por cada diez mil transacciones el número de quejas ha bajado a la mitad, si se comparan las cifras disponibles de junio-diciembre de 2007 con el mismo periodo en 2009.

Cuadro comparativo: número de quejas y transacciones de la banca por semestre

Periodo	Nº Transacciones	Quejas total (Bancos)	Quejas por cobro de servicios y/o comisiones (Bancos)	Quejas totales por cada diez mil transacciones	Quejas Cobro servicios y comisiones por cada diez mil transacciones
jun-dic 07	754.031.593	340.304		4,5	
ene-jun 08	1.045.038.413	321.617	32.577	3,1	0,3
jun-dic 08	1.087.286.011	336.321	46.338	3,1	0,4
ene-jun 09	1.052.059.970	283.671	37.728	2,7	0,4
jun-dic 09	1.143.569.515	272.703	31.249	2,4	0,3

Fuente: Superintendencia Financiera de Colombia.

Ahora bien, si se analizan las cifras con mayor profundidad, el número de quejas por concepto de "cobros de servicios y/o comisiones" no alcanza a ser una queja por cada diez mil transacciones.

Respecto a las utilidades del sector financiero, de acuerdo a las cifras presentadas en el siguiente cuadro, se debe resaltar que el porcentaje equivalente a las comisiones del sistema financiero, desde enero hasta agosto del presente año, representan en promedio solo un 10.8% del total de ganancias derivadas del ejercicio. A razón de lo anterior, no puede afirmarse que "el sector financiero genera hoy en día más del 70% de sus utilidades por la prestación de estos servicios"[1].

Porcentaje de las comisiones en el margen financiero bruto

	ENERO	FEBRERO	MARZO	ABRIL	MAYO	JUNIO	JULIO	AGOSTO
MARGEN NETO DE INTERESES	884.393,60	1.767.145,09	2.691.950,98	3.591.061,90	4.515.261,36	5.508.196,40	6.439.213,12	7.396.168,07
MARGEN NETO DIFERENTES DE INTERESES SIN INCLUIR COMISIONES	154.327,22	650.556,08	1.505.361,18	1.946.313,87	2.397.527,53	2.861.792,38	3.319.564,82	3.892.684,34
COMISIONES	149.037,56	294.532,49	486.850,06	640.775,86	820.068,98	997.053,00	1.160.504,90	1.351.226,48
BRUTO	1.187.758,37	2.712.233,66	4.684.162,23	6.178.151,64	7.732.857,88	9.367.041,78	10.919.282,84	12.640.078,89
OTROS (GASTOS ADMINISTRATIVOS, DEPRECIACIONES Y AMORTIZACIONES	(965.328,27)	(2.063.916,81)	(3.225.483,92)	(4.346.649,44)	(5.567.454,20)	(6.830.651,47)	(7.952.572,02)	(9.169.175,85)
GANANCIA O PERDIDA DEL EJERCICIO	**222.430,10**	**648.316,85**	**1.458.678,31**	**1.831.502,19**	**2.165.403,68**	**2.536.390,32**	**2.966.710,81**	**3.470.903,04**
COMISIONES EN MARGEN FINANCIERO BRUTO	**12,5%**	**10,9%**	**10,4%**	**10,4%**	**10,6%**	**10,6%**	**10,6%**	**10,7%**

Fuente: Estado de pérdidas y ganancias Sistema Bancario.

[1] Proyecto de ley 091/2010, "por la cual se dictan normas en materia de costos de los servicios que prestan las entidades financieras y se dictan otras disposiciones". Exposición de motivos, p 4.

b) Suministro de información por el sector financiero

Como justificación del proyecto se menciona la escasa información con la que cuenta el usuario del sistema financiero. Al respecto es de anotar que uno de los aspectos de mayor importancia a la hora de discutir la ley de reforma financiera y que fue ampliamente defendido por quienes presentamos ponencia, radicó en la calidad y suficiencia de la información que las entidades financieras deben proporcionar a los clientes, usuarios y al sistema en general.

En efecto, en el literal c) del artículo 3° de la Ley 1328 de 2009 se consagró como uno de los principios orientadores que rigen las relaciones entre los consumidores financieros y las entidades vigiladas por la Superintendencia, que la información entre ellos sea **cierta,** transparente, suficiente y oportuna.

Bajo este lineamiento la ley estableció que es derecho del consumidor financiero tener a su disposición información transparente, clara, veraz, oportuna y verificable sobre las características propias de los productos o servicios ofrecidos y/o suministrados, de tal manera que permita su comparación y comprensión.

Se estableció como una obligación de las entidades el suministro de información sobre el funcionamiento del sector financiero, las entidades que lo integran, los productos que se ofrecen y los mecanismos de defensa que los consumidores tienen a su favor.

Como se ha señalado en ponencias de proyectos de ley similares al que hoy nos ocupa, más allá de las limitantes artificiales al precio de los servicios financieros, la verdadera protección de los clientes y usuarios del sistema financiero debe partir de las decisiones debidamente informadas que estos puedan adoptar frente a la gama de servicios que les son ofrecidos, así como su costo. Y esto se logra fundamentalmente con información completa, veraz y fácilmente comparable.

En este sentido, la Superintendencia Financiera de Colombia, expidió la Circular 052 de 2007, denominada "Requerimientos mínimos de seguridad y calidad en el manejo de información a través de medios y canales de distribución de productos y servicios", con la cual se buscan dos efectos en beneficio de los clientes y los usuarios del sector financiero: de un lado, establecer un referente básico para la seguridad informática y de otro, permitir que los clientes y usuarios puedan ser destinatarios de una información de calidad.

Es pues suficiente hoy la información con la que cuentan los usuarios del sistema en la página web de la Superintendencia Financiera, o directamente de la Entidad vigilada.

Por lo tanto, el artículo 2º del Proyecto de ley 091 de 2010, es inocuo en la medida en que la Circular 052 de 2007, denominada "Requerimientos mínimos de seguridad y calidad en el manejo de información a través de medios y canales de distribución de productos y servicios", ya establece los parámetros que deben cumplir las entidades financieras en relación con el suministro de información a los consumidores financieros.

En virtud de la mencionada circular, las entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera actualmente cuentan con los mecanismos necesarios para garantizar la transparencia y suficiencia de dicha información.

De la misma forma, el artículo 3° del proyecto de ley en cuestión, es irrelevante toda vez que en la actualidad la Superintendencia Financiera emite por medios masivos de comunicación, como la prensa, toda la información relacionada con las tarifas de los servicios financieros, donde es posible observar los precios más altos y más bajos de los servicios que prestan las Entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera.

Adicionalmente, la tabla que se relaciona a continuación, evidencia el crecimiento y la participación que tiene el canal de internet en el número total de operaciones. Como es posible apreciar el 73% de las operaciones no monetarias (consultas de saldo) se realizan a través de internet, canal que de acuerdo con información suministrada por la Superintendencia Financiera, tiene costo cero, a excepción de un banco que cobra el ingreso al portal, pero no cobra el resto de transacciones que se realizan por dicho ingreso.

Canal	Número de Operaciones Monetarias	Monto Total de Operaciones Monetarias	Número de Operaciones No Monetarias	Número Total de Operaciones
Oficinas	290.802.235	1.349.040.913	14.127.213	304.929.448
Cajeros Automáticos	225.761.135	53.421.011	41.029.297	266.790.432
POS	94.975.296	18.270.720	7.137.240	102.112.536

Canal	Número de Operaciones Monetarias	Monto Total de Operaciones Monetarias	Número de Operaciones No Monetarias	Número Total de Operaciones
Internet	63.239.879	569.254.040	299.425.664	362.665.543
ACH	31.955.160	261.297.816	0	31.955.160
Pagos automáticos	27.338.990	11.789.201	0	27.338.990
CB	10.052.528	1.935.926	0	10.052.528
Audiorrespuesta	3.345.955	1.475.679	40.117.420	43.463.375
Telefonía Móvil	968.709	23.437	5.760.843	6.729.552
Totales	**748.439.887**	**2.266.508.742**	**407.597.677**	**1.156.037.564**

Fuente: Superintendencia Financiera. Informe de Transacciones y Operaciones, primer semestre de 2010.

2.2. Alcance de la intervención del Estado en la economía

Se considera que un proyecto de ley como el propuesto podría vulnerar el derecho y principio a la libertad económica, ya que si bien la Constitución habilita al Estado para que intervenga en la economía, tal facultad no es absoluta pues se encuentra limitada por el derecho a la libertad de empresa y la libre competencia.

Es necesario para el efecto en primer lugar precisar el sentido y alcance del derecho a la libertad económica. Esta libertad se consagra en el artículo 333 de la Constitución Nacional, que expresamente indica:

"Artículo 333. *La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.*

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación".

En diversas oportunidades, la Corte Constitucional ha precisado el sentido y el alcance que tiene el derecho a la libertad económica al interior del ordenamiento jurídico colombiano. Así, en reiterada jurisprudencia ha explicado como la libre empresa, libre competencia y la libre iniciativa privada son presupuestos esenciales de la libertad económica y pilares fundamentales de nuestra Constitución. En este sentido dicha corporación ha señalado expresamente que:

"La Carta Política dispone en su artículo 333 que la actividad económica y la iniciativa privada "son libres, dentro de los límites del bien común". Por libertad económica se entiende la facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar su patrimonio[1].

"Como manifestación de la libertad económica la norma constitucional consagra la libertad de empresa, entendida por la jurisprudencia como aquella libertad que se reconoce a los ciudadanos para afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente de capital) para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia. El término empresa en este contexto parece por lo tanto cubrir dos aspectos, el inicial *-la iniciativa o empresa como manifestación de la capacidad de emprender o acometer- y la instrumental -a través de una organización económica típica-, con abstracción de la forma jurídica (individual o societaria) y del estatuto jurídico patrimonial y laboral*"[2].

"En el Estado Social *de Derecho el principio de la libertad económica -y de las subsiguientes*

1 Sentencia T-425 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón.

2 Sentencia C-524 de noviembre 16 de 1995. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

de empresa y de competencia[3]*- se sigue considerando como base del desarrollo económico y social y como garantía de una sociedad democrática y pluralista. Coincidente con esta concepción, la Constitución Política en su artículo 333 expresamente reconoce a la empresa su carácter de promotor del desarrollo*"[4].

Un elemento fundamental en la libertad de empresa y la libre iniciativa privada lo constituye sin duda, el principio de autonomía de la voluntad privada, que no es otra cosa que la posibilidad que tienen los particulares de celebrar contratos o abstenerse de hacerlo, según sus conveniencias y necesidades particulares.

Sobre el principio de la autonomía de la voluntad privada, la Corte Constitucional en Sentencia T-338 de 1993, expresamente señaló lo siguiente:

"La autonomía de la voluntad privada consiste en el reconocimiento más o menos amplio de la eficacia jurídica de ciertos actos o manifestaciones de voluntad de los particulares. En otras palabras: consiste en la delegación que el legislador hace en los particulares de la atribución o poder que tiene de regular las relaciones sociales, delegación que estos ejercen mediante el otorgamiento de actos o negocios jurídicos.

La mayor o menor amplitud en la consagración positiva del postulado de la autonomía de la voluntad privada o, lo que es lo mismo el señalamiento del campo de acción del acto o negocio jurídico que es su expresión normal, depende principalmente del grado de cultura y desarrollo de cada pueblo y de las concepciones filosófico-políticas en que se inspire cada legislador.

El ordenamiento jurídico reconoce que la iniciativa y el esfuerzo privado, mientras obre con el debido respeto al derecho ajeno y al interés general, representan decisiva contribución al progreso y al bienestar de la sociedad. Por ello pone especial cuidado en garantizar la mayor libertad posible en las transacciones entre particulares y, en general, en todos sus actos jurídicos de contenido económico, cuyo vigor normativo está ampliamente consagrado en el artículo 1.602 del Código Civil, que establece:

Artículo 1.602. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

Así pues los particulares, libremente y según su mejor conveniencia, son los llamados a determinar el contenido, el alcance, las condiciones y modalidades de sus actos jurídicos. Al proceder a hacerlo deben observar los requisitos exigidos, que obedecen a razones tocantes con la protección de los propios agentes, de los terceros y del interés general de la sociedad".

En efecto, es en el marco de esa iniciativa y voluntad privada, que todo proveedor de servicios está constitucionalmente facultado para determinar el alcance, las condiciones y modalidades de sus actos, así como el libre precio al cual ofrece sus productos, atendiendo la estructura de sus costos y el margen de utilidad esperado, siempre dentro del libre juego de la oferta y la demanda.

Por su parte la libre competencia, otra manifestación del principio de libertad económica, es indispensable para el buen funcionamiento de la economía social de mercado. En este sentido, la Corte en Sentencia C-616 de 2001 puntualizó:

"La competencia es un principio estructural de la economía social del mercado, que no sólo está orientada a la defensa de los intereses particulares de los empresarios que interactúan en el mercado, sino que propende por la protección del interés público, que se materializa en el beneficio obtenido por la comunidad de una mayor calidad y unos mejores precios de los bienes y servicios que se derivan como resultado de una sana concurrencia. *De ahí, que la Carta Fundamental, le ha impuesto expresamente al Estado el deber de impedir que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitar o controlar el abuso de la posición dominante que los empresarios tengan en el mercado". (Subrayado fuera de texto).*

Sobre este punto, y específicamente en lo relacionado con el control de los precios, la Superintendencia de Industria y Comercio en el Concepto 02001819 del 22 de febrero de 2002 precisó:

"*1. Régimen general de libertad de precios*

De conformidad con lo establecido en nuestra Constitución Política en Colombia la actividad económica y la iniciativa privada son libres,

3 Sobre lo que debe entenderse por libertad de competencia, la Corte ha señalado: "La competencia se presenta cuando un conjunto de empresarios (personas naturales o jurídicas), en un marco normativo, de igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos o recursos en la conquista de un determinado mercado de bienes o servicios. La libertad de competencia supone la ausencia de obstáculos entre una pluralidad de empresarios en el ejercicio de una actividad económica lícita." Sentencia C-616 de 2001. (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

4 Sentencia C-615 de 2002 de la Corte Constitucional. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

dentro de los límites del bien común. Para ello el Estado por mandato legal impedirá que se obstruya o se restrinja y evitará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado. La ley delimitará el alcance de la libertad económica, cuando así lo exija el interés social, el ambiente, y el patrimonio cultural de la Nación.

En consecuencia, por regla general los distribuidores y expendedores podrán fijar libre y autónomamente los precios de acuerdo con su estructura de costos y su margen de utilidad sin sujetar al consenso de otras voluntades el precio, el cual debe estar determinado por el libre juego de la oferta y la demanda".

Es pues evidente que en la Constitución Nacional se garantiza la libertad de empresa y la libre iniciativa privada, lo cual el Congreso de la República lo ha reconocido en ocasiones anteriores. Por ejemplo en la Ley 81 de 1988 estableció taxativamente cuáles son las autoridades competentes para desarrollar y aplicar políticas de precios en nuestro país y en su listado no incluyó a los servicios prestados por las entidades financieras, lo cual evidencia que el legislador siempre ha tenido presente que sólo en casos extremos se justifica la intervención del Estado en materia de precios, ya que no es otra cosa que el reemplazo de los mecanismos de mercado. Incluso, las normas de libre competencia expresamente prohíben los acuerdos de fijación de precios, al considerar que estos son anticompetitivos, en la medida en que restringen la libre competencia económica.

Puede entonces el Estado intervenir la economía limitando las anteriores libertades y derechos, conforme lo ha precisado la Corte Constitucional:

"Si bien la libertad de empresa admite límites que se imponen mediante la intervención en la economía que se lleva a cabo por mandato de la ley para el cumplimiento de los fines de interés general que la Constitución menciona, esta intervención no puede eliminar de raíz la mencionada libertad y debe obedecer a criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Por ello, en reiterada jurisprudencia la Corte se ha encargado de señalar los límites constitucionales que se imponen a la hora de intervenir la actividad económica de los particulares en aras del interés general. Al respecto, ha indicado que tal intervención:

i) Necesariamente debe llevarse a cabo por ministerio de la ley;

ii) No puede afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa;

iii) Debe obedecer a motivos adecuados y suficientes que justifiquen la limitación de la referida garantía[5]*;*

iv) Debe obedecer al principio de solidaridad[6]*; y*

v) Debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad"[7]*. (Subrayado fuera de texto).*

El aparte jurisprudencial transcrito expresamente señala que la función de intervención en la economía por parte del Estado, no puede desconocer el núcleo esencial del derecho a la libertad económica. Sin embargo, el proyecto de ley viola esta regla jurisprudencial.

Lo anterior se fundamenta en que la norma de la referencia pretende sustituir los mecanismos de mercado en materia de formación de precios, violando así las normas constitucionales en materia de libertad de empresa, libertad de competencia y libre iniciativa privada, en perjuicio de los mismos sujetos a quienes pretende proteger.

Adicionalmente, es claro que el sector bancario no se encuentra concentrado, lo cual se puede evidenciar en el documento "Concentración y Competencia en el Sistema Financiero Crediticio colombiano en la Última Década"[8], en el que se encuentra plenamente demostrado, y por ello no se justifica la fijación de precios o la imposición de topes. Lo anterior, teniendo en cuenta que medidas como la imposición de topes, generalmente se imponen con el propósito de proteger a los consumidores cuando estos puedan verse afectados por un abuso de la posición dominante de las empresas oferentes de bienes y servicios. Sin embargo, como se puede evidenciar en el documento citado, existe suficiente competencia en el mercado de las entidades financieras, debido a que existen suficientes empresas prestadoras de dichos servicios, y no existen entre ellas prácticas colusorias ni acuerdos que tiendan a limitar la competencia, en consecuencia, al no existir concentración en el mercado de las entidades financieras no es posible que el consumidor se pueda ver perjudicado por un abuso de posición de dominio entre estas.

En relación con la fijación de precios, es importante traer a colación lo señalado por el Mi-

5 Corte Constitucional. Sentencia T-291 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes.

6 Corte Constitucional. Sentencia T-240 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

7 Corte Constitucional. Sentencia C-616 de 1993. M.P. Rodrigo Escobar Gil

8 BERNAL FANDIÑO, Ricardo. Concentración y Competencia en el Sistema Financiero Crediticio Colombiano. Borradores de Economía. Banco de la República. 2007.

nisterio de Hacienda y Crédito Público al pronunciarse sobre iniciativas que fueron presentadas con anterioridad y que tenían similar finalidad a las que ahora nos ocupan:

"Ahora bien, la fijación de precios desde el punto de vista económico, solo se justifica cuando no existen condiciones de competencia, p. ej. monopolios o poder de mercado. Sí *como lo evidencia entre otros el estudio citado, el sector financiero es altamente competido, una fijación de precios no solo resulta una práctica restrictiva de la competencia en contra de lo previsto en la Constitución Política, si no que trae consigo graves efectos económicos.*

En efecto, una medida como la planteada en el proyecto de ley, constituye una medida que desincentiva fuertemente la entrada de nuevos competidores al mercado, al tiempo que solo logra que los sectores menos favorecidos se vean excluidos del sector formal. La inversión en tecnología también se ve afectada, ya que las entidades no se encuentran en posibilidad de cubrir los costos de estas inversiones, además de que las entidades no contarán con incentivos para el desarrollo de nuevos productos, o mejorar el servicio al cliente respecto de los ya existentes, lo cual sin duda se traduce en un perjuicio para los usuarios, los proveedores de tecnología y la actividad financiera en general. (...)

Resulta importante resaltar que es necesario que las entidades financieras nacionales estén preparadas para enfrentar la competencia que genera la globalización de la economía, y ello sólo puede hacerse a través de grandes inversiones en tecnología, comunicaciones y servicios. Restringir entonces fuentes de financiación de dichas inversiones, sólo logra hacer aún más vulnerables a estas entidades frente a la competencia internacional"[9].

9 Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Junio de 2007. Referencia UJ-1169-07

Es claro que el artículo 1° del Proyecto de ley 091/2010, es inconstitucional e inconveniente, pues una disposición según la cual la única institución que debe fijar los topes o límites al precio de los productos o servicios es la Superintendencia Financiera, vulnera los artículos 333 y 334 de la Constitución Política Nacional, conforme a las normas, jurisprudencia y análisis realizados.

De manera adicional, un planteamiento que busque restringir, limitar o fijar una tarifa diferencial a los precios de los productos financieros, se encuentra en contravía de las tendencias de mejores prácticas internacionales, que ante todo procuran por la existencia de mercados abiertos, donde la economía de servicios financieros se encuentra en continua expansión y cuyo instrumento básico es la negociación con el usuario, ofreciendo la mejor calidad en la prestación del servicio, lo que en esencia se logra con mayor competencia y no con límites a los precios o tarifas diferenciales.

PROPOSICIÓN:

Con base en los argumentos expuestos anteriormente y como es un deber de esta Corporación respetar la Constitución Nacional, los abajo firmantes sugerimos a los honorables miembros de esta Comisión archivar el **Proyecto de ley número 091 de 2010 Cámara,** *por la cual se dictan normas en materia de costos de los servicios que prestan las entidades financieras y se dictan otras disposiciones*.

DAVID BARGUIL
Representante a la Cámara

FELIPE FABIAN OROZCO
Representante a la Cámara

EDUARDO CRISSIEN
Representante a la Cámara

LAUREANO ACUÑA
Representante a la Cámara

IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA - 2010