



VNIVERSITAT
E VALÈNCIA

DOCTORADO EN ESTUDIOS JURÍDICOS, CIENCIA POLÍTICA Y
CRIMINOLOGÍA

Tesis doctoral

ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO Y LIBRE COMPETENCIA EN COLOMBIA

Doctoranda

ANDREA ALARCON PEÑA

Director

GÖRAN ROLLNERT LIERN

Profesor Titular de Derecho Constitucional

Departamento de Derecho Constitucional, Ciencia Política y de la Administración

Valencia, Junio de 2017

**ECONOMÍA SOCIAL DE
MERCADO Y LIBRE
COMPETENCIA EN
COLOMBIA**

AGRADECIMIENTO

Ningún trabajo es fruto del esfuerzo de una sola persona, circunstancia que es incuestionable en una tesis doctoral. Por esta razón quiero agradecer a todos aquellos que de manera directa e indirecta contribuyeron a la culminación de este proyecto. Faltara mencionar a muchos, mi deuda con ustedes.

El agradecimiento más importante, desde el punto de vista académico, para el Director de esta tesis: Göran Rollnert Liern, su apoyo y excelente disposición para acompañar el proceso fueron sustrato fundamental para poder culminar este cometido. Muchísimas gracias por el tiempo, paciencia, energía, comentarios e incondicional ayuda, sin él no habría podido terminar.

Quiero agradecer a aquellos que me acompañaron durante mis estancias de investigación en Valencia, que hicieron más llevaderos los constantes momentos de angustia y tensión, animaron el proceso y siguieron la montaña rusa que supuso este camino. También es por ustedes amigos del Pesset, gracias por sus palabras y sonrisas.

Finalmente deseo plasmar mi más profundo agradecimiento a mi familia y en especial a mis padres y hermanas, ustedes son mi motor, mi mayor motivación y han comprendido con infinita paciencia todas mis ausencias. Aun en la distancia su presencia espiritual fue vital.

Para Jheison, quien con increíble serenidad, paciencia y amor ha acompañado el tiempo que he tardado en terminar este trabajo. Tus palabras nunca me permitieron desfallecer, animaste esta travesía y me apoyaste en todo cuanto estuvo en tus manos. Tu confianza absoluta en mí hizo posible lo que en algunos momentos parecía inalcanzable.

A todos aquellos que han estado presentes en mi camino y hoy no están... también es para ti Isabelita.

Para ustedes me eterno agradecimiento.

TABLA DE CONTENIDO

ABREVIATURAS.....	i
INTRODUCCIÓN	1
PRIMERA PARTE	13
I. LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA Y SU VALOR NORMATIVO EN LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO	13
1. Sobre la categoría Constitución Económica.....	14
1.1 El valor normativo de la Constitución	14
1.1.1. Valor normativo de la Constitución española.....	26
1.1.2. Valor normativo de la Constitución colombiana.....	29
1.2 Constitucionalización del orden económico	33
1.3 Evolución de la relación Constitución Política – Constitución Económica.	41
1.3.1 El mercado como institución.....	42
1.3.2 Intervención vs. abstención del Estado en la economía	50
1.3.3 Sistema económico y modelo económico: precisión conceptual	53
1.3.3.1 La economía dirigida vs. la economía liberal de mercado	54
1.3.3.2 La economía liberal de mercado	56
1.3.3.2.1. Problemas del liberalismo	59

1.3.3.3 La economía dirigida.....	64
1.4 Concepto de Constitución Económica	68
1.5 Monismo o dualismo en la concepción	69
1.5.1 Schmitt y su defensa de la Constitución dualista.....	72
1.5.2 Neumann y su defensa de la Constitución monista.....	76
1.6 Neutralidad económica constitucional.....	79
1.7 Tipología constitucional económica	82
1.8 El caso alemán, español e italiano.....	87
1.8.1. El caso alemán	89
1.8.2. El caso italiano.....	93
1.8.3 El caso español	94
1.8.4 Algunas particularidades en el caso europeo	99
2. Antecedentes del sistema de Economía Social de Mercado.....	102
2.1 Principios constitutivos, regulatorios y complementarios de la Economía Social de Mercado	115
2.2. Premisas esenciales del sistema de ESM	119
2.2.1 Libertad individual.....	119
2.2.2 La solidaridad	122
2.2.3 La subsidiariedad.....	124

2.2.4 La libertad en el mercado	126
2.2.5 La libre competencia.....	129
SEGUNDA PARTE.....	135
1. LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO EN COLOMBIA	135
1.1 Constitucionalismo económico en Colombia.....	138
1.1.1 Constitucionalismo económico del siglo XIX	138
1.1.2 Constitucionalismo económico del siglo XX.....	140
2. ELEMENTOS DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1991	149
2.1. Naturaleza jurídica del mercado en la Constitución colombiana de 1991 .	150
2.2. Sistema económico acogido por la Constitución colombiana de 1991	156
2.2.1 Tipología constitucional económica colombiana	161
2.2.2 Hacia la consolidación de un precedente.....	166
2.2.2.1. Neutralidad constitucional en materia económica.....	169
2.2.2.2. Interpretación armónica de sus disposiciones sin la posibilidad de predicar neutralidad ni adscripción a un sistema económico determinado	172
2.2.2.3. Reconocimiento material de un sistema de Economía Social de Mercado.....	174

2.2.2.4 Devenir constitucional en la definición del sistema de Economía Social de Mercado.....	179
2.3 Características del sistema constitucional económico colombiano	187
2.3.1 Protección constitucional de la economía de mercado	187
2.3.1.1 El mercado en la Constitución	188
2.3.2. Principio pro igualdad y progresividad de los derechos económicos y sociales	197
2.3.2.1 Debilidad estructural y principio de subsidiariedad	200
2.3.2.2 Progresividad de los derechos.....	202
2.3.3. Dirección general de la economía a cargo del Estado	210
2.3.3.1 Intervención por mandato de la ley.....	213
2.3.3.2 Mención expresa de actividades sobre las que recae la intervención	215
2.3.3.3 Objetivos de la intervención.....	215
2.3.4 Criterio de sostenibilidad fiscal.....	220
2.3.4.1 Criterio de sostenibilidad fiscal y el principio constitucional de estabilidad presupuestaria en España	231
2.3.5 El principio de la libre competencia.....	238
2.3.5.1 Objetivos de las normas reguladoras de la libre competencia económica	239

2.3.5.2	Objetivos de la normativa de promoción y protección de la competencia en la Comunidad Andina de Naciones	249
2.3.5.3.	Objetivos de la normativa de promoción y protección de la competencia en Colombia	253
TERCERA PARTE		257
1. LA LIBERTAD ECONÓMICA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1991: DERECHO DE NATURALEZA COMPLEJA.		257
1.1	Libertad de empresa	266
1.2	Libertad sindical	276
1.3	La libre competencia económica.....	281
2. LA LIBRE COMPETENCIA ECONÓMICA Y SU RÉGIMEN CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA		281
2.1. La libre competencia económica en la legislación colombiana: Antecedentes		281
2.1.1.	Primer periodo	286
2.1.2.	Segundo periodo	288
2.1.1.1	La <i>rule of reason</i> y la regla <i>per se</i> en el marco normativo de protección de la competencia económica	291
2.2	La constitucionalización de la libre competencia en Colombia	296
2.3.	Libre competencia en la Asamblea Nacional Constituyente	301

3. LA LIBRE COMPETENCIA ECONÓMICA Y LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO.....	305
3.1. Diferencia entre competencia económica y libre competencia económica	305
3.2 Naturaleza jurídica	313
3.2.1 Una visión desde el derecho español.....	313
3.3. La libre competencia económica en la jurisprudencia constitucional colombiana.....	326
3.4. Requisitos que exige la libre competencia económica.....	331
3.5. La libre competencia económica como principio rector de la economía	336
3.6. La libre competencia como derecho	343
3.7. Limitaciones a la libre competencia	348
3.7.1. Servicios públicos domiciliarios	352
3.7.2. Espectro electromagnético	356
3.7.3. Seguridad social en salud.....	358
3.7.4 Circunstancias específicas de la Ley 1340 de 2009	362
3.8. La libre competencia económica: mecanismos de protección como derecho colectivo	364
3.8.1. Superintendencia de Industria y Comercio como promotora y protectora de la libre competencia.....	365

3.8.2. Acciones populares y de grupo como alternativa de protección a la libre competencia	370
CONCLUSIONES.....	381
BIBLIOGRAFIA	399

ABREVIATURAS

AAI	Agencias Administrativas Independientes
AED	Análisis Económico del Derecho
ANC	Asamblea Nacional Constituyente
BCE	Banco Central Europeo
CAC	Comisión del Acuerdo de Cartagena
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CAN	Comunidad Andina de Naciones
C.C	Código Civil
C.Co.	Código de Comercio
CDFUE	Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CDU	Unión Demócrata Cristiana
CE	Constitución Española
CEPAL	Comisión Económica para América Latina y el Caribe
CP	Constitución Política
DNP	Departamento Nacional de Planeación
DUDHC	Declaración Universal de los Derechos del Hombre y el Ciudadano
ESD	Estado Social de Derecho
ESDD	Estado Social y Democrático de Derecho
ESM	Economía Social de Mercado
GG	Constitución alemana
ICC	<i>Interstate Commerce Commission</i>

LCD	Ley española de Competencia Desleal
LDC	Ley española de Defensa de la Competencia
OCDE	Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo
OIT	Organización Internacional del Trabajo
PIB	Producto Interno Bruto
PIDESC	Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales
SIC	Superintendencia de Industria y Comercio
SF	Sostenibilidad Fiscal
SC	Sentencia de Constitucionalidad
ST	Sentencia de Tutela
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
SU	Sentencia de Unificación
TCCE	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea
TECG	Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria
TCA	Tribunal Constitucional Alemán
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TUE	Tratado de la Unión Europea
UNCTAD	Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo
UPAC	Unidad de Poder Adquisitivo Constante

INTRODUCCIÓN

El objetivo de esta tesis doctoral es analizar el sistema de Economía Social de Mercado —materialmente reconocido por la Constitución colombiana— y el derecho a la libre competencia económica como principio rector y derecho colectivo. Con esta pretensión resulta claro que la presente investigación no aspira hacer historiografía ni analizar las decisiones políticas subyacentes. Abordar este principio desde dicha perspectiva sería objeto de otra tesis distinta en la medida en que el estudio de las condiciones históricas y los procesos políticos en que se produjo el proceso de constitucionalización de la economía a lo largo de la historia y de la vida republicana colombiana, además del análisis de la evolución de los diversos sistemas económicos ligados a diversos contextos políticos, sociales y económicos implicaría una metodología de estudio diversa y objetivos de investigación diferentes. Sin embargo y con el fin de permitir una lectura clara, que permita contextualizar y entender las dimensiones del derecho y su tratamiento en el ordenamiento constitucional colombiano, serán desarrolladas, en segundo plano, algunas circunstancias de esta institución para favorecer su comprensión.

La ordenación de la economía en las disposiciones constitucionales ha estado ligada a la historia del constitucionalismo. El tránsito de una Constitución programática a una de tipo normativo supuso analizar con mayor detenimiento la necesidad y conveniencia de incluir en aquella un conjunto de principios y pautas que dotaran a los ciudadanos y las autoridades del poder político de un marco normativo que permita armonizar los objetivos del Estado con el devenir económico —en algún momento histórico aparentemente antagónicos—. Y aunque la necesidad de este marco pareciera indiscutible, diversas posiciones doctrinales han ofrecido respuestas diferentes bajo el amparo de sistemas económicos diversos y concepciones del papel del Estado respecto a la ordenación de la economía.

La existencia de dos sistemas económicos ha marcado el debate respecto al rol del Estado en el manejo y ordenación de la economía. El sistema de economía de mercado se ha enfrentado ideológicamente con el de economía dirigida o planificada sin que hayan estado presentes a lo largo de la historia del Estado. El primero de ellos ha acompañado con mayor vocación de permanencia al Estado, el segundo de ellos surgió como respuesta a las debilidades del sistema de economía de mercado por lo que su aparición se registra de manera tardía, respecto al primero. La necesidad de intervención del Estado en la economía —o la abstención de intervención— ha suscitado los más caldeados debates que han generado posturas intermedias o terceras vías que pretenden moderar los excesos de cada sistema y permiten, en apariencia, conciliar conceptos de eficiencia económica y equidad social tan propios de las modernas formas de Estado.

El sistema de Economía Social de Mercado emerge en condiciones históricas particulares como una tercera vía, una alternativa política, económica y social a la crisis de los dos primeros sistemas mencionados. Como una opción conciliadora que reconociendo la importancia del mercado compatibiliza sus objetivos con la teleología del Estado Social de Derecho. La cuestión, respecto de la constitucionalización o no de un sistema económico en particular o la inclusión de principios, valores y normas de contenido económico en las Normas fundamentales —sin remisión a un sistema en particular— ha ocupado la atención de los constitucionalistas y, para el caso colombiano, generado un debate interesante que se hizo palmario en el proceso constituyente colombiano de 1991 debido al amplísimo catálogo de cláusulas con contenido económico en la Constitución colombiana.

Circunstancia que debe analizarse de cara a la inexistencia de una tradición y una continuidad en el orden constitucional económico. Con antelación a la aprobación de la Constitución de 1991 los constituyentes consideraron que los preceptos de contenido económico no revestían la importancia suficiente para ser incluidos y

desarrollados por la Norma Fundamental, otorgando amplias competencia a otras autoridades para que las regularan mediante vía legislativa y reglamentaria, circunstancia que se veía complementada por la inexistencia de valor normativo de la Constitución que hasta 1991 era una disposición de contenido programático.

Esta situación varió en el año 1991 cuando el constituyente colombiano, consciente de la importancia de estos asuntos y de la necesidad de dotar de un marco fundamental al ordenamiento económico, incorporó un título dedicado al “Régimen económico y de la Hacienda pública” y normas diversas, de contenido económico, dispersas a lo largo del texto. No obstante esta motivación, se advierte una absoluta falta de sistemática en el orden expositivo de las normas que integran la Constitución económica.

El sistema constitucional económico colombiano responde a la lógica pluralista que concurrió a su promulgación (Cepeda, 2005). Numerosas ideologías fueron participes de la construcción del mismo y en consecuencia se advierte diversidad: disposiciones con marcada orientación liberal económica y otras que promueven la intervención estatal en la economía. Reconociendo la diversidad y pluralidad de normas con este contenido y la multiplicidad de corrientes ideológicas presentes en el debate constituyente es pertinente preguntarse si establece la Constitución de 1991 algún sistema económico determinado y si ello es así, cuál es el principio, derecho o disposición que lo caracteriza.

Responder estas inquietudes exige partir de la premisa que el proceso constituyente colombiano de 1991 demostró que el Estado no debe ser indiferente a las relaciones económico–sociales. Armoniza esta tendencia con el constitucionalismo propio de la postguerra que permeó en buena parte a los textos constitucionales al incorporar, de forma diversa, la estructuración del orden económico. A consecuencia de esta propensión, la Norma constitucional de 1991 presenta un Estado ampliamente integrado en la vida socio–económica, con la capacidad real —en ocasiones con la obligación— de intervenir e implicarse en determinadas áreas y sectores para lograr

materializar la teleología constitucional. Es una Constitución que se aparta de los preceptos del liberalismo clásico demandando acción efectiva de los órganos y ramas del poder político.

Partiendo de la consideración de que dicha Norma, de manera expresa no consigna un sistema económico determinado, corresponde a la Corte Constitucional — máximo intérprete de la misma— determinar, vía jurisprudencia: a) si la Norma consigna —materialmente— algún sistema, b) si ese sistema excluye otros y c) cuáles son las características fundamentales del mismo.

Las respuestas a estos interrogantes exigen reafirmar el carácter normativo y valorativo que tiene la Constitución. Sin embargo en materia económica autores como Uprimny y Rodríguez reconocen que a partir del carácter abierto de la Norma esta no incorpora un modelo económico exclusivo y que, en consecuencia, admite políticas económicas diversas con claros límites normativos y valorativos (2005, pág. 24). Y aunque considerando la escasa producción académica al respecto, sería posible acoger esta postura, una revisión de la jurisprudencia constitucional colombiana plantea dudas al respecto. Neutralidad económica, sistema de libre mercado, intervención del Estado en la economía, progresividad de los Derechos y la referencia al Estado Social como parámetro de interpretación de las cláusulas económicas constitucionales (Santaella Quintero, 2001, pág. 85) generan condicionamientos claros que de entrada excluyen ciertos sistemas económicos y permiten acoger otros que, en todo caso, deberán respetar la teleología constitucional.

Este subsistema constitucional supone entonces una ordenación de la economía que implica ponderar unos elementos libertarios (que apuntan a una mayor autonomía e independencia para el desarrollo de la actividad económica) aunados

a algunos componentes intervencionistas (que implican importantes limitaciones)¹. Esta combinación, en palabras de la Corte Constitucional —reforzadas por el Consejo de Estado— permite reconocer al sistema de Economía Social de Mercado (Sentencia C - 228 de 2010), como el propio de la Constitución colombiana. Sistema que combina elementos varios²: principio pro igualdad, unidad de mercado— pluralidad de actores, intervención pública económica, principio de libre competencia económica y progresividad en derechos económicos y sociales. Estos, sin embargo, necesitan de un elemento fundamental a partir del cual es posible predicar la existencia y permanencia del sistema que los acoge: la libre competencia. Sin ella, no será plausible predicar pluralidad de actores ni igualdad entre agentes económicos.

Considerando la intención de la tesis, es pertinente estudiar con mayor detalle el análisis de los principios de igualdad y libertad, por estar ligados con la iniciativa económica y la libre competencia. En ese sentido, es imperativo indicar que la igualdad a garantizar es real o sustancial y debe predicarse con relación a todas las

¹ El artículo 314 de la Carta Política indica que el Estado tiene a su cargo la dirección general de la economía, disposición que le permite participar en ciertas áreas determinadas (como por ejemplo servicios públicos). A su vez el artículo 333 garantiza el libre ejercicio de la actividad económica y de la iniciativa privada —dentro de los límites del bien común— asegurando la libre competencia económica a todos los agentes que participen en el mercado. Con el ánimo de garantizar este postulado el Estado —dotado de facultades intervencionistas en la economía— puede desarrollar acciones que impidan la restricción de las libertades económicas y el abuso de la posición dominante. No obstante esta libertad económica no es absoluta sino que puede ser objeto de limitaciones cuando lo exija el interés social, el medio ambiente y el patrimonio cultural de la nación. Para profundizar en este aspecto es pertinente revisar el análisis que hace Pinzón (2010, págs. 67 - 71) de la igualdad en el Derecho Constitucional y su perspectiva a la luz de la Nueva Economía Institucional (NEI). La NEI constituye a su vez una de las escuelas más relevantes del AED, a la que se suma la Escuela de Chicago, la de New Haven y la Escuela de la Elección Pública —*Public Choice*—.

² Jorge Enrique Ibañez (1998, pág. 61) reconoce que el sistema económico colombiano se asienta en varias premisas: 1. Garantía y respeto de los derechos económicos o aquellos que puedan estar dotados de un contenido económico; 2. Existencia de una economía de mercado con responsabilidades para los agentes que intervienen en el mismo y; 3. Intervención del Estado en la actividad económica.

personas o actores económicos (naturales o jurídicos) que intervienen en el mercado, estableciendo la imposibilidad de otorgar tratos privilegiados o adoptar medidas que sean contrarias al sistema de ESM. El nuevo espíritu teleológico de la igualdad debe relacionarse con otros conceptos como el del desarrollo sostenible, interés general, utilidad pública, medio ambiente sano, solidaridad, defensa y protección del patrimonio cultural, etc.

El principio de igualdad en el marco económico impone al Estado la obligación de promoverlo efectivamente. La consagración del mismo le exige adoptar las decisiones y políticas públicas necesarias para dotar a todos los agentes económicos de un mínimo de condiciones que les permitan acceder en forma efectiva a las garantías económicas constitucionales previstas, condición básica de un sistema de Economía Social de Mercado. El Estado abandona su papel de espectador del orden económico para inmiscuirse en el mismo y desplegar las acciones pertinentes. La cláusula progresista que permea el modelo constitucional debe adjetivarse de un contenido económico que se equilibra con la justicia social³.

Con relación a la libertad económica, este se compone por principios y derechos diversos, entre los que es posible encontrar la libre iniciativa privada o libertad de empresa (derecho individual) y la libre competencia económica (principio y derecho colectivo con algunos matices de garantía institucional), las dos sujetas al bien común.

³ Sin embargo, al hacer mención de este argumento es preciso considerar que el establecimiento de un catálogo de derechos al amparo del Estado Social de Derecho en la Constitución Colombiana conlleva unos recursos importantes que el constituyente no consideró, circunstancia que en palabras de Cuellar (2005, pág. 19) no ha sido problema en la mayoría de sentencias de la Corte Constitucional. Surge entonces la necesidad de idear alternativas que permitan conciliar el gasto que representa cumplir los mandatos constitucionales con la forma en que se obtienen los recursos para su financiación.

La libre competencia económica aparece, inicialmente, como un derecho de libre configuración legislativa —sin posibilidades de desconocimiento de su núcleo esencial—, un derecho constitucional *no fundamental* que admite limitaciones que se puedan derivar de la facultad de intervención del Estado en la economía⁴ que, en todo caso, debe atender a criterios de razonabilidad y no arbitrariedad⁵. Esta libertad tiene un ingrediente adicional que la cualifica en la medida en que es una institución que permite el desarrollo de las libertades individuales, además de constituirse en el principio fundamental a partir del cual se construye el sistema constitucional económico colombiano. Respecto al desarrollo de las libertades individuales se ha considerado que existe una relación intensa entre la democracia, el desarrollo económico y social y las demás libertades de los ciudadanos (Carta Democrática Interamericana, 2001⁶).

Se comprende entonces que la libre competencia económica comprende dos dimensiones, la primera de ellas orientada a garantizar el acceso, permanencia y

⁴ Aunque Leguizamón Acosta (2002) indica que la Constitución de 1991 es más rigurosa al determinar que la ley es el único medio idóneo para prescribir intervención económica, esta apreciación debe ser atemperada con medios adicionales mediante los cuales el Estado ejerce su función de intervención en la economía. La primera posibilidad de intervención se ejerce a través de normas (leyes, decretos —por ejemplo los expedidos en los estados de excepción, arts. 212, 213 y 215 de la CP—, resoluciones, etc.). Aunadas a estas encontramos: intervención que ejerce el Banco de la República (como Banca Central), intervención a través del Plan Nacional de Desarrollo (artículo 341 y ss. de la C.P.), intervención a través de las funciones de inspección, vigilancia y control asignadas a las Superintendencias (algunas de ellas dotadas de facultades jurisdiccionales), intervención a través de organismos de control del medio ambiente (Corporaciones Autónomas Regionales), intervención a través de los organismos de fomento económico (como el Consejo Nacional para la Competitividad), entre otras. Al respecto, ver Sentencia C- 478 de 1992.

⁵ La Corte Constitucional en Sentencia C-384 de 2003 señaló que además de las tradicionales restricciones a la libertad económica y la libre competencia (prevalencia del bien común, interés público) debía adicionarse la protección de los usuarios del sistema financiero.

⁶ La Carta Democrática Interamericana de la OEA del 11 de septiembre de 2001 aboga por la vigencia del principio de integralidad entre Derechos humanos, democracia y desarrollo socio-económico. Mención expresa de esta estrecha relación se advierte en sus artículos 11 y 13. Es claro que la promoción y observancia de derechos con contenido económico son consustanciales “al desarrollo integral, al crecimiento económico con equidad y a la consolidación de la democracia en los Estados del Hemisferio” (OEA, 2001).

retiro del mercado cuando se estime conveniente —siempre y cuando no se trate de actividades calificadas como servicios públicos o de interés público, como el servicio de acueducto, alcantarillado, energía, etc.— y la restante, de comprensión negativa, dada por la protección que se otorga para que el Estado no pueda restringir u obstruir esa libertad individual personal, salvo casos de conflicto entre derechos previa ponderación (fricción entre las libertades económicas) (T-468 de 2003).

Hasta ahora se ha defendido plenamente la preeminencia de una igualdad sustancial, sin embargo el principio de igualdad formal no ha quedado del todo superado, es necesario indicar que cuando se determinan requisitos, reglas u obligaciones para acceder al mercado, prestar determinados servicios y otras condiciones similares, estos deben ser iguales y deben ser acatados por todos los agentes en el mercado. Así la ordenación del mercado ha de ser unitaria y esto se traduce en eficiencia. Por todas las razones expuestas existe un marco jurídico que apunta a la garantía de la efectividad de la igualdad y libertad como bases del subsistema constitucional económico

El análisis del principio de libre competencia, su desarrollo jurisprudencial y doctrinal y las limitaciones que podrían imponerse constitucional y legalmente permite entender las implicaciones de la regulación económica en diversos sectores del mercado. Múltiples segmentos de la economía (servicios públicos domiciliarios; captación y colocación de dinero; aseguramiento, entre otros) suponen para los interesados en participar el cumplimiento de disposiciones y requisitos diversos (en ocasiones bastante exigentes) que han sido catalogados como restricciones al derecho a la libre competencia económica.

En este contexto se planteó como designio general de la presente tesis analizar la importancia que en el sistema de Economía Social de Mercado reviste la libre competencia económica a partir de la jurisprudencia constitucional colombiana. Este propósito partió de la base de que es una temática que carece de doctrina en estricto

sentido (para el caso colombiano); los estudios que se han realizado son específicos y descriptivos de sectores particulares del mercado, pero ninguno de ellos hace una aproximación general al derecho y al sistema constitucional económico que lo cimienta. Como quiera que en Colombia finalmente no se han realizado esfuerzos de este tipo se justifica el carácter generalista del estudio planteado.

No es posible entender el subsistema constitucional económico colombiano sin analizar los derechos de contenido económico que contempla la Constitución colombiana: el derecho a la propiedad, la libertad de empresa y la libre competencia constituyen el trípode fundamental de dicho engranaje. Respecto a los dos últimos existe abundante doctrina y jurisprudencia de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. Respecto al derecho a la libertad económica, como se ha descrito anteriormente, el tratamiento ha sido diverso; la escasez de fuentes genera un vacío en el Derecho colombiano que constituye un problema jurídico importante.

El desarrollo de este objetivo está condicionado por la necesidad de analizar el proceso de constitucionalización de la economía y la evolución histórica que ha tenido dicho proceso, no restringida al caso colombiano sino con una visión amplia y generalista, partiendo de la consideración de la fuerte e innegable influencia del constitucionalismo europeo y norteamericano en el desarrollo del constitucionalismo colombiano. Una vez analizado este desarrollo es posible la tesis se estructura a partir de tres premisas, la primera de las cuales supone la identificación del sistema constitucional económico que asume la Constitución colombiana. Para ello, a partir de un análisis de la jurisprudencia colombiana de la Corte Constitucional, se identifican las características del modelo constitucional económico presente a partir de la Constitución de 1991. Al hacer una lectura e interpretación literal del texto constitucional no es posible advertir mención expresa a modelo alguno. Es necesario entonces interpretar y analizar sistemáticamente las diversas disposiciones constitucionales de contenido económico dispersas a lo largo del

articulado para determinar la existencia de un sistema propio o la combinación de rasgos de sistemas diversos que permitan colegir la conjunción de principios varios susceptibles de adaptarse a políticas económicas diversas con lineamientos económicos y sociales precisos.

La segunda hace referencia a los elementos del sistema económico constitucional de Economía Social de Mercado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. Considerando la inexistencia de doctrina jurídica suficiente que permita hacer un ejercicio de construcción del estado del arte del sistema constitucional económico colombiano, y partiendo de la numerosa jurisprudencia constitucional se abordarán las características de la Economía Social de Mercado con el fin de sistematizar los principios y disposiciones que constituyen las normas rectoras del subsistema constitucional económico.

La tercera premisa es el análisis del tratamiento y desarrollo que ha tenido el derecho a la libre competencia en la jurisprudencia colombiana, siendo necesario, hacer un estudio de los antecedentes constitucionales y legales que el mismo ha tenido. Partiendo de la base de que todos ellos encuentran su fuente en disposiciones foráneas, el estudio de las mismas resulta esencial para comprender la forma en que ha sido incorporado aquel en el ordenamiento jurídico colombiano. Una vez identificado el sistema constitucional económico colombiano será posible desarrollar, desde una perspectiva de Derecho Constitucional, el derecho a la libre competencia económica como cimiento fundamental del sistema en mención.

Al revisar el derecho, desde la jurisprudencia, será posible describir sus condiciones, el núcleo esencial y la evolución que ha tenido. Finalmente y reafirmando que ningún derecho es absoluto, se establecen las limitaciones que en el marco normativo colombiano se formulan respecto del derecho a la libre competencia y cuáles han sido sus criterios de justificación. La restricción de un derecho, fundamental o no, exige identificar las razones o criterios que la legitiman o permiten. La libre competencia económica encuentra condiciones y limitaciones

diversas que merecen una revisión con el fin de determinar si las anteriores satisfacen el análisis de razonabilidad

Con el fin de lograr los objetivos planteados y poder desarrollar el problema de investigación, se partió desde una perspectiva de Derecho Constitucional, circunstancia que no obstante no excluye elementos del Derecho Mercantil y de la Competencia necesarios para poder desarrollar la tesis, sobre todo si se parte de la premisa de que en la doctrina colombiana los estudios sobre la materia son prácticamente inexistentes y el abordaje que del mismo se ha hecho se produce desde una perspectiva mercantilista con un escaso componente constitucional, a pesar del fenómeno de constitucionalización del Derecho que desde el año 1991 se produjo en Colombia.

En la investigación se hará uso de una metodología descriptivo-deductiva en la cual a partir de la descripción del sistema constitucional económico colombiano se analizará la libre competencia económica como uno de los principios constituyentes de la Economía Social de Mercado

En lo relativo a las fuentes de la tesis doctoral se ha recurrido al auxilio de fuentes bibliográficas, normativas y jurisprudenciales. Las sentencias de la Corte Constitucional Colombiana han sido de vital importancia —sin que ello implique el desconocimiento de otros tribunales— pues permitieron construir el soporte argumentativo de la tesis al consignar las bases para la comprensión del sistema constitucional económico colombiano y los principios y derechos que le dan forma.

PRIMERA PARTE

En todo sistema jurídico el concepto de competencia y las libertades o restricciones que de ella emergen deben necesariamente encontrar soporte en el sistema económico que el ordenamiento constitucional consigna. Por esta razón el análisis de la libre competencia requiere, previamente, considerar las características del régimen de mercado en el que se desenvuelve esta institución.

I. LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA Y SU VALOR NORMATIVO EN LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO

El análisis jurídico de las relaciones que pueden establecerse entre la Constitución Colombiana de 1991 y el sistema económico exige hacer alusión a múltiples categorías previa determinación de las características del ordenamiento constitucional económico.

El constituyente colombiano de 1991 al regular el régimen económico recogió principios de orden liberal con otros elementos de marcado signo intervencionista⁷. El resultado es un sistema mixto que reconoce variadas garantías y disposiciones de contenido económico; así, será posible encontrar, dispersos en todo el texto, preceptos varios que podrían ser considerados en dos grandes grupos, en primer lugar derechos y garantías de contenido económico y en segundo lugar técnicas generales de actuación e intervención económica de los poderes públicos. Dentro

⁷ Para ampliar es posible ver Julio Estrada (2002-a). Sin embargo, valga la pena precisar en este punto que no se aboga por un modelo intervencionista o no intervencionista como alternativas únicas en el régimen económico constitucional. El liberalismo económico, que se podría asociar a medidas no intervencionistas, no se muestra ajeno a la ordenación de la economía al considerar que parte de la necesidad, en un sistema de mercado, de intervenciones orientadas a garantizar el derecho a la propiedad, la libertad contractual y el adecuado funcionamiento de los mercados. No es posible plantear esta discusión en términos dicotómicos pues, desde el punto de vista de sistema económico, es posible construir uno que responda a principios diversos.

de estos mandatos se pueden identificar, entre otras tantas, la propiedad privada, la libertad de empresa, la libre competencia económica, la intervención del Estado en la producción, distribución y consumo de bienes y servicios, la planificación de la Economía y el régimen impositivo presupuestal y de gasto público. Y el reconocimiento de dichas garantías y normas obedece a un movimiento constitucional que surgió a partir de la Primera Guerra Mundial, se consolidó con la Segunda y permeó el constitucionalismo colombiano.

La multiplicidad de disposiciones a las que se ha hecho referencia podría dar lugar a conflictos y contradicciones aparentemente insalvables, pero que al estar en un contexto más amplio, el Estado Social de Derecho, resultan ser coherentes.

1. Sobre la categoría Constitución Económica

Es claro que la presente tesis no pretende ser un ejercicio de teoría constitucional respecto a la fuerza normativa de la Constitución, tema del cual se ocuparan las siguientes líneas. Sin embargo no es posible entender la necesidad de constitucionalizar el orden económico y a partir de ahí generar disposiciones obligatorias para los órganos del poder público y los ciudadanos, en materia económica, sin hacer un análisis de este concepto.

1.1 El valor normativo de la Constitución

Son claras las particularidades del proceso constituyente colombiano de 1991 y español de 1978⁸, se trata de procesos diversos que, no obstante esta condición,

⁸ El proceso constituyente español fue absolutamente representativo del proceso de tránsito de un régimen autoritario franquista a una democracia liberal, una descripción de este proceso y sus implicaciones puede verse en Varela Suanzes-Carpegna (2003), Balaguer Callejón (2007, págs. 38-58), del Aguila Tejerina (1982), Sánchez Ferriz (2000, págs. 321-335), Humlebaek, C. (2004), Seijas Villadangos (2015, págs. 61-68) y Lucas Verdú (1978).

comparten unas circunstancias singulares que motivaron, entre otras, su elaboración⁹. En palabras de Lucas Verdú, y en clara alusión a los procesos que dan origen a las Normas Fundamentales “[...] no interesa precisar el grado de efectividad de cada una de esas constituciones [...] lo que importa es apuntar que casi todos esos textos fundamentales fueron resultado de específicos procesos constituyentes” (1978, pág. 11)

La Constitución de 1991, pese a la tradición constitucional colombiana¹⁰, se singulariza por su invaluable significación política y su absoluta novedad jurídica. Desde el punto de vista de la significación política es preciso indicar, siguiendo a Cepeda (2005, pág. 336), que la promulgación de la Constitución, el 4 de julio, permitió cerrar uno de los capítulos más oscuros de la historia reciente colombiana¹¹. A su vez, la idea de un pacto social incluyente¹², generaba la esperanza en la ciudadanía, de que los fenómenos de violencia, narcotráfico,

⁹ No es posible predicar similitud entre las condiciones que motivaron la adopción de la Constitución española de 1978 y la colombiana de 1991, es claro que ellas son disímiles. La afirmación apunta a la posibilidad de equiparar la relevancia de esos procesos constituyentes para la construcción de la vida republicana y de Estados constitucionales en los dos países.

¹⁰ El grito de independencia de 1810 propició un afán constitucionalista que caracterizó los primeros años de emancipación y se diluyó progresivamente hasta 1886. Para Valencia Villa entre 1811 y 1886 se promulgaron quince constituciones nacionales y sesenta y siete reformas constitucionales entre 1886 y 1986. No obstante, el periodo comprendido entre 1881 y 1815 fue caótico, en términos de producción constitucional, así las provincias de Socorro (1810), Tunja (1881), Antioquia (1812 y 1815), Cartagena (1812), Pamplona (1815), Mariquita (1815), Neiva (1815) (Valencia Villa, 1997, pág. 14 y 110), Popayán (1814) y Cundinamarca (1811 y 1813) adoptaron su propio texto. A este periodo se le conoce con el nombre de Patria Boba y se caracterizó porque se trataba de actos de autonomía de algunas provincias, un “simulacro de gobiernos autónomos” (Samper, 1951, pág. 59).

¹¹ Por no ser este un estudio historiográfico vale la pena precisar que múltiples autores han desarrollado los antecedentes históricos y particularidades que condujeron a la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 y las circunstancias que motivaron la adopción del texto constitucional. Es posible consultar Quinche Ramírez (2009, págs. 34-58), Díaz Arenas (1993), Lemeitre Ripoll (2011) y Echeverri Uruburu (2012, págs. 439-461).

¹² La Constitución de 1991 tiene la virtud de haber sido producto de consensos y acuerdos (Fals Borda, 1991, pág. 55), rompiendo con la tradición de las denominadas “Cartas de batallas”, constituciones que se imponían al país por la fuerza política vencedora en cada uno de los conflictos y guerras civiles que se vivieron a lo largo de su historia constitucional (Valencia Villa, 2010 (1987), pág. 175).

corrupción y terrorismo, habituales durante la década de los 90, podrían ser superados con el pacto por la paz que suponía este nuevo proceso constitucional (Naranjo Mesa, 2006, págs. 29-30).

Y este cariz político tenía consecuencias directas en el plano jurídico. Ninguna Constitución previamente había tenido la condición de norma jurídica vinculante. Se trataba más de meros documentos orientadores para los poderes públicos, y de manera especial para el poder legislativo —que podía incurrir en posibles excesos en contra de las minorías—, que convertía las disposiciones constitucionales en normas vinculantes, superando así su carácter programático y asignador de competencias. Y esta visión de la Constitución no obedecía a una tendencia propia colombiana, respondía al proceso mismo que acompañó la evolución de los estados constitucionales en Europa y Norteamérica.

Desde los orígenes mismos del constitucionalismo europeo y americano¹³ la concepción de Constitución supuso la mezcla de dos visiones diversas del texto¹⁴: una política —propia del europeo— y una jurídica —para el constitucionalismo

¹³ Como bien indica Blanco Valdés (2010, págs. 87-88) las condiciones históricas propias de los movimientos revolucionarios europeos y norteamericanos marcaron profundas diferencias respecto a la concepción que de Constitución tendrían. El mismo autor hace un análisis mucho más detallado que permitirá ampliar este argumento (Blanco Valdés, 2006, pág. 132 y ss).

¹⁴ Cuando se hace mención al constitucionalismo, y para efectos de la presente tesis, se considerará la última parte del siglo XVIII para hablar del verdadero origen del mismo. Es cierto que con antelación, aún desde la antigüedad, era posible encontrar vestigios de documentos que podría reunir requisitos de una Constitución. En palabras de Aragón Reyes “desde que hay grupos humanos diferenciados como comunidades jurídicas distintas, cabe detectar, pues, la existencia, en el interior de cada uno de ellos, de un conjunto de normas o principios o valores entendidos, sustraídos de algún modo al poder establecido, que prestan estabilidad a la comunidad y de una u otra forma también limitan el poder” (1998, pág. 88). No obstante este conjunto de normas, principios o valores no necesariamente ligaban el poder a la eficacia de la libertad, esta vinculación solo aparece a finales del siglo XVIII con la Ilustración. El origen de las constituciones, en realidad, puede asociarse a dos de los movimientos revolucionarios más importantes de la historia: la Revolución Francesa y la norteamericana (Blanco Valdés, 1996) que, por la forma en que abordaron la relación entre el Estado y la sociedad, generaron concepciones diferentes del valor de la Constitución.

americano—, diversidad que produjo consecuencias importantes respecto a la garantía jurisdiccional del texto constitucional y, por supuesto, su valor normativo.

Para los norteamericanos¹⁵ la combinación de dos premisas permite entender su contenido. En primer lugar la idea del pacto social de Locke¹⁶ que concebía un *pactum societatis* en el que los individuos aportan a la comunidad su derecho natural a hacer efectivas las normas del Derecho Natural —conservando sus demás derechos— con el fin de obtener para todos la garantía del goce de su libertad personal que se constituía en el fin último de la comunidad política¹⁷ y en segundo lugar la idea de un Derecho más alto —*higher law*— propia de la obra de Edward S. Corwin (1928) y que predica la supremacía de la Constitución sobre todas las leyes¹⁸ (García de Enterría, 2003).

¹⁵ Para Biglino Campos (2011, pág. 181) es importante considerar que existía un elemento adicional que permitía entender la naturaleza normativa de la Constitución y su concepción como *supreme law*, la Convención de Filadelfia estaba buscando maneras para asegurar la posición de la nueva federación ante los Estados miembros. Este argumento quizás —a juicio de la autora— permite entender porque la Constitución tuvo la pretensión vinculante respecto de los Estados con el fin de mantener la unidad como nación. La naturaleza vinculante que desde sus orígenes tuvo la norma constitucional en países federales registró resistencia en países unitarios.

¹⁶ Como precisa Sánchez Ferriz respecto de Locke este “inspira directamente a los padres fundadores de las colonias americanas” (2000, pág. 128).

¹⁷ A diferencia del planteamiento de Hobbes (2004 (1651)), presentado en *El Leviatán*, la novedad de Locke es haber propuesto que el fin último del pacto social era la “protección mutua de las vidas, libertades y bienes” (1997 (1690), pág. 139) de quienes lo consientan, razón por la cual el poder que ha de gobernar debe hacerlo mediante un Derecho que sea producto del consentimiento libre de todos los que participan en el pacto, ningún gobierno entonces tiene poder para promulgar leyes o normas sobre una sociedad sin su previo consentimiento. Exige así una división del poder con el fin de impedir que la naturaleza humana pueda abusar del mismo si se concentra en unas pocas manos. Es importante, para los efectos del presente trabajo, comprender que la preservación de la propiedad y el castigo de los atropellos que cometa cualquiera de los miembros contra aquella, emergen como objetivos fundamentales del pacto. Para Hobbes, por el contrario, la necesidad de un pacto surge como premisa esencial para superar el *estado de naturaleza* en el que se encuentra el hombre y que amenaza su propia supervivencia; se necesita entonces un poder absoluto que administre la libertad de los individuos.

¹⁸ Ya en Inglaterra el juez Coke (1552—1634), apoyado en fundamentos iusnaturalistas, había defendido la supremacía del Derecho cuya base es el *common law* sobre el Rey y el Parlamento. Su doctrina enriqueció uno de los principios fundamentales del derecho inglés: el *rule of law* y dio argumentos importantes a los colonos americanos para rechazar los impuestos que se imponían desde la metrópoli (García Pelayo, 1991, págs. 441-442).

La primera condición es la que permite indicar que la Norma Fundamental se constituye en el instrumento que garantiza la libertad individual y que necesita de un nuevo orden jurídico que permita su plena garantía y esta libertad solo podrá encontrarse si existe una limitación efectiva del poder, un verdadero ejercicio de racionalidad política. La segunda siembra las bases de la necesidad de una Norma Fundamental que limite el ejercicio del poder y constituya criterio de validez respecto de la producción normativa.

Podría indicarse que la concepción norteamericana es propia de la evolución histórica del Estado liberal en el que la limitación del poder político encuentra su origen en un conjunto de disposiciones, valores y principios constitucionales que a su vez lo legitiman; por eso, y en palabras de Jellinek, la Norma Fundamental se identifica con el contrato social sobre el cual se constituyen las bases del Estado (2000, pág. 463), pacto unánime que debe permanecer inalterable para garantizar la estabilidad de la organización política.

Para la noción inicial resulta de absoluta importancia la idea de que por encima de los poderes del Estado se encuentran los derechos del hombre y en consecuencia a aquel le corresponde crear y mantener condiciones de respeto y garantía al respecto. Se radica en esta idea la base de la supralegalidad constitucional: es necesaria una limitación de los poderes del Estado para garantizar la libertad de los ciudadanos. Se parte, por supuesto de la división del poder político —condición fundamental— que necesita claras limitaciones en el ejercicio de las facultades del legislativo y el ejecutivo, la Constitución exige tener la capacidad de someterlos a esos límites (Blanco Valdés, 1996, pág. 13). Si esta es un producto de la soberanía del pueblo (poder constituyente) su voluntad se hace inseparable del contenido de la norma misma, que tendrá un carácter supremo y supralegal.

El poder constituido exige entonces ser dividido, limitando así su poder, y orientándolo a la observancia de unos derechos fundamentales, en especial el derecho a la libertad, del cual derivan buena parte de los demás derechos. La

Constitución es “expresión y origen de la voluntad estatal pero a la vez un límite real para el poder de todos los dirigentes y titulares de los órganos del Estado” (Sánchez Ferriz, 1993, pág. 231), su nacimiento surge de la voluntad popular y ella es la manifestación real de las decisiones del soberano.

La posibilidad de pensar en un Derecho más alto, en los términos planteados, da a los colonos un argumento para luchar contra las políticas de la Corona Inglesa que habían desconocido sistemáticamente sus derechos personales y colectivos. La Revolución Americana, de origen burgués, logra radicar la soberanía en la recién creada Nación y elimina la idea de un pacto entre el Rey y el pueblo al transformarla en un contrato entre los ciudadanos y no una concesión otorgada por el Rey (Franco García, 1967).

Se entiende así que al ser el pueblo parte activa de ese pacto su resultado, que es la Constitución, será la Norma Fundamental y suprema del Ordenamiento Jurídico. En ese sentido es posible entender la formula política que consigna el comienzo de la Constitución americana “*We, the people of the United State.... do ordain and establish this Constitution for the United States of America*” y que sirve como referente en el proceso de comprensión del valor normativo de la Constitución.

La Constitución Federal americana incluye además un parámetro normativo superior a partir del cual es posible establecer la validez de las normas, permitiendo a los jueces y tribunales abstenerse de aplicarlas cuando encuentran que son contrarias a la disposición constitucional (*judicial review*¹⁹). Esta determinación

¹⁹ La doctrina del *judicial review* fue desarrollada de manera magistral por el Tribunal Supremo en sentencia del año 1803 con ponencia del Juez Marshall en el asunto Marbury vs Madison. Claro está, no es posible desconocer la influencia que desde el momento mismo en que se aprobó la Constitución tuvo la idea de que esta fuera superior al gobierno y que los jueces tuvieran la posibilidad de inaplicar una norma contraria a la Ley Fundamental, antecedente claro de aquella (Blanco Valdés, 2010, pág. 89). Es preciso entender además que en EE.UU. el *judicial review* no se refiere a una jurisdicción especial sino a la resolución de cuestiones constitucionales que realizan todos los tribunales y jueces en el desempeño de su función judicial, en un caso particular y concreto,

resulta ser de vital trascendencia para comprender que la Constitución tendrá fuerza normativa directa²⁰, aun sin la existencia de leyes que la desarrollen. Esta se entenderá como cláusula de cierre del sistema federal, un “documento jurídico que se conforma como norma básica del ordenamiento jurídico estatal, y que es no solo obligatorio para los poderes públicos, sino también determinante de las relaciones entre aquellos y los particulares, en la medida en que la Constitución se configura como auténtico y supremo Derecho del Estado” (Blanco Valdés, 1996, pág. 2)

Posición distante registra el constitucionalismo europeo, de fuerte influencia francesa, que parte de la idea rousseauiana de la soberanía nacional, que supera la soberanía personal del Rey y que, en estricto sentido, alude a la idea de la incorporación de este al sistema. Sin embargo, previo a esta concepción se indicaba que la Constitución era un pacto entre el Rey y el reino, pacto en el que el constituyente no era este último sino el primero. Era absolutamente contrario a la tradición constitucional americana en la medida en que aquel partía del supuesto de

sin necesidad de acciones, recursos, trámites o tribunales especiales (Barker, 2010, pág. 691 y 695). Para comprender las condiciones políticas e históricas que sirvieron como marco para la adopción de tan importante decisión consultar Fernández Segado (2011).

²⁰ La idea del tratamiento de la Constitución como *fundamental law* encuentra su desarrollo en *El Federalista* de Hamilton, una serie de 85 artículos escritos entre 1787 y 1788 que tenían la motivación de impulsar a los ciudadanos de New York a ratificar la Constitución de Filadelfia de 1787 superando así los Artículos de Confederación. Los escritos publicados, inicialmente de forma anónima con el seudónimo de Publius, explican la intención de los redactores del documento constitucional con el fin de aclarar a los ciudadanos la pretensión del texto. El N°. 78 explica con detalle el atributo de *fundamental law* que se predica de la Constitución, así: “no hay proposición que se apoye sobre principios más claros que la que afirma que todo acto de una autoridad delegada, contrario a los términos del mandato con arreglo al cual se ejerce, es nulo. Por lo tanto, ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido. Negar esto equivaldría a afirmar que el mandatario es superior al mandante, que el servidor es más que su amo, que los representantes del pueblo son superiores al pueblo mismo y que los hombres que obran en virtud de determinados poderes pueden hacer no solo lo que estos no permiten, sino incluso lo que prohíben”, posteriormente “una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriera que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios” (Hamilton, Madison, & Jay, 2001, págs. 331-332).

la supremacía del principio monárquico, de carácter preconstitucional, que era entendido como la fuente formal de la Constitución, condición que la limitaba a un documento formal que articulaba los órganos del poder; como señala Lucas Verdú distante de versar respecto de contenidos sustanciales y reales la norma superior discurrirá “sobre formas, engranajes y funcionamiento de la maquinaria estatal” (1994, pág. 22)

Esta versión europea del constitucionalismo se enriquece a partir de la Revolución Francesa y su texto base, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, que en su artículo 3 radica la soberanía en la nación y en el artículo 6 describe a la ley como manifestación de la voluntad del pueblo –que es el soberano– (manifestación que fue reproducida en las constituciones francesas de 1793 y 1795). Sin embargo, la soberanía nacional, en estricto sentido, se traduce en una soberanía parlamentaria —por ser el Parlamento el órgano que representa a la totalidad de ciudadanos y convertirse en el único canal válido para expresar su voluntad— que otorga superioridad política a este y superioridad jurídica a la ley, como manifestación de la voluntad de aquel.

La ley se constituye en fuente primordial del Derecho, superior a todas las demás y ello trae como consecuencia la falta de valor normativo de la Constitución²¹, que es concebida como “un mero documento político y no como una norma jurídica efectiva, dotada por ello de la capacidad que a éstas se atribuye: la de imponerse a las otras normas inferiores que le están subordinadas desde el punto de vista de la jerarquía normativa” (Blanco Valdés, 2010, pág. 99).

²¹ Como indica Blanco Valdés, al existir continuidad entre la voluntad general, la voluntad de los representantes y la voluntad mayoritaria, existía uniformidad entre la voluntad general y su manifestación producida en el seno del órgano representativo ciudadano. Esta situación determinó el “correlativo concepto de Constitución” (2010, pág. 98) e influyó en constitucionalismo europeo de la época.

No obstante la clara manifestación de los artículos 3 y 6 de la Declaración, sus mandatos solo tendrían carácter vinculante hasta la Constitución de la V República en 1971 al haber sido incorporada al Preámbulo de la Constitución por el Consejo Constitucional francés. Previo a este reconocimiento la Declaración carecía de cualquier valor normativo frente a las leyes, que eran las únicas capaces de enunciar normas jurídicas vinculantes. El problema central de la Constitución, hasta entonces, se basaba en la titularidad del poder de hacer la ley, ya que las únicas normas jurídicas relevantes eran las leyes, expedidas por el Parlamento que definían y limitaban los derechos y libertades de los ciudadanos y desarrollaban los principios generales que consigna la Constitución, considerada una ley más, sin fuerza vinculante o supremacía normativa (De Otto, 1999 (1987), pág. 13).

El problema radica en la interpretación que del artículo 16 de la Declaración podría hacerse respecto de la Constitución; al respecto predica Guastini que se pueden extraer dos consecuencias, en primera instancia la Norma Fundamental debe garantizar los derechos de los ciudadanos en relación con los Estados y en segunda debe consignar la división o separación del poder público en órganos diferentes (2001, págs. 30-31). Esta afirmación debe matizarse al considerar que la Constitución debe cumplir, en estricto sentido la primera de ellas, la preservación de la libertad en igualdad de los ciudadanos, pues la división del poder es solo un mecanismo para asegurarla (Aragón, 2002, pág. 111)²². Esta última consecuencia constituye una manifestación de la armonización que existe entre la Constitución y la garantía y defensa de la libertad de los ciudadanos, que no será posible si los poderes que nacieron de la Revolución se concentran en una sola cabeza. Dicha concepción clásica de Constitución sufrió fuertes ataques por la izquierda y la derecha a lo largo de todo el siglo XIX que condujeron a que dejara de ser una

²² En el mismo sentido De Otto manifiesta que el objetivo del constitucionalismo que surgió con la DUDHC no era introducir en los ordenamientos jurídicos una norma llamada Constitución sino “asegurar la garantía de la libertad frente al poder público” (1999 (1987), pág. 12).

norma con un origen y un contenido preciso, no invocable ante los jueces como norma directa, una mera hoja de papel (García de Enterría, 1982, pág. 42). Hasta entonces, se podía concluir, siguiendo esta línea argumentativa, que todos los Estados tenían una Constitución, Ley Fundamental u otra similar, pero esta era una pieza cuya existencia se predicaba en cualquiera de ellos y con cualquier contenido. Bajo esta consideración surge el concepto de Constitución simplemente documental, a través del cual aquella “[...] designa a cualquier documento normativo que se llame ‘Constitución’ (o ‘ley fundamental)’” (Comanducci, 2002, pág. 134).

En Europa y Latinoamérica la situación se mantuvo equiparable hasta la Segunda Guerra Mundial. Hasta tanto no era posible pensar en que la Constitución pudiera ser invocada como norma ante los Tribunales por los ciudadanos de manera directa y con respecto a la cual, los jueces estuviesen obligados a hacer concordantes sus decisiones. En estricto sentido, podría decirse que la protección de los derechos prevista en las constituciones no era efectiva ante los funcionarios judiciales por la ausencia de valor normativo de la Constitución (Echeverri Uruburu, 2002, pág. 352). Se puede indicar quizás que era Norma Superior solamente en lo que refería a la producción del ordenamiento jurídico, desde el punto de vista formal, pero no lo era en cuanto a su contenido material. El argumento anterior puede ser entendido a partir de la concepción que de la Constitución se tenía como concesión del poder real.

A partir de este conflicto mundial se presenta un problema para los juristas dogmáticos respecto de la obligatoriedad de las normas contenidas en la Constitución (Atienza & Ruíz Manero, 1996). Con antelación ya la justicia constitucional que apareció en la primera postguerra con Kelsen²³, modificó esta concepción y permitió hablar de la Constitución como Norma a partir de la cual se

²³ Este sistema se incluyó por primera vez en la Constitución austriaca de 1920 y se perfeccionó con la reforma de 1929.

determina la validez de las leyes²⁴. En la segunda posguerra se produce una modificación importante respecto a la concepción que se tenía de Constitución: se abandonó la discusión sobre la titularidad de la soberanía y se adoptó el concepto de esta como pacto social básico del pueblo, propio del constitucionalismo americano y que supone la aceptación de la misma como Norma suprema del ordenamiento que rige los destinos del pueblo y que va a determinar un límite claro e infranqueable al ejercicio del poder²⁵.

La experiencia que en Europa habían dejado regímenes totalitarios de corte fascista y nacionalsocialista permite comprender que en no todas las ocasiones la ley podría ser una herramienta de protección de derechos y que por el contrario podría ser fuente de su violación. De esta manera se pretende buscar fórmulas que restrinjan cualquier intento de perversión o extralimitación por parte de los poderes constituidos. La existencia de regímenes arbitrarios va a entrar en pugna con el sistema que plantea la democracia en el que, basados en el principio de participación, no pueden existir sistemas impuestos “desde arriba”, se pretenden evitar fenómenos de ruptura que pongan en riesgo la convivencia social regulada a partir de un marco normativo con una norma superior de la que derivan su eficacia y validez el resto de las normas.

²⁴ No obstante es preciso señalar que esta interpretación tuvo grandes limitaciones: en Alemania la permanencia de los estados de excepción (art. 48 Ley Fundamental de Weimar) y la restricción de la justicia constitucional condicionada a los problemas orgánicos y en España (con la Constitución de 1931) la justicia constitucional solo podía predicarse del Tribunal de Garantías Constitucionales que tenía competencia para actuar como legislador negativo, sin que la misma pudiera vincular a los jueces ordinarios (García de Enterría, 2003, pág. 19).

²⁵ Thomas Paine había manifestado pocos meses antes de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos respecto a lo que él consideraba cuestión de Derecho Natural que “en América la ley es el rey. Pues así como en los gobiernos absolutos el rey es la ley, así en los países libres la ley debe ser el rey, y no deberá haber otro” (1990 (1776), pág. 42). Consideró entonces que la Constitución, en clara consonancia con lo que posteriormente serviría como fuente indiscutible de su fuerza normativa, “no es un acto de gobierno sino del pueblo que constituye su gobierno” (1984, pág. 68), una manifestación de su naturaleza consensuada y participativa.

El carácter supremo de aquella no apunta solamente a un requisito de la técnica jurídica o de la organización burocrática del Estado; su supremacía se entiende en la medida en que descansa en tres principios: “soberanía popular por encima del poder estatal, el individuo por encima del Estado, la legalidad preñada de legitimidad” (Aragón Reyes, 1998, pág. 92). Esta modificación supuso, a su vez, un cambio en la forma de entender el control de constitucionalidad o justicia constitucional que, a partir de algunos elementos de la propuesta kelseniana que se complementó con la americana²⁶, permitió invocar la Constitución como norma ante cualquier juez o tribunal (ya no solo el Tribunal Constitucional, diferencia básica con

²⁶ El control de constitucionalidad americano encuentra su fuente más relevante en el caso *Marbury vs Madison* (1803) que, a juicio de Carbonell (2005) marca el inicio del control de constitucionalidad difuso al referirse al papel del juez frente a una ley contraria a la Constitución y al papel de la Constitución frente a la ley y, en consecuencia, frente al resto del ordenamiento jurídico. No obstante, el caso *Cooper vs Aaron* (1958), es el que viene a implantar el “sistema de “precedentes” (*stare decisis*), obligando a todos los tribunales inferiores a seguir la doctrina judicial establecida por ella. y, aunque la ley declarada inconstitucional mantiene su vigencia formal, los tribunales deberán inaplicarla si se discute de manera debida en otro caso particular. de esta manera, la corte suprema norteamericana, en materia de control de constitucionalidad, asume un papel muy activo” (Vargas Hernández, 2011, pág. 15). Para el caso español el monopolio jurisdiccional de expulsión de leyes que contravengan la Constitución es propio del Tribunal Constitucional, pero en lo que respecta a la inaplicación de una ley contraria a aquella no es posible para los jueces y tribunales abstenerse de aplicar la norma “aparentemente” inconstitucional; si ello llegara a ocurrir deberán plantear la “cuestión de inconstitucionalidad” ante el Tribunal Constitucional, y será éste quien resuelva de manera definitiva y con efectos *erga omnes*. A diferencia de aquel, en el caso colombiano la figura de la excepción de inconstitucionalidad permite a cualquier juez o autoridad administrativa (novedad respecto a la normatividad española que la restringe a órganos judiciales) abstenerse de aplicar una ley o norma jurídica cuando, con argumentos razonables y objetivos, encuentren que esta va en disputa con disposiciones constitucionales (los efectos de esta excepción son *inter partes*, solo se aplican al caso en concreto y no excluyen a la norma del ordenamiento jurídico); el problema de esta cuestión es que la Constitución no exige al juez o autoridad que hace uso de esta figura a poner en conocimiento de la Corte Constitucional la norma en cuestión para que ella sea quien resuelva la posible inconstitucionalidad (las sentencias de constitucionalidad tienen efectos *erga omnes* y definitivos) (Sentencia C-122 de 2011). Se trata entonces de una forma mixta de control de constitucionalidad que combina el control concentrado (propio de la tradición kelseniana y adoptado en Francia y Austria)) con el difuso (propio de la americana).

el sistema austríaco-kelseniano) y, basado en el clásico concepto del *higher law*²⁷ permitir la declaración de inconstitucionalidad de las leyes que la contraríen²⁸.

En el Estado moderno, como predica Schneider, se acentúa la fuerza normativa de la Constitución; lejos de minimizarla o devaluarla su eficacia vinculante y efectividad se intensifican con la vinculación del poder público a las libertades, al principio de igualdad y a la satisfacción del mandato de Estado Social que consignan modelos constitucionales como el español, alemán y colombiano. La fuerza vinculante y la obligatoriedad del texto constitucional cobran una relevancia inusitada (1991 (1974), pág. 36).

1.1.1. Valor normativo de la Constitución española

Para el caso español es posible indicar que las circunstancias propias del proceso constituyente de 1978 permitieron retomar la idea lockeana de un verdadero pacto social que desembocó en una verdadera norma jurídica y no en un catálogo de normas programáticas carentes de fuerza vinculante²⁹, una norma que pudiera

²⁷ Torres del Moral describe, en relación con la naturaleza normativa y vinculante de la Constitución que su concepción es ilustrada y francesa; sin embargo, fue en Estados Unidos en donde este concepto se construyó con solidez. La Constitución americana se llama a sí misma *supreme law of the land* y declara la vinculación de los jueces a ella por encima de las constituciones y las leyes de los estados miembros (2004, pág. 100).

²⁸ España sigue el sistema austríaco-kelseniano (con algunas variaciones) con un Tribunal Constitucional que no hace parte del poder judicial y que tiene claras competencias para conocer del recurso de amparo constitucional, de los conflictos de competencia entre Comunidades Autónomas y el Estado (además de aquellos conflictos que pudieren presentarse entre estas) y de la impugnación de disposiciones y resoluciones de las Comunidades que realice el Estado (art. 161.2 C.E). (García de Enterría, 1981) En un sentido más preciso el Tribunal Constitucional tiene estas competencias pero los jueces ordinarios y tribunales pueden hacer enjuiciamiento previo de la constitucionalidad de leyes que vayan a aplicar a un caso particular y concreto, con obligación de envío de la cuestión al Tribunal Constitucional cuando surjan tales controversias (García de Enterría, 1982, pág. 70). Es claro, no obstante, que existen diferencias importantes entre el sistema austríaco-kelseniano y el español que, por no ser objeto de este estudio, no serán analizadas a profundidad.

²⁹ Al respecto es preciso traer a colación sentencia del Tribunal Constitucional Español, Sala Segunda, en la que se indica "[...] que la Constitución es precisamente eso, nuestra norma suprema y no una declaración programática o principal es algo que se afirma de modo inequívoco y general

mantenerse a pesar de los vaivenes políticos. Y esa norma debería entonces tener un calificativo: norma superior a las leyes en alusión a la concepción americana de *supreme law of the land*.

Al hacer un análisis de las disposiciones que consigna la Constitución española es lógico concluir que todas ellas determinan construcciones jurídicas (aunque algunas de ellas revistan caracteres programáticos, imprecisos e indeterminados y otras incorporen normas de aplicación directa (Alvarez Conde, 2006, pág. 157)), así, reconocen y protegen derechos y procesos de aplicación del ordenamiento jurídico, garantizan una serie de principios de obligatoria vinculación, disponen cómo debe interpretarse, reformarse o sustituirse, definen limitaciones a la actividad del legislador, condicionan la validez de las leyes y, de manera literal, la Norma Fundamental enuncia en su artículo 9 que “los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”³⁰, es decir señala la vinculación y eficacia directa que la misma tiene sobre los ciudadanos y órganos del poder, sin necesidad de ley o norma diferente que la desarrolle, además de la parte final del artículo en mención que señala la propia vinculación que la Constitución prescribe como parte integral del ordenamiento jurídico, su obligatoriedad y eficacia no estarán sujetas a duda alguna. Lejos quedaron entonces las ideas que proclamaban la naturaleza simplemente programática de las disposiciones constitucionales.

en su art. 9.1 donde se dice que “los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución”, sujeción o vinculatoriedad normativa que se predica en presente de indicativo, esto es, desde su entrada en vigor, que tuvo lugar, según la disposición final, el mismo día de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado”. Decisiones reiteradas de este Tribunal en cuanto intérprete supremo de la Constitución (art. 1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 2 de octubre, del Poder Judicial) han declarado ese indubitable valor de la Constitución como norma” (STC 80/1982, de 20 de diciembre), (STC 16/1982, de 28 de abril).

³⁰ En el mismo sentido el artículo 5 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, dispone que “la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico y vincula a todos los jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales”.

Sin embargo, en este punto es preciso hacer una moderación. De conformidad con jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español el Capítulo III de la Constitución española (arts. 39 a 52) no recoge auténticos derechos, se trata más de principios que cumplen una función orientadora para los órganos del poder público (Cotino Hueso, 2007, pág. 465) y que "sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen" (art. 53.3 CE) sin que ello impida "considerarlos normas sin contenido, obligando a los poderes públicos a tenerlos presentes en la interpretación tanto de las restantes normas constitucionales como de las leyes" (STC 19/1982, de 5 de mayo y STC 14/1992, de 10 de febrero)³¹.

Se entiende entonces que son verdaderos principios, tienen valor jurídico, pero no confieren derechos a los ciudadanos por lo que ellos no podrán acudir a los jueces buscando la protección o amparo de los mismos, por ende no tienen eficacia directa. Como sostiene Barrero Ortega respecto a los principios rectores de la política social y económica estos "informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, y [...] sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen. [...]"; se trata de principios *stricto sensu*, que cumplen más bien una función orientadora de la actuación de los poderes públicos, especialmente del legislativo y el ejecutivo, aunque se cite igualmente la práctica judicial. No son tampoco normas de eficacia directa o inmediata, por cuanto requieren de un desarrollo legislativo para poder ser alegados ante los tribunales ordinarios. No pueden tener, por sí mismos, acceso al Tribunal Constitucional, aunque se encuentran, eso sí, protegidos por el principio general de rigidez constitucional y sean parámetros para medir la constitucionalidad de las leyes" (2013, pág. 26).

³¹ Idéntica posición en García Cuadrado (2002, págs. 212-213).

1.1.2. Valor normativo de la Constitución colombiana

Para el caso colombiano la situación es afín, la naturaleza normativa de la Constitución no parece tener discusión alguna, desde el texto mismo es posible encontrar la proclamación expresa que se hace a la misma como “*norma de normas*” (art. 4 C.P.). La novedosa aplicación directa de las normas constitucionales relacionadas con derechos fundamentales (art. 85) —aun sin desarrollo legal— y, la obligación que respecto de los jueces se predica para resolver los asuntos que llegan a la administración de justicia de conformidad con la ley (art. 230) marcan el derrotero que permite hablar de la supremacía y supralegalidad de la Constitución Colombiana³², permitiendo que tenga aplicación preferente y prevalente cuando se encuentre en oposición a otras disposiciones normativas de menor rango³³ y que sus normas sean directamente vinculantes sin ley o reglamento que las desarrolle³⁴.

³² El concepto de Constitución, incluso, se ha visto sustancialmente ampliado de cara a la figura del bloque de constitucionalidad (reconocido expresamente por la Corte Constitucional colombiana en abundante jurisprudencia a partir del año 1995), a partir del cual es posible indicar que numerosos principios y normas que no aparecen formalmente integrados en el texto constitucional son usados como criterios en el ejercicio del control de constitucionalidad partiendo de la base de que el texto constitucional dispone su articulación. La Constitución se entiende entonces como una norma abierta que puede hacer remisiones a otros principios que sin estar expresamente en ella tienen una suerte de valor constitucional (Uprimny Yepes, 2008, pág. 32). Así “el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional” (C-401 de 2005).

³³ Incluso, es posible en palabras de la Corte Constitucional, predicar la aplicación directa y la fuerza vinculante del Preámbulo de la Constitución que en sí mismo no es un artículo pero consigna valores, principios y fines a los cuales apunta el ordenamiento jurídico. Así aquel “hace parte integrante de ella. Las normas pertenecientes a las demás jerarquías del sistema jurídico están sujetas a *toda* la Constitución y, si no pueden contravenir los mandatos contenidos en su articulado, menos aún les está permitida la transgresión de las bases sobre las cuales se soportan y a cuyas finalidades apuntan” (C-472 de 1992).

³⁴ Este tránsito ha sido analizado por la Corte Constitucional cuando manifiesta que se ha pasado de “una categoría inicial puramente programática a una disposición normativa con eficacia directa y obligatoria, la Constitución es ahora la norma superior cuya aplicación directa e interpretación

Aunado a esto es preciso señalar que a partir de la promulgación de la Carta Fundamental en 1991 se produjo un fenómeno de constitucionalización del Derecho, circunstancia que se vio enriquecida por el sistema de justicia constitucional, que pasó a ser una jurisdicción³⁵ y redujo las fronteras entre el derecho público y el derecho privado (Vidal Perdomo, 2003, págs. 36-37). Las disposiciones consignadas en los artículos 4, 86 y 230 de la Constitución constituyeron un cambio sustancial respecto al constitucionalismo colombiano al obligar “a los jueces de todos los niveles a lidiar con el texto constitucional” (López Medina, 2006, pág. 4), mandato que se hizo extensivo a la totalidad de funcionarios de las demás ramas y órganos del poder público y a los ciudadanos y que produjo una consolidación del fenómeno en mención.

El artículo 4 superior no solamente permite predicar el atributo de norma de normas en el ordenamiento jurídico respecto de la Carta sino que la diferencia del resto de las normas que lo integran “no solo por su carácter superior y prevalente, sino por su contenido material que incluye un conjunto de disposiciones axiológicas y un orden de principios con vocación de desarrollo legal y judicial, cuya interpretación y aplicación difícilmente puede efectuarse mediante la utilización del silogismo” (C-820, 2006)³⁶; no obstante, como se ha dicho con especial mención, la inexistencia

obligatoria irradia todo el ordenamiento jurídico, pues en el Estado constitucional las normas superiores no requieren de la ley para ser aplicadas sino que se exigen y superponen” (C-820/06).

³⁵ En Colombia es preciso hacer hincapié en la imposibilidad de confundir “jurisdicción constitucional” con “control de constitucionalidad”. Vale la pena traer a colación la definición que sobre la primera hace Rubio Llorente “aquella que decide sobre la validez constitucional de las leyes” (1988, pág. 10). Para el caso colombiano, la jurisdicción constitucional está integrada por la Corte Constitucional que hace control de constitucionalidad prevalente y preferente en los precisos términos del art. 241 (residualmente el Consejo de Estado también hace control de constitucionalidad art. 238) y por los jueces y órganos judiciales que resuelven acciones de tutela o acciones o recursos para la aplicación de los derechos constitucionales (art. 11 Ley 270/96); pero es posible señalar que autoridades administrativas (que no hacen parte de la rama judicial) tienen competencia para hacer control de constitucionalidad (en ejercicio de la excepción de constitucionalidad) (C-739 de 2001).

³⁶ Para el lector foráneo es preciso aclarar que las sentencias de la Corte Constitucional colombiana pueden ser de constitucionalidad, que se identifican con la letra C seguida del número de la sentencia y el año en que se produce y las de tutela, que se identifican con la letra T seguida del número y el

de norma o reglamento no impide la aplicación directa de sus preceptos, por el contrario es quizás este contenido el que permite predicar una textura abierta de sus disposiciones (Pardo Schlesinger, 2006, pág. 260) como premisa para lograr la contemporización de las mismas sin necesidad de recurrir a reformas o mutaciones constitucionales.

Numerosos mecanismos han sido incorporados en la Constitución para garantizar la efectividad de su fuerza normativa: el control de constitucionalidad por acción pública de inconstitucionalidad, la acción de nulidad por inconstitucionalidad, el control automático de constitucionalidad de los decretos legislativos expedidos en el marco de estados de excepción (art. 213, 214 y 216 C.P), revisión previa de tratados internacionales y leyes que los ratifiquen, la excepción de inconstitucionalidad (art. 4 C.P.), la inclusión de la Constitución como fuente primaria de cualquier decisión judicial (art. 230 C.P.) y la observancia de sus preceptos en todas las cuestiones de la vida nacional (art. 85 a 94 C.P.). Todos ellos reafirman el carácter normativo, la supremacía e integridad de la Carta y su vinculación y obligatoriedad para todos los órganos del poder público y ciudadanos.

La recepción del valor normativo de la Constitución introdujo importantes modificaciones respecto de la forma de comprender el Derecho y la vinculación que con el mismo tenían los administradores de justicia, demás funcionarios de los órganos y ramas del poder público y los ciudadanos. Con antelación a 1991 solo los “organismos vértices” del Estado aplicaban la Constitución de manera directa en “confrontaciones de alta política”, tal aplicación se reducía al Presidente, el Congreso y la Corte Suprema de Justicia que en ocasiones muy especiales eran los únicos legitimados para tal menester (López Medina, 2006, págs. 3-4), para los demás órganos del poder y ciudadanos la Constitución encontraba expresión y

año. Para ampliar la información sobre tipología de sentencias del Tribunal Constitucional colombiano es posible consultar Olano García (2004).

desarrollo en la ley, obviando la exigencia de aplicar o interpretar el texto constitucional. Respecto de los jueces, su función se restringía a la aplicación de las reglas y principios que encontraban soporte en los códigos y leyes.

Se rompió así el paradigma clásico, de origen europeo, de centralidad de la ley circunstancia que generó una modificación en la forma de abordar el ordenamiento jurídico e influenció de manera directa la función judicial al imponer la obligación a los jueces de aplicar, en la solución de los conflictos que arriban a la jurisdicción, en primer lugar la Constitución (art. 230 C.P.) —norma de la cual derivan validez el resto de las disposiciones del orden jurídico—. La Constitución colombiana adquirió eficacia directa por lo que los jueces y, en general, todos los llamados a aplicar el Derecho deberán tomarla “como una premisa de su decisión” (De Otto, 1999 (1987), pág. 76), circunstancia que permite predicar respecto de la Norma Fundamental su condición de fuente de Derecho, aunque el legislador no haya intervenido en su desarrollo. Respecto de los ciudadanos la Constitución ahora emergía como una norma que podría ser invocada jurisdiccional y administrativamente sin que fuera necesario el papel mediador del legislador.

El recuento que respecto del origen y evolución del valor normativo de la Constitución se consigna en este epígrafe refleja la importancia que aquella registra como consecuencia de un proceso democrático y participativo en el que los ciudadanos han sido agentes fundamentales de cambio. El valor normativo de la Constitución no se somete a discusión, se reconoce su fuerza y obligatoriedad; la pregunta, respecto al objeto de esta investigación apunta entonces a la necesidad —o no— de constitucionalizar la ordenación de la economía, cuestión que será abordada a continuación.

1.2 Constitucionalización del orden económico

Las relaciones entre Constitución y economía son bastante recientes en la historia del constitucionalismo. Hasta la etapa de posguerra de la I Guerra Mundial no se había producido una aceptación de la Economía por parte de la Teoría Constitucional. Como se expresó anteriormente, el surgimiento de las constituciones como instrumentos normativos solo se produjo hacia finales del siglo XVIII y como señala López Garrido esta solo se ocupaba del poder político pero no hacía lo mismo respecto del poder económico (1993, pág. 79). No obstante la importancia que se otorgaba a la Norma Fundamental como *norma normarum* resultaba difícil comprender la distancia que tomaba respecto a la ordenación de la economía tomando en cuenta la relevancia de esta esfera en la vida comunitaria y en su relación con el poder político³⁷.

Si no existen entonces dudas sobre la naturaleza normativa de la Constitución, sobre la relación entre el poder político y el poder económico, en armonía con lo planteado, surge la cuestión ¿es necesario constitucionalizar el orden económico?³⁸

³⁷ Es posible considerar en este punto la concepción que se tenía respecto del Estado liberal que había nacido como una “expresión de desconfianza frente al poder estatal y consecuentemente con el propósito de reducir el papel del Estado” (Sánchez Feriz, 2000, pág. 141). La protección de la propiedad —fundamento de cualquier economía de mercado y que surgía como recurso frente a los constantes abusos de regímenes absolutistas— no necesariamente responde a un ideal capitalista sino a un derecho del hombre cuyo disfrute y garantía se liga con el ejercicio de otras libertades. Esta manifestación permite entender porque las constituciones, desde sus orígenes, reconocían expresamente tal derecho. Por eso, para garantizar su protección se consideraba que el Estado debía restringir sus intervenciones en el mercado —por ser allí donde se ejercían varios de sus atributos— y simplemente defender la libertad y la propiedad individuales; la justicia social se debería producir de manera espontánea. Como se advertirá en el presente epígrafe esta concepción inicial fue abandonada debido a la crisis de los postulados del Estado liberal.

³⁸ Es válido formular esta pregunta como punto de partida que permita contextualizar el sistema económico colombiano y sus implicaciones de cara al tratamiento que se da al derecho a la libre competencia económica. Sin embargo, se aclara que, no será objeto de la presente tesis determinar las materias o contenidos que deben ser objeto de incorporación en el texto constitucional pues abordar dicha perspectiva, ello supondría otra tesis con alcances similares a los de esta.

Esta, en palabras de Entrena Cuesta (1981, pág. 107), es la pregunta fundamental que el economista plantea al constituyente. Y quizás su respuesta ha dado origen a multiplicidad de concepciones sobre la existencia de la Constitución Económica o el Derecho Constitucional Económico³⁹, a las múltiples acepciones de la primera y a la inexistencia de un concepto único que permita salvar la discusión. Independientemente de la respuesta que se ofrezca a este interrogante es preciso recordar que, en términos de Lasalle (1984, pág. 92), la Constitución debe consignar los factores reales de poder que rigen en un país, las relaciones de dominación que imperan en el mismo y, finalmente, los poderes económicos⁴⁰. En caso de que ello no ocurriera así se podría decir, en palabras de Eucken (2011 (1952), pág. 81) que la Constitución Económica discrepa y contraviene el orden económico⁴¹.

La Constitución, sin excluir significados diversos, es *Norma Fundamental*, que responde a determinados valores propios de un momento histórico y señala los términos en que ha de producirse la ordenación de la comunidad política y de la propia sociedad. A partir de esta premisa es necesario que aquella exprese los principios jurídicos fundamentales económicos a partir de los cuales debe producirse esa ordenación (Martín-Retortillo Baquer, 1991, pág. 27). A pesar de la aparente sencillez de este argumento la preocupación por el sistema económico

³⁹ Para Ignacio María de Lojendio el Derecho Constitucional Económico reúne el estudio de temas como la intervención del Estado en la economía, la satisfacción de la función social del Estado, el principio del Estado Social y el establecimiento de un orden social justo. Su fundamento radica en la “necesidad de someter al principio de justicia las decisiones económicas por su incidencia en la vida social, en el campo de las prerrogativas individuales y en la problemática del bien común” (1977, págs. 81-82). En palabras de Botero Marino y Guardo Martínez, el orden social justo podría ser entendido como “aquel que garantizara, cuando menos, la igualdad en las condiciones de partida, la garantía de algunos derechos sociales y económicos básicos —como la seguridad social y los derechos de los trabajadores— y el mínimo vital para asegurar la vida digna de los ciudadanos radicalmente excluidos del mercado laboral” (2004, págs. 14-15).

⁴⁰ En el mismo sentido Joerges “el constitucionalismo debe fundamentarse tanto en el sistema económico como en el tejido social de la sociedad, pues de no hacerlo perdería todas sus referencias democráticas” (2005, pág. 11).

⁴¹ En el mismo sentido ver *El problema político de la ordenación* (Eucken, 1963 (1948), págs. 45-48).

surgió de manera tardía en el constitucionalismo (Coscolluela Montaner & López Benitez, 2011); como se señalará su aparición aparece ligada al triunfo del liberalismo.

Vale la pena en este punto considerar que la transformación que experimentó el Estado con el surgimiento de la sociedad industrial modificó sustancialmente las funciones que tradicionalmente le correspondían. Durante los siglos XVII y XVIII el fin del Estado apuntaba a crear condiciones que fueran aptas para desarrollar sus funciones con clara delimitación de los derechos y libertades de los individuos (Eucken, 2011 (1952), pág. 84). Existía una defensa de la autonomía individual que criticaba cualquier intervención del Estado en desarrollo de esa autonomía, existía entonces cierta confianza en la capacidad del individuo para obtener la satisfacción de sus pretensiones y objetivos sin necesidad de agentes externos que pudieran condicionarlo de cualquier manera.

Lo mencionado implicaba que el Estado se abstenía “totalmente de velar por el bienestar positivo de los ciudadanos” y se limitaba “estrictamente a velar por su seguridad [...] no restringiendo su libertad con vistas a ningún otro fin último” (Humboldt, 1988 (1792), págs. 20-23). El respeto por la autonomía individual constituía el objetivo principal de la actividad estatal y el gobierno por tanto “no debe ejercer nunca coacción sobre el individuo excepto para hacer cumplir una ley conocida” (Hayek F. A., 1978 (1944), pág. 103). Esta concepción de Estado y de la libertad individual permitió el florecimiento de las libertades económicas y una época de crecimiento económico exponencial que, no obstante, minó las condiciones de vida de millones de ciudadanos.

Sin embargo y con posterioridad a la revolución industrial⁴², y el consecuente surgimiento del capitalismo, la necesidad de proteger el capital, garantizar libertades asociadas a la propiedad y conceder un mínimo de protección a la clase trabajadora emergieron como preocupaciones de los órganos estatales, generando un cambio sustancial en el sentido del Estado. Los trabajadores fueron quienes experimentaron el descenso más importante en su calidad de vida durante el periodo del desarrollo industrial más activo: jornadas de trabajo extensas, ocupación en las fábricas de mujeres y niños —que se tradujo en reducción generalizada de los salarios—, feroz competencia entre los trabajadores, concentración poblacional en zonas poco preparadas para recibirlos, etc.⁴³

Ya decía Heller que “la función del Estado aparece por primera vez de un modo claro, con la sociedad económico-capitalista” (1977, pág. 234). Y aunque esta

⁴² La revolución industrial “es un hito que modifica el concepto y el papel del mercado en la vida social y política. El mercado llegó a adquirir una importancia central como medio regulador de la actividad económica y lugar de intercambio y confrontación constante de los bienes económicos, hasta el punto de que la competencia como principio de la nueva cultura económica, fincada en los valores de la ideología liberal, se impuso definitivamente sobre el ideal de solidaridad que caracterizaba el sistema anterior, organizado para satisfacer necesidades previamente establecidas y servir de fundamento a la coexistencia ordenada de los productores como miembros de grupos y organizaciones. En lugar de la Corporación emergió el sujeto económico libre. Sin ataduras corporativas, la lealtad se predica ahora frente a la ley impersonal, general y abstracta y, de otro lado, por supuesto, frente al estímulo individual de perseguir racionalmente sus propios intereses materiales. Le corresponde a la ley simplemente garantizar la libertad general” (C-537 de 1997), en el mismo sentido es posible advertir en Dürr que “la eliminación de las limitaciones estatales y gremiales en el mercado y la liberación del comercio exterior facilitaron todo el desarrollo de la iniciativa empresarial y pusieron en marcha un proceso de expansión, que en la historia económica aparece bajo la denominación de ‘Revolución industrial’” (1976, pág. 3).

⁴³ No obstante Hayek indica que los historiadores económicos, movidos por valoraciones subjetivas (en muchos casos inconscientes), han atribuido al capitalismo el empeoramiento en la situación de las clases trabajadoras, circunstancia que no es cierta y que generó una “repulsa emocional” contra aquel al considerar que el incremento de la riqueza producido fue cambiado por “el precio de un nivel de vida inferior de las capas sociales más débiles” (1963 (1955), págs. 42-43). Contrario a esta posición Russell indicó que “la Revolución Industrial provocó en Inglaterra, como también en América, una miseria indescriptible. En mi opinión, apenas nadie que se ocupa de la historia económica puede dudar que el nivel medio de vida en Inglaterra en los primeros años del siglo XIX era más bajo que el de cien años antes; y esto ha de atribuirse casi exclusivamente a la técnica científica” (1967 (1951)).

relación haya sido problemática resulta claro que la supresión de toda norma política que generara interferencia o limitación a la libertad económica de los individuos ocasiona grandes problemas; el desarrollo de esa libertad precisa, para poder ejercerse, la proclamación constitucional de libertades político-económicas que permitan la realización de una vida económica fundada en la libre competencia (Sanchez Agesta, 1977, pág. 111). La consagración de esas libertades, protegidas por un marco legal, permitía la existencia y funcionamiento del mercado, independientemente del sistema económico que se adoptara. En estricto sentido es factible decir que sin la protección normativa que se otorgue a las libertades básicas de cualquier sistema económico este no podrá materializarse, en consecuencia el Estado necesita garantizar un aparato normativo e instituciones que permitan avalar su protección como premisa elemental para el funcionamiento del mercado.

A partir de lo anterior resulta claro indicar que el constituyente evadía cualquier forma de intervención sobre la economía que superara la inclusión de derechos de contenido liberal que resultaban fundamentales para el normal desenvolvimiento del mercado libre. Pese a esta aparente evasión, el sistema normativo y en particular la Constitución, permitía predicar un sistema de economía de tráfico que potenciaba la importancia del ejercicio de las libertades económicas por los particulares sin restricciones de los poderes públicos. Como indica Aragón Reyes “puede decirse que se establecía un modelo pero no se le regulaba, ya que lo propio del mismo era su capacidad de autorregulación, resultado del libre juego de las reglas del mercado, cuyo cumplimiento aseguraba el Estado con su no intervención” (1993, pág. 379).

Pese a lo indicado, se ha dicho de manera reiterada que las Constituciones del siglo XIX eran ajenas a la economía, existía en apariencia, una clara diferenciación entre los asuntos cuya regulación correspondía al Estado y aquellos asignados a la economía (Aragón Reyes, 1995, pág. 3). Se presentaba una clara separación entre los asuntos políticos y los asuntos económicos; la Constitución no se ocupaba de estos últimos pues la sociedad, en la que convergían estos asuntos, constituía un

orden espontáneo que, regido por leyes económicas mucho más poderosas que cualquier ley jurídica, le otorgaban racionalidad. A partir de esta racionalidad resultaba sensato restringir la intervención del Estado en el orden económico (Asenjo, 1984, pág. 72).

El Estado, determinado por un sistema capitalista, se desarrollaba bajo las premisas de la abstención y el “*laissez faire-laissez paissier*” que permitían al mercado funcionar bajo leyes naturales —mano invisible⁴⁴— propias del liberalismo clásico e impedían cualquier tipo de regulación externa. Sin embargo, estas premisas partían de la confianza absoluta en el mercado como asignador eficiente de los recursos y de la inexistencia de cualquier política o medida externa que alterara en modo alguno su funcionamiento (Moreno, 2000, pág. 1).

Y aunque este aparente dualismo fue el característico del siglo XIX, es preciso tener en cuenta que las constituciones de ese siglo se encargaban, con bastante atención, de la regulación de la economía pública (tributos, impuestos, etc.). Y respecto a la economía privada la atención se centraba en el reconocimiento de dos garantías de claro contenido económico: la propiedad privada y la autonomía individual, que permitían hablar de una economía de mercado pura que demandaba la autorregulación privada.

A pesar de que no existían normas constitucionales adicionales que permitieran predicar una relación más directa del Estado y la economía, si existía una intervención estatal en esta generada por la “construcción de infraestructuras, fomento del industrialismo, proteccionismo aduanero y fiscal, creación de servicios educativos y asistenciales de puro sostenimiento para los indigentes” (Bassols

⁴⁴ La teoría de la mano invisible del mercado fue incorporada por Adam Smith en su libro *Teoría de los sentimientos morales* de 1759 y posteriormente fue desarrollada en *La riqueza de las naciones* de 1776.

Coma, 1985, págs. 24-25) que se constituían en las tareas que asumía el Estado. Este intervencionismo administrativo evidenciaba, aunque no de manera directa, una Constitución Económica material, que carecía de principios orientadores de la política económico-social pero que garantizaba las condiciones necesarias para el desarrollo de un Estado liberal.

El Estado prohibaba, como manifestación de la igualdad ante la ley, la posibilidad de concurrir al mercado para ofertar bienes y servicios. La libre competencia entonces surgía como una garantía asociada a la libertad individual y se constituía en indispensable en una economía de mercado pura, caracterizada por la existencia de múltiples agentes económicos que buscaban satisfacer sus propias necesidades. La libre competencia permitía el ejercicio de las dos libertades básicas en un sistema de mercado: la propiedad (pues uno de sus atributos lo integraba la posibilidad de disposición–variación en su titularidad) y la libertad de comercio o empresa (Aragon Reyes, 1995, pág. 4). Estas garantías requerían de una protección especial que se otorgaba cuando recibían consagración constitucional, se desarrollaban a través de leyes y reglamentos y generaban modificaciones importantes en el desarrollo económico y social⁴⁵.

⁴⁵ Al respecto es preciso considerar que buena parte de las transformaciones del constitucionalismo moderno han tenido una base económica importante. Así, por ejemplo, para el caso de la Constitución de Filadelfia, legado más importante de la independencia de los Estados Unidos, es necesario recordar que la independencia alcanzada en el año 1776 tuvo sus orígenes años atrás en la defensa de los beneficios socioeconómicos de una clase social privilegiada de colonos que defendía el autogobierno y el manejo de sus finanzas. Los rebeldes, basados en las malas condiciones económicas y la inestabilidad social, habían iniciado una serie de movimientos revolucionarios (como la Revolución Shays en 1786), que fueron evidencia para los colonos, privilegiados social o económicamente, de la necesidad de constituir un Estado Federal que dejara atrás las convenciones y los comités, que podrían servir como herramienta a los rebeldes descontentos, poniendo en peligro su estatus. Para entender las condiciones en las que se produjo la Revolución y la posterior independencia de los Estados Unidos ver, entre otros, Guerrero Yoachan & Guerrero Lira (1998, págs. 51-71) y Grau (2011, págs. 79-119).

Surgieron entonces claras posiciones respecto a la necesidad de regular, por el Estado, en mayor o menor medida esas libertades (restringiéndolas y limitándolas o fomentándolas y promoviéndolas) cuestión que, desde el punto de vista constitucional se concretaba en la posibilidad de consignar una de dos fórmulas básicas de coordinación de la política económica: economía centralmente dirigida —o economía dirigida— y economía de tráfico —o economía de mercado—⁴⁶.

La primera de ellas radica las decisiones económicas en un órgano, por lo general el Estado, que determina un plan global y vinculante que sustituye los proyectos económicos individuales, reduce la autonomía personal y restringe las libertades económicas. La restante permite que los precios de mercado sean los que determinen las actuaciones de las unidades económicas y el proceso económico global. Y aunque se mencionan dos modelos, en apariencia inconciliables, no se puede indicar que existe pureza en algún sistema económico; estos tipos básicos son ajustables a partir de postulados del sistema contrario existiendo modelos diversos basados en la libre competencia y en la economía centralizada (modelos mixtos). Existe entonces dualismo en los métodos de gestión y la cuestión a debatir es cuál de ellos registra mayor prevalencia, en un sistema, respecto del restante. La existencia de estos dos modelos fue objeto de múltiples discusiones hasta el siglo XIX, sin embargo, existió preeminencia del modelo de economía de mercado.

⁴⁶ Entrena Cuesta reconoce la existencia de dos sistemas adicionales: economía autogestionaria y democracia económica total y pura. La primera es un sistema intermedio en el cual las diferentes unidades económicas coordinan propuestas para el funcionamiento de la economía pero necesitan de una instancia central que tenga poder decisorio respecto al desarrollo económico. La restante, mucho más compleja, exige que cada una de las unidades que participan del proceso económico sometan su plan a un plan global que aprobado por todos o por una gran mayoría les permitirán dinamizar su propuesta individual (1981, pág. 112).

1.3 Evolución de la relación Constitución Política – Constitución Económica

La discusión planteada, siguiendo a Bassols (1985) y a Fermandois (2011, págs. 34-35), se hace visible en las etapas de evolución de la relación Constitución Política-Constitución Económica, así es posible identificar cuatro períodos:

1. El constitucionalismo liberal
2. El constitucionalismo económico de entreguerras
3. La revisión económica de las democracias clásicas (mención especial merece el *New Deal* que sirvió como base para esta etapa)
4. Las tendencias del constitucionalismo posterior a la Segunda Guerra Mundial.

Hoy es viable indicar que adicional a estas existe una quinta etapa que se caracteriza por las dificultades que generan, para los contenidos de las constituciones económicas de cada uno de los países, los constantes procesos de integración económica.

La descripción que acompaña la primera parte de este capítulo constituye la primera etapa en la que el ejercicio de las libertades económicas con pocas restricciones eran la constante. Con antelación a la Primera Guerra Mundial no era posible hablar de un orden económico y social en las constituciones de los países liberales. Como indica Ballerstedt (1951) (citado por Ehmke) desde una perspectiva histórica la constitucionalización de la economía obedeció a circunstancias socio-históricas puntuales “a) la construcción de un contexto sociológico-económico de las necesidades de cobertura económica [...] y el descubrimiento científico de tal conexión, b) la exigencia de una conformación justa de ese contexto económico en interés del bien común, c) la conciencia surgida tras la Primera Guerra Mundial sobre las interdependencias económicas y la necesidad de una ordenación general

de la economía” (Ehmke, 2006, págs. 361-362), no obstante este fenómeno se produjo con posterioridad.

El periodo de entreguerras, consciente de esta realidad, modifica sustancialmente la posición original de *laissez faire* e implanta los derechos sociales y varias valoraciones constitucionales económicas puntuales. Esta modificación introduce el concepto de Constitución Económica u ordenamiento constitucional económico en el marco de la Constitución. Habrá que esperar al siglo XX para que los textos constitucionales se ocupen de manera mucho más directa de la economía e incorporen preceptos económicos, en clara armonía con el tránsito de un Estado liberal a un Estado social que permite la intervención del Estado en aquella (Cidoncha Martín, 2004).

La descripción general de las etapas enunciadas exige partir de la individualización del mercado como institución y la concepción que del mismo se predica en cada una de aquellas. Los epígrafes a continuación harán desarrollo de esta idea.

1.3.1 El mercado como institución

Por tratarse de una categoría recurrente a lo largo de esta investigación, en el presente epígrafe se hará claridad respecto a la naturaleza que como institución se predica respecto del mercado.

La noción de mercado puede ser comprendida dependiendo de la interpretación que de él se asuma, como una institución o como un lugar geográfico⁴⁷. Una concepción que quizás aproxima estas dos variables puede encontrarse en Mankiw para quien el mercado es el lugar en el que confluye la oferta y la demanda y que se produce

⁴⁷ Para comprender la diferencia entre estas dos nociones es posible consultar Le Roy Miller y Meiners (1994, pág. 53).

por la combinación de compradores y vendedores de bienes o servicios particulares (2012, pág. 66).

Para que exista un mercado deben concurrir cinco condiciones: objeto del negocio (bienes y servicios), un oferente, un demandante [adquirente o consumidor, dependiendo de si es el último eslabón de la cadena de consumo (C-183, 2015) y el objeto no se involucra en una cadena de producción o hace parte del tráfico de sus negocios], un territorio⁴⁸ y un acuerdo de voluntades (que se materializa con el precio)⁴⁹ (Londoño, 1998). No se advierte en esta relación una mención expresa a la competencia como requisito, tal vez el autor no lo consideró al tener en cuenta que esta puede tener tratamientos diversos dependiendo de la concepción política imperante en el contexto en el que se estudie. Sin embargo puede indicarse que el mercado tiene una estructura determinada por el Estado —no necesariamente definiendo todos sus elementos pero si determinando los principios y reglas que deberán considerarse—, por lo que es posible hablar de instituciones complementarias y no antagónicas (García Vitoria, 2008, pág. 1).

La evidente superación de la dicotomía entre economía y Derecho tuvo su origen, entre otras, en la necesidad de superar las recurrentes crisis que se presentaban en el mercado para corregir sus fallos, excesos y distorsiones. Por ello se hacía

⁴⁸ Cuando se alude a territorio no es necesario identificarlo con un espacio físico determinado, las nuevas tecnologías han redefinido este concepto y hoy es posible encontrar mercados virtuales, en los que comprador (demandante) y vendedor (oferente) no realizan un intercambio directo.

⁴⁹ Autores como Paul reconocen cuatro requisitos que deben concurrir en el mercado para predicar de él la condición de “perfecto”: “bienes homogéneos, número suficientemente grande de compradores y vendedores, inexistencia de barreras para el acceso al mercado, y conocimiento perfecto” (2006, pág. 76). Sin embargo, como el mismo autor reconoce, estas condiciones no se presentan —y aunque el análisis se hace a la luz del mercado internacional, sus características pueden predicarse del nacional o de cualquier otro— pues ni los bienes y servicios ofrecidos son homogéneos (varios de ellos están protegidos por fuertes leyes de propiedad intelectual), un alto porcentaje de bienes es intercambiado en mercados con pocos actores, varios sectores del mercado se caracterizan por la presencia de barreras de entrada que imposibilitan condiciones de competencia efectiva y las condiciones de asimetría en la información dificultan el conocimiento de los que concurren a él.

necesario construir el concepto de mercado desde un punto de vista jurídico (Miccù, 2010 , pág. 165), en el que este no se encuentre sujeto a sus propias reglas y distante de la organización estatal sino que se comprenda como un elemento del Estado, y como tal sometido a principios, valores y reglas que le impriman un contenido y naturaleza diversa al simple intercambio de bienes y servicios. El mercado, como un factor real de poder, debe estar sometido a la autoridad de aquel, a un sistema de Derecho Constitucional (Palacios Mejia, 1999, pág. 53) pues el mercado “no es un fin en sí mismo sino que se encuentra subordinado al logro de unos objetivos mayores fijados por la sociedad” (Uribe Piedrahita & Castillo Cadena, 2005, pág. 229).

La economía y el Derecho como instituciones no están al mismo nivel y por ello el mercado y la Constitución tampoco, el mercado deberá estar subordinado, su funcionamiento dependerá de toda una serie de elementos de orden económico, social, jurídico, psicológico y político que no surgen de manera automática sino que requieren de un marco jurídico que de sostén al sistema económico, y ese marco deberá tener la capacidad de ser renovado para darle formas que respondan a cada época (Röpke, 1989 (1966), pág. 243). “El mercado constituye un elemento central de la Constitución Económica [...] una institución social” que demanda del Estado “promover la existencia de mercados organizados y competitivos” (C-183 de 1998) pudiendo reservarse, mediante disposición legal, algunos servicios o actividades económicas.

Atrás quedó la teoría que creía que el mercado surgía espontáneamente y funcionaba de acuerdo a sus propias reglas. Su desenvolvimiento depende de una infraestructura normativa que garantice el derecho de propiedad, permita a los tribunales y jueces contar con herramientas para hacer cumplir los contratos

(Cuevas & Pérez Salazar, 2001, págs. 249-250)⁵⁰, garantice la certeza fáctica y jurídica del ejercicio de los derechos de contenido económico y facilite los procesos de intercambio a través de la determinación de reglas de juego claras (marco normativo)⁵¹ permitiendo una reducción de los costos de transacción⁵², que serán elevados, si el entorno legal y de seguridad no es el adecuado⁵³.

La reducción de estos costos resultará ser tarea importante en la medida en que si aquellos se elevan sustancialmente resultará prohibitivo celebrar acuerdos o los mismos se realizarán con un alto grado de incertidumbre, generando disputas legales que arribarán a los tribunales, haciendo más costosa la negociación. Por el contrario, cuando los costos de transacción son mínimos y los derechos de propiedad se encuentran claramente asignados y limitados el marco normativo no

⁵⁰ Como indica Ayala Espino respecto a los tribunales y jueces, como intérpretes de la norma y encargados de su aplicación, que estos deberán partir de un sistema normativo “i) [...] independiente del poder político para garantizar los derechos individuales, destacadamente la propiedad y la eliminación de la predación estatal; y, ii) mantener un régimen contractual de libertad entre los contratantes. Este marco jurídico es el que permite la existencia de un ambiente económico predecible, en el cual los agentes puedan realizar sus cálculos económicos de inversión, ahorro y consumo” (2001, pág. 532).

⁵¹ Todas estas condiciones suponen una clara intervención del Estado en la economía, así ha indicado la Corte Constitucional que “la intervención del Estado se manifiesta incluso desde el momento en que éste fija las reglas relativas a la propiedad, los contratos y la responsabilidad contractual y extracontractual pues determina el alcance de los derechos y los poderes, responsabilidades y obligaciones que implica su ejercicio” (C-150 de 2003).

⁵² Los costos de transacción pueden ser comprendidos como los costos de intercambio en que incurren aquellos que participan en el mercado. Estos, dependiendo del momento del contrato o proceso de intercambio se dividen en costos de búsqueda, de arreglo y de ejecución. La norma juega un papel muy importante en la reducción de los costos de transacción pues al establecer derechos de propiedad claros será más sencillo negociar, a su vez la determinación de un derecho contractual claro proveerá términos de omisión eficientes y la consecuente responsabilidad en caso de incumplimiento (Bejarano, 1999, págs. 164-166). En el mismo sentido North indica que estos son “los recursos necesarios para medir tanto los atributos físicos como legales de los bienes que se están cambiando, los costos de vigilar, patrullar y hacer cumplir los acuerdos y la incertidumbre que refleja el grado de imperfección en la medición y cumplimiento de los términos de intercambio” (1995 (1990), pág. 44).

⁵³ Como advierte Palacios Mejía entre los “bienes públicos” que el mercado, por sí solo, no puede producir, se encuentran las “reglas de juego”—normas a las que deben someterse todos aquellos que participan en el mercado como productores o consumidores. La inexistencia de estas reglas genera incrementos sustanciales en los costos de transacción (1999, pág. 22).

tendrá consecuencias en la asignación de esos recursos y por lo tanto la mejor negociación vendrá de los individuos que se encuentran involucrados (Coase, 2000 (1960)), por ello se comprende que en este escenario la empresa, al disminuir los costos de transacción facilita el proceso de negociación al disminuir el número de negociaciones particulares ampliándolo a contratos tipo (Coase, 2009 (1937)).

No obstante lo anterior, cualquier proceso de intercambio tendrá costos de transacción —implícitos o explícitos— que permiten entender la existencia de las instituciones, que facilitan su reducción. Al respecto Uprimny reconoce “el enorme impacto que tienen los arreglos institucionales como presupuesto de funcionamiento de los mercados, que es una forma de reconocer, desde el campo económico la importancia del Derecho y de las instituciones en los procesos económicos” (2001, págs. 37-38), el marco institucional es responsable entonces de originar y constituir el ámbito de interacción de los agentes económicos.

Las instituciones⁵⁴ son concebidas como “cualquier tipo de limitación que los humanos crean para dar forma a la interacción humana” (North, 1995 (1990), pág. 14). La limitación viene a estar constituida por reglas que se cumplen debido a que se refuerzan con la existencia de incentivos⁵⁵ y recompensas o amenazas y sanciones. Frente a estos refuerzos los individuos, que se comportan, generalmente, de manera racional, calculan el beneficio de obedecer y si no siguen la norma analizan si la ventaja es mayor o menor que el castigo o sanción (o pueden considerar cuál es la probabilidad de ser sorprendidos o aprehendidos en caso de

⁵⁴ La importancia de las instituciones emerge como una corriente del Análisis Económico del Derecho (en adelante AED) que se denomina Neoinstitucionalismo y que cuenta con Douglass North como uno de sus principales exponentes (Pinzón Camargo, 2010, pág. 62). Este trabajo, sin embargo, no se ocupará de discutir las diferentes acepciones de la categoría Institución —ni los fundamentos que dieron origen a esta Escuela—, se acoge la que plantea North. Para profundizar en las diferentes concepciones es posible consultar Lindarte Middleton (2015) y para ampliar la Escuela del Neoinstitucionalismo revisar Kalmanovitz (2003-b).

⁵⁵ Los incentivos no siempre deben ser considerados en términos económicos, concurren los culturales o una mezcla de estos (Lindarte Middleton, 2015, pág. 387).

incumplimiento). Claro, la racionalidad de los individuos debe ser matizada, pues estos no siempre actúan de manera predecible⁵⁶, ya que sus motivaciones son complejas e inestables, escenario que pone de relieve la importancia de las instituciones al reducir “la incertidumbre estableciendo una estructura estable (pero no necesariamente eficiente) de la interacción humana” (North, 1995 (1990), pág. 16),

⁵⁶ “Las personas son complejas y multidimensionales [...] tienen motivaciones diferentes en épocas y circunstancias distintas, y están imperfectamente informadas” (Adams, 1998 (1989), pág. 255). Esta consideración rompe con el paradigma de *homo economicus* que planteó Stuart Mill (aunque en sus escritos nunca propuso esta categoría, por el contrario surge como reacción a su planteamiento teórico) (Persky, 1995, pág. 222) y que sirvió como base para los primeros estudios de AED. Para Stuart Mill la Economía Política estudia al hombre como un ser que anhela poseer riqueza y tiene la capacidad para comparar la eficacia de los medios empleados para obtener ese fin (1951). A partir de esta concepción surge la idea de un hombre racional, egoísta y maximizador, el *homo economicus*. Sin embargo, para otros autores como Baurmann esta tradición teórica se remonta a Hobbes, Mandeville, Hume y Ferguson y se complementa, de manera reciente, con Weber, von Mises, Menger, Hayek, Popper y Buchanan para quienes un *homo economicus* siempre decide oportunamente y “no subordina sus intereses personales a los intereses de otros o a las normas de la moral y el derecho” (1998, pág. 47). Sin embargo, esta teoría debe analizarse en contexto con la propuesta de Smith que en *La teoría de los sentimientos morales* indica que los individuos tienen interés por el bienestar de los demás y se comportan de manera benevolente, en posición opuesta a lo que manifestó en *La riqueza de las naciones* en donde propone a un individuo egoísta (para ampliar la aparente contradicción que existe en estas dos visiones del mismo autor es posible consultar Hurtado y Mesa (2010, págs. 282-285) y D’Élia (2009). Gary Becker matiza la postura de Stuart Mill al indicar que el comportamiento de los hombres “no está motivado exclusivamente por el egoísmo o las ganancias materiales. Es un método de análisis, no un supuesto acerca de motivaciones particulares, entre otras. Junto con otros, he intentado alejar a los economistas de los estrechos supuestos acerca del egoísmo. El comportamiento es guiado por un conjunto mucho más amplio de valores y preferencias. El análisis supone que los individuos maximizan su bienestar tal como ellos lo conciben, bien sean egoístas, altruistas, leales, rencorosos o masoquistas. Su comportamiento mira hacia adelante, y también se supone que es coherente a través del tiempo. En particular, tratan de hacer lo mejor que pueden para prever las consecuencias inciertas de sus acciones. El comportamiento que mira hacia adelante, sin embargo, puede estar enraizado en el pasado, puesto que el pasado puede poner una larga sombra sobre las actitudes y los valores” (1993, pág. 385), poniendo de presente que la aparente racionalidad egoísta de los individuos no puede ser racero suficiente para analizar las decisiones de los individuos, es claro que los individuos maximizan su bienestar tal como ellos lo perciben. Otra interpretación es posible a partir del planteamiento de Polanyi para quien “se constata que el hombre sigue actuando en gran medida por motivaciones «mixtas», sin excluir las relacionadas con el deber hacia sí mismo y hacia los otros, y tal vez incluso disfrutando secretamente del trabajo por el trabajo mismo” (2013, pág. 95).

Las reglas base de las instituciones pueden tener dos modalidades, formales e informales. Las primeras responden a reglas de juego positivas (Constitución⁵⁷, leyes, tratados, reglamentos, etc.) cuyo cumplimiento es obligatorio y requieren de un poder coercitivo que garantiza su observancia. Las restantes se constituyen por las prácticas, costumbres, valores propios de una población⁵⁸, etc., las cuales, con el transcurrir del tiempo, se interiorizan en la memoria social (Parra, 2005, pág. 36). Las dos forman un conjunto de reglas de interacción social estructurada.

Las constituciones, como reglas formales creadas⁵⁹, permiten regular la acción del Estado sobre las estructuras del sistema económico, estableciendo principios, valores y normas para su coordinación⁶⁰. La organización económica requiere una especialización de tareas, determinación de reglas —y en caso de incumplimiento un régimen sancionatorio claro— y una estructura acertada para su completa constitución. El funcionamiento del mercado resulta ser complejo y la existencia de parámetros que lo regulen ya no es objeto de discusión —máxime en un ESD—, la Constitución entonces, como “norma de normas”, fija las reglas coordinadoras del intercambio y el Estado —a través de sus ramas y órganos del poder— vigila su desarrollo y sanciona su incumplimiento.

⁵⁷ Como advierte Sánchez Torres “la Constitución fija el margen de acción tanto de los particulares como del Estado y los legitima en sus diferentes ámbitos de actuación en el proceso económico” (2007, pág. 22).

⁵⁸ North precisa que las reglas informales se encuentran compuestas por “(a) convenciones que evolucionan como soluciones a problemas de coordinación y que todas las partes están interesadas en mantener, (b) normas de comportamiento que son estándares reconocidos de conducta, y (c) códigos de conducta autoimpuestos tales como estándares de honestidad o integridad” (1992, pág. 480) (traducción libre, el texto original se encuentra en inglés).

⁵⁹ North, respecto a las instituciones, indica que pueden ser de dos tipos: creadas y evolucionadas. Las constituciones políticas son instituciones creadas, a diferencia de lo que ocurre en un sistema de derecho consuetudinario en el que aquellas son producto de la evolución del Derecho (1995 (1990), pág. 14).

⁶⁰ Cuando el marco creado no es eficiente se generan altos costos de transacción macro, y esto propicia baja productividad económica y funcionamiento ineficiente.

Las reglas necesitan de un factor indispensable: garantía de la protección de los derechos y certeza del cumplimiento de los acuerdos (García Villegas, 2004, pág. 112). Si un sistema de Economía Social de Mercado descansa sobre constantes procesos de intercambio, la “habilidad de hacer que se cumplan acuerdos a través del tiempo y el espacio es la piedra fundamental de un mercado eficiente” ⁶¹(North, 1992, pág. 481). Y para garantizar ese cumplimiento es indispensable un sistema imparcial, neutral y efectivo de reglas y sanciones que garantice el cumplimiento de las normas. Si este sistema existe los costos de transacción se reducirán pues los actores económicos y sociales —que son todos los individuos— tendrán la seguridad suficiente para invertir y negociar. La existencia de un sistema económico con reglas claras que encuentren una fuente confiable, abierta y flexible — Constitución— permitirá un desarrollo económico más eficiente, en contraste con uno rígido y con dificultades para amoldarse y contemporizarse con las modificaciones y variaciones requeridas.

Esas reglas de juego van a actuar como incentivos, negativos o positivos, que motivarán la conducta de los individuos, cada uno de ellos decidirá si demanda (en términos de mercado) o no una de estas reglas y esa determinación dependerá del costo que esta conlleve. Este razonamiento constituye el punto de partida del Análisis Económico del Derecho⁶² (Bullard, 2015, pág. 743). Y aunque la metodología del AED no va a servir como criterio orientador para este apartado, resulta significativo destacar la importancia de las reglas, formales e informales, en

⁶¹ Traducción libre, versión original disponible en inglés.

⁶² El Análisis Económico del Derecho (AED) es una metodología de análisis que pretende aproximar el Derecho a la economía a través de la aplicación de los procedimientos y métodos de la Ciencia Económica a la norma jurídica (Doménech Pascual, 2014, pág. 101). Surgió en los EE.UU. (aunque es posible encontrar antecedentes remotos en planteamientos de Beccaria, Blackstone, Bentham y Spencer (Nuñez Trujillo, 2000)) y para Posner (padre del AED) el origen de este se ubica entre 1958 y 1973 (2002, pág. 38). En Estados Unidos esta metodología ha resultado ser relevante y ha tenido un desarrollo importante, en los países de América Latina su estudio ha venido cobrando fuerza pero aún no registra la misma influencia que en el país del cual es originario. Un análisis interesante respecto a esta metodología y su renovación metodológica es posible en Hinojosa Martínez (2009).

la determinación de la conducta de los individuos. Si se sigue esta línea argumentativa se podrá considerar que el mercado no es solo el lugar en que confluye la oferta y la demanda sino que es toda una construcción histórica y cultural (C-537, 1997) que encuentra su fuente en el órgano legislativo y en el marco normativo que aquel genera (Kalmanovitz, 1997, pág. 2).

1.3.2 Intervención vs. abstención del Estado en la economía

El mercado, comprendido como una institución, ha estado presente a lo largo de la historia de los individuos y existe con antelación al surgimiento del modo de producción capitalista que modifica su estructura. Previo a este y hasta el fin del feudalismo en Europa Occidental los sistemas económicos se caracterizaron porque los procesos de producción e intercambio de bienes y servicios se regían por los principios de reciprocidad y redistribución o sobre la base de la economía doméstica. Motivos individuales diversos caracterizaban los procesos de producción y distribución, pero entre todos ellos la obtención de ganancia no era el predominante (Polanyi, 1944)⁶³. Hasta que culminó la Edad Media el mercado no jugó un papel relevante en los sistemas económicos, lo hicieron otros modelos institucionales (Berzosa, 1999, pág. 36). El trueque era el sistema que usaban los individuos para solventar sus necesidades y existía una clara propensión en ellos para cambiar y permutar (Smith, 2012 (1776)), sin embargo para Polanyi esta tendencia es “casi absolutamente apócrifa” (1944, pág. 555) negando la predilección de los hombre por las actividades lucrativas, por el trueque, “ni siquiera

⁶³ Hayek precisaba que durante la mayor parte de la historia los individuos eran propietarios de los medios de producción (escasos y limitados que por lo general se transmitían de generación en generación) y con ellos aseguraba la conservación de la familia. No existían incentivos para acumular medios de producción adicionales a aquellos necesarios para su propia subsistencia. Cuando el uso de máquinas produjo beneficios adicionales se crearon incentivos que modificaron el orden socio económico imperante (1963 (1955), págs. 49-50).

la tendencia a abastecerse a uno mismo” (Polanyi, 2013, pág. 91) en clara contraposición a las teorías de Smith.

A partir del siglo XVI esta realidad cambió y el mercado sufrió importantes transformaciones por lo que su regulación y control se convirtió en preocupación del gobierno. La idea de un mercado capaz de autorregularse sólo emergió de manera definitiva hasta el siglo XIX cuando esta posibilidad se concretó. Hasta tanto constantes discusiones se generaron respecto a la mejor forma de ordenación de la economía: un sistema económico de mercado o uno centralmente dirigido.

Durante mucho tiempo el Estado trabajó sobre la base de la no intervención (o por lo menos una intervención mínima) que permitió al mercado regularse a sí mismo: los precios de los productos se formaban en mercados libres y enviaban señales que permitían a los productores determinar qué producir y en qué cantidades. De esta manera fue posible hablar de un Estado que debía y podía ser neutral en el manejo de los asuntos económicos. Su intervención se limitaba a garantizar las condiciones de una economía capitalista (por ejemplo, normas que restringían los monopolios) con el fin de mantener condiciones de competencia equitativas para los sujetos económicos que concurrían al mercado (Neumann, 1987, pág. 47).

Sin embargo, el éxito derivado de un mercado autorregulado, en términos de crecimiento económico y en armonía con equidad no se concretó y surgieron diversos modelos como el keynesiano y el Estado de Bienestar que modificaban la concepción clásica y minimalista del Estado (defensa externa, ley y orden y provisión de algunos servicios públicos necesarios socialmente pero poco rentables a los privados) y radicaba en su cabeza la obligación de garantizar a los ciudadanos un nivel adecuado de bienestar (Gómez García, 1995, pág. 256), con un mayor

grado de intervención pública⁶⁴, una política pública de pleno empleo y medidas orientadas a reducir los fallos del mercado. En el siglo XX y a partir de la década de los 70 –y de manera precisa con la recesión de 1973, primer signo de la crisis del Estado de Bienestar (Pérez Pérez, 2006, pág. 99)– este sistema entró en dificultades⁶⁵, se cuestiona el papel interventor del Estado y el mundo es testigo del desmonte del Estado benefactor. Las ideas keynesianas son abandonadas para dar paso al neoliberalismo que pretende retornar a la idea de un mercado autorregulado, que retoma los principios de Hayek y Friedman, y confía en el mercado —asignador eficiente de los recursos—⁶⁶, como la opción idónea para lograr la eficiencia económica. La historia económica se caracteriza entonces por la adopción y experimentación con sistemas económicos diversos que han oscilado entre

⁶⁴ La mayor o menor posibilidad de intervención en la satisfacción de las necesidades de los individuos, permite identificar varios tipos de Estado de Bienestar: el intervencionista, el compensador pero oferente de prestaciones sociales amplias, el menos intervencionista con prestaciones sociales reducidas y el poco intervencionista con prestaciones sociales muy reducidas (Therborn, 1989, pág. 86).

⁶⁵ Como advierte “la crisis petrolera de los años 70, que es parte de la crisis global, obligo a los países del centro a reaccionar antes que los precios del petróleo fuera incrementados cuatro veces por la OPEP, lo que generó índices de inflación de dos dígitos en Estados Unidos y en los países del centro” (Burke, 2011, pág. 31), además de ello “ la crisis de acumulación de capital que se registró en la década de 1970 sacudió a todos a través de la combinación del ascenso del desempleo y la aceleración de la inflación” (Harvey, 2007, pág. 20) motivaron la adopción de reformas de mercado de corte neoliberal que criticaban el exceso de gastos del Estado, los amplios déficits públicos y las intervenciones excesivas de los gobiernos y los sindicatos en la economía. Para contrarrestar estos problemas era necesario adoptar reformas de mercado en todos los países que apuntaran a una política monetaria rígida y una política fiscal austera; privatización de las empresas públicas; liberalización de la actividad económica y; libre comercio e inversión extranjera. Al ser un sistema con pretensiones globales, los países de la periferia terminaron acogiendo estos lineamientos. Para ver una visión completa de los orígenes del neoliberalismo consultar Harvey (2007).

⁶⁶ La consolidación del sistema neoliberal se produjo a partir de las elecciones de Margaret Thatcher y Ronald Reagan en 1979 y 1980 respectivamente (aunque con antelación y como lo reconoce Harvey (2008, pág. 15) en Chile con el golpe de Estado de Augusto Pinochet –11 de septiembre de 1973– se produjo el primer experimento de formación de un Estado neoliberal). La consolidación sin embargo apunta a que con antelación a este periodo ya era posible advertir cimientos de este sistema que criticó ampliamente las políticas keynesianas que con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial orientaron las políticas económicas de buena parte de los países en el mundo (Palley, 2005, págs. 139-142).

medidas intervencionistas y medidas liberales que al igual que los ciclos económicos no permanecen perennes.

1.3.3 Sistema económico y modelo económico: precisión conceptual

Ha sido constante en el proceso de elaboración de esta tesis encontrar en la doctrina autores que aluden a modelo económico y otros que hablan de sistema económico como si se tratara de conceptos idénticos⁶⁷. Por tratarse de una categoría constante en esta tesis, es preciso hacer distinción entre estos conceptos con el fin de unificar posiciones y ser precisos en el manejo del lenguaje. Esta precisión encuentra su basamento en la economía en donde la noción “sistema económico” ha representado “el conjunto coherente de instituciones jurídicas y sociales en el seno de las cuales son puestas en obra ciertas medidas técnicas organizadas en función de ciertos móviles dominantes, para asegurar la realización del equilibrio económico, ciertos medios técnicos organizados en función de ciertos móviles dominantes” (Lajugie, 1960, pág. 5) mientras que modelo económico es “una descripción simplificada y abstracta de un sistema en funcionamiento”, el foco de este apunta a “un conjunto definido [...] de relaciones entre factores de producción (por ejemplo, capital, trabajo, recursos materiales y tecnología), lo cual lleva a patrones diferentes de generación de bienes y servicios, empleo e inversión. El modelo económico no toma en cuenta todos los otros elementos [...] especialmente las dimensiones social y política” (Garreton, Cavarozzi, Clevaes, Gereffi, & Hartlyn, 2004, pág. 20).

⁶⁷ Para citar solamente dos ejemplos desde la escasa literatura colombiana sobre el tema Kalmanovitz (2001) y Sánchez [(2007) y (2007a)] además de la jurisprudencia de la Corte Constitucional que posteriormente se desarrollará, aluden a la categoría “modelo económico” y “sistema económico” de manera idéntica.

A partir de esta descripción es posible deducir que la primera categoría resulta más amplia y compleja pues al combinar variables diversas (jurídicas, políticas, económicas, sociales) refleja un análisis integral y sistémico de la realidad económica, condición que no se predica de la restante que presenta “una visión parcial del funcionamiento de la economía como hecho social” (Correa Henao, 2009, pág. 127).

Bassols Coma ha desarrollado esta falta de precisión haciendo claridad sobre “sistema económico” como la forma adecuada de referirse al ordenamiento constitucional económico y a la Economía Social de Mercado. Ha precisado el autor que esta categoría “permite detectar y relacionar los diversos componentes jurídicos, técnicos, geográficos, organizativos, psicológicos, mecanismos decisionales, etc., que caracterizan el desarrollo de la actividad económica en una determinada sociedad” (1985, págs. 17-18) mientras que el modelo “remite [...] a valoraciones cuantificables del comportamiento de los elementos económicos que, al transferirse al lenguaje jurídico, desnaturalizan su funcionamiento conceptual [...] como un *statu quo*” (1985, pág. 17).

1.3.3.1 La economía dirigida vs. la economía liberal de mercado⁶⁸

Todas las sociedades humanas deben afrontar y resolver tres problemas económicos fundamentales: qué bienes se producirán, cómo se producirán y para quién se producirán. La respuesta a estas preguntas ha permitido a las diferentes

⁶⁸ Se hará alusión expresa a estos dos sistemas económicos claramente antagónicos y no a otros pues la Economía Social de Mercado surge como una alternativa liberal a la economía dirigida y como una alternativa social a la economía liberal de mercado [(Resico, 2009, pág. 49) y (Resico, 2010). Surge entonces el sistema económico descrito como una respuesta a los graves problemas que cada uno de estos sistemas generaban. Para autores como García Echeverría es posible encontrar otros dos sistemas: la economía autogestionaria y la democracia económica total o pura (1978, pág. 27), sin embargo no encuentran desarrollo en la literatura que sobre Economía Social de Mercado se ha consultado, circunstancia que no permite hacer mayor análisis por su irrelevancia para el tema.

sociedades organizarse por medio de diversos sistemas económicos (Samuelson & Nordhaus, 2002, pág. 6). Tradicionalmente al estudiar esos sistemas económicos, que materializan esas respuestas, la pregunta a considerar trasciende y apunta a identificar las características que permiten diferenciarlo de los restantes. Surge entonces la intención de identificar y clasificar un sistema económico a partir de los fines que persigue, “conducción sistemática del proceso económico, [...] utilidad común, [...] nivelación social, [...] pleno empleo, seguridad en el suministro normal de alimentos” (Müller-Armack, 1963, pág. 65). Sin embargo al hacer este estudio la perspectiva debe variar y responder a la pregunta: ¿qué modelo económico se halla en mejor capacidad para alcanzar dichos objetivos? ¿cuáles serán las estrategias, medidas y procedimientos que se usarán para alcanzar dichos objetivos?

Es claro que, con algunas variaciones, cualquier sistema económico sensato pretende alcanzar esos objetivos⁶⁹. Inicialmente se pretendió diferenciar un sistema económico de otros a partir de la identificación de sus fines; sin embargo aquellos también son perseguidos por sistemas económicos diversos, razón que condujo a concluir que no serán los fines perseguidos los que identifiquen al sistema sino los medios, métodos y mecanismos que se usan para alcanzarlos los que permitirán desmarcarlo de otros.

En términos de Marktanner las sociedades deben tomar tres decisiones respecto al funcionamiento del mercado: ¿cómo se producirá la asignación “eficiente” de los recursos escasos? ¿cómo se producirá la distribución “eficiente” de la renta? y

⁶⁹ Müller-Armack, padre del concepto Economía Social de Mercado, indica, al hacer un estudio de los dos sistemas económicos en contradicción —economía dirigida y economía de mercado— que estos persiguen los mismos objetivos, razón por la cual el debate no debe centrarse allí sino en la determinación de cuál de ellos se encuentra mejor capacitado para proteger la libertad, no solo del consumidor considerado de forma aislada sino de todo un país (1963, págs. 121-132). Es preciso tener en cuenta que esta teoría fue socializada en el año 1946, dos años antes de la Constitución de Bonn que describe principios, objetivos y valores propios de una Economía Social de Mercado. Para Marktanner (2011, pág. 237) sin embargo, respecto a la Economía Social de Mercado es posible diferenciarla de otros paradigmas económicos en términos de su motivación y metodología.

¿cómo podrán los ciudadanos adquirir capacidad económica para ser agentes activos del desarrollo?: Al respecto el Estado podrá asumir estas responsabilidades o las podrá trasladar al mercado para que, respondiendo a sus propias dinámicas logre estos cometidos. Dependiendo de la respuesta es posible tomar partido por un sistema económico determinado: economía liberal de mercado, socialismo o Economía Social de Mercado (2011, pág. 239)⁷⁰. La política económica, independientemente de quien la defina, tiene, en consecuencia, un gran compromiso en la ordenación total de la vida humana (Eucken, 1968 (1950), págs. 170-171) al considerar que es el mercado el escenario en el que aquel logra satisfacer buena parte de sus necesidades.

1.3.3.2 La economía liberal de mercado

La primera observación que es pertinente hacer es diferenciar la economía liberal de mercado de la Economía Social de mercado. La primera es propia de la teoría de Smith y otros pensadores liberales⁷¹ que describía un sistema económico que confiaba en la capacidad del mercado para autorregularse sin necesidad de intervención estatal alguna, por lo menos en lo que respectaba al funcionamiento del mercado. Esta idea resultaba trascendental, no solo desde una perspectiva económica, sino desde una perspectiva clásica del liberalismo como doctrina política, que en palabras de Hayek “marcó el desarrollo del liberalismo moderno” al acreditar que la prosperidad económica británica se debía a las restricciones que

⁷⁰ Es posible pensar en un sistema económico diverso: el keynesianismo. No necesariamente puede ser calificado como un sistema económico pero si describe una política económica claramente diferenciable de otros sistemas, surge como política coyuntural para resolver los problemas que generó la depresión de 1929, pero no indica cómo evitar futuras crisis. En el keynesianismo el Estado asume un papel muy importante para generar inversión, aumentar el gasto público y fortalecer el empleo reduciendo el paro. Sin embargo esta política genera problemas de inflación.

⁷¹ Entre estos es posible mencionar W.E. Gladstone, J. Bright, H. Spencer, W. Humboldt y otros tantos. Para ampliar la génesis del liberalismo y sus dos vertientes (la inglesa o clásica y la continental o constructivista) así como su evolución y crisis ver Hayek (1982 (1973), págs. 124-132).

se habían impuesto por el Estado fruto de la desconfianza hacia todo poder arbitrario por los ciudadanos (1982 (1973), pág. 127).

Se comprendía que el mercado era un orden establecido, no generado, y en consecuencia funcionaba movido por reglas propias, inherentes y naturales que no podían ser objeto de mutación o intervención externa alguna. Esta posición, sin embargo, debe ser matizada pues como reconoce Hayek “ningún economista de prestigio ha defendido nunca en serio el principio de *laissez faire* en sentido literal, sino que todos ellos han visto que el funcionamiento de una economía libre presupone y exige determinadas actividades del Estado” (1963 (1954), pág. 13).

Para el liberalismo económico era posible que el proceso de distribución de los recursos escasos se produjera movido por las reglas propias del mercado puesto que los actores económicos movidos por su propio interés, sin intervención exterior alguna, generaban beneficio social y una asignación eficiente de los recursos; Adam Smith señalaba que “no es de la benevolencia del carnicero, el cervecero o el panadero de donde cabe esperar nuestro almuerzo sino de la atención a su propio interés” (2012 (1776), pág. 23)⁷², el propio interés se mostraba como totalmente legitimado. La respuesta entonces para la primera pregunta supone que para el liberalismo o economía liberal de mercado la asignación eficiente de los recursos escasos, la distribución de la renta y la capacidad económica de los ciudadanos se producirá de acuerdo a las reglas del mercado⁷³. Sin embargo la dinámica del

⁷² En el mismo sentido Hayek al indicar que la función que tenía la norma de conducta como condición esencial para mantener un orden espontáneo o autogenerador de las acciones de los individuos o grupos tenía la pretensión no tanto de “organizar los esfuerzos individuales para los fines particulares convenidos, sino asegurar un orden superior de acciones, dentro del cual cada uno debía obtener la mayor cantidad de beneficios posible de los esfuerzos de otros en la consecución de sus propios fines” (1982 (1973), pág. 137).

⁷³ No obstante es preciso considerar que Adam Smith veía poco probable que una sociedad pudiera ser feliz allí donde la mayor parte de sus ciudadanos son pobres y miserables (1776). Tal vez al idear este sistema el principal ideólogo del liberalismo no dimensionó los niveles de pobreza que traería la Revolución Industrial.

mercado no atiende a condiciones de igualdad y allí es donde se advierte la diferencia con los dos sistemas económicos que fueron mencionados con antelación.

La Economía Social de Mercado, al igual que el socialismo se preocupa por la creciente desigualdad en la distribución de los ingresos, pero la respuesta a esta preocupación registra soluciones diferentes para cada uno de estos sistemas. Para el socialismo la corrección a los problemas de desigualdad que genera el mercado autor regulador se satisface con la nacionalización de los medios de producción para dejar a los ciudadanos en condiciones de plena igualdad. Para la Economía Social de Mercado otorgar un marco de igualdad de oportunidades, sin nacionalización de los medios de producción ni dirigismo absoluto en el funcionamiento del mercado, resuelven el problema.

Ese marco ofrece oportunidades a todos los agentes económicos para potenciar su capacidad económica, el mercado así será pieza fundamental para el desarrollo económico en una Economía Social de Mercado y en una economía liberal de mercado pero no en el socialismo (Marktanner, 2011, pág. 240). El liberalismo entonces se preocupará por la asignación eficiente de los recursos, partiendo de la base de que existirá desigualdad (es una consecuencia lógica de la libertad de mercado) pero desatenderá criterios de equidad o justicia social por los que sí se preocuparan los dos sistemas restantes, bajo perspectivas muy diferentes.

La economía liberal de mercado permaneció activa durante los siglos XVIII y XIX y entró en crisis en la primera mitad del siglo XX con los grandes cataclismos de las guerras mundiales, la hiperinflación de 1922 y 1923, el colapso bursátil de octubre de 1929 con el famoso “viernes negro”⁷⁴ y la elevada tasa de paro de los años 30,

⁷⁴ La aparente “*prosperity*” con la que se calificó el periodo comprendido entre 1926 y 1927 fue desmontada por la crisis catastrófica del año 1929 (Müller-Armack, 1963, pág. 92).

el fracaso del modelo totalitario nazi y de la República de Weimar en el primer lustro de la misma década, fenómenos que sentaron las bases y sirvieron como sustrato para la construcción ideológica de la Economía Social de Mercado. Las dificultades económicas, la elevada tasa de paro y la inestabilidad monetaria tuvieron como respuesta un mayor control económico por parte del Estado que necesitaba un aparato burocrático ampliado para lograr superar estas vicisitudes (Hayek F. A., 1982 (1973), pág. 132).

Las consecuencias que trajo la Gran Depresión afectaron a las democracias clásicas: EE.UU. e Inglaterra. No se produjeron cambios en el modelo de Estado pero si reformas constitucionales en las que pero la clásica visión del liberalismo fue abandonada de manera transitoria y el Estado asumió un nuevo papel, dominador y regulador, del proceso económico, el modelo anglosajón bajo el amparo del reformismo liberal y en Europa continental del Estado Social de Derecho. Al producirse el hundimiento del orden económico en la crisis económica mundial fue necesario buscar sistemas diversos que ofrecieran respuestas alentadoras: la economía de dirección central, antagónica de la de mercado o de tránsito, surgió como la respuesta acertada. Es preciso así reconocer que cada uno de los sistemas económicos mencionados hasta este momento surge en momentos históricos diversos y responde a supuestos sociales y económicos subyacentes disímiles.

1.3.3.2.1. Problemas del liberalismo

El problema del liberalismo clásico radicó en la falta de atención a los problemas sociales y sociológicos (Müller-Armack A., 2011 (1956), pág. 16), en la consideración del mecanismo de precios como un sistema absolutamente mecánico que no precisaba dirección ni conducción y en la inexistencia de una garantía política y político-económica que garantizara su supervivencia. Se trataba de un sistema puramente normativo que planteaba un deber ser pero no indicaba el camino para llegar a, planteaba una narrativa pero no una técnica (Marktanner, 2011, pág. 254). Esta circunstancia surgía como característica iusnaturalismo

racionalista que implicaba la comprensión de principios eternos e inmutables que permanecían ajenos a las transformaciones y cambios que, debido a múltiples fenómenos sociales y económicos entraban en crisis y exigían respuestas diversas.

Yo no era posible pensar que la situación de grandes masas poblacionales afectadas por los efectos de las migraciones del campo a la ciudad —incapaces de satisfacer las necesidades de tales masas—, el empobrecimiento de ciudadanos, la precarización del campo y la inestable situación social y económica de muchos, fuera un problema aislado, afectaba ahora a la burguesía⁷⁵ —que hasta ahora sólo exigía del Estado “proteccionismo, para poder explotar sin preocupaciones el mercado” (Zamagni, 2011, pág. 96)— y de manera importante al Estado.

Se producía un proceso que reflejaba en mayor escala la pobreza, como acredita Arenal “habiendo tenido la población un extraordinario incremento, los pobres se han multiplicado también, y agrupándose en los grandes centros, se hacen más visibles” (1924, pág. 68-69), generando condiciones para que dichos sectores de necesitados se organizaran. Los ciudadanos, antes excluidos del proceso democrático —ahora titulares de derechos políticos— empezaron a exigir respuestas políticas a través de asociaciones y representantes (Kocka, 2014, pág. 160). Esta circunstancia generó el ascenso del socialismo democrático (Alemania, Francia, Austria, Inglaterra y países nórdicos) que implicó una redefinición del papel del Estado y una modificación de los parámetros de la dirección de la economía en general. Al tenor de Susín Beltrán “nos encontramos en un momento de transformaciones determinadas por un intento de definir el contrato social en la

⁷⁵ Era necesario demostrar compatibilidad entre los intereses de la burguesía y el proletariado, a través, entre otras, de la expedición de legislación social en Alemania “durante el gobierno de Bismarck... y que serviría de modelo a lo que en el siglo XX se denominó “Estado de bienestar” o “Estado Social de Derecho” (Echeverri Uruburu, 2002, pág. 127) circunstancia que suponía un desconocimiento de los principios clásicos de no intervención del Estado en la economía.

dirección de un compromiso entre los intereses del mercado y la propiedad, por un lado, y las reivindicaciones del trabajo, por otro lado” (2000, pág. 129).

Frente a la arremetida de las teorías de la soberanía popular, el liberalismo del siglo XIX pretendía actualizar los clásicos ideales del liberalismo (no como sistema económico sino como modelo político), afrontando las consecuencias nefastas de la revolución industrial que había empobrecido a grandes sectores sociales, en búsqueda del bienestar social. Este nuevo liberalismo “presupone la existencia de una sociedad liberal, y de un Estado liberal, y su propuesta de reforma se dirige, bajo el valor de la igualdad, a mejorar las condiciones sociales de la población. De esta manera desactiva el conflicto social y hace verdad para todos los individuos las promesas del liberalismo clásico” (Rivero, 2006, pág. 73). Sin embargo, este nuevo planteamiento no implica una variación de las estructuras sociales, políticas y económicas fundamentales del liberalismo sino una respuesta a las profundas desigualdades sociales que, dependiendo de la respuesta puede generar posiciones demoliberales o socialistas.

La confianza en la “mano invisible del mercado” se fue diluyendo a medida en que demostraba la incapacidad para garantizar un crecimiento económico continuo y estable. El capitalismo liberal y el Estado liberal de Derecho empezaron a demostrar sus deficiencias, la ampliación exponencial de la masa “proletaria” generó ofensivas sindicales que demandaban protección ante la explotación brusca de la mano obrera. A ello se suman las constantes crisis económicas y la presión de grupos de interés que empezaron a ejercer coerción en el sector público y acrecentaron las políticas de intervención estatal. El Estado, con el fin de satisfacer demandas sociales, empieza a participar en la economía de manera activa al prestar un sinnúmero de actividades que previamente eran prestadas o asumidas por particulares, excluyendo al grueso de la población.

Empezó a comprenderse que los mercados son instituciones sociales que no pueden ser gobernadas mecánicamente, ni responden a simples necesidades

funcionales, se trata de comunidades políticas que para su creación y reproducción demandan un respaldo institucional (Joerges, 2005, pág. 15).

Surge entonces el Estado Social que generó un lazo, hasta ahora prácticamente inexistente, entre la esfera política y la socioeconómica. La expedición de la Ley Fundamental de Weimar —1919— abrió las puertas para el estudio de la Constitución Económica y lo hizo al emerger el debate constitucional del Estado Social. La Constitución de Weimar permitió que lo económico entrara en el ordenamiento constitucional, lo que antes no había sido posible⁷⁶.

Con antelación a esta, las constituciones se habían referido básicamente a la “sanción y garantía, más o menos formal, de los derechos individuales de carácter político”, pero con posterioridad la Norma Fundamental “asumió también, junto con estos planteamientos, el reconocimiento de los llamados derechos sociales y

⁷⁶ El movimiento revolucionario de 1910 de México, contrario a la dictadura de Porfirio Díaz, invocó los principios de la Constitución de 1857 que pronto se mostró corta frente a los ideales reivindicatorios de las mayorías. El constituyente advirtió que era necesario incorporar la defensa de los derechos sociales y de las clases más desfavorecidas en la nueva Constitución y así lo hicieron. Los artículos 27 y 123 surgieron como postulados en favor de la clase obrera y campesina, La actividad económica quedaba sujeta a la regulación e intervención del Estado. Como señala Moreno Collado “el Estado mexicano evolucionó de ser simplemente garante de la libertad individual y felicidad del individuo, a ser un factor de equilibrio entre los sectores sociales, un defensor de los desprotegidos y un promotor del bienestar social” (1984, pág. 516). En idéntico sentido Fix-Zamudio “la Constitución federal mexicana de 5 de febrero de 1917 debe considerarse como un documento de transición entre el sistema clásico individualista y liberal de la carta anterior de 1857 y las tendencias socializadoras que se manifestaron en la primera posguerra, con el mérito indiscutible de haber sido la primera que incorporó en su texto a los derechos sociales de los trabajadores y de los campesinos, adelantándose a otras leyes fundamentales, como la alemana de Weimar de 1919, y la de la revolución rusa de 1918, que iniciaron el llamado constitucionalismo social” (1985, pág. 119). Este hecho, aunque no es tan reconocido para los que estudian los orígenes de la Constitución Económica, debe ser tenido en cuenta pues constituye referente importante de la modificación del rol del Estado en relación con la economía y la protección de los derechos de los ciudadanos. Un año después, en Rusia se promulga la Constitución rusa que abrirá un camino importante para la producción de abundante legislación de contenido social planteando las bases de la sociedad socialista, el gobierno del proletariado y el deber de enseñanza a cargo del Estado. Estas dos constituciones, sumadas a la de Weimar constituyen antecedentes relevantes para el reconocimiento de los derechos sociales y la intervención económica y social del Estado en la ordenación de la economía (García Ramírez, 1969, págs. 474-476). Sobre los avances del constitucionalismo en estas tres constituciones es posible consultar a Suárez (1977).

económicos: a nivel de ley fundamental se establece así una incipiente ordenación jurídica de la actividad económica” (Martín-Retortillo Baquer, 1991, pág. 27).

El Estado que previamente tenía las funciones de seguridad y administración de justicia ahora asume un papel mucho más amplio orientado a gestionar los conflictos sociales, se producen procesos de racionalización burocrática, de tecnificación de los modelos presupuestales y de la planificación. Hasta entonces, el liberalismo, confiado en la superación del mercantilismo y en la existencia de un orden mecánico, se abstuvo de garantizar un marco normativo que protegiera sus condiciones básicas⁷⁷. Se limitó a reconocer la propiedad, la libertad de industria y comercio, liberar el intercambio internacional y la política monetaria de la influencia del Estado a través de una legislación de mercado racional y neutral que no ofrecía herramientas idóneas que permitieran proteger dichas garantías en caso de alteración.

Cualquier intervención del Estado era vista como una distorsión de los resultados eficientes del mercado. La competencia no se encontraba asegurada pues era considerada una garantía formal y natural que no necesitaba protección o cuidado alguno. La pauperización de amplios sectores poblacionales produjo un colapso en el sistema y el viraje hacía un orden económico diverso, uno en el Estado asume un papel protagonista en la definición del rumbo de la economía, que persiguiera dejar atrás todos los problemas propios de las economías de mercado, que se concentrara en el ciudadano, en el consumidor, que generara mayor equilibrio e

⁷⁷ En el mismo sentido Dürr (1976, pág. 5) indica que en condiciones de competencia y sin oscilaciones coyunturales descontroladas (economía liberal de mercado) será posible distribuir de manera adecuada los recursos pero no se consideraran aspectos sociales. Hayek al respecto también se pronunció indicando que “la doctrina liberal tradicional, sin embargo, no solo fracasó al tratar nuevos problemas, sino que tampoco desarrolló un programa suficientemente claro para diseñar un marco legal destinado a preservar un efectivo orden de mercado” (1982 (1973), pág. 146).

igualdad, que considerara las necesidades de la población en general y no solo la de un grupo económico en particular, surge entonces la economía dirigida.

1.3.3.3 La economía dirigida

Este sistema económico surge como antítesis del orden liberal del mercado, y se caracteriza por una dirección central en la que de manera sistemática se irá eliminando el proceso económico de mercado y se advertirán tendencias crecientes para suprimir la competencia. Su característica principal radica en un sistema de intervenciones centrales del Estado en la vida económica nacional en el que la determinación artificial de indicadores en el mercado como precios, salarios, cantidades, cotizaciones y variados tipos de interés se constituía como medida permitida para lograr objetivos de interés superior⁷⁸.

Respecto al consumidor resultaba, en apariencia, ser el principal beneficiado por las medidas que desde la dirección central se adoptaban. El precio fijo respecto a los bienes y servicios que podía demandar lo protegían de alzas artificiales y nocivas que imponía el productor en una economía de tránsito. No obstante la cantidad y variedad de bienes y servicios estaba restringida y ello necesariamente generaba una limitación importante en la libertad de elección del consumidor quien solo podía adquirir aquello que se había indicado se podría producir, en las cantidades indicadas y con las condiciones determinadas⁷⁹. Su autonomía se reducía y aquello que podía adquirir no necesariamente correspondía a sus deseos⁸⁰ y necesidades.

⁷⁸ Además de estas es posible indicar que “la fijación del sistema de valores y precios y la utilización de la expansión de la capacidad adquisitiva como medios para el traspaso al Estado de determinadas partes de las fuerzas económicas son las características decisivas de la economía dirigida” (Müller-Armack, 1963, pág. 129).

⁷⁹ Para ampliar el estudio de los problemas de los consumidores en una economía centralmente dirigida consultar Alfred Müller-Armack (1963 (1948), págs. 93-99).

⁸⁰ Esta afirmación, sin embargo debe matizarse con lo que expone la teoría liberal. En sistemas económicos no dirigidos centralmente es posible que los consumidores acudan al mercado a

Y si la pretensión suponía mejorar la situación de los consumidores es claro que no necesariamente una reducción en el excedente del productor se vería trasladada en una reducción en el precio que beneficiara al consumidor.

Esto se explica por cuanto no es posible satisfacer necesidades diferenciadas de los consumidores por medio de una técnica muy desarrollada que a su vez mantenga el principio económico (Von Stackelberg, 1963 (1949), pág. 137), lo anterior conlleva a homogenizar las necesidades (reduciendo la autonomía del consumidor) creando necesidades uniformes (que no siempre corresponden a los intereses del consumidor) y orientando la producción en ese sentido. Amén de lo anterior era claro que las restricciones en la importación y exportación generaban adicionales problemas en el proceso productivo.

Para los trabajadores la cuestión radicaba en la ventaja real que una economía dirigida le generaría respecto al favorecimiento de sus condiciones. La política del pleno empleo, los controles de salarios y precios, amén de la expansión crediticia, serían las cuestiones a estudiar (Müller-Armack, 1963, pág. 85). En economías dirigidas la valoración que se hace de las fuerzas de trabajo resulta ser menor a la que corresponde a su escasez económica. La política de pleno empleo, sin embargo, se constituyó como la principal conquista de la economía centralmente dirigida, constituía pieza esencial en este sistema que posteriormente se trasladaría al modelo de Hayek y se reproduciría en los Estados de Bienestar. Existía una mano de obra permanentemente ocupada, desarrollando una actividad económica determinada y recibiendo un salario o contraprestación por la misma. Los beneficios sociales que dicha política generó resultaron incontrovertibles pero el aumento de la deuda pública surgió como efecto colateral. La satisfacción de esta necesidad precisaba un aparato burocrático importante que demandaba recursos importantes.

demandar bienes y servicios que no necesariamente requieren pero que, gracias a la publicidad, desean.

Sin embargo a pesar de esta intención no es posible pensar en una ocupación plena, ningún sistema económico logra dicho cometido sin generar efectos adversos en el crecimiento económico. Como indica Müller Armack (1963, pág. 93) deberá existir un remanente de capacidad tanto en las industrias como en el mercado laboral que garantice la eficiencia económica.

Una de las principales críticas que recibe la economía dirigida radica en la imposibilidad de comprobar y medir la oportunidad económica de sus planes (Müller-Armack, 1963, pág. 89) además de la reducción importante de la productividad. No obstante el Gobierno no podía conservar el periodo expansivo coyuntural mediante medios estatales en este sistema. Es claro si, que durante los años 1933 y 1935 la política de pleno empleo que fue impulsada generó mayor demanda de mano de obra que oferta de la misma, este éxito tuvo también dificultades: aumento de la deuda pública, inflación galopante y desequilibrio entre la oferta y la demanda.

Respecto de los productores este sistema también genera condiciones importantes. Al existir lineamientos claros las empresas y otros agentes económicos que desarrollen actividades de producción no tendrán incentivos importantes para generar situaciones de beneficio para el consumidor. Los elementos industriales estaban inmovilizados, la materia prima era limitada, la asignación de plazas laborales, la necesidad de obtener licencias y autorizaciones y la inexistente competencia no generaba peligros que pudieran excluirlos. Ya tienen un mercado cautivo asegurado, tienen un ingreso fijo y menos necesidades e incentivos para optimizar e innovar generando mejoras en el bienestar de los consumidores. Cuando el Estado garantiza un precio fijo de los productos y servicios se generan incentivos positivos para que los empresarios reduzcan sus costos de producción y obtengan así mayores beneficios. Pero estos excedentes no necesariamente tienen que trasladarse al consumidor, situación que generaría desventajas adicionales para estos.

Hasta ahora han sido mencionados todos los que están incorporados en el proceso productivo, pero restan aquellos que reciben pensiones y subsidios y se encuentran en una condición socioeconómica diversa. En un sistema direccionista la ayuda que se brinda a un grupo de personas con capacidad de compra disminuida, con cargo al producto social y elegidos arbitrariamente, pone en peligro la estabilidad de una ayuda duradera pues buena parte de ellos no se encuentran absolutamente necesitados y al recibir ayudas no contribuyen a incrementar la producción generando desequilibrios económicos (Müller-Armack A., 1963 (1948), pág. 103).

Todas estas medidas sin embargo generaban problemas importantes respecto a la limitación y, en ocasiones, anulación de la libertad individual, además de ello la promesa de dar al grueso de la población una ordenación socioeconómica vital estable y tranquila no ha sido materializada de manera efectiva. Esta forma de ordenación de la economía se ve presa de la necesidad incesante de intervenir y cada intervención genera perturbaciones adicionales al equilibrio económico que amerita nuevas intervenciones que conducen a un sistema planificador caracterizado por una rigidez completa (Müller-Armack A., 1963 (1948), pág. 94).

Durante el periodo de entreguerras fuertes tendencias socialistas y conservadoras dominaron el panorama, tal vez el temor a nuevos conflictos bélicos generó la necesidad de una fuerte presencia gubernamental en los asuntos económicos y restricciones importantes al comercio exterior motivadas por una necesidad de garantizar la autosuficiencia nacional. Las ideas de corte liberal fueron cediendo pero retomaron importancia al culminar la Segunda Guerra Mundial cuando se advirtió de las consecuencias nocivas de una planificación y dirección estatal y de las tendencias opresivas de este tipo de regímenes (Hayek F. A., 1982 (1973), págs. 132-133).

1.4 Concepto de Constitución Económica

Una vez desarrollado el devenir histórico de la relación entre Constitución y economía y la tensión permanente entre intervención y no injerencia del Estado en el mercado resulta claro concluir que las tendencias abstencionistas han dado paso a la necesidad de inclusión de un catálogo de principios, valores y normas que, con valor normativo, establezcan marcos que condicionen la actuación del Estado en la economía, permitan establecer condiciones generales de actuación de los ciudadanos en el mercado y respondan a modelos de Estado en los que la satisfacción de necesidades sociales resultan indispensables.

Superada la vieja discusión sobre la relación entre Estado y economía y la regulación que aquel puede tener sobre esta, es posible determinar que la Constitución Económica puede ser entendida en una doble concepción: la primera de ellas tenderá a identificarla con un sistema económico determinado, como lo expresa de Lojendio “el establecimiento jurídico de una ordenación económica determinada” (1977, pág. 83), o una de contenido general que no va a determinar un sistema sino que va a identificar principios o disposiciones, no siempre incluidas en lo que formalmente se denomina Constitución, a partir de los cuales se establece el marco general de funcionamiento del sistema socio económico, como han sostenido de Vergottini “el conjunto de disposiciones constitucionales que se refieren a las relaciones económicas” (2012, págs. 340-341) o la que se integra por “aquellos preceptos o principios inmanentes— fundamentales de los que derivan la estructura y el funcionamiento de la actividad económica” (Viciano Pastor, 1995, pág. 106). Esta última pareciera ser la concepción asimilada por el Tribunal Constitucional español al indicar que la Constitución Española viene determinada por el conjunto de varias “normas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica. Este marco implica la existencia de unos principios básicos del orden económico que han de aplicarse con carácter unitario” (STC 1/1982, de 28 de enero).

Si se parte de la base de que en sistemas pluralistas la Constitución debe ser lo suficientemente “ambigua o permisiva para que puedan funcionar con ella todas las opciones de Gobierno posible en un país, lo cierto es que la economía no puede someterse a mutaciones o subversiones en el sistema económico a raíz de cada consulta electoral” (Entrena Cuesta, 1981, págs. 108-109), es posible concluir que el orden económico, constitucionalmente previsto, debe ser un sistema abierto y eficaz, receptivo a cualquier modificación histórica económica, pero lo suficientemente sustentado en fundamentos y principios esenciales que den certeza al orden económico de los lineamientos constitucionales que le servirán de orientadores.

1.5 Monismo o dualismo en la concepción

Se puede indicar que al aludir al concepto de Constitución Económica se hace mención de dos normas que convergen: Constitución Política y Constitución Económica. Y el problema surge entonces al definir el carácter de aquella respecto de esta. No es posible pensar que el ordenamiento económico se pliega indefectiblemente al ordenamiento político y no le resta alternativa más que ajustar sus disposiciones a las que consigna la Constitución, tampoco indicar que las dos disposiciones discrepan o que no coexisten en un solo cuerpo normativo. El ordenamiento económico alimenta, soporta y coexiste de manera armónica con el político.

No obstante la simbiosis entre el ordenamiento político, económico y jurídico no resulta del todo armónica, por lo menos para la doctrina. Tradicionalmente se había considerado que los asuntos económicos no revestían mayor relevancia, desde el punto de vista de su incorporación a los textos constitucionales, y que en consecuencia sería el legislador el encargado, a partir de la determinación de principios generales, de su regulación vía expedición normativa. Pensar entonces en una Constitución Económica tuvo defensores y detractores, cada uno de ellos

asumió posturas disímiles que permitieron construir modelos diferentes de Constitución Económica y en consecuencia una ordenación particular y propia de la economía.

Si se considera que el poder político necesita organización y control, no se descartará la necesidad de controlar y organizar el poder económico (Asenjo, 1984, pág. 12). Así que, aunque sea posible encontrar disposiciones disímiles respecto a la necesidad de una Constitución Económica, no se descarta la necesidad de incorporar en la Constitución una serie de cláusulas⁸¹, de contenido económico, que permitan tener un marco a partir del cual “organizar” la economía. Y aunque una rigidez normativa en la Constitución podría dificultar el proceso de adaptación de la norma a la realidad económica, la inexistencia de reglas o lagunas normativas podría generar dificultades respecto al ejercicio y protección de libertades de contenido económico y posibilidades de intervención o regulación del Estado.

Es posible incluso considerar en el caso de constituciones de contenido programático, que ante la inexistencia de una Constitución Económica formal existirá una Constitución Económica material⁸² que, regida por la realidad económica permitiría a los gobiernos de turno realizar actos diversos que reducirían la seguridad y certeza de los agentes económicos respecto a las condiciones de funcionamiento y regulación del mercado. Esta teoría, sin embargo, debe ser omitida para el caso colombiano en la medida en que la Constitución tiene un carácter normativo, sus normas son vinculantes y en consecuencia ante la

⁸¹ Estas disposiciones heterogéneas de contenido económico podrían resumirse en: principios, valores, cláusulas habilitantes a los poderes públicos, cláusulas de mandato al legislador, obligaciones y reglas (Aragon Reyes, 1995, pág. 14).

⁸² Font Galán explica las diferencias entre estos dos conceptos de manera clara, respecto de la Constitución Económica formal indica que se encuentra “expresada en formulaciones de principios, poderes, derechos, obligaciones, responsabilidades y demás normas generales ordenadoras del sistema económico” y la material está “desarrollada efectivamente en normas ordinarias y reglamentarias que implementan las concretas políticas económicas y sociales” (2014, pág. 254).

inexistencia de estas disposiciones se obviaría la relación inescindible que existe entre el Estado y la economía.

El problema fundamental que surgió cuando se abordó el concepto de Constitución Económica apuntaba a la existencia de una Constitución monista o una dualista. Una que fuera reconocida como un sistema —monista— y otra que fuera considerada como la sumatoria de dos ordenamientos: uno de la vida política y otro de la vida económica —dualista—. Para esta segunda categoría era plausible pensar que el texto constitucional solo daba forma jurídica a una estructura económica y que en consecuencia era posible hacer una yuxtaposición entre estos dos ordenamientos como si fueran espacios absolutamente diversos, autónomos e independientes

El constitucionalismo clásico —de clara tendencia dualista— consideraba que el objeto del orden constitucional giraba en torno a la articulación del proceso político del ejercicio del poder al interior de un orden social y económico dotado de una legislación propia. La Constitución Política sería el estatuto fundamental del poder político y de las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, amén de la organización de la estructura de aquel; la Constitución Económica atendería a la regulación jurídica de las relaciones económicas entre los ciudadanos y el Estado, ahora con mayor participación e importancia en el desenvolvimiento de la vida económica. Existirían entonces dos constituciones con principios diferentes y disposiciones diversas que regularían escenarios disímiles y que, entonces, podrían acoger grandes divergencias. El constitucionalismo moderno, por el contrario, reviste mayores complejidades, la Norma Fundamental refleja e incorpora valores y pronunciamientos ideológicos sobre el orden socioeconómico. A partir de esta modificación en el cambio de concepción constitucional se producen variaciones importantes respecto a la Constitución Económica.

La polémica en torno a aquella puede ser comprendida de dos maneras, la primera apunta a la posibilidad de que las normas constitucionales económicas puedan

adquirir autonomía y se opongan a los principios generales que consigna la Constitución. Se orienta entonces, esta primera visión —dualista—, a la necesidad de separar lo público de lo privado y en consecuencia deslindar de la Constitución el ordenamiento económico⁸³. La segunda de las nociones supone que la Constitución Económica describe las disposiciones de la Constitución formal relacionadas con la organización de la economía. Es decir esta postura reconoce la importancia de la ordenación constitucional de la economía, independientemente de la forma o sistema que se adopte. Así, la descripción que se hace permite el funcionamiento de todos los sistemas económicos posibles siempre que se ajusten a los parámetros constitucionales y se excluyen, en consecuencia, aquellos que sean incompatibles con los mismos. Se ajusta esta posición —monista— a las denominadas Constituciones Económicas neutras (Bárcena, 2011, págs. 34-35).

1.5.1 Schmitt y su defensa de la Constitución dualista

Partidario de la primera concepción se encuentra a Schmitt. Para este la posibilidad de hablar de una Constitución Económica resulta compleja y rompe con el mandato de subordinación que registra el ordenamiento económico previsto en la Constitución respecto de esta. Incorporar el elemento “Constitución Económica”, podría dar paso a contradicciones entre aquel y la Constitución Política, circunstancia que rompería con el concepto unitario que de esta se predica (Maestro Buelga, 2002, pág. 41). Y esta premisa tuvo su origen en la polémica que sobre el artículo 165 de la Constitución de Weimar se estableció⁸⁴.

⁸³ “La esencia de un sistema económico, la diferencia de fondo que separa y enfrenta a los diversos modelos económicos, radica precisamente en la dialéctica “sector público-sector privado” (Asenjo, 1984, pág. 91).

⁸⁴ La Constitución de Weimar de 1919 en sus artículos 151 a 165 consigna la Sección V “La vida económica” y constituye el primer intento de renovación del constitucionalismo económico moderno, superando la tradicional visión del derecho privado; a partir de esta incorporación “la ordenación de vida económica debe ajustarse a los principios de la justicia con el fin de garantizar a todos una

Schmitt parte del análisis de las constituciones alemanas del siglo XIX en las que el concepto Estado se diferenciaba del concepto Sociedad⁸⁵. Aquel podía ser diferenciado respecto de este y en consecuencia mantenía un criterio de neutralidad amplia y no intervención frente a la religión y la economía, resultando posible “construir una economía apolítica y un Estado sin economía” (Schmitt, 1998, pág. 128). Y lejos de lo que se pudiera considerar en la actualidad, estas premisas sirvieron como base del Derecho Público Alemán.

La tendencia liberal, propia del siglo XIX, propendía a restringir las actuaciones del Estado al mínimo posible e impedirle, en consecuencia, cualquier intervención y “ataque” a la Economía neutralizando su actuar. Se considera que el mercado, diferenciado del Estado, tendría la capacidad de adoptar las decisiones necesarias basado en principios inmanentes, derivados de la libertad económica y contractual. Le correspondía al Estado intervenir, residualmente, para reestablecer las condiciones de libre competencia en caso de perturbación. Existía una confianza ciega en el mercado como elemento que, obedeciendo a las leyes de la oferta y la

existencia digna” (art. 151). Vale la pena recordar que la Constitución de Weimar fue el producto del compromiso y pacto social entre los sindicatos y las organizaciones patronales generado, gracias a la mediación del Partido Social Demócrata, por la situación revolucionaria posterior a la I Guerra Mundial (Colom González, 1992, pág. 324). Esta situación, tiene su origen en la “inseguridad objetiva de la producción, muy propensa a oscilaciones; y junto a ella, la subjetiva inseguridad económica del trabajador diariamente expuesto a ser ‘puesto en la calle’” (Heller, 1985, pág. 269) que planteó la exigencia de una Constitución social —con una serie de proposiciones programáticas— que concilie las posiciones económicas individualistas de la burguesía con las reformas socialistas de la economía que persigue el proletariado con el fin de obtener una “más justa distribución de los recursos” (Heller, 1985, pág. 271).

⁸⁵ Esta separación entre sociedad y Estado ha sido una de las discusiones clave dentro de la teoría jurídica del Estado. En el siglo XIX el dualismo procedía en la medida en que el Estado se “corporizaba en el Ejecutivo monárquico titular de un poder en principio ilimitado y no derivado del pueblo, y que, bajo tales premias, se desenvolvía con relativa autonomía al margen de una Sociedad excluida en su mayoría de la participación política” (Hesse, 2012, pág. 121), pero con posterioridad, se comprendió que el Estado existe exclusivamente en la actuación social que desarrolla el ser humano por lo que su actividad se asociaría con un concepto de cooperación social que es solo una de las actividades que se dan dentro de la sociedad, pero no son todas, razón por la cual no podría pensarse que el estado sea la auto organización de la sociedad.

demanda, podía asignar de manera eficiente los recursos y garantizar el crecimiento económico.

Sin embargo, esta concepción vetusta entró en desuso en el momento en que desapareció la distinción entre Estado y Sociedad⁸⁶ y Gobierno y Nación. Cuando la sociedad misma se constituyó en Estado los problemas económicos naturalmente se convirtieron en problemas políticos que no escapan de la regulación⁸⁷. El Estado no podrá seguir actuando como un mero observador respecto a la economía, le corresponderá entonces asumir una posición mucho más activa.

Se produce el fenómeno de la autoorganización de la Sociedad por parte del Estado. La tesis de la neutralidad⁸⁸ del Estado desaparece (Schmitt, 1998, pág. 136) y en el escenario económico es en donde se evidencian mayores reformas. Alemania experimenta las principales consecuencias de este fenómeno como producto de un hecho cierto e indiscutible: en la distribución de las rentas públicas a finales de la década de los veinte en Alemania, el mercado, y sus fuerzas intrínsecas, no determinaban la distribución de la mayor parte de la renta alemana sino lo hacía la voluntad del Estado. Es decir, se había producido una mutación del papel del Estado en su relación con la ordenación económica. Ya no se comporta como observador neutral sino que su papel se tornó activo y participativo.

⁸⁶ Como indicamos con antelación, la distinción entre Estado y Sociedad, no es armónica. Por ejemplo Erhard indica que “en una vida estatal ordenada, sectores vitales y culturales como la economía, la educación, la administración pública, la familia y la Iglesia no son ámbitos inconexos sino que en todas parte se hace visible su interdependencia y el enriquecimiento mutuo, lo cual produce mejores resultados en todos ellos, y a su vez redundan en favor de cada individuo y de toda la sociedad” (1994, pág. 35).

⁸⁷ Para ampliar la visión sobre las dificultades que desde el punto de vista del constitucionalismo generó esta inicial separación del Estado y la economía es posible consultar Ehmke (2006).

⁸⁸ Schmitt concibe la neutralidad como la “pugna contra las fuerzas y métodos del Estado de partidos en coalición lábil, y su poder es lo suficientemente grande y lo bastante centralizado para agrupar entre sí diversas reacciones mediante una antítesis que les sirva de denominador común” (1998, pág. 168).

A partir de esta realidad Schmitt precisa que, partiendo de la base de la diferenciación aún existente, entre Estado y economía es necesario que cada uno de ellos posea una “Constitución” (una ordenación cualquiera), sin embargo, la Constitución Económica y Social no será la Constitución del Estado. Y esta diferencia se mantiene pues el ciudadano, en cuanto agente económico, no actúa de la misma manera que el ciudadano cuando ejerce sus derechos políticos y civiles. En este sentido es que este autor considera que la Constitución Económica sería la completa ordenación de la vida económica de una comunidad pero no la ordenación de otros escenarios, como el político.

No desconoce Schmitt las disposiciones económicas que tiene la Constitución de Weimar, sin embargo, precisa que reconocer la existencia de una Constitución Económica dentro de la Constitución daría origen al reconocimiento de constituciones contradictorias. Quedarían entonces las opciones de *deseconomizar* el Estado o sustituir la Constitución no económica por una Constitución Económica. Estas dos opciones no son de recibo pues registran amplias dificultades, así “el sistema de Constitución Económica no tiene, en este caso, el sentido de hacer libre y autónoma la economía, sino que solo trata de ofrecerla al Estado y someterla a él” (Schmitt, 1998, pág. 166). Resultaba acertado, bajo esta perspectiva, hablar de un Estado liberado de la economía y una economía liberada del Estado. Y ello no podría ser de otra manera al considerar que al establecer una Constitución Económica se hace necesario una unificación política, concepto imposible en la medida en que las fuerzas económico-sociales diversas y divergentes no se unifican en estructuras de policracia sino que se manifiestan con mayor desconsideración y ambición.

Parte entonces de la concepción de policracia⁸⁹ para reconocer la necesidad de la neutralidad política y esta neutralidad se hará evidente, desde el punto de vista económico, con una Constitución Neutra. Y esa neutralidad es la que permitirá indicar que los asuntos económicos deberán estar regulados por otras normas pero no por la Constitución, de no ser así esta perdería su sentido de la armonía. En este punto vale la pena indicar, como se advertirá posteriormente, que neutralidad constitucional no puede ser asimilada con inexistencia de clausulado de contenido económico en la Constitución sino como la inexistencia de un sistema económico expreso en la Norma Fundamental.

Estos argumentos se articulan con los que Schmitt presentó en su discurso “Un Estado fuerte para una economía sana”, el 23 de noviembre de 1932, ante líderes de negocios, en donde precisaba la necesidad de una primacía del Estado sobre la economía. La necesidad de subordinar el poder económico al poder político.

1.5.2 Neumann y su defensa de la Constitución monista

Un poco más conciliador aparece Neumann, para quien es posible hablar de Constitución Económica en la medida en que esta provee las fuentes y herramientas necesarias para que el Estado pueda intervenir de manera real en la Economía. El principal problema que encuentra no puede predicarse respecto de la existencia misma de la Constitución Económica, sino de su materialización, considerando el contraste entre el diseño constitucional y su realización efectiva. Su debate parte

⁸⁹ La policracia es producto de la extensión del Estado económico que caracterizaba el Reich alemán, en asocio con el pluralismo y el federalismo. Aquella “es un conjunto de titulares, jurídicamente autónomos, de la economía pública, en cuya independencia encuentra una limitación la voluntad política” y que para hacerla posible era necesario “desprender del Estado una serie de haciendas autónomas y de independizarlas frente a la voluntad política” (Schmitt, 2009, pág. 128).

entonces de la necesidad de armonizar el diseño constitucional económico con la realidad.

Para este autor es absolutamente claro que la Constitución Económica no tiene prioridad sobre la Constitución del Estado, ni se encuentra a su mismo nivel, es decir fundamenta su planteamiento en la subordinación de aquella respecto de esta (Neumann, 1987, pág. 53). Sin embargo la idea de la prevalencia de la Constitución del Estado permite predicar que no existe la posibilidad de encontrar contradicciones entre las dos disposiciones pues al existir subordinación, en caso de discordancia prevalecerá esta.

La premisa de la libertad económica, entendida como una libertad legal cualificada o mejorada, es la base de la Constitución Económica que, para Neumann es *“the system of norms wich orders state and social intervention into economic freedom”* (1987, pág. 58) y que como sistema presupone cinco condiciones: la sustitución del empresario por el funcionario (y la consecuente necesidad de una burocracia que ordene la economía y participe de su gestión), el control de los mercados no solo por leyes naturales (en clara alusión a Smith) sino por leyes relacionadas con el poder y los derechos, el reconocimiento a la existencia de mercados diversos y asociaciones profesionales en cada uno de ellos, el reconocimiento necesario al derecho a la intervención estatal en la ordenación de la economía y el reconocimiento del principio de libertad económica. Estos parámetros superan entonces la lógica del liberalismo clásico, promotor de un sistema de mercado libre sin intervención estatal.

Y, considerando que esta posición se contrapone a la de Schmitt (Maestro Buelga, 2002, págs. 40-41) es necesario precisar que a diferencia de este, Neumann reconoce la importancia de la vinculación de las asociaciones sindicales en la

dirección de la economía (art. 165 Constitución de Weimar⁹⁰) pues así se garantiza su participación democrática en el gobierno de aquella. La imposibilidad de deslindar al ciudadano político del ciudadano económico no encuentra asidero en Neumann y lo alejan en consecuencia de la visión de Schmitt.

⁹⁰ El artículo 165 —el que ha generado mayores debates respecto a la posibilidad de ser el artículo base para una Constitución Económica en Alemania— otorga a los obreros y empleados la posibilidad de concurrir en la reglamentación de las condiciones de la retribución y el trabajo a través de consejos. No es posible olvidar, respecto a este punto, la importancia que los trabajadores y sindicatos, a través del movimiento obrero socialista, tuvieron en el proceso que culminó con esa Constitución (Rürup, 1992). Para defender sus intereses sociales y económicos, los obreros, tendrán representaciones legales en Consejos Obreros de la empresa, que en asociación con los patronos y otros interesados harán parte de Consejos Económicos de Distrito y Consejo Económico del Imperio (todos ellos funcionarían en una pirámide de tres escalones en la que en cada peldaño se encontraría uno de ellos, encabezando la estructura este último) que estarán llamados a atender cuestiones económicas y cooperar en la ejecución de leyes socializadoras. Los anteriores permiten a los trabajadores participar en la dirección y compartir la responsabilidad de la economía con los empresarios en condiciones de igualdad. El Consejo Obrero del Imperio, jugaba un papel de vital relevancia en el manejo de la economía, pues cuando el Gobierno del Imperio quería presentar un proyecto de ley económico y de política social debía someterlo a revisión del Consejo antes de su presentación. A su vez, este podría presentar proyectos de ley sobre estas materias sin el beneplácito del gobierno y se les podrían asignar facultades de control y administración sobre materias que les fueran propias. Estas disposiciones, en estricto sentido, incorporan una voluntad política y un mandato al Estado para configurar los procesos privados de producción y distribución (Papier, 1996, pág. 563), imponiendo un mandato que impide hablar de neutralidad constitucional en la perspectiva económica. Esto se sumaría a las dificultades que esta representación de intereses (en cabeza de los sindicatos) generaría respecto a los procesos de representación política pues al asumir funciones políticas perturban la lógica que ha de tener la representación incluyendo elementos ajenos a la Constitución (Bassols Coma, 1985, pág. 43). Sin embargo, la participación de los sindicatos, en la determinación de la políticas económica y social, permite que no solamente el Estado sino otras organizaciones de intereses (y se retoma la distinción existente entre Estado y Sociedad) ejerzan control democrático del mercado. Los sindicatos obtuvieron el reconocimiento de la representación exclusiva de los trabajadores y otras ventajas inmediatas y las organizaciones patronales obtuvieron el reconocimiento de tres libertades básicas en una economía de mercado: propiedad privada, libertad de empresa e independencia de sus propias organizaciones. Para ampliar el sistema de cogestión propuesto y los antecedentes del artículo 165 de la Constitución de Weimar ver Caballero (1952, págs. 371- 372) y Nipperdey (1953, págs. 7-9).

1.6 Neutralidad económica constitucional

La posición de Neumann ha encontrado eco en la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales alemán y español⁹¹ y surgió una vez culminó la Segunda Guerra Mundial al ser adoptado el Estado Social de Derecho como modelo en buena parte de los países afectados por el conflicto. Este modelo modificó la concepción que se tenía de la economía al armonizar las libertades económicas con la facultad de intervención del Estado en aquella. Se planteó entonces la posibilidad de que las disposiciones económicas constitucionales pudieran tener “contenidos tan variados que bajo los mismos podían englobarse posiciones muy diferentes. Se entendió entonces que las normas de la Constitución Económica eran cláusulas abiertas cuyo contenido debía ser precisado por el Legislador ordinario y por la Administración de cada momento, por ser ellas las instancias a cargo de quienes se encuentra la orientación de la economía” (Santaella Quintero, 2001, pág. 86).

Es a partir de esta interpretación del orden constitucional económico que surge la tesis de la “neutralidad económica” de la Constitución. Para esta, las constituciones describen de manera abierta y flexible principios y disposiciones de contenido económico que podrían ajustarse a sistemas económicos determinados que, no necesariamente excluyen a otros⁹². Esta mención parte de la base de la constitucionalización de la economía sin apearse a un sistema económico determinado, sin la necesidad de remisión expresa a un sistema en particular. Es en este punto en donde se produce un deslinde respecto a la posición inicial, en este sentido se reconoce la necesidad de incorporar disposiciones de ordenación económica en la Constitución sin que, necesariamente se constitucionalice un

⁹¹ Para el caso alemán las Sentencias del 20 de julio de 1954 (Ley de Ayuda a la inversión) y del 1 de marzo de 1979 (Ley de Cogestión de los Trabajadores) y para el caso español la Sentencia 1/1982 del 28 de enero (Cajas de Ahorro de las Comunidades Autónomas).

⁹² Como advierte Díez-Picazo “no debe la Constitución preconizar un sistema económico único, sino constituir un marco abierto a todas las posibles transformaciones” (1977, pág. 47).

sistema económico único y determinado que presente problemas respecto a su efectividad y realización material.

Cómo se advertirá posteriormente, la neutralidad económica de la Constitución, respecto de un sistema económico en particular, permite la libertad para el legislador y el ejecutivo de desarrollar normas y políticas públicas de contenido económico, con independencia de un sistema económico predeterminado, considerando principios constitucionales generales⁹³. En palabras de Hesse “la Constitución también puede tener interés en no someter a normas jurídicas un determinado espacio vital, o bien hacerlo solo bajo algunos aspectos: determinadas cuestiones, como, por ejemplo, la Constitución Económica, la Norma Fundamental los deja abiertos al objeto de dejar en ellos libre espacio a la discusión, decisión y configuración” (1983, pág. 19).

Esta premisa parte de la idea de que la Constitución posee una dimensión axiológica que responde a una determinada concepción valorativa que permite su adaptación a nuevas realidades emergentes. Se considera que no es posible fijar, de manera inmóvil, el ordenamiento constitucional a un sistema económico determinado, pues ello pondría en riesgo el futuro de la economía. Lo que se hace necesario es una “comprensión imparcial del ordenamiento de la economía como unidad de elementos diversos y opuestos” (Ehmke, 2006, pág. 341).

⁹³ Al respecto vale la pena traer a colación el voto particular del Magistrado Luis Diez Picazo en la sentencia de inconstitucionalidad 181/84, del 16 de noviembre: “El concepto de Constitución Económica designa el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica o, dicho de otro modo, para el orden del proceso económico. En ella se definen el orden económico en sus fundamentos esenciales y se establecen normas que sirvan de parámetros para la acción de los operadores económicos. Así entendida, *la Constitución Económica contenida en la constitución política no garantiza necesariamente un sistema económico ni lo sanciona. Permite el funcionamiento de todos los sistemas que se ajustan a los parámetros y solo excluye aquellos que sean contradictorios con las mismas*” (cursivas fuera de texto) Esta apertura de la Constitución Económica y las restricciones a que se enfrenta en cuanto a sistemas económicos contrarios a los principios y valores constitucionales se puede ampliar en Aragón Reyes (1995).

Independientemente de la perspectiva que se adopte, es preciso entender que las constituciones no pueden mantenerse aisladas respecto de la ordenación económica y limitarse al reconocimiento de derechos y garantías, determinación de la estructura y modelo de Estado y condiciones para la reforma o la sustitución constitucional. Tampoco se puede pretender que la Constitución determine regulaciones cerradas del ordenamiento económico pues su realidad es mutable y las bases que la ordenan deben ser abiertas y flexibles. Hoy por hoy nadie podrá desestimar la fuerte relación e interdependencia que existe entre el Derecho y la Economía.

Considerando que los principios y preceptos constitucionales son “unos” no será posible colegir que existe autonomía sectorial respecto de la Constitución Económica y que en consecuencia esta podría ir en contradicción con la Constitución Política. Por el contrario, los preceptos que tiene la Norma Fundamental registran unidad respecto de sus destinatarios (no será posible indicar que algunos mandatos constitucionales solo tienen fuerza vinculante para un sector específico de la población, esta interpretación quebraría el carácter general y supremo de la Constitución) y la determinación de la validez de cualquier norma jurídica relacionada con el manejo económico del Estado no se determina de acuerdo con la Constitución Económica, considerada de manera aislada, sino con la Constitución Política; es el orden básico que esta consigna el que la convierte en “informador sustancial de su contenido y de sus elementos, que marca los límites y derroteros que legitiman y dan sentido a las instituciones, poderes y competencias dispuestos” (Correa Henao, 2009, pág. 83).

1.7 Tipología constitucional económica

A partir de esta línea argumentativa será factible hablar de la tipología de las constituciones y encontrar dos tipos de constituciones económicas⁹⁴, las denominadas formales y materiales (Herrero de Miñon, 1999, págs. 11-12). Las materiales apuntan al conjunto de reglas aceptadas por todos los agentes económicos y “que incluye [...] desde postulados económicos, principios rectores del Estado social, e incluso derechos fundamentales, como herramientas, estos últimos, que pueden llegar a modular decisiones económicas a través de criterios hermenéuticos” (Serrano Pérez, 2013, pág. 71) en un criterio amplio e integrador, mientras que las formales son las reglas que de manera expresa se encuentran consignadas en la Ley Fundamental (Asenjo, 1984, pág. 12). Las constituciones económicas formales recogen en un solo texto las normas jurídicas de la estructura económica y las materiales, mucho más amplias, consignan el ordenamiento real de la economía en una comunidad determinada (Moreno, 2000, pág. 61).

Para Maestro Buelga, además de las mencionadas, existen dos acepciones de Constitución Económica. La primera de ellas apunta a un concepto descriptivo y la restante se orienta a un concepto sustancial (2002, pág. 49). La noción de Constitución Económica descriptiva simplemente detalla las cláusulas económicas visibles en la Norma Fundamental pero podría generar algunas dificultades interpretativas pues es posible encontrar en los textos constitucionales disposiciones de contenido económico diverso, que se superponen (por ejemplo la intervención del Estado en la dirección y organización de la economía y la economía

⁹⁴ Alfonso Ojeda Marín (1990, págs. 15-16) describe a su vez otra posible tipología constitucional económica. Será posible hablar de constituciones con tendencia conformadora y constituciones sin tal calidad; constituciones socialistas, de economía liberal y de economía mixta o social de mercado; constituciones pertenecientes a países desarrollados, subdesarrollados y de desarrollo medio y; constituciones que definen un marco económico rígido y excluyente y constituciones que establecen cláusulas abiertas.

de mercado) y que vistas de manera aislada permitirían predicar la autonomía de la Constitución Económica respecto a la Constitución y su proyecto general —en clara regresión a las teorías que deslindaban economía y Estado—. Es decir, la Norma Fundamental así entendida, podría consignar disposiciones varias de contenido económico pero no necesariamente aludiría a un sistema económico determinado o cerrado.

Se habla simplemente de un conglomerado normativo que, siguiendo la lógica de las primeras constituciones con valor normativo, necesita incorporar algunas normas de contenido económico para garantizar el funcionamiento del mercado, independientemente del sistema que en uno u otro momento pudiera adoptarse. Todos los modelos entonces serían de recibo, siempre y cuando no choquen contra las disposiciones de contenido económico.

Lo que si debe ser claro es que aunque la Constitución no pregone un sistema económico determinado ello no supone *per se* la inexistencia de una Constitución Económica. Podría pensarse, siguiendo esta primera concepción en las “cláusulas de la Constitución atinentes a la economía” (López y López, 2008, pág. 811), disposiciones con un carácter abierto, flexible, sin valor o fuerza descriptiva, pero desprovistas de un modelo explícito, lo que en palabras de Albertí Rovira podría identificarse con una Constitución formal (2000, págs. 127-128).

La tesis de la inexistencia formal de un sistema constitucional económico ha resultado relevante en el constitucionalismo económico pues ha dado lugar a la teoría de la neutralidad constitucional y se podrá hablar de esta neutralidad por lo menos desde el punto de vista del contenido de la conducta económica de los agentes al considerar que a estos no le está prohibido, al tenor de la Constitución, conducirse económicamente de forma correcta incorrecta, acertada, errónea, razonable, imprudente, conforme o no a un sistema establecido. Los agentes económicos no tendrán un sistema base a partir de cual determinar cuáles serán las conductas permitidas y en su lugar tendrán que recurrir a disposiciones abiertas

y flexibles que señalan derroteros, bases y principios. La inexistencia de un sistema económico no constituye parámetro a partir del cual se valore la legitimidad de la intervención de los poderes públicos en el campo económico; esta es la tesis básica de la neutralidad constitucional.

La valoración que se haga respecto de la constitucionalidad de una medida adoptada por un órgano del poder público en el campo económico no estará condicionada por su conformidad con un sistema económico determinado —pues la Constitución no prescribe ninguno—, sino que existe más bien un sistema económico constitucional que integra y articula principios, valores y disposiciones de contenido económico de carácter abierto y flexible que se comportan como unidad integrada y sistémica.

Este “subsistema del propio sistema constitucional” (Martín-Retortillo Baquer, 1991, pág. 28) sin embargo, no es compatible con cualquier sistema económico, la necesidad de armonizar estas disposiciones conlleva a excluir modelos antagónicos con los principios constitucionalmente recibidos.

Las Constituciones económicas neutrales⁹⁵ predicen la existencia de cláusulas económicas tan amplias que pueden ser catalogadas como cláusulas abiertas, cuyo contenido debe ser definido o determinado por el legislador y por la administración, que tiene a su cargo, la responsabilidad del manejo económico. Cuando no se ata al legislador ni a las autoridades a un sistema económico específico es posible para

⁹⁵ A partir de la consideración de los principios, valores y preceptos constitucionales es claro que su satisfacción podrá alcanzarse por múltiples vías— que no son prescritas ni excluidas de manera alguna como camisas de fuerza que condicionen la actuación de los poderes públicos. Lo que viene a condicionar a los poderes públicos en consecuencia no es un sistema sino unos principios (Asenjo, 1984, pág. 143). No obstante en el caso de la Ley Fundamental de Bonn y la Constitución Española el sistema de orden sociopolítico —Estado Social y democrático de Derecho— se combina con un estilo de orden económico: economía de mercado. Estos dos tienen la particularidad de amoldarse a sistemas diversos siempre y cuando estos no contradigan esas disposiciones básicas a las que se ha hecho alusión.

ellos determinar cuál es el que más se aproxima a una situación histórica y social concreta; se valdrán entonces de los principios y disposiciones generales que consigna la Constitución, tendrán en ellos una guía que no les suministrará conclusiones mecánicas ni exactas (Entrena Cuesta, 1981, pág. 111), gozarán de un mayor margen de discrecionalidad que, no obstante, encontrará claras limitaciones y criterios orientadores.

Y esta apreciación se desprende de la naturaleza abierta de las disposiciones constitucionales⁹⁶, tal condición puede generar “antinomias y potenciales contradicciones entre sus diversos elementos” (Albertí Rovira, 2000, pág. 130) que podrán ser superadas con un ejercicio de interpretación armónica del texto

⁹⁶ La naturaleza abierta o textura abierta del derecho “significa que hay, por cierto, áreas de conducta donde mucho debe dejarse para que sea desarrollado por los tribunales o por los funcionarios que procuran hallar un compromiso, a la luz de las circunstancias, entre los intereses en conflicto, cuyo peso varía de caso a caso. No obstante ello, la vida del derecho consiste en muy gran medida en la orientación o guía, tanto de funcionarios como de los particulares, mediante reglas determinadas que, a diferencia de las aplicaciones de *standars* variables, no exigen de aquellos una nueva valoración de caso a caso [...] en la zona marginal de las reglas y en los campos que la teoría de los precedentes deja abiertos, los tribunales desempeñan una función productora de reglas” (Hart, 1995, págs. 168-169). Respecto a la textura abierta de las disposiciones constitucionales la Corte Constitucional colombiana en diversas sentencias ha reafirmado tal naturaleza, por ejemplo en la sentencia C-651 de 2003 reconoció que “debido a la naturaleza del proceso de formación de las constituciones escritas, de la función social y política que desempeñan, y de su vocación de permanencia, éstas suelen tener ciertas características lingüísticas que las diferencian de las demás categorías de textos jurídicos. En particular, suelen utilizar un lenguaje más indeterminado y abierto, en el cual no necesariamente predominan las órdenes ni las formas gramaticales prescriptivas, o cuando ello sí ocurre, no se establecen los órganos competentes. Por supuesto, estas características no son exclusivas de los textos constitucionales, y por el contrario, pueden encontrarse también en otros estatutos jurídicos de diversa naturaleza, aunque la denominada “textura abierta” o indeterminada del lenguaje es un elemento común de las constituciones contemporáneas. Al ser el resultado de un consenso político y debido a la función social que desempeña la Constitución, el lenguaje constitucional tiene por lo general una textura abierta a diversas interpretaciones. Esta característica, es un factor que incide sobre dos cuestiones fundamentales, lleva a que existan diversas formas de exigir un contenido más o menos amplio, y permite un alto grado de discrecionalidad en cabeza de la autoridad competente para desarrollarlo. En esa medida, la posibilidad de requerir el cumplimiento de una Constitución supone una competencia política que requiere el otorgamiento de amplias facultades al órgano competente, que le permiten incidir directamente sobre la estructura y el funcionamiento del Estado”. Para ampliar esta característica es posible consultar las sentencias C-107 de 2013, C-350 de 2009, C-818 de 2005 y C-284 de 2015 y el interesante texto de Uprimny y Rodríguez Villabona (2008).

constitucional en el que juicios de razonabilidad y proporcionalidad permitirán determinar la legitimidad de las intervenciones que el Estado puede hacer en el campo económico. Es por ello que, en palabras de García Villegas y Rodríguez es necesario “consolidar una dogmática constitucional a través de la jurisprudencia, de tal manera que se fije el sentido de los textos constitucionales y se asegure la predecibilidad del derecho y la uniformidad de las decisiones que se toman al respecto” (2001, pág. 442).

Vale la pena indicar respecto a la teoría de las Constituciones neutrales que tal calificativo no implica la abstención constitucional respecto de cualquier forma de ordenación de la economía o la negativa a incorporar lineamientos, principios o valores de contenido económico en la Constitución⁹⁷. Se ha indicado, *ut supra*, que el movimiento constitucional que se desarrolló a partir de la I Guerra Mundial en Alemania supuso el desarrollo de la Constitución Económica a partir de la incorporación de derechos de contenido social que modificaron la forma de entender la relación entre el Derecho y la economía.

De otro lado, y como se indicó previamente, es posible encontrar las Constituciones Económicas Sustanciales que remiten, directamente, a un sistema económico constitucionalmente recibido que actúa, como el resto de las normas constitucionales, de manera normativa. Se puede hablar entonces de un sistema que disciplina y dota de coherencia al resto de las normas, impidiendo su valoración e interpretación aislada. Según esta concepción, existió una decisión clara del constituyente para consagrar de manera expresa un sistema económico

⁹⁷ En este sentido, no se comparte la posición que plantea García Echeverría cuando indica que la neutralidad supone que “no hay garantía constitucional sobre la permanencia de un marco para la actuación económica” (1978, pág. 17), es decir que el constituyente no adoptó ninguna determinación en el campo de la organización de la vida económica. Es claro que las constituciones siempre incorporaran disposiciones varias de contenido económico que permitirán configurar las piezas de un orden económico determinado, en la medida en que limitan las posibilidades de configuración de otros órdenes económicos.

determinado que servirá como criterio indicador a los órganos del poder público y a los ciudadanos respecto de las actuaciones que podrán desplegar.

La remisión expresa que este tipo de constituciones hace a un sistema económico determinado supone una limitación respecto a la incorporación de políticas divergentes respecto de aquel en el que descansa. Y esta concepción sustancialista sirvió como base para el debate que se dio con ocasión de la Constitución de Weimar y la postguerra a la II Guerra Mundial: el que generó la escuela de los ordoliberalistas y la Economía Social de Mercado.

El sistema de referencia que disciplinaría el sistema constitucional económico sería la economía de mercado con un fuerte componente social que modificaría la razón de ser y el sentido del Estado al incorporarse el adjetivo Social de Derecho. Este modelo de Estado no es compatible con una economía dirigida ni con una economía pura de mercado y en consecuencia la Economía Social de Mercado aparece como la única conciliable con las pretensiones de este modelo de Estado.

A partir de esta identificación se produciría una armonización entre el sistema económico de Economía Social de Mercado con el Estado Social de Derecho que impediría la existencia de conflictos entre las disposiciones de contenido económico que se encuentran en la Constitución (Maestro Buelga, 2002, pág. 55).

1.8 El caso alemán, español e italiano

El sistema económico en una Constitución no necesariamente puede surgir de una declaración formal o expresa consignada en el texto constitucional, por el contrario puede hacerlo a partir de la consideración conjunta y sistemática de los principios y valores que la inspiran en el terreno económico y social, de los derechos que se reconozcan a los agentes económicos, de las limitaciones al ejercicio de los mismos y de los modos de actuación del Estado (López Camargo, 2010). La clásica separación entre economía y Estado no es visible en las constituciones modernas,

ahora los constituyentes advierten la importancia de un marco jurídico que proteja las libertades económicas y permita intervenciones en sectores que lo necesiten.

Sin embargo, la tendencia por orientar la Constitución Económica hacía un sistema fijo y predeterminado, propio de las constituciones económicas sustanciales, no era una la constante. Los constituyentes han optado, en general, por fijar clausulados abiertos de contenido económico que pueden ser contemporizados con contextos económicos y sociales diversos. Es en esta propiedad en donde se hace evidente la denominada resistencia constitucional que puede ser comprendida como la “adaptabilidad a la dinámica política” y capacidad que reviste la Norma Fundamental “para ser interpretada de forma flexible y hasta cierto punto cambiante en función de nuevos problemas y nuevas sensibilidades o exigencias” (Tomás y Valiente, 1994, pág. 639)⁹⁸. Esta condición es la que permite que, para el caso de este estudio, la Constitución Económica pueda adaptarse al cambio sin que sea necesaria una reforma pudiendo acoger todas las expectativas políticas, sin que puedan ellas ser abiertamente contrarias al texto, favoreciendo su vigencia efectiva y duración prolongada.

Esta condición puede predicarse de las constituciones alemana y española al tenor de la interpretación que de sus textos han hecho los tribunales constitucionales; respecto a la italiana, la situación es diversa pues es la única que de manera expresa reconoce el modelo de Economía Social de Mercado, sin que dicha

⁹⁸ No obstante esta mención es preciso señalar que resistencia constitucional no es sinónimo de duración en el tiempo, ella alude, en estricto sentido, y en clara armonía con el contexto del argumento, a la voluntad política que concurre en el constituyente para que “el sistema de poderes del Estado y los derechos de los ciudadanos tengan vigencia efectiva y, en consecuencia que el juego político de todo ello resultante quepa realmente en la Constitución, no queden al margen de ella más fuerzas que las que se autoexcluyan y, en definitiva, que la dinámica realidad política sea encauzada por la Constitución de forma estable y no efímera. La resistencia sería algo así como duración efectiva de la Constitución y pondría de manifiesto el éxito del poder constituyente al haber acertado a elaborar un texto adecuado a la voluntad democrática del momento inicial, pero también dotado de mecanismos técnicos capaces de adaptarlo a las cambiantes preferencias democráticas del pueblo soberano” (Tomás y Valiente, 1994, pág. 637).

condición restrinja su posibilidad de adaptación y flexibilidad, al considerar que las disposiciones propias de ese sistema son lo suficientemente abiertas para permitir ajustes políticos, económicos y sociales.

1.8.1. El caso alemán

En el caso alemán⁹⁹ la Constitución de Bonn no se decantó, expresamente, por ningún sistema o modelo económico¹⁰⁰, y así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional alemán al indicar que “la ley fundamental, que en su primer capítulo se limita esencialmente a los derechos fundamentales clásicos, no contempla ningún tipo de disposición ni garantía sobre un determinado ordenamiento económico. En forma diferente a como ocurría con la Constitución de Weimar (art. 151 y ss.) tampoco reglamenta unos principios constitucionales concretos sobre la configuración de la vida económica. Más aun, deja esta reglamentación al legislador, quien tendrá que decidir libremente al respecto dentro de los límites establecidos en la Ley Fundamental, sin que requiera para esto algo diferente a su

⁹⁹ Aunque podríamos decir que la discusión estaría zanjada a partir del contenido del art. 1.3 del Tratado para la creación monetaria, económica y social de la República Federal Alemana y la República Democrática Alemana que identifica a la Economía Social de Mercado como la base del régimen económico común de las partes del tratado. El preámbulo del Tratado, a su vez, hace mención expresa a la Economía Social de Mercado como “base para un posterior desarrollo económico y social que entrañe una compensación y seguridad sociales, y una actitud responsable respecto del medio ambiente”. No obstante y como señalan Gordillo y Canedo (2013, pág. 166), este tratado no tiene fuerza ni validez constitucional y en consecuencia, no vincula ni genera obligaciones para el constituyente alemán.

¹⁰⁰ La aparente neutralidad económica de la Constitución alemana puede entenderse a partir de la determinación de las circunstancias que consideraron los constituyentes al diseñar la Ley Fundamental. Se trataba de un texto provisional que incorporaba un derecho aplicable de manera directa y susceptible de entrar en vigencia de manera inmediata, por consiguiente, no consignaba normas programáticas ni mandatos constitucionales. Dispusieron incorporar, con prelación, las libertades y garantías fundamentales de los ciudadanos, reservando para el futuro la ordenación económica y social. No fue entonces una omisión involuntaria sino una decisión programada. Pero esta reserva del constituyente no debe interpretarse como una menor protección de las libertades en el orden económico y social pues el ciudadano debe encontrar mecanismos de protección para el ejercicio de sus libertades individuales en los procesos económicos que emprenda o participe (Papier, 1996, pág. 563).

legitimación democrática general [...] Es a esto a lo que se hace mención cuando el Tribunal Constitucional Federal ha expresado que la Ley Fundamental es neutral frente a la política económica; el legislador puede seguir cualquier política económica que le parezca adecuada, siempre y cuando acate la Ley Fundamental y, en especial, los derechos fundamentales.” (Sentencia de la Primera Sala –1 BvR 532,533/77, 419/78 y 1 BvL 21/78–, 1979)¹⁰¹.

Esta falta de elección por un sistema económico en concreto¹⁰² obedece también a la existencia de valoraciones económicas contrapuestas, así “en la Ley Fundamental se encuentran preceptos de contenido liberal (como por ejemplo la libertad contractual y el derecho de propiedad, según el artículo 2.1 y 14 de la Ley Fundamental) junto a los que son propios de un sistema económico de economía centralizada (la socialización del suelo según los artículos 15 y 74.15 del mismo texto)” (Ehmke, 2006, pág. 365). A partir de esta línea argumentativa es posible advertir que el TCA en su jurisprudencia no toma partido por un sistema económico particular pues reconoce que en el seno de la Ley Fundamental se advierten disposiciones que abogan por sistemas divergentes. Resulta sensato entonces comprender que la valoración neutral que hace del texto constitucional solo

¹⁰¹ No obstante, esta sentencia viene a reproducir aquello que el 20 de julio de 1954 el Tribunal Constitucional Alemán había precisado: la neutralidad político-económica de la Ley Fundamental de Bonn.

¹⁰² La teoría de la neutralidad del texto constitucional alemán sin embargo debe matizarse con la existencia de una política económica clara que desde el año 1948 ha sido definitivamente orientadora: la Economía Social de Mercado (Müller-Armack A. , 2011 (1956), pág. 15). Este sistema, teórico en un inicio, sin embargo fue llevado a la práctica por el Ministro de Economía del primer Gabinete federal bajo la cancillería de Konrad Adenauer, Ludwig Erhard, padre del milagro económico alemán (Röpke, 1989 (1966), pág. 237). Para este la necesidad de conciliar libertad económica y justicia social constituye la piedra angular de la política socio económica clave para la recuperación alemana (Wunsche, 1994, págs. 26 - 28). La política económica de Economía Social de Mercado se inspira en la “idea de armonizar, sobre la base de una economía de libre competencia, la libertad personal con un creciente bienestar y seguridad social, reconciliando a los pueblos mediante una política de aperturismo mundial” (Erhard L. , 1994, pág. 40). Tres entonces serán las bases de esta política: libre competencia económica como manifestación de la libertad personal; bienestar y seguridad social; y apertura económica.

encuentre como límites los principios y disposiciones claramente determinados por el constituyente, que se establecen como barreras frente a las posibles intervenciones por parte del Estado en el ordenamiento económico.

Y aunque la Constitución no establece *expressis verbis* un sistema económico determinado si contiene importantes normas reguladoras de la vida económica que pueden considerarse como pilares del orden económico en Alemania: a) la regulación de la competencia; b) la autonomía de las organizaciones sociales; c) la independencia del Banco Central¹⁰³; y d) el compromiso del gobierno por satisfacer objetivos económicos (Donges J., 1977, pág. 135) para lo que deberá adaptar su política macroeconómica y financiera a las exigencias del equilibrio macroeconómico.

El constituyente comprendió que, amén de las condiciones especiales que rodearon el debate, por ser la realidad socioeconómica cambiante, ceñirse a un sistema económico específico reduciría el campo de acción del legislador y generaría dificultades respecto a la vocación de permanencia que pudiera tener el texto. Era necesario dejar la Ley Fundamental abierta a fines sociales y económicos muy diversos, en consonancia con el principio de neutralidad en la política social y económica (carácter estructuralmente abierto) que no obstante requiere del despliegue de una amplia actividad y dirección estatal que garantice los fines del Estado (Schneider, 1991 (1974), pág. 38 y 49).

¹⁰³ Esta circunstancia debe armonizarse con la existencia de un Banco Central Europeo (en adelante BCE), institución independiente que siguiendo el mandato del TFUE está encargado de mantener la estabilidad de precios en la zona euro para lo que trabaja mancomunadamente con los bancos centrales de cada país. La dirección de la política monetaria en la zona euro estará en cabeza del Banco Central y de los bancos centrales nacionales —que para todos los efectos constituyen en Sistema Europeo de Bancos Centrales (SEBC)— (núm. 1 art. 282 TFUE). La independencia del BCE cuenta con un refuerzo importante dado por la imposibilidad de que sus decisiones sean revocadas por los parlamentos nacionales ni por cualquier otro órgano de la Unión, teniendo sin embargo, obligaciones de transparencia y rendición de cuentas (Calvo Hornero, 2014, pág. 40).

Se advierte entonces que aunque existe libertad para el legislador de formular y desarrollar cualquier política económica, esta encuentra límites claros dados por los principios constitucionales y los derechos fundamentales. Estos se constituirán en límites al momento de definir políticas de contenido económico¹⁰⁴. El Tribunal Constitucional alemán se ha opuesto entonces a cualquier intento por identificar la voluntad del constituyente con un determinado sistema económico (que pudiera vulnerar los derechos fundamentales) o con una doctrina económica específica (que determine políticas óptimas o adecuadas) ni, mucho menos, ha pretendido ajustar las mismas a modelos puros de libre competencia económica o de economía del mercado¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Al revisar el contenido de la Ley Fundamental alemana —*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*— e identificar las libertades de contenido económico se pueden mencionar: la garantía de la propiedad privada y su explotación económica, y aquella destinada a la actividad empresarial (art. 14 G.G.); la libertad profesional y la de empresa e industrial, el derecho a elegir libremente el lugar de trabajo y de formación (art. 12.1 G.G); el derecho a constituir y participar de asociaciones y sociedades, a su disolución y no permanencia en ellas (art. 9.1 G.G); la libertad contractual y la autodeterminación de su contenido; y el derecho a crear, afiliarse o no afiliarse a asociaciones sindicales y a establecer a través de ellas, y en régimen de autonomía, las condiciones laborales y económicas (art. 9.3 G.G) El reconocimiento de todas estas libertades permite hablar, en principio, de la imposibilidad de abogar por un sistema de economía centralizada, claramente incompatible con el disfrute y garantía de cada una de ellas (circunstancia a la cual se suma el sistema federal, propio de Alemania, que dota de autonomía local, y potestad administrativa y presupuestaria a los *Länder* y municipios). Estas garantías, en esencia, permiten a los ciudadanos participar de los procesos económicos y sociales, ser parte activa de ellos. Y aunque existe autonomía del legislador, e incluso del ejecutivo, para desarrollar disposiciones de contenido económico, éstas no podrán vulnerar los derechos fundamentales. Hablamos entonces de un sistema mixto que reconoce la existencia de mecanismos descentralizados de dirección de la economía privada con la planificación central de la economía sujeta a un plan (equilibrio macroeconómico, crecimiento económico adecuado y responsabilidad estatal para con el régimen económico y social), en estricto sentido la relación que existe entre la propiedad y las libertades económicas y el Estado Social de Derecho.

¹⁰⁵ No obstante, sugiere Jürgen B. Donges (1977, págs. 132-133) tres disposiciones doctrinarias respecto al contenido económico de la Ley Fundamental Alemana: 1. Los constituyentes decidieron no adoptar ninguna decisión sobre el sistema económico por sus profundas diferencias de opinión (especialmente entre conservadores y socialdemócratas) lo que genera para el legislador la obligación de mantener total neutralidad económica; 2. La Constitución, aunque no de manera expresa, consigna un sistema de Economía Social de Mercado pues es parte integral de un sistema democrático pluralista como el establecido en la Ley Fundamental; 3. Aunque la Constitución no define un sistema, el catálogo de derechos fundamentales y la cláusula de sociabilidad de la propiedad privada determinan el campo de acción que tendrá que tener en cuenta el legislador.

La Constitución de Weimar, predecesora de aquella, aunque tampoco incluía un modelo incluía un mayor número de disposiciones de contenido económico. Es pertinente recordar que fue justamente la disposición del artículo 165 la que generó la discusión respecto a la constitucionalización del orden económico. En ese entonces y ahora, tal configuración permite que el legislador alemán no se encuentre atado o restringido por un sistema económico en particular sino que considere, al momento de ejercer su función legislativa, el margen de acción que le permite la Ley Fundamental (Stöber, 1992, págs. 63-68), circunstancia que se aplica en igual medida al ejecutivo cuando adopta políticas de contenido económico y social.

1.8.2. El caso italiano

La Constitución Económica italiana de 1948 es el ejemplo más claro de la concurrencia entre ideas de izquierda comunista y socialista, del denominado catolicismo social y del liberalismo. Entre los constituyentes no existía, en palabras de Vergottini (2012, pág. 340), una cultura de mercado caracterizada por la presencia activa de la libre concurrencia, sino que dominaba la cultura del intervencionismo público orientado a la satisfacción de objetivos de justicia social y a la socialización de la economía. Aunque existía un reconocimiento del derecho a la propiedad, el mercado, el contrato y la iniciativa económica (instituciones propias de una economía de mercado) se privilegiaba la iniciativa económica pública y el consecuente dirigismo que restringía la iniciativa privada orientada hacia fines sociales.

Puede indicarse que la Constitución italiana, desde una perspectiva económica, consigna un sistema de economía mixta (Vergottini, 2012, pág. 342). No obstante con la revisión constitucional del año 2001 (Ley Constitucional del 18 de octubre n.3) se produjo una recepción de los principios europeos que produjo una actualización del texto constitucional incluyendo el reconocimiento del mercado con

libre competencia mezclado con la justicia social, constituyendo así una versión general de un modelo de Economía Social de Mercado.

1.8.3 El caso español

Para el caso español la Constitución Económica reconoce un número importante de garantías y disposiciones de contenido económico¹⁰⁶, pero no prescribe un sistema económico en sí, el constituyente no se adhirió a un modelo económico específico¹⁰⁷, sino que comprendió que el sistema de relaciones económicas no es algo “absolutamente regulado o inmune al poder público” (López Garrido, 1993, pág. 81).

Es posible identificar a partir de la lectura del texto español que este no es ajeno a la identificación de disposiciones que podrían permitir trazar los bocetos de un sistema económico en particular, aunque algunos de ellos se encuentren en aparente conflicto¹⁰⁸. Es importante precisar que recibe del ideal capitalista las

¹⁰⁶ Sin embargo para Herrero R. de Miñón, la existencia de múltiples disposiciones con contenido económico no las hacen parte de la Constitución Económica en estricto sentido, todas ellas constituyen derivación de los artículos 33 —derecho a la propiedad—, 38 —libertad de empresa y 128 —actividad pública en la economía, que son, en su sentir, los que integran la Constitución Económica española (1988, pág. 26).

¹⁰⁷ Oscar de Juan Asenjo (1984, págs. 40-53) describe las circunstancias en que se produjo la discusión y aprobación de la Constitución Económica española. Habida cuenta de las particularidades del proceso constituyente es importante comprender las motivaciones y condiciones en que se desarrolló el proceso. Para éste autor es posible identificar que en España existía ya una Constitución Económica material que reducía el campo de acción de los constituyentes (1984, pág. 18) tal vez esto permite explicar que aunque se presentaron discrepancias estas no fueron tantas como en otros aspectos del debate; existió entonces consenso en los valores superiores del orden económico y en los objetivos generales de la actuación económica del sector público (1984, pág. 50).

¹⁰⁸ Las disposiciones que mayores conflictos podrían generar respecto a su armonización serían las contenidas en el artículo 38, libertad de empresa en una economía de mercado o iniciativa privada y la iniciativa pública en la actividad económica consignada en el art. 128 pues en apariencia permitirían consolidar sistemas económicos disímiles. Para algunos no es posible armonizar un sistema de descentralización de la planificación de las decisiones económicas y otro que centralice dichas decisiones (García Echeverría, 1978, pág. 59) sin embargo esta visión correspondería más a una que no realiza una interpretación sistemática e integral del texto constitucional. En este sentido

instituciones fundamentales: propiedad privada, contrato y libertad económica; y rechaza la planificación estricta pero por otro lado señala principios que orientan la organización socioeconómica por parte del Estado.

Así, a partir de este ejercicio es posible reconocer que la Constitución Económica española:

- a. Reconoce la igualdad de todos los individuos y señala la función que corresponde a los poderes públicos de facilitar la participación de todos en la vida económica (art. 9.2),
- b. Reconoce la libertad de empresa, en el marco de una *economía de mercado* (art. 38), el derecho a la propiedad privada¹⁰⁹ (que cumple una función o utilidad social)¹¹⁰ y la herencia; pero indica que deben servir al interés general (art. 33),
- c. Establece una política de estabilidad económica, que deberá atender especialmente al pleno empleo. Los poderes públicos, en consecuencia, deberán adoptar medidas para garantizar el progreso social y económico y la distribución más equitativa de la renta (art. 40.1),

Menéndez acierta al señalar que no se puede afirmar la validez de un sistema de economía liberal puro ni uno de economía colectivizada o de dirección central pues ello implicaría ignorar lo normado por el artículo 38 Superior (1985, pág. 33).

¹⁰⁹ “La Constitución no ha recogido una concepción abstracta de este derecho, como un mero ámbito subjetivo de libre disposición o señorío [...] Por el contrario, la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidas de acuerdo con las leyes, en atención a valores e intereses de la colectividad, es decir a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio está llamada a cumplir” (STC 37/87, de 26 de marzo).

¹¹⁰ El derecho a la propiedad, para el Tribunal Constitucional español, ostenta una doble condición: es un derecho subjetivo y una institución, que se encuentra debilitada por la disposición que consigna el art. 33.3 pues éste “cede para convertirse en un equivalente económico, cuando el bien de la comunidad [...] legitima la expropiación” (STC 111/83, de 2 de diciembre), a su vez respecto al núcleo esencial del derecho ha indicado el Tribunal en comentario que “utilidad individual y función social definen, por tanto, imprescindiblemente, el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes” (STC 37/87, de 26 de marzo).

- d. Promueve el uso racional de los recursos naturales (art. 45. 3),
- e. Garantiza la defensa de los consumidores protegiendo, de manera especial, la seguridad, la salud y sus legítimos intereses económicos (art. 51.1),
- f. Reconoce la iniciativa pública en la actividad económica permitiendo, ocasionalmente, los monopolios y la intervención estatal en las empresas, en casos necesarios (art. 128.2),
- g. Promueve diversas formas de participación empresarial por los poderes públicos (art. 129.2),
- h. Atiende a la modernización y desarrollo de todos los sectores económicos para equiparar el nivel de vida de todos los españoles (art. 130. 1), y
- i. Podrá planificar la actividad económica general, a través de ley, persiguiendo objetivos sociales y de desarrollo puntuales (art. 131.1)

Y es importante indicar que estas disposiciones de contenido económico que consigna la Constitución española¹¹¹ han permitido al Tribunal Constitucional español y la doctrina colegir que la Norma no es ajena a la ordenación de la economía y que la alusión que hace el artículo 38 a la economía de mercado podría interpretarse como tendencia hacia ese sistema económico, sin que pueda predicarse que aquel es el constitucionalizado como propio en el constitucionalismo español.

Se parte de la base de que ese sistema de economía de mercado “es compatible con todas las intervenciones de carácter público que la nueva condición del Estado posibilita” (Garrorena Morales, 2014, pág. 151). Con base en esta conclusión es acertado decir que no existe un sistema económico constitucional único (Asenjo,

¹¹¹ Buena parte de estas disposiciones se encuentran en el Título I, Capítulo III “De los principios rectores de la política social y económica” y en un comienzo surgió la pregunta de si estas disposiciones tenían un contenido programático o normativo. Por ser objeto de estudio en la parte inicial de esta investigación la naturaleza normativa de la Constitución no se hará nuevamente un análisis, véase García de Enterría (1982, págs. 68-72) y Asenjo (1984, págs. 120-124).

1984, pág. 68) —pues la Constitución no prescribe ninguno— desde el cual se pueda revisar la “legitimidad de la actuación de los poderes públicos en el ámbito económico” (Albertí Rovira, 2004, pág. 124), sin embargo esta falta de precisión no impide que la intervención estatal en la economía pueda llevarse a cabo para cumplir con los objetivos y principios constitucionales.

El texto constitucional español reconoce, en apariencia, la economía de mercado¹¹², limitada al contexto de la libertad de empresa (art. 38) sin que sea posible calificarla como propia del sistema económico¹¹³. Ha dicho el Tribunal Constitucional español “nuestra Constitución Económica no sanciona ni garantiza necesariamente un sistema económico único y determinado, sino que más bien permite el funcionamiento de todos los sistemas que se ajusten a los parámetros constitucionales; solo excluye aquellos programas de gobierno que sean

¹¹² El problema de esta mención, a tenor de García Pelayo, es que resulta problemática en sí misma. Para el autor existen varios sistemas a los que se designa como economía de mercado: economía libre de mercado, Economía Social de Mercado y economía dirigida de mercado que, podrían quedar englobados en la remisión que hace el artículo 38 constitucional español (1991). En el mismo sentido es posible consultar el voto particular de Díez-Picazo en el que se indica que “la referencia a la libre empresa en el mercado de la economía social de mercado permite un sistema económico de economía plenamente liberal, una economía intervenida y una economía planificada por lo menos a través de una planificación indicativa” (Sentencia 37/1981, de 16 de noviembre). Claro está que, al hacer una interpretación sistemática del texto es posible descartar la primera y última opción pues su aceptación conllevaría la anulación de varias disposiciones, situación que no es viable.

¹¹³ No obstante lo anterior, y la posición del Tribunal Constitucional, algunos autores reconocen a la economía de mercado como el sistema propio de la Constitución española, entre ellos encontramos: Aragón Reyes (2013, pág. 630), Castilla Andreu (2014, pág. 73), Duque Domínguez (1979, pág. 71) y Entrena Cuesta (1981, pág. 112). Ellos parecen seguir la idea de que por ser requisito esencial para el funcionamiento del mercado la libertad de empresa, el sistema económico propio descrito constitucionalmente es el mencionado. Vale la pena resaltar que de forma expresa el constituyente determino que el ejercicio de la libertad de empresa se ejercería en una economía de mercado pero no determinó que fuera el sistema económico propio de la Constitución. Así, por ejemplo en la Sentencia 37/1981 del 16 de noviembre el Tribunal Constitucional reconoció que el artículo 38 “reconoce “la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado”. Como es obvio, tal precepto, en muy directa conexión con otros de la misma Constitución y, señaladamente, con el 128 y el 131, en conexión con los cuales debe ser interpretado, viene a establecer los límites dentro de los que necesariamente han de moverse dos poderes constituidos al adoptar medidas que incidan sobre el sistema económico de nuestra sociedad.” Ruiz-Rico Ruiz por el contrario señala que el sistema al que tiende la Constitución Económica española es el de economía dirigida de mercado (1995, pág. 245).

contradictorios con éstos” (STC 1/1982, de 28 de enero)¹¹⁴. Así, para determinar si una medida pública se ajusta a la Constitución o no, no se hará una revisión de esta frente a un sistema determinado sino que se revisará si esta persigue una finalidad incompatible con la Constitución, lesiona derechos fundamentales o vulnera el orden de distribución de competencias entre el Estado y las administraciones autonómicas.

El carácter descriptivo que tiene la Constitución española, ajeno a un modelo concreto, no puede impedir reconocer que es afín o proclive a un sistema económico determinado: un sistema económico de mercado que se compagina con las necesidades y proclamaciones del Estado Social de Derecho. No obstante su carácter abierto¹¹⁵ y mutable permite que sea contemporizado sin necesidad de reforma constitucional en dicho sentido (Álvarez Conde, 2005, pág. 543), en el que el Estado asume un papel transformador de la realidad económica y social a través de la intervención pero sin desconocer el papel fundamental de la libre competencia económica. El sistema rechaza tajantemente una economía enteramente dirigida y una enteramente libre y permite que, con independencia de la ideología que llegue al poder y su programa de gobierno, esta pueda realizar ajustes socioeconómicos con la consideración imperativa de unos límites y el cumplimiento de diversos mandatos (Aragon Reyes, 1995, pág. 11).

¹¹⁴ No obstante esta primera sentencia, con antelación el Magistrado Luis Diez Picazo en voto particular a la sentencia TC 37/1981, de 16 de noviembre, afirmó respecto al contenido del artículo 38 de la Constitución que se “ha tratado y trata de introducir, por lo menos parcialmente, lo que se ha llamado una Constitución Económica” que fue definida como “el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica”.

¹¹⁵ El carácter abierto que tiene la Constitución permite hablar de la armonización entre la intervención económica pública (art. 128.2) y la intervención económica privada (art. 38) que rompe con el principio de subsidiariedad de la intervención pública en la economía, propia del Estado liberal capitalista, abre las puertas a cualquier sistema económico, siempre que no entre en contradicción de los principios y normas que consigna la Constitución. En este sentido es posible entender la afirmación de Menéndez cuando indica que “la flexibilidad del sistema se produce dentro de unos límites, definidos por los propios preceptos constitucionales” (1985, págs. 53-54).

Es viable indicar, para culminar este análisis, que el sistema constitucional económico español se encuentra presidido por la institución del mercado (art. 38 C.E.) en el que se desarrollan las libertades económicas que resultan atemperadas por exigencias derivadas del mandato social que impone el modelo de Estado.

1.8.4 Algunas particularidades en el caso europeo

Elemento común para las constituciones económicas descritas¹¹⁶ es el impacto de la integración europea que ha reforzado la idea de conjugar el reconocimiento de las posibilidades intervencionistas que tienen los Estados en las unidades de división política y territorial propias parcelas de poder (en el ámbito de los *Länder* y municipios en Alemania y de las Comunidades Autónomas en España) con la unidad estatal y las responsabilidades que se han trasladado a la órbita europea comunitaria¹¹⁷ (Tena Piazuelo, 2000, pág. 2624). Corresponderá ahora a los Estados articular sus políticas económicas a directivas y orientaciones precisas sobre política macroeconómica comunitaria, se reduce así su campo de acción y se producen modificaciones importantes respecto a las Constituciones económicas propias (Muñoz Machado, 1993).

Alemania y España, al tener constituciones calificadas como neutras¹¹⁸, parecieran adaptarse con mayor facilidad a estas exigencias pues no defienden ningún sistema

¹¹⁶ Y aunque pudiéramos hacer un análisis de las constituciones de otros países europeos, nos concentramos en la alemana y española pues es de aquellas que el constitucionalismo colombiano ha bebido sus fuentes y enriquecido su doctrina mayoritariamente.

¹¹⁷ Al respecto advierte Castellà para el caso concreto español que, tras su incorporación a la Unión Europea “el Estado ha perdido capacidad de decisión en el ámbito económico, financiero y monetario, pues debe respetar las disposiciones de los Tratados, particularmente las conocidas libertades comunitarias [...] y su desarrollo por el derecho derivado y por las instituciones y órganos de la Unión” (2015, pág. 78).

¹¹⁸ La teoría de la neutralidad constitucional, para los países que durante las décadas de los 60 y 70 (Italia y Alemania y a partir de allí España) la acogieron, en palabras de Aragón Reyes debe ser desestimada. Hoy por hoy no es posible hablar de una absoluta neutralidad constitucional pues las Constituciones descritas señalan, en el marco de un Estado Social y con las limitaciones que éste

económico particular¹¹⁹, consignan disposiciones generales, mandatos y cláusulas de habilitación de contenido económico que permiten ajustes con algunas restricciones. En el caso de la Unión Europea es claro que esta consigna unas disposiciones de contenido económico en su variada normatividad y los países que forman parte de ella deben ajustarse.

Sin embargo cualquier sistema, en el marco de un Estado Social de Derecho [modelo acogido por buena parte de los países industrializados de occidente (Pfaller, 1997)], no puede suponer uno en el que se eliminen las libertades económicas de los ciudadanos o agentes económicos y se entregue la dirección total de la economía al Estado. La neutralidad en consecuencia no puede entenderse como indiferencia o apatía del constituyente respecto a un sistema económico, sino como la capacidad que tendría el texto constitucional para adaptarse a una realidad económica y social específica, a partir de un sistema económico genérico, ateniendo a circunstancias de tiempo y espacio variables, siempre que este modelo no pugne con los principios y valores fundamentales que consigna la Constitución (que son los que lo dotan de unidad y coherencia).

Esta afirmación encuentra soporte en las palabras de Aragón Reyes para quien “la tesis acerca de la <<neutralidad>> constitucional sobre el modelo económico [...] ha sido hoy mayoritariamente abandonada [...] y sustituida (por aplicación además, de los principios jurídico-económicos que se derivan del ordenamiento comunitario europeo) por la idea de que tal neutralidad no puede ser absoluta y que la

conlleva, una economía de mercado que imposibilita la intervención total de la economía por los poderes públicos erradicando la libertad. Este cambio se ha visto influido por las disposiciones de contenido comunitario que derivan del orden europeo (1995, pág. 8).

¹¹⁹ Múltiples han sido las críticas respecto a la crisis de las Constituciones Económicas de los países de la eurozona a partir de la crisis del año 2008. Para mayor ilustración ver Josu de Miguel Bárcena (2011).

Constitución garantiza, al menos en sus líneas básicas, la economía de mercado (con limitaciones impuestas por el Estado Social, claro está)” (1995, pág. 9).

Si se parte de la base de que las constituciones se caracterizan por tener una estructura abierta, dinámica y fragmentaria, es posible comprender con facilidad que algunas “cuestiones particulares han quedado conscientemente abiertas, precisamente para que sean resueltas en una libre confrontación política, como la configuración concreta del orden económico y social” (Schneider, 1991 (1983), pág. 73). Esta estructura dinámica responde a la manifestación de una situación histórica cambiante, que necesita contemporización, y que solo en la elasticidad de sus normas podrá encontrar vocación de permanencia y perpetuidad.

Es en este sentido que debe predicarse la neutralidad constitucional económica, hoy por hoy es casi imposible indicar que una Constitución es ajena a la vida socio económica y en consecuencia la determinación de garantías y condiciones generales que permitan el funcionamiento el mercado serán indispensables en cualquier Ley Fundamental.

Se ha indicado que el modelo de Estado Social de Derecho propio de buena parte de los países europeos, y concretamente de España y Alemania (referentes importantes en la elaboración de este documento), podría armonizar con un sistema económico que permita el funcionamiento del mercado —respetando sus mecanismos— pero que garantice la intervención para corregir fallos y circunstancias de desequilibrio social. No todos los sistemas de mercado permiten tal simbiosis, la Economía Social de Mercado ha resultado ajustarse a esta exigencia y se ha constituido en aquel propio de los países descritos y un referente importante en el proceso de consolidación de la Unión Europea¹²⁰, amén de su

¹²⁰ Los tratados comunitarios consignan disposiciones a favor de una economía de mercado abierta y en libre competencia al tenor de los art. 119 núm. 1, 120 y 127 del TFUE. El Tratado de la Unión

recepción por el constitucionalismo colombiano. El epígrafe posterior analizará las condiciones en que se produjo el nacimiento de este sistema, su evolución y principales características.

2. Antecedentes del sistema de Economía Social de Mercado¹²¹

En Alemania, como reacción a las corrientes socialistas y al nacionalsocialismo, surgió una nueva ideología de contenido económico: la Escuela de Friburgo, que sentó las bases de la Economía Social de Mercado¹²². Esta escuela será la primera

Europea, firmado el 13 de diciembre de 2007, y que entró en vigor el 1 de enero de 2009, introduce en una disposición internacional, por primera vez, el sistema de Economía Social de Mercado al describir el objetivo del mercado indica que éste “obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una Economía Social de Mercado altamente competitiva tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente” (art.3.3 T.U.E.). Posteriormente el artículo 119 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Antiguo 4 T.C.E) indicó “para alcanzar los fines enunciados en el artículo 3 del Tratado de la Unión Europea, la acción de los Estados miembros y de la Unión incluirá, en las condiciones previstas en los Tratados, la adopción de una política económica que se basará en la estrecha coordinación de las políticas económicas de los Estados miembros, en el mercado interior y en la definición de objetivos comunes, y que se llevará a cabo de conformidad con el respeto al *principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia*” (cursivas fuera de texto). La protección de la competencia además se advierte clara en el Protocolo número 27 adjunto al TFUE que partiendo de la obligación de proteger el mercado único “comprende un sistema que asegura que la competencia no esté falseada” dispone la necesidad de adoptar acciones precisas para garantizar la protección de la competencia económica. Y aunque una de estas disposiciones hace mención expresa a la Economía Social de Mercado como sistema económico de la Unión Europea no existe uniformidad en su interpretación. No será pretensión de esta tesis hacer un análisis de la Constitución Económica de la Unión Europea pues tal tarea superaría el objeto de estudio, tampoco analizar si aquel es el sistema acogido por la Unión, sin embargo es posible consultar Gordillo Pérez y Canedo Arrillaga (2013) Miccù (2010) y Maestro Buelga (2000).

¹²¹ La redacción de éste acápite consultó la literatura que se encuentra disponible en español. Buena parte de la literatura que de los clásicos existe sobre Economía Social de Mercado se encuentra en alemán y son pocas las traducciones al español. Así lo ha resaltado Joerges “la literatura sobre el tema en alemán es abundante, pero en inglés no lo es tanto” (2005, pág. 16) —y aún más escasa en español—, para aquel la historia constitucional económica europea, ligada al Derecho Constitucional alemán, en sus orígenes, se encuentra muy bien documentada. Esta dificultad se advirtió en la reconstrucción del concepto Economía Social de Mercado, la documentación disponible en español es escasa y en el caso colombiano no existe un estudio que permita servir como fuente en este proceso.

¹²² Tradicionalmente se ha asociado el surgimiento de la Economía Social de Mercado con Alemania, sin embargo, autores como Sols Lucia, Florensa y Campodrón (2009, pág. 80) reconocen

de pensamiento económico que plantearía la necesidad de incorporar las bases económicas en la Constitución.

A partir de la Segunda Guerra Mundial la Economía Social de Mercado empezó a ser la denominación con la cual se identificó el sistema económico de la República Federal Alemana¹²³. Ante la clásica posibilidad de dos sistemas de ordenación de la economía (economía central y economía de mercado)¹²⁴, los principios de la Economía Social de Mercado armonizaban con los principios e ideales de un Estado Social de Derecho. Se ha comprendido que el sistema en mención es una fórmula económica armónica en el marco de una fórmula política que es el Estado Social de Derecho.

Sin embargo, sus orígenes se remontan años atrás. Como se había descrito, en la época de entreguerras, la economía alemana experimentó grandes avatares¹²⁵ que marcaron el destino del sistema económico que, posteriormente, caracterizó al constitucionalismo económico alemán e influyó en algunas constituciones económicas europeas y latinoamericanas.

Sin embargo es claro indicar que este sistema, con fuerte influencia en diversos países europeos y otros tantos latinoamericanos, no fue el predominante en otras

antecedentes de este sistema en EE.UU. con el expresidente Roosevelt y su política del *New Deal*; sin embargo, aquellos autores precisan que mientras en Alemania fue un sistema con vocación de permanencia, en EE.UU. —partiendo de las ideas keynesianas— se adoptó como un sistema excepcional, útil para superar la crisis del 29, sin pretensión de permanencia.

¹²³ Para Ludwig Erhard este sistema “liberó nuestro pueblo de la indigencia económica y de la coacción social” (1994, pág. 63), en el mismo sentido y precisando su naturaleza Müller-Armack indica que es “un camino para aprovechar la libertad humana, para hacernos adelantar algo, para permitirnos vivir con un poco más de seguridad y libertad, para proporcionarnos, en fin, el sentimiento de la justicia y de la libertad de coacción y de explotación” (1963 (1948), pág. 115).

¹²⁴ Como indica Noejovich (2011, pág. 203) “cual dilema hamletiano, la cuestión podía reducirse en escoger entre capitalismo o socialismo, en tanto que hacen referencia a los criterios de asignación de recursos o el cálculo económico” El autor hace esta mención identificando el capitalismo con una economía de mercado o tráfico y el socialismo con una economía centralmente dirigida.

¹²⁵ La elevada inflación y el alto endeudamiento público, producto de la economía de la guerra, habían menguado la confianza en el *Reichsmark* como moneda.

latitudes, así, por ejemplo en los Estados Unidos con posterioridad a la Gran Depresión un sistema que apuntara a consolidar el Estado de Bienestar con fuerte intervención del Estado en la economía a través de políticas fiscales con impuestos progresivos y aumento en el gasto público fue el adoptado (Berzosa, 1999, pág. 29). Políticas económicas neoclásicas keynesianas dominaron el panorama hasta comienzos de la década de los 70 cuando la expansión económica encontró límites que no pudieron ser superados y generaron un cambio de paradigma.

Al igual que la economía liberal de mercado, la Economía Social de Mercado parte del reconocimiento de los mercados como el mejor sistema para la asignación de recursos; sin embargo, supera a aquella al tratar de corregir condiciones sociales e institucionales de desigualdad y desequilibrio que permitan operar de manera eficiente y equitativa. De este modo, parte de un sistema de competencia lo más perfecto posible que se complementa con una adecuada política social (Ernste, 2011 (2006), pág. 56). Para Resico (2009, pág. 49) este sistema económico surge como un intento consciente de conjugar las ventajas de la economía liberal de mercado (fomento de la iniciativa privada, productividad, eficiencia, tendencia a la autorregulación) con valores fundamentales de la tradición social cristiana¹²⁶

¹²⁶ No es posible olvidar que la Democracia Cristiana de Alemania, partido político del Canciller Konrad Adenauer, facilitó la incorporación de esta ideología a su programa político. Desde el punto de vista económico el pensamiento socialcristiano parte de que la economía de mercado es el mejor sistema para asignar los recursos, sin embargo requiere de un sólido marco jurídico e institucional combinado con resguardos sociales y condiciones éticas para su adecuado funcionamiento (Resico, 2009, pág. 51). Para profundizar en la relación que existe entre el pensamiento católico y la economía de mercado ver Daniel Villey (1963 (1955), págs. 120-133) y Sols Lucia, Florensa y Campodrón (2009, págs. 89-97). Profundizando un poco más, la relación entre la Economía Social del Estado y la Doctrina Social de la Iglesia se puede advertir de manera clara en cuatro encíclicas, la *Rerum Novarum* (RN) del Papa León XIII (1891) —que marca el giro del vaticano hacia el problema social— (Muñoz Machado, 2013, pág. 68), la *Quadragesimo Annus* (QA) del Papa Pio XI (1931), la *Centesimus Annus* del papa Juan Pablo II (1991) y la *Caritas in Veritatem* del Papa Benedicto XVI (2009). La primera de ellas responde a un momento histórico particular, el fin del siglo XIX y la consolidación de dos nuevas ideas, el socialismo marxista y el capitalismo industrial, cuyas premisas no eran compatibles con la fe cristiana. La importancia de esta encíclica es vital en la fundación de la Doctrina Social de la Iglesia. La QA a su vez, fue escrita en el momento crítico del capitalismo y la expansión del socialismo soviético con la puesta en marcha del primer plan quinquenal (1928-1932).

(solidaridad, cooperación y subsidiariedad) para la que la función principal del Estado está orientada al servicio de las personas y el resguardo de su dignidad.

La necesidad de discutir sobre el orden económico más adecuado para combinar acertadamente la “búsqueda e introducción de innovaciones en favor del crecimiento económico y la justicia social” (Benecke, 2003, pág. 5) estuvo presente desde los trabajos de la Escuela de Viena con mención especial de Böhm-Bawerk, von Mises y Schumpeter y los análisis de Max Weber. Sin embargo, esta Escuela es un antecedente que no puede ser considerada la fuente principal del sistema en mención.

El concepto Economía Social de Mercado fue analizado con precisión por el economista alemán Alfred Müller-Armack¹²⁷¹²⁸. Las ideas base para sus estudios provinieron de la Escuela de Friburgo¹²⁹ que a partir de los años 40, de manera

¹²⁷ Existe uniformidad en la doctrina respecto a la identidad del padre de éste concepto (Erhard L. , 1994, pág. 42), aunque sus ideales fueron compartidos por la escuela de Friburgo y sería ésta la que, con Eucken, Wilhelm Röpke, Alexander Rustow y Franz Böhm como principales exponentes, difundiría y desarrollaría a profundidad esta concepción. No es preciso, sin embargo, identificar a la Economía Social de Mercado con el neoliberalismo, tal como lo indica Müller-Armack: “el concepto de Economía Social de Mercado se apoya en el convencimiento ganado gracias a las investigaciones de las últimas décadas de que no puede practicarse con éxito una política económica sin haber adoptado decididamente un principio coordinador. Los resultados poco satisfactorios obtenidos por los sistemas intervencionistas de carácter híbrido condujeron a la teoría de los sistemas económicos desarrollada por Walter Eucken, Franz Böhm, Friedrich Hayek, Wilhelm Röpcke y Alexander Rustow, entre otros, a la conclusión de que el principio de libre concurrencia como indispensable medio organizador de colectividades solo se mostraba eficaz cuando se desenvolvía dentro de un orden claro y preciso, garantizando la competencia. En esta idea, reforzada aún más por las experiencias de economía bélica en la Segunda Guerra Mundial, se basa la ideología de la Economía Social de Mercado. Los representantes de esta escuela comparten con los del neoliberalismo el convencimiento de que la antigua economía liberal había comprendido correctamente el significado temporal de la competencia, pero sin haber prestado la debida atención a los problemas sociales y sociológicos. Al contrario de lo que pretendía el antiguo liberalismo, la Economía Social de Mercado no persigue el restablecimiento de un sistema de *laissez faire*; su meta es un sistema de nuevo cuño” (1963, pág. 226). Cuando el autor hace esta mención al neoliberalismo, es preciso considerar al tenor de la cita, que usa esta categoría para diferenciarla de la Economía Social de Mercado. Aunque comparten elementos comunes, la impronta social y la necesidad de unos principios intelectuales y morales que permitan alcanzar objetivos sociales de bienestar para todos marca un punto de inflexión en el que estas dos corrientes se aíslan (Miralbell, 1994, pág. 12). Esta interpretación, sin embargo no es del recibo de Hayek (1963 (1954), pág. 15) para quien la Economía Social de Mercado es sinónimo de neoliberalismo. En España, por ejemplo, García Echavarría (1978, pág. 18) identifica al ordoliberalismo con el neoliberalismo, en Alemania Ehmke (2006) hace lo propio y en Italia Miccù (2010) también.

¹²⁸ En una de las obras más importantes de Müller-Armack —*Economía dirigida y Economía de mercado*—, escrita en el año 1946, el autor analiza cuál será el mejor sistema que permitirá superar la crisis económica y social que se estaba viviendo. La respuesta apunta a una Economía Social de Mercado, como una respuesta intermedia entre dos sistemas económicos antagónicos: el capitalismo y el socialismo. Consciente de los riesgos y peligros que cada uno de estos sistemas conlleva plantea una tercera vía que se oriente y concentre en el preciso sentido de la dirección social (Müller-Armack, 1963, págs. 153-156). Siguiendo la misma argumentación Sols Lucía, Florensa y Campodron reconocen que la Economía Social de Mercado toma “lo mejor de cada uno: del capitalismo, la libertad de mercado; del socialismo, el Estado que evita las excesivas desigualdades. En este equilibrio, se intenta superar lo peor de cada uno de estos dos sistemas: la ley de la jungla del capitalismo puro, y el control agobiante del Estado socialista” (2009, pág. 80).

¹²⁹ La Escuela de Friburgo aprovechó un contexto histórico particular para trasladar su discurso económico a un sistema económico y social. Concluida la II Guerra Mundial las potencias aliadas buscaron el camino para instaurar una reforma monetaria y acudieron a economistas alemanes (entre ellos miembros de la Escuela de Friburgo y otros como Ludwig Erhard), quienes además de

secreta, adelantó estudios sobre reconstrucción económica después de la guerra. Aunque Müller no formó parte de la Escuela de Friburgo¹³⁰ hizo uso de varias de sus ideas para cimentar y desarrollar el concepto de Economía Social de Mercado (Tezuka, 2002, pág. 202). A esta ideología se le asocia con la categoría de “ordoliberal” propia de la escuela a que se ha hecho mención¹³¹ y que constituye referente importante en la definición de este sistema.

El ordoliberalismo, o liberalismo del orden, surge como una respuesta a las políticas intervencionistas que se desataron en Europa a partir de la década de los años 20 y 30. No obstante, fue a partir de la Segunda Guerra Mundial cuando estas ideas tomaron relevancia —a pesar de que la posguerra que sucedió a la primera evidenció grandes dificultades económicas y tensiones sociales en Alemania¹³²— y motivaron a los ordoliberales a buscar una salida a la crisis a partir de un

una reforma monetaria diseñaron una reforma económica integral que superara los defectos y problemas del sistema de economía dirigida. Esta Escuela se integró por grupos de economistas que se reunieron en los denominados tres “círculos de Friburgo” (“Concilio de Friburgo”, el “Círculo Bonhoeff de Friburgo” y la “Comunidad de Trabajo Erwin von Beckerath”), foros de debates en los que se desarrolló un sistema de interdependencia entre política económica y política social (Herzog, 2011 (2009), pág. 42).

¹³⁰ En el mismo sentido Marktanner reconoce que además de la Escuela de Friburgo la Escuela de Colonia fue importante en la definición de las bases de la Economía Social de Mercado, de esa Escuela fue parte Müller-Armack, uno de sus principales ideólogos (2011, pág. 241).

¹³¹ No obstante, debe precisarse que el ordoliberalismo no es Economía Social de Mercado, como indica Recio “los principios de este modelo proceden de los elementos constitutivos del ordoliberalismo, formulados por W. Eucken, que fue profesor de L. Erhard, pero que fueron posteriormente más elaborados por Erhard y Müller-Armack, los cuales añadieron, además, otros aspectos como la reconciliación del capital y trabajo mediante una adecuada política social que, como admitió ya en 1960 Müller-Armack, está condicionada por la capacidad de rendimiento de la economía de cada país. La ESM no es, pues, lo mismo que el ordoliberalismo sino una fase posterior, que supo enriquecerse con sus aportaciones para crear un modelo más completo” (Recio, 2013).

¹³² Erhard al respecto manifestó “[...] era la época en que se calculaba que en Alemania cada alemán podía comprar un plato cada cinco años, un par de zapatos cada doce, y solo cada cincuenta años un traje; que de cada cinco niños de pecho solo uno tenía pañales propios y de cada tres alemanes solo uno tendría posibilidades de ser enterrado en su propio ataúd” (1957, pág. 32). En el mismo sentido las cifras económicas respaldaban esta afirmación: la producción industrial en Alemania era del 39% en 1947 respecto a la de 1936, el índice general de producción en 1948 era del 50% respecto a 1936 y el número de parados se ubicaba entre cuatro y cinco millones de personas antes de la reforma monetaria (Erhard L. , 1957, pág. 33 y 51).

distanciamiento de las ideas del *laissez faire* que generaban tanta tensión, asignándole al Estado la función de velar por el *ordo* de la esfera económica, pero sin llegar al extremo de una economía dirigida, que generaba la misma repulsión. Se trataba entonces de una función que le correspondía al Estado.

El ordoliberalismo parte de la “teoría del ordo” y la “teoría de la interdependencia de los ordos”; *ordo*¹³³ representa el atributo principal que tienen las personas — libertad—, y las cosas —naturaleza—. El ordo será entonces la conjunción de estas y representará la libertad natural que aplicada al sistema económico se traduce en que la economía perseguirá el principio de libertad de toda una sociedad. Una síntesis de orden y libertad, un verdadero proyecto social que “subordina la economía a imperativos superiores políticos y jurídicos, pero sobre todo, culturales y morales” (Molina Cano & Guillamón Ayala, 2015, pág. 192), representa en consecuencia una tercera vía.

Para el ordoliberalismo la libertad es el principio más importante en la sociedad (incluida entonces la esfera económica) y en consecuencia la ordenación de la economía sí es un asunto del que deben ocuparse las instituciones que estructuran y dan forma al Estado, se abandona en consecuencia la idea liberal clásica del mercado movido por una mano invisible que no precisa regulación (Maestro Buelga, 2002, pág. 25). El ordoliberalismo comprende que la ordenación de la economía es un problema político respecto del cual las instituciones públicas están llamadas a cumplir un papel fundamental (Bárcena, 2011, pág. 45). Sin embargo, y como señala Zebral Filho el ordoliberalismo “subestimaba la importancia de la inclusión

¹³³ *Ordo* fue el nombre de la revista, fundada en el año 1948 por Franz Böhmer y Walter Eucken, que sirvió como mecanismo de difusión de las ideas propias de la Economía Social de Mercado. La palabra ordo fue tomada del “orden natural” que se aplicaría a la ordenación política de la economía “ordopolítica”.

social y, en particular, de la movilidad social” (2015, pág. 248), cuestión de la que si se ocupó el sistema de ESM.

En palabras de Recio, y para comprender de mejor manera el *ordo* y su relación con la Economía Social de Mercado, es posible señalar que “la ordenación de un país tiene 3 dimensiones: ordenación política, social y económica, que a su vez se distribuyen en otras ordenaciones de rango inferior como la ordenación de la competencia, de la propiedad, del mercado de trabajo, etc. A través de este proceso, se concluye que la ESM, al proponerse ser un sistema de ordenación, no es solo una concepción de política económica sino también social, en cuanto establece claros principios para unir la democracia de un libre Estado de Derecho con una economía de mercado libre pero sometida a reglas según Müller-Armack” (2013).

Y esta respuesta que surge en Alemania tiene un fuerte componente social. Los problemas sociales que generó el primer capitalismo forjaron retos importantes para las Iglesias cristianas que advertían que a la par del crecimiento económico se generaban cuestiones sociales de quiebra. No es posible desconocer en este punto que para la Doctrina Social de la Iglesia “un sistema económico, basado en una economía de intercambio libre, sin protección jurídica para las partes más débiles en el conjunto de contratos libres que caracterizan una economía de mercado, como puede ser la situación de determinados trabajadores, no sería considerada aceptable en la moral económica católica. Precisamente, éste es uno de los puntos en los que la ESM difiere del orden liberal dogmático del capitalismo clásico, calificado gráficamente de “manchesteriano”, tanto en lengua alemana como en lengua castellana. No podemos olvidar jamás, desde el humanismo cristiano, que el mercado por sí mismo crea injusticias y que los responsables políticos deben evitarlas o corregirlas” (Duran i Lleida, 2015, pág. 52).

Y aunque el concepto *ordo* encuentra aproximaciones con el catolicismo (Joerges, 2005, pág. 20), el protestantismo social compartió sus argumentos y en una convergencia de visiones católicas y protestantes fueron sentadas las bases de la

Economía Social de Mercado de la postguerra en un proyecto social ecuménico compartido por la Unión Cristiano Demócrata de Alemania (CDU) que suponía una tercera vía entre el socialismo y el capitalismo (Häberle, 1997, pág. 25). El ordoliberalismo aboga por un sistema económico más humano en el cual los individuos no se encuentran violentados frente a formas de dominación o dependencia económica (Gordillo Pérez & Canedo Arrillaga, 2013, pág. 163).

Las condiciones iniciales para implementar la Economía Social de Mercado se dieron con cierta facilidad “la población estaba cansada del régimen de racionamiento y la necesidad de reconstruir el país impulsaba al empresario a asumir el riesgo de invertir en actividades productivas y tecnológicamente avanzadas. Posteriormente el Estado fue creando la base legal para orientar el desarrollo del sistema económico hacia el bienestar del pueblo, pero no suprimiendo los mecanismos de mercado sino haciéndolos más fuertes” (Donges J. , 1977, pág. 140).

El modelo nacionalsocialista, imperante en Alemania hasta la Segunda Guerra Mundial, había propiciado el florecimiento de una ideología que “despreciaba profundamente la dignidad humana y los derechos fundamentales” además de carecer de una política económica que superara “múltiples demandas sociales que el sistema económico liberal había sido incapaz de resolver” (Botero Marino & Guardo Martínez, 2004, pág. 12).

La ordenación de la economía se había comprendido por largo tiempo como una infraestructura autónoma sobre la cual descansaban los órdenes social, político, jurídico y otros, es decir, existía una fuerte influencia ejercida por la estructura de la ordenación económica sobre los demás órdenes (que se había comprendido como independientes), una especie de subordinación. Pero esta comprensión cambió para entender que no es posible predicar una dependencia unilateral de estos órdenes respecto de la ordenación económica, que les servía de soporte y condicionaba su estructura, sino una “dependencia recíproca, una interdependencia

de los órdenes” (Eucken, 1963 (1948), pág. 51)¹³⁴, y a partir de este concepto de interdependencia será indispensable llegar a una ordenación social y económica conforme con la dignidad humana (Lutz, 1963 (1953), pág. 295). Al culminar la guerra y la pesadilla nacionalsocialista, se inicia un proceso de reconstrucción basado en el respecto indiscutible de la dignidad humana y de los derechos de los ciudadanos.

Durante muchos años los países habían concentrado la atención en sus problemas económicos a través de la adopción de fórmulas o políticas que se consideraban de forma aislada: políticas aduaneras, arancelarias, tributarias, monetarias, comerciales, etc. No se comprendía (quizás por que quienes formulaban o influían en el diseño de las medidas eran funcionarios y dirigentes de grupos económicos que se concentraban solamente en sus asuntos) que “la ordenación económica es una creación final” (Eucken, 1963 (1948), pág. 66) que requiere un análisis de conjunto, una ordenación sistemática de órdenes que son interdependientes.

En clara armonía con este principio surge una premisa que para el ordoliberalismo resulta esencial: debe existir un marco legal estable sobre la economía que el sistema político debe respetar. Se avanzaba entonces respecto de la política de Schmitt que apuntaba a un poder político fuerte respecto a la economía (Joerges, 2005, pág. 16).

La precaria situación económica, política y social por la que atravesaba Alemania durante la primera mitad del siglo XX se hizo aguda al concluir la Segunda Guerra Mundial y demandó esfuerzos importantes de las autoridades para lograr la reconstrucción del país. La llegada al Ministerio de Economía de Ludwig Erhard

¹³⁴ Friedrich Lutz reconoce en Walter Eucken uno de los principales teóricos de la economía defensores de la interdependencia de la ordenación económica y las demás esferas de la vida: Derecho, Constitución Política y ordenación social (1963 (1953), pág. 267).

(1949-1963) permitió otorgar un soporte político al sistema económico teórico propuesto por Müller-Armack, consolidándose la Economía Social de Mercado como el sistema económico alemán. La pretensión que Erhard tenía, en consonancia con el tema de la presente investigación, era “realizar una Constitución Económica que fuese capaz de llevar a la prosperidad a capas del pueblo cada vez más numerosas y amplias” (Erhard L. , 1957, pág. 23) en un claro intento de superación de viejas estructuras sociales que impedían a un grueso de la población contar con capacidad adquisitiva y aumentaban la brecha entre una clase que podía permitirse cualquier consumo y otra que lo tenía proscrito. La necesidad de dejar atrás la diferencia entre “pobres” y “ricos” exigía la superación de las bases que habían engendrado ese sistema y la condición que Erhard creía necesaria para hacerlo era la competencia que socializaba el progreso y los beneficios a partir de la relevancia que en el sistema económico adquiriría el ciudadano como protagonista de su bienestar.

El individuo conquistaba un papel relevante como autor de su propio desarrollo (Benecke D. W., 2015, pág. 24) y el trabajo, que garantiza un salario constantemente creciente, constituye una condición fundamental mediante la cual aquel garantiza un ingreso que le permita concurrir al mercado para procurar la satisfacción de sus necesidades y tener un nivel de vida adecuado y digno. La necesidad de dignificar al individuo resultaba ser una constante en el sistema de Economía Social de mercado, y resultaba lógica esta pretensión al considerar las condiciones que había experimentado la ciudadanía alemana durante el nacionalsocialismo y su periodo preliminar.

El 7 de julio de 1948 en el Boletín Oficial del Consejo de Economía del Territorio Económico Unido se dio forma a la creación de algo totalmente nuevo que permitió la eliminación del mayor número de ordenanzas sobre el control económico y de precios que el nacionalsocialismo había impuesto introduciendo la economía dirigida en Alemania. Como indicaba Erhard con la incorporación en dicho Boletín

de la “Ley sobre normas de control económico y política de precios” se daba competencia al Director General de Administración Económica para “tirar al cesto de los papeles, directa o indirectamente, y de una vez, cientos de ordenanzas sobre reglamentación del control económico y los precios. Dentro de las normas añadidas y respondiendo a ellas, se me encomendó a mí el tomar medidas oportunas en el campo del control económico y el determinar pormenorizadamente qué mercancías y producciones habían de quedar fuera de los preceptos de reglamentación de precios. Para mí esto significaba eliminar cuanto antes el mayor número posible de ordenanzas sobre control económico y sobre precios” (1968, págs. 4-5).

Posteriormente el 24 de junio de 1948 la reforma económica que se adoptó en Alemania con la llamada Ley de Principios sobre el Racionamiento y Política de Precios Conforme a la Reforma Monetaria¹³⁵ marcó el fin del control de precios

¹³⁵ Una fue la reforma monetaria y otra fue la reforma económica. La reforma monetaria encontró su fuente en las disposiciones normativas y reglamentarias que los gobiernos militares de las tres potencias occidentales impusieron con la ayuda de economistas alemanes, que pertenecían principalmente a la Escuela de Friburgo (entre de ellos no se encontraba Ludwig Erhard, la reforma monetaria no contó con su participación, en el proceso de elaboración). La impronta de las potencias era evidente en el contenido de la normativa. Quizá una de las reformas más conocidas de esta ley estuvo marcada por el cambio en la moneda que se produjo el 20 de junio de 1948. Como expresamos con antelación, la situación económica que había generado la economía de guerra en Alemania había generado problemas de confianza en el *reichsmark* como moneda. El 20 de junio del año en mención en las bocas de expendio de los bonos de comida los ciudadanos recibieron 40 marcos alemanes a cambio de 60 *reichsmark*, los restantes 20 se compensarían en los dos meses siguientes. El 21 de junio de 1948 el marco legal era en Alemania la moneda de curso forzoso y la única con poder liberador. Respecto a la reforma económica esta tiene la impronta alemana al haber sido redactada por Erhard y Misck, en sus tramos más importantes (es una ley corta). Erhard (miembro de la Unión Cristiana Demócrata-CDU) contaba con un mayor grado de autonomía respecto a las instrucciones de los aliados (en parte por el aval que le había dado el llamado “Consejo Consultivo Científico en Administración Económica del Territorio Unificado”) así, tres días después de la reforma monetaria, es decir el 24 de junio de 1948, pudo cambiar un sistema de economía dirigida con control de precios y cambios por una Economía Social de Mercado basada en la competencia y en la libre formación de precios sin olvidar la protección de los sectores económicos más débiles (Herzog, 2011 (2009), págs. 41-45), de ahí el nombre de su programa “Prosperidad para todos”. Así lo reconocen Maektanner y Winterberg al indicar que “cuando Estados Unidos impuso controles de precios y salarios para contener la inflación, fue Ludwig Erhard, asesor económico del gobernador militar de la zona de ocupación americana en Alemania, quien anunció la liberalización de los precios sin haber siquiera informado a Estados Unidos. Cuando el general Lucius Clay, comandante de las fuerzas estadounidenses en Alemania Occidental, le preguntó por qué había

propio de la economía dirigida (Herzog, 2011 (2009), pág. 40) y permitió a Ludwig Erhard implementar el sistema de Economía Social de Mercado como política socio-económica (Erhard & Müller-Armack, 2011 (1983), pág. 23) en contraposición al de economía dirigida que, para muchos, parecía ser el camino necesario para superar la crisis económica, social, cultural y moral que experimentaba Alemania con posterioridad a la II Guerra Mundial. Aunque existió oposición a esta decisión es evidente que gracias a ella se produjo la recuperación de la economía alemana.

Todo el movimiento ordoliberal, de claro origen religioso, tuvo implicaciones decisivas en el proceso de construcción de la Constitución Económica, y de la Economía Social de Mercado. Recapitulando podríamos indicar que es fundamental partir de la base del respeto por la interdependencia del sistema de libre competencia de cara a la protección de las libertades de los individuos en el marco de un Estado de Derecho que garantice su protección, sin que pueda existir una influencia política discrecional en cumplimiento con el principio de subsidiariedad e intervenciones conforme al mercado que pregona este sistema.

Era el comienzo de la decisión política del sistema económico de la Economía Social de Mercado, un abandono de las políticas económicas de corte planificador que habían llevado a Alemania a una profunda crisis social y económica.

cambiado los controles de precios, Erhard respondió que no había cambiado los controles de precios, los había abolido". (Marktanner & Winterberg, 2011 (2009), pág. 110). Como describe Echeverry la liberación de todos los precios que Erhard, aun a pesar de la oposición estadounidense, adoptó permitió que los anaqueles se llenaran de mercancías, los agricultores e industriales volvieran a producir y la tasa de desempleo disminuyera sustancialmente (2004, pág. 74).

2.1 Principios constitutivos, regulatorios y complementarios de la Economía Social de Mercado

Partiendo de la base de la confianza en el mercado y de la necesidad de intervención del Estado surgen tres preguntas que serán resueltas por Walter Eucken¹³⁶ a través de principios de la política económica que, en el marco de una Economía Social de Mercado, garantizan la Constitución y el mantenimiento del orden en el mercado (en la línea del ordoliberalismo). La concreción de estos principios, sin embargo, parte de la idea de un Estado fuerte que “de modo imparcial y firme, esté por encima de la lucha de los intereses económicos [...] sin dejarse desviar por ideologías de ninguna especie” (Röpke, 1989 (1937), pág. 227).

Las tres preguntas suponen determinar: 1. ¿qué características debía tener el mercado?; 2. ¿en qué casos era necesaria la intervención del Estado?; y 3. ¿cómo se debía efectuar la intervención? Estos principios podrían ser adoptados en tres fases diferentes permitiendo: 1) constituir el orden económico y social; 2) regular dicho orden, ante el abandono de la idea, propia de la economía liberal de mercado, de la capacidad autorreguladora de los mercados y de su despreocupación por la idea de justicia social; y 3) mantener las condiciones del mercado a través de medidas suplementarias o complementarias que resolvieran problemas propios de la dinámica del mercado.

Los principios constitutivos —o estructurales— son siete y crean la estructura de la libre competencia, suponen requisitos mínimos que deben concurrir en el mercado,

¹³⁶ Walter Eucken, miembro de la Escuela de Friburgo, y uno de los principales ideólogos de la Economía Social de Mercado, propuso estos principios que han sido reproducidos (no siempre de manera enumerativa) por los principales exponentes de este sistema socio económico. Al respecto ver Müller-Armack (1963 (1948), págs. 120-126), Von Stackelberg (1963 (1949), págs. 139-147), Resico (2009, págs. 54-55), Ernste (2011 (2006), pág. 56) y Marktanner (2011, págs. 242-245). En España García Echeverría (1978).

garantizando el ámbito de la actividad económica, por esta razón deben estar consignados y protegidos por un sistema normativo fuerte —con instituciones que garanticen su cumplimiento— que permita el orden necesario para su funcionamiento. Estas condiciones son: a) Efectivo sistema de precios en un ambiente de competencia realizable; b) Estabilidad de la moneda aunada a una política de estabilidad monetaria; c) Libertad de acceso al mercado¹³⁷; d) Reconocimiento y protección del derecho a la propiedad privada¹³⁸; e) Respeto y reconocimiento de la libertad contractual; f) Régimen de plena responsabilidad; y g) Constancia y confianza de la política económica (Ernste, 2011 (2006), pág. 56)¹³⁹. Estos principios se asocian a la individualidad y libertad de los agentes económicos, razón por la cual ante el inadecuado funcionamiento de uno de ellos se hace necesaria la intervención del Estado.

La intervención del Estado, a través de principios reguladores que garantizan la existencia y protección de dicho sistema, apunta a solucionar cuatro problemas derivados del abuso de las libertades y avalan la redistribución de los beneficios de una manera social y justa (Lluch Frechina, 2014): a) Establecimiento de una política de defensa de la competencia que elimine cualquier poder de mercado¹⁴⁰ ejercido

¹³⁷ Esta libertad de acceso al mercado alude a la inexistencia de aranceles y otras medidas prohibitivas que impidan al acceso a los mercados a través de la imposición de barreras de entrada, por ello era indispensable una política clara que protegiera el mercado nacional de cualquier medida predatoria.

¹³⁸ La dicotomía presente en la historia desde finales del siglo XVIII, todo el siglo XIX y principios del XX respecto de la propiedad, apuntaba a determinar si la propiedad privada o la colectiva constituían la forma adecuada para diseñar las políticas económicas (Eucken, 1963 (1948), pág. 68).

¹³⁹ Para Radke a partir de los años ochenta es posible anexar un principio constitutivo adicional: la problemática ambiental, por ello “el sistema alemán no solo debe ser social sino asegurar también que la conducta económica no destruya las bases naturales de la vida del hombre. Esta nueva óptica se traduce en el término de economía de mercado social y ecológicamente compatible” (1995, pág. 23).

¹⁴⁰ El poder de mercado puede ser comprendido como “la capacidad que tiene una empresa de cobrar un precio superior a su coste marginal y obtener así un beneficio positivo” (Perloff, 2004, pág. 369) generando pérdida neta de excedentes. En el mismo sentido Botero Restrepo, en clara alusión a la doctrina de la Corte Suprema estadounidense, ha indicado que este es “el poder de controlar los precios o excluir la competencia en un mercado” (2002, pág. 75).

por algún agente económico (monopolios¹⁴¹, oligopolios, abusos de posición dominante); b) Política fiscal con un impuesto de renta progresivo para evitar un inequitativo desarrollo social; c) Corrección de externalidades;¹⁴² y d) Corrección de situaciones anómalas presentes en el mercado laboral.

Finalmente cuando se hace necesario intervenir, porque se presentan estos problemas, y con el fin de no afectar el orden del mercado surgen cuatro principios complementarios que se orientan a a) evitar intervenciones puntuales; b) formular la legislación en términos de reglas; c) hacer prudente uso de las políticas de estabilización; y d) impulsar una política social conforme al mercado que privilegie la inversión social sobre las oportunidades de consumo

La Economía Social de Mercado critica, como punto de partida, la existencia de una fuerza secreta autorregulatoria que permita el funcionamiento eficaz del mercado a partir de la seguridad absoluta en que por sí mismo puede generar equilibrio y eficiencia económica. La confianza incondicional de la economía de mercado en el orden establecido omite la imposibilidad de que una economía en un sistema liberal puro pueda crear un orden social válido que considere las necesidades de la vida estatal y cultural, se produce una gran discordancia entre crecimiento económico y justicia social (Marktanner, 2011, pág. 238).

Quizás el aporte más importante de la ESM tiene que ver con el reconocimiento de la imposibilidad del mercado para, a partir de sus leyes, regular toda la vida social, siendo necesario su reconocimiento como medio de organización que debe

¹⁴¹ Los monopolios para Röpke constituyen “[...] un fenómeno degenerativo de nuestro sistema económico extraordinariamente grave. El Estado puede luchar con eficacia contra tal degeneración si interviene enérgicamente contra las limitaciones en la competencia y evita cuidadosamente favorecer la formación de monopolios con su política económica” (1989 (1966), pág. 126).

¹⁴² Las externalidades existen cuando “una actividad de consumo o de producción produce un efecto indirecto en otra actividad de consumo o de producción que no se refleja directamente en los precios de mercado” (Pindyck & Rubinfeld, 2001, pág. 615). En estricto sentido supone el efecto que una actividad económica produce en otros (beneficios o costes) y que es externo al mercado.

ajustarse a una regulación superior de las relaciones sociales y del orden social. Para este sistema la demanda, la producción y la inversión son coordinadas por el mercado, circunstancia que exige precios libres, inexistencia de barreras de entrada al mercado y competencia libre (Binder & Dürr, 2004, pág. 59). Partiendo de estas consideraciones Müller-Armack consideró que este sistema suponía una ordenación económica “que discurre según las reglas de la economía de mercado, pero provista de complementos y seguridades sociales” (1963 (1948), pág. 118).

Para lograr esta simbiosis se necesitará de una intervención político-económica y de una serie de apoyos constructivos. Es allí donde el sistema de la Economía Social de Mercado se desmarca de su antecesor (economía de mercado) que negaba y rechazaba cualquier tipo de intervención. El nuevo sistema reconoce que “el sistema de ordenamiento de la economía de mercado no funciona siempre y no siempre sin fricciones. Varios factores perturbadores, tanto externos como inherentes al sistema, exigen, al igual que el deseo de la sociedad de obtener una compensación social, medidas correctivas para poder realizar y garantizar el objetivo del concepto” (Hasse, Schneider, & Weigelt, 2004, pág. 168) .

Para la Economía Social de Mercado, las intervenciones, en ciertos aspectos, que no restrinjan la esencia del mercado, resultan más que acertadas y necesarias para mantener su adecuado funcionamiento¹⁴³. Esas intervenciones deberán estar estrictamente dosificadas respecto a fallas del mercado¹⁴⁴, transferencia de

¹⁴³ La intervención del Estado en la economía debía evitar instrumentos inservibles y errores comunes propios de la economía dirigida que habían generado desequilibrios en la ordenación económica. Estas medidas apuntaban al “intento de un aseguramiento total de todas las posibilidades de ingreso y distribución, la creencia en las ventajas de una ocupación total constante, la suposición de la posibilidad de regular completamente el salario real mediante la socialización de la distribución, las manipulaciones monetarias, así como la creencia en las ventajas sociales de una fijación general de precios, salarios y alquileres, en las ventajas económicas de los monopolios bilaterales de empresarios y trabajadores” (Müller-Armack, 1963 (1948), pág. 121).

¹⁴⁴ En la literatura económica es posible encontrar las expresiones “fallas del mercado” y “fallos del mercado” como sinónimas de aquellas condiciones asociadas a competencia imperfecta o poder de mercado, externalidades, asimetrías en la información, mercados incompletos y bienes públicos. El

recursos a población vulnerable y establecimiento de seguros sociales obligatorios (salud, pensión, paro) (Velasquez Castellanos, 2011, págs. 287-288), es decir en aquellos escenarios en los cuales fracasan los mecanismo de mercado y se debe garantizar un nivel social mínimo (Ernste, 2011 (2006), pág. 57). La inclusión de esta protección ha ligado al sistema de Economía Social de Mercado con el modelo propio del Estado Social de Derecho.

2.2. Premisas esenciales del sistema de ESM

Para la Economía Social de Mercado la concreción de cuatro elementos resulta fundamental: la libertad individual (como recuperación de una libertad perdida en el sistema de economía dirigida, por ello la protección al consumidor resulta esencial), la libertad de mercado, la solidaridad (impronta de este sistema y elemento diferenciador de otros tantos, sobre todo del liberalismo o economía liberal de mercado) y la subsidiariedad¹⁴⁵ (Herzog, 2011 (2009), pág. 46). Estos cuatro principios constituyen piedras angulares del sistema de Economía Social de Mercado. A ellos, en todo caso, deberá adicionarse la libre competencia económica, sin el que los restantes resultarán inocuos.

2.2.1 Libertad individual

La importancia que la Economía Social de Mercado atribuyó al principio de libertad individual resultaba indispensable para entender sus fundamentos. La libertad individual había resultado una conquista importante respecto de regímenes

tratamiento sobre aquellas resulta extenso, sin embargo autores como Perloff (2004), Samuelson y Nordhauss (2002), Stiglitz (2000) y Pindick & Rubinfeld (2001) las desarrollan con claridad.

¹⁴⁵ El artículo 118 de la reformada Constitución italiana de 1948 consagra de manera expresa el principio de subsidiariedad. Las Constituciones alemana, española y colombiana no hacen un reconocimiento expreso de este principio a pesar de ser una de las piedras fundamentales de una Economía Social de Mercado.

absolutistas del poder que anulaban la posibilidad del hombre para autodeterminarse y cercenaban su individualidad. No obstante esta conquista se vio seriamente amenazada por el surgimiento de poderes económicos privados en el siglo XIX que generaron diversos centros de dominio en los mercados propiciando fuerte presión económica y social, los hombres pasaron a depender de modernos núcleos privados de dominio que menguaron su libertad.

Posteriormente, en el siglo XX la transformación del Estado asociada a la dirección de la economía moderna industrializada dio origen a nichos de que condicionaban la vida económica de los individuos (qué producir, dónde producir, cuánto producir, para quiénes producir, etc.) convirtiéndolos en instrumentos para lograr los fines y proyectos del Estado anulando su dignidad (Eucken, 1963 (1948), págs. 52-56). Todas estas condiciones motivaron la reivindicación de la libertad como principio fundacional de este sistema, como estructura de la cual dependen las restantes libertades económicas.

La libertad individual lleva implícita dos vertientes, la primera se concreta en la independencia que tiene el individuo frente al Estado aunada a la capacidad y posibilidad de elegir y adoptar decisiones individuales (en una superación clara del colectivismo) sin perjuicio de que estas decisiones, que apuntan a lograr el bienestar propio (idea propia del liberalismo económico), no implican desconocimiento absoluto del bienestar del otro; la segunda permitía la protección contra cualquier arbitrariedad cometida. Esta premisa permite comprender porque para Erhard la libertad de consumo y la libertad de actividad económica deben ser sentidas por el ciudadano como “derechos fundamentales inviolables” (1957, pág. 29).

Partiendo de esta idea el principio de individualidad será fundamental para el orden económico. Ese orden se expresa a través de la asignación de recursos (escasos y limitados) mediante procesos de mercado, en estos los productores tienen la propiedad sobre los medios de producción y los consumidores son soberanos en la adopción de sus decisiones, así se produce una circulación de los derechos de

propiedad y se resuelve el problema de la escasez. No obstante esta independencia los individuos estarán sujetos a órdenes superiores que estarán determinadas por el Estado a través de una política económica y una definición normativa de valores (Marktanner, 2011, pág. 241) y objetivos sociales (Marktanner & Winterberg, 2011 (2009), pág. 108) a través del establecimiento de reglas generales más allá de políticas intervencionistas en los mercados. Aquí es donde la Constitución Económica juega un papel relevante al establecer el marco a partir del cual se produce esa regulación y reglamentación.

El Estado, en aras de garantizar el orden, anticipa fallas del mercado y vigila constantemente el proceso que en su interior se produce para garantizar su buen funcionamiento, confiriéndole un margen de acción suficiente sin interferencias directas que permita, no obstante, adoptar medidas cuando la libertad de mercado pueda sufrir algún menoscabo por la acción de cualquiera que quisiera limitar la libertad de competencia o lesionar los derechos de propiedad legítimamente reconocidos (Pfaller, 2015 (1997)).

Respecto a la libertad, como expresión de la dignidad y de la autorresponsabilidad del individuo, es preciso complementarla con la sensibilidad social por el otro y hacia el otro, componente que propicia una visión estructural de Estado vinculando a la persona con su comunidad haciéndola parte de un proyecto participativo e incluyente, fomentando la responsabilidad personal y la iniciativa privada (Sols Lucia, Florensa Giménez, & Camprodón, 2009, págs. 83-84 y 86). La libertad permite al ciudadano concurrir al mercado, bien como consumidor o bien como empresario, y garantizar la satisfacción de sus necesidades de acuerdo a sus propias restricciones económicas. El individuo, a partir de sus capacidades económicas, podrá cumplir sus objetivos, materializar su proyecto de vida, mejorar sus condiciones y vivir con dignidad. Pero este cometido le exige pensar en el otro, es allí donde surge el elemento solidaridad y es el punto que permite predicar la

armonía que existe entre la Economía Social de Mercado y el Estado Social de Derecho.

2.2.2 La solidaridad

Este principio surge asociado a la justicia social (considerada desde una perspectiva económica) que supone igualdad de oportunidades para el despliegue de los propios talentos (Resico, 2009, pág. 52) y necesita de una intervención del Estado en el mercado a través de la concesión de ayudas y subsidios que se otorgan a quienes no se encuentran en capacidad de ayudarse a sí mismos, de la inversión en infraestructura y en la entrega de bienes públicos. Los individuos confían en que tienen garantizada cierta seguridad social y recibirán ayuda que, sin embargo, no puede desplazar o eliminar la responsabilidad que le corresponde a cada uno de acompañar la ayuda con un aporte propio, manifestación de la “autorresponsabilidad e iniciativa propia” (Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 2011, pág. 73).

No se trata entonces de una visión puramente asistencialista, paternalista o benefactora del Estado hacia los ciudadanos que se encuentren en cualquier condición de dificultad social, el principio parte de la subsidiariedad y exige de los ciudadanos una acción participativa y responsable que podrá ser complementada con la función solidaria del Estado. Las circunstancias de debilidad pueden obedecer a motivos diversos —mendicidad, marginalidad, precariedad y pobreza— que deben ser estructurales y no excepcionales, y precisan un adecuado sistema de Seguridad Social del Estado que responda a esas condiciones y permita su superación en consonancia con el respeto por la dignidad humana.

Por esta razón es que el sistema en mención tiene la pretensión de asegurar los riesgos derivados del desempleo, las enfermedades, la vejez y circunstancias similares que constituyen contingencias a las que se enfrentan los individuos y que

merman su capacidad individual, con consecuencias claras en el disfrute de sus derechos. Esta circunstancia, sin embargo, no puede ser interpretada como una anulación de la libertad de los individuos, a ellos les asiste la obligación de procurarse la satisfacción de sus necesidades y, cuando circunstancias estructurales se lo impidan, el Estado subsidiariamente podrá intervenir.

Esta intervención se encuentra marcada por “un sistema de seguridad social, el cual es financiado, sin embargo, en su mayor parte, por lo patrones y por los trabajadores, y solamente en una parte menor por el Estado, para que no signifique un peso excesivo sobre el gasto público. Estos sistemas de seguridad social son, desde el punto de vista de justicia distributiva, una expresión de solidaridad de los que tienen empleo con quienes no lo tienen (por vejez, desempleo, enfermedad e invalidez) y desde el punto de vista macroeconómico un *estabilizador automático* de la demanda interna al conservar el poder adquisitivo de los que perdieron su empleo” (Auping, 2004, pág. 83).

Este cambio en la forma de asistencia del Estado obedece a la necesidad de modificar “las viejas e insuficientes formas benéfico sociales” (Muñoz Machado, 2013, pág. 67) que eran insostenibles económicamente y generaban formas acomodadas de necesidad y mendicidad. Se hacía necesario entender que los desequilibrios sociales ameritaban la intervención puntual del Estado para garantizar el aseguramiento de condiciones esenciales respecto de grupos poblacionales en condición de necesidad estructural. La solidaridad en consecuencia “no debe ser solamente voluntaria, a través de las organizaciones del “tercer sector”, sino también organizada a través de los poderes públicos correspondientes a los distintos niveles, llegando a la solidaridad planetaria, por medio de los organismos supraestatales existentes, o bien otros que puedan ver la luz en el futuro” (Duran i Lleida, 2015, pág. 52)

Por esta razón, el Estado debe considerar que para financiar las políticas de seguridad social debe incrementar sus ingresos fiscales. Sin embargo, elevaciones

fuerzas de los tipos fiscales generan disminuciones en la capacidad productiva y en la motivación para la producción, generando graves afectaciones al orden económico; para evitar este resultado debe asegurarse un crecimiento rápido del producto nacional que permita dinamizar la economía y repartir los beneficios a toda la población (Dürr E. , 1976, pág. 20).

2.2.3 La subsidiariedad

Emerge como principio de la Economía Social de Mercado, pero encuentra su fuente en el pensamiento social cristiano¹⁴⁶. A partir de ella el Estado tendrá la obligación de respetar el margen de acción privado que tiene cada individuo, en una clara manifestación de respeto por la dignidad humana, en la conciencia de la existencia de un proyecto de vida personal que depende de cada individuo, pero con la comprensión de que en aquellos casos en que el ciudadano se encuentre en condición de imposibilidad o incapacidad le corresponderá “*subsidiariamente*”¹⁴⁷ prestar asistencia (Resico, 2009, pág. 54)¹⁴⁸.

¹⁴⁶ Como indica Jorges (2005, págs. 19-20) las cuestiones sociales se vieron ampliamente desatendidas en la época de mayor desarrollo del capitalismo, generando retos importantes para las iglesias cristianas. Pero varios de los ideólogos de la Economía Social de Mercado (Eucken y Röpke) estaban ligados al protestantismo. Para el autor este sistema económico surgió como una tercera vía al capitalismo y al socialismo y se consolidó, finalmente, como un sistema ecuménico compartido por católicos y protestantes de la Unión Cristiano Demócrata de Alemania (CDU).

¹⁴⁷ Quizás la encíclica que mejor expone la prevalencia del principio de subsidiariedad, como base de la Economía Social de Mercado, es la *Centesimus annus* que predica, en el numeral 48, que una “estructura social de orden superior no debe interferir en la vida interna de un grupo social de orden inferior, privándola de sus competencias, sino que más bien debe sostenerla en caso de necesidad y ayudarla a coordinar su acción con la de los demás componentes sociales, con miras al bien común. Al intervenir directamente y quitar responsabilidad a la sociedad, el Estado asistencial provoca la pérdida de energías humanas y el aumento exagerado de los aparatos públicos, dominados por lógicas burocráticas más que por la preocupación de servir a los usuarios, con enorme crecimiento de los gastos. Efectivamente, parece que conoce mejor las necesidades y logra satisfacerlas de modo más adecuado quien está próximo a ellas o quien está cerca del necesitado” (Papa Juan Pablo II, 1991).

¹⁴⁸ Al hacer hincapié en el principio de subsidiariedad como fundamento de la Economía Social de Mercado, es necesario hacer distinción entre el significado que en el presente trabajo se adopta de

La principal novedad de este sistema económico radica en la pretensión de humanizar el entorno en todos los espacios vitales (Erhard L. , 1994, pág. 45), éste es el punto que en definitiva lo distancia de la economía liberal de mercado y permite señalar que no se identifica con el neoliberalismo. La economía liberal de mercado abandona cualquier preocupación por el bienestar de los individuos, considerados agentes económicos que en el mercado buscan la satisfacción de sus propios intereses¹⁴⁹. Bajo esta premisa se entiende que la sociedad se encuentra conformada por grupos combativos que en procura de sus propios intereses y beneficios alcanzan un grado de bienestar social —sin que este necesariamente tenga que darse o constituya por sí mismo un objetivo—. Pero en la Economía Social de Mercado la necesidad de un nuevo tipo de sociedad, menos individualista y egoísta, emergía como urgente.

La preocupación por una sociedad vinculante dio origen a la denominada *Sociedad Formada* (Erhard L., 1994, págs. 63-69) en la que la sociedad es cooperativa por naturaleza y tiene en cuenta a todos los grupos e intereses, una sociedad

este término y aquel que se usa en el artículo 3B del Tratado de Maastrich en el que se indica que “la Comunidad actuará en los dentro de los límites de las competencias que le atribuye el presente Tratado y de los objetivos que este le asigna. En los ámbitos que no sea de su competencia exclusiva, la Comunidad interviene, conforme al principio de subsidiariedad, solo en la medida en que los objetivos de la acción prevista no puedan ser alcanzados no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a las dimensiones o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario”. Es claro que el principio de subsidiariedad en materia comunitaria regula el ejercicio de las competencias de la Unión Europea respecto de los Estados miembros.

¹⁴⁹ Para la economía liberal de mercado el individuo no actuaba motivado por pretensiones de tipo moral. Sin embargo Ludwig y Erhard reconocen que en los individuos concurren motivaciones altruistas que acompañan su práctica cotidiana económica: “la alegría de actuar en el mundo profesional, la de valer algo o ser alguien, el deseo de servir bien y de cumplir con las obligaciones tomadas a su cargo, la diligencia y el sentido del deber y, finalmente, el anhelo de ser útil a los demás, de ayudarlos y de proporcionarles ventajas” (2011 (1983), pág. 29). Esta posición se articula con la que sostienen Christine Jolls, Cass R. Sunstein y Richard Thaler cuando indican que los agentes económicos tienen una racionalidad limitada y que no en todas las circunstancias se comportan como el *homo economicus* que predica Gary Becker (racional, egoísta y maximizador) puesto que su racionalidad, egoísmo y fuerza de voluntad se enfrentan a limitaciones importantes (1998).

comprometida a trabajar por el bien común. Pero no el bien común que la economía dirigida pretendía y en el que la libertad de los individuos resulta absolutamente minada en un esfuerzo por conducir y planificar toda la actividad económica y de contera la esfera personal. Este ideal por el bien común aflora la solidaridad, como característica del sistema, aboga por una sensibilidad social, una solidaridad comunitaria que reconoce la imposibilidad del mercado para que con su mano invisible asigne recursos a todos los que a él concurren y aboga por la necesidad de afianzar lazos entre los individuos en abandono de la satisfacción de sus propias necesidades. Una de las principales pretensiones de la Economía Social de Mercado es recuperar la libertad del individuo, su capacidad decisoria, su iniciativa libre¹⁵⁰ y como consecuencia de ello abogar por el sentimiento comunitario.

2.2.4 La libertad en el mercado

Elementos fundamentales de la Economía Social de Mercado son la libertad en el mercado y la igualdad social dentro de un orden económico que garantiza el Estado. La libertad en el mercado supone para los agentes económicos que en aquel se producen incentivos suficientes que les permiten concurrir a él con claros incentivos: el productor o empresario innova y produce bienes y ofrece servicios de mejor calidad en una clara dinámica de competencia; el consumidor demanda bienes y servicios de acuerdo a sus necesidades, gustos e intereses (Erhard & Müller-Armack, 2011 (1983), pág. 24).

Por ello, todos los procesos económicos están orientados hacia el consumo. Dependiendo del comportamiento del consumidor el mercado emitirá señales e indicaciones, a partir del sistema variable de precios y valores, que permitirán hacer

¹⁵⁰ En la Economía Social de Mercado como orden político-social el hombre es el fin último de la actividad económica, por eso su pretensión reivindicatoria de la individualidad y libertad (Velasquez Castellanos, 2011, pág. 286).

los ajustes necesarios para aumentar la producción o restringir la demanda. Los precios se forman libremente y al no existir directrices respecto a la producción existe libre disposición respecto a su volumen, corresponderá garantizar poder de compra a través de un suministro de dinero en límites que sean racionales para el mercado¹⁵¹.

Garantiza entonces la Economía Social de Mercado la observancia del principio de igualdad, demandando del Estado la necesidad de medidas igualadoras —cuando advierta grupos en situación de desventaja social o económica— pero adoptando otras de tipo sancionador cuando algún agente económico pretenda, en clara contradicción con este principio basilar restringir la competencia de cualquier manera¹⁵² o falsear los resultados que el mercado, movido por la lógica de oferta y demanda, arroja. Corresponde al Estado, como un principio de su política económica y que hará eficiente su papel como potencia ordenadora, evitar el fortalecimiento de grupos de poder económico disolviéndolos o delimitando sus funciones pues cuando su poder aumenta la autoridad e independencia del Estado

¹⁵¹ De allí que se considere a la inflación como una de las grandes amenazas a la economía de mercado siendo la política de estabilidad monetaria uno de los objetivos de la política económica. El Estado es uno de los principales causantes de inflación cuando incrementa de manera injustificada y contraria al orden económico gastos domésticos, congela los precios de los alquileres o de los precios y como consecuencia lógica de ello congela los salarios y la capacidad de producción, sacrificando de manera importante, la libertad económica (Erhard & Müller-Armack, 2011 (1983), pág. 26).

¹⁵² Es posible restringir la competencia, si no eliminarla de raíz, de varias maneras: los monopolios, los oligopolios, las prácticas restrictivas, las prácticas conscientemente paralelas, los acuerdos predatorios y los abusos en la posición de dominio en el mercado. La Economía Social de Mercado descansa en dos principios: la libertad y la seguridad social. Cuando alguno de los agentes económicos, movido por cierto egoísmo, no encuentra límite en el disfrute de sus derechos ni entiende que la seguridad social trasciende la personal, se produce un choque de intereses que debe ser dirimido. Los oligopolios, la posición de dominio y el monopolio falsean el mercado (salvo en los monopolios naturales en los cuales las condiciones mismas del bien o servicio justifican su prestación en un régimen de no competencia (Palacios Mejía, 1999, págs. 19-20) y rompen con el orden por el que aboga el Estado. La existencia de legislación estricta que restrinja y sancione este tipo de falla en el mercado resulta pertinente entonces.

disminuyen produciéndose un claro debilitamiento de la estructura (Eucken, 2011 (1952), págs. 86-87).

Por ello es necesario que este sistema no se preocupe solamente por la eficiencia económica sino que la compagine, como política económica integral, con la equidad a partir de la idea de que el hombre es el centro de la economía (Velasquez Castellanos, 2011, pág. 286) y que un objetivo indispensable apuntará a lograr mejoras en su condición de vida. Corresponde al Estado, en aras de lograr este mejoramiento, asegurar para sí el mayor porcentaje posible del producto social a través de impuestos y empréstitos que le permitan promover el bienestar de la comunidad, crear y expandir la infraestructura y proteger el medio ambiente como un cometido fundamental en la Economía Social de Mercado. (Erhard & Müller-Armack, 2011 (1983), pág. 26). Esta relación de mercado, sin embargo, no desatiende a aquellos sectores de la población que no tienen la capacidad de participar de este proceso, dentro del orden que debe existir en el mercado el Estado deberá hacer correcciones y transferencias en favor de estos, siempre que ellas sean compatibles con la naturaleza del mercado¹⁵³ y la correspondiente formación de precios.

¹⁵³ Para Dürr las intervenciones conforme al mercado serán “todas aquellas medidas que no anulan el mecanismo del mercado sino que solamente modifican los datos que determinan la libre configuración del precio” (1976, pág. 5) en el mismo sentido serán aquellas que “no invaliden las condiciones competitivas, colaboren en que los precios reflejen mejor la escasez y no desalienten la inversión a largo plazo” (Resico, 2009, pág. 55), aquellas que “no perturban el sistema de cálculo de los precios normales” (Von Stackelberg, 1963 (1949), pág. 141), o las medidas que no distorsionen “el mecanismo de formación de los precios y la regulación del mercado” (Miccù, 2010 , pág. 181) y finalmente aquellas en las cuales “el mecanismo de mercado no sea sustituido por el sistema burocrático” (García Echeverría, 1978, pág. 30). De todas ellas es posible colegir que una intervención conforme al mercado se encuentra condicionada a que el favorecimiento de los mercados sea el objetivo perseguido y no el logro de objetivos políticos distantes al mercado (favorecimiento de algún sector, etc.).

Todas estas medidas suponen intervención en el mercado¹⁵⁴ pero exigen corresponder con la dinámica propia del mismo¹⁵⁵. Se encontrarán ajustadas al orden del mercado todas aquellas intervenciones que persigan el beneficio para los necesitados, pero que no se hagan extensivas a los que no las necesiten y terminen ampliando la diferencia o haciéndola más marcada. Por eso uno de los criterios fundamentales es la subsidiariedad, quien pueda procurarse la satisfacción de sus propias necesidades debe hacerlo, cualquier medida que pretenda subsidiar a población que no se encuentra en situaciones estructurales sino individuales resultará contraria al orden del mercado.

2.2.5 La libre competencia

La libre competencia, entonces, se constituirá en piedra angular de este sistema que permite reflejar fielmente el grado de escasez de los factores de producción y de todos los productos intermedios (Von Stackelberg, 1963 (1949), pág. 141) permitiendo, a través del precio de los productos y servicios generar una unidad de medición de la escasez (Eucken, 1963 (1948), pág. 39) a partir de la cual oferentes y demandantes adoptarán decisiones importantes respecto a la dinámica del proceso económico. Con el fin de evitar la perversión de esta señal una legislación

¹⁵⁴ El Estado interviene en todos aquellos casos en los que los costos sociales marginales superen a los beneficios económicos marginales. El Estado hace un análisis costo-beneficio respecto a los costos que generaría la inequidad social o la monopolización o cartelización económica respecto a la eficiencia de la asignación que en un mercado de economía liberal se generarían. En palabras de Miccù “la legitimidad de la intervención estatal se resume en la garantía de la competencia que es la garantía del libre mercado” (2010 , pág. 178).

¹⁵⁵ En la Economía Social de Mercado las intervenciones que el Estado genera para corregir estas desigualdades tiene como soporte una base impositiva que es percibida como un bien público en el que se protege un desarrollo social equilibrado y se estimula la actividad económica a través de inversiones públicas (necesarias porque dinamizan la economía y promueven la movilidad social) que no atenten contra el sistema de precios. La construcción de capacidad fiscal (un sistema de finanzas públicas sólido, en el que no se gaste más dinero del que se recauda) resulta indispensable para lograr este cometido, pero esta a su vez, no puede generar incentivos negativos para los ciudadanos (Marktanner & Winterberg, 2011 (2009), pág. 111).

fuerte contra el monopolio o prácticas restrictivas de la competencia será esencial en una Economía Social de Mercado, tal como precisaba con insistencia Erhard, “una ley de carteles basada en la prohibición debe estimarse como la indispensable *‘ley fundamental de la economía’*” (1957, pág. 25), sin esta no puede existir una Economía Social de Mercado pues podría darse lugar al reconocimiento a un ciudadano del derecho a oprimir la libertad en procura de la realización de sus propios propósitos, relegándose el principio de solidaridad.

La competencia, sin embargo, no debe ser comprendida como “una lucha descarada de todos contra todos” (Erhard & Müller-Armack, 2011 (1983), pág. 30) sino como un incentivo positivo para la búsqueda de la eficiencia y una evaluación comparativa con las eficiencias de otros agentes económicos (producción, precios, insumos, costos, participación, etc.) todo ello en el marco de la solidaridad y el respeto. Para la Economía Social de Mercado la relación entre libre competencia y libre formación de precios resulta de particular interés, aquella es el motor que dinamiza la economía, este es su medio de control (Erhard L. , 1994, pág. 111).

Al respecto, se habla de la soberanía del principio de rentabilidad que rige la producción, orientada al consumo, y se convierte en un filtro de selección de los competidores en el mercado, pues ella “representa un módulo seguro e insustituible para juzgar si una empresa se engrana o no en el contexto de la economía nacional” (Röpke, 1989 (1937), pág. 225). El empresario que responda a este principio será recompensado por el mercado y el que no lo logre no tendrá incentivo alguno para continuar en este. Dicha circunstancia fomentará la competencia y permitirá que el mercado funcione de manera más o menos eficiente.

El orden competitivo libre, base de un sistema de mercado, requiere de una política económica determinada que observe y garantice ciertos principios constitutivos y reguladores (Eucken, 2011 (1952)) además de que permita la realización de los objetivos descritos en líneas anteriores. Es tarea del Estado mediante la

estructuración de una política coyuntural evitar la inflación¹⁵⁶ y el paro a través de una política adecuada de la redistribución de la renta y la seguridad social, para restablecer la justicia social y reducir los conflictos sociales (Dürr E. , 1979, pág. 9) La libre competencia genera alicientes para los empresarios quienes, conscientes del riesgo que genera la competencia, tendrán incentivos positivos para innovar y diversificar la producción y los sectores del mercado en los que intervienen (Alcaide Guindo, 2005, pág. 245).

Respecto a la importancia de la libre competencia económica para este sistema, existe, en una clara comparación con la teoría de la separación del poder de Montesquieu, la necesidad imperativa por una separación del poder económico que impida cualquier supremacía política en lo económico e impida la preponderancia económica de cualquier agente en el mercado¹⁵⁷ (Müller-Armack, 1963, pág. 126).

La Economía Social de Mercado intenta mantener elásticos sus elementos, la fijación y control de precios artificial será rechazada pues se opone a la dinámica propia del mercado: a partir de las variaciones en la oferta y demanda, amén de

¹⁵⁶ La inflación se ve favorecida por la inestabilidad en el valor de la moneda, por ello uno de los principios estructurales del sistema de ESM exige un orden monetario estable. La inflación resulta ser nociva para una economía pues perjudica el mecanismo de mercado al enviar señales que no corresponden con la realidad del mercado, reduce la competencia, dificulta la exportación y estimula la importación afectando seriamente la balanza de pagos, disminuye el ahorro voluntario de las economías domésticas y favorece la salida de capitales hacia economías con monedas más estables y finalmente favorece a los propietarios de capital real y a los especuladores perjudicando a los titulares de depósitos de ahorro y a los tenedores de valores de renta fija si el tipo de interés no está por encima de la inflación, además de aquellos que reciben pensiones fijas y asalariados (Binder & Dürr, 2004, págs. 60-61).

¹⁵⁷ No es posible indicar que en la economía de mercado no existen supremacías políticas en lo económico. En el siglo XIX, durante la época plena del liberalismo, existieron grupos económicos con poder político que lograron constituir auténticos monopolios y generaron fallas en el mercado, “en esos años de expansión industrial agresiva, de desarrollo de sociedades gigantes y de empresarios que han sido llamados caballeros de industria o industriales del robo (*robber barons*)” (North, 1969 (1966), pág. 167) que generaron graves problemas sociales y produjeron, en el caso de los EE.UU., legislación antitrust que, en estricto sentido, suponía una intervención del Estado en la economía (Jeletzcheva Jeletzcheva, 2010) al comprender que el correcto funcionamiento del mismo exigía actuaciones en ciertos sectores específicos (Botero Restrepo, 2002).

otras variaciones económicas, se adoptarán medidas que ajusten el proceso económico a la realidad evitando procesos con tendencia inflacionaria. Sin embargo, y con el fin de no repetir los problemas de sistemas económicos previos, tan criticados por la Economía Social de Mercado, es preciso reconocer que en una sociedad industrial moderna el orden del mercado y la competencia no pueden armonizar la acción del individuo y el interés general. Surge entonces la pregunta: ¿a quién le corresponde garantizar un marco económico que satisfaga todas estas premisas? Al Estado¹⁵⁸, es a él a quien atañe dictar las reglas de juego de la economía (Erhard L. , 1994, pág. 113) y constituir y mantener el orden en que ella se desenvuelve (Erhard & Müller-Armack, 2011 (1983), pág. 26). No será posible predicar una política económica racional sin una jerarquía objetiva y temporal que atienda todas las necesidades económicas y que en el caso de una Economía Social de Mercado corresponderá al Estado (Von Stackelberg, 1963 (1949), pág. 131). El segundo principio que hará eficaz la función del Estado como potencia ordenadora, apunta a la estructuración de los órdenes económicos, asumiendo

¹⁵⁸ No obstante esta respuesta, es preciso considerar en palabras de Eucken que esa confianza absoluta que se otorga al Estado como responsable de la constitución y el mantenimiento del orden económico ha mostrado serios problemas a lo largo de la historia. El Estado ha decepcionado en múltiples ocasiones a la sociedad y se ha mostrado débil frente a grupos de presión que manejan sus propios intereses. Surge entonces la posibilidad de entregar esta responsabilidad a órganos de administración autónoma o a asociaciones profesionales que se conviertan en potencia ordenadora frente a la incapacidad del Estado. Retomando ideales de Adam Smith estas, movidas por la satisfacción de sus intereses como organización profesional, buscarían su propio beneficio y en consecuencia no necesariamente constituirían sistemas de libre competencia al considerar que a corto plazo podrían obtener beneficios superiores al acaparar el mercado y funcionar como monopolios u oligopolios (fallas del mercado que surgen desde la oferta). Por esto no sería viable esta opción, retornaría a los problemas de la economía liberal de mercado. Queda entonces la opción de entregar ese poder ordenador al Estado que cada vez con menos independencia (por la presión de grupos de interés y en ocasiones porque estos asumen competencias que anteriormente le correspondían al Estado) y menos autoridad en temas económicos asume la responsabilidad de garantizar un orden económico-social justo, sin embargo no se reflexiona sobre la dificultad que genera para el Estado el proceso de dirección. Por esto se requiere un aparato estatal estable que tenga suficiente poder para asumir tareas de dirección y ordenamiento claras y delimitadas (2011 (1952), págs. 79-84).

funciones precisas que no sean superiores a sus fuerzas ni que supongan intervenciones contrarias a la lógica del mercado. (Eucken, 2011 (1952), pág. 88)

Las condiciones de las que parte una Economía Social de Mercado no surgen de manera espontánea ni se encuentran en estado natural en el mercado o en la economía real sin intervención (Eucken, 2011 (1952), pág. 79). Al sector público le corresponde asegurar la estabilidad económica y la libre competencia como condiciones esenciales para el funcionamiento del mercado, además de realizar políticas de corrección social; sin embargo, su actuación debe respetar el mecanismo de precios (Asenjo, 1984, pág. 139).

En un marco competitivo se hace indispensable que el mercado goce de estabilidad monetaria, principio estructural, pues permite mantener constante el valor del dinero y facilita las señales oportunas a los agentes económicos para que hagan un uso eficiente de los recursos a través de inversiones (Dürr E. , 1979, pág. 2). Por ello es necesario “un marco de ordenamiento establecido por el estado. Este elimina las desigualdades de las condiciones iniciales en el mercado, debidas a la formación de ingresos diferentes y a la distribución desigual de patrimonio, valiéndose de medidas impositivas, seguros y prestaciones sociales y logra por medio de una redistribución que comprende promoción de formación profesional y estudios, premios a la formación de capital y subvenciones, un equilibrio social.” (Erhard & Müller-Armack, 2011 (1983), pág. 31).

Ese marco de ordenamiento establecido por el Estado debe además cumplir con las condiciones de confianza y previsibilidad, debe ser transparente y comprensible, pues en esa medida otorga a los agentes (hogares y empresas) la debida seguridad para planificar su actividad económica (Ernste, 2011 (2006), pág. 58). No será posible en consecuencia pensar en una ordenación duradera de la Economía Social de Mercado sin ciertos elementos de dirección central que creen y aseguren la política de competencia en armonía con la instauración de un Derecho social que no perturbe el mecanismo de mercado (Müller-Armack A. , 1963 (1948), pág. 123).

El sistema de Economía Social de Mercado desarrollado hasta ahora ha tenido importantes consecuencias en la determinación de los sistemas económicos adoptados por varias constituciones europeas y latinoamericanas. En el caso europeo, como se ha indicado, las constituciones española e italiana —sin mención por obvias razones a la alemana— han trasplantado varias de sus premisas a sus normas fundamentales. En América Latina las circunstancias son diferentes¹⁵⁹, como plantea Yáñez respecto a la Economía Social de Mercado, este es “inexistente en Venezuela, prácticamente inexistente en Argentina [...], o en vías de su aplicación en Chile, hay ciertos desafíos comunes válidos para todo el continente [...] debemos evitar, eso sí, la tentación “verticalista” de creer que bastan con las políticas de Estado en la dirección correcta para hablar de ESM. Ella requiere del concurso del Estado sin lugar a dudas, pero también del mercado y de la activa participación de la sociedad civil” (Yáñez, 2014, pág. 8). Caso diferente se predica de Ecuador en donde, al tenor del artículo 244 de su Constitución el reconocimiento expreso de dicho modelo facilita la interpretación de sus cláusulas de contenido económico, circunstancia similar de conformidad con el artículo 58 de la Norma Superior peruana.

Colombia ha avanzado en la construcción de un sistema de Economía Social de Mercado que se ha nutrido de la jurisprudencia constitucional, en ese sentido, es posible señalar que frente al contexto planteado por Yáñez las circunstancias son menos sombrías.

¹⁵⁹ Para ampliar en la recepción del sistema de Economía Social de Mercado en el caso latinoamericano es posible consultar Resico, Velásquez y otros (2015). Un estudio interesante sobre la recepción de sistemas económicos con tendencia social en López Camargo (2003).

SEGUNDA PARTE

1. LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO EN COLOMBIA

Siguiendo la tradición de la Constitución de los Estados Unidos y la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de finales del siglo XVIII, las diversas constituciones que se aprobaron en el país a partir de la independencia en 1810, incluyeron disposiciones relacionadas con algunas libertades económicas y facultades al Gobierno Nacional para intervenir, en mayor o menor medida y dependiendo del momento histórico, en la ordenación de la economía. No obstante la existencia de cláusulas con este contenido en las constituciones, esto no puede ser interpretado como la existencia de una verdadera Constitución Económica en el sentido en que se ha venido desarrollando. Quizás es posible hablar de una Constitución formal, desde el punto de vista económico, pero no de una material. No se trataba de normas que indicaran, en estricto sentido, cuál iba a ser el sistema por el cual se regiría el ordenamiento económico, se trataba más de disposiciones que garantizaban el funcionamiento de una economía de mercado partiendo de la protección de la propiedad privada, la libertad de empresa y la libre competencia económica, sin valor normativo alguno y en consecuencia con contenido programático y que necesitaban de la voluntad del legislador y el gobierno, que las reglamentaba, para que pudieran encontrar desarrollo y concreción.

Lo anterior obedece, entre otras, a la inexistencia de una estructura de mercado capitalista real que solo hasta comienzos del siglo XX, con la economía del café, tuvo un desarrollo importante en Colombia¹⁶⁰. Con antelación a este el mercado era

¹⁶⁰ Aunque el sector manufacturero registró un crecimiento importante en el país a comienzos del siglo XX, no es posible hablar de industrialización ni de cambio estructural en la economía. El despegue cafetero permitió el desarrollo industrial que, en palabras de Kalmanovitz y Brando, fue

concebido como una institución vetusta anquilosada en principios asociados a los privilegios derivados de la Corona Española¹⁶¹, circunstancia que produjo un atraso industrial que se vio favorecido por tres causas: la pugna por la construcción de un Estado poscolonial que caracterizó todo el siglo XIX, la necesidad de importar buena parte de la industrialización requerida y el tamaño reducido del mercado para productos manufacturados debido a los altos costos de transporte que aislaban a las economías regionales (Kalmanovitz S. (2010, pág. 201).

Respecto a la industrialización del mercado colombiano, con los problemas descritos anteriormente, esta solo inició su andadura a comienzos del siglo XX — con antelación la economía era rural y agraria en su mayor porcentaje— de una manera tímida¹⁶² y respecto al desarrollo capitalista su consolidación solo se produjo con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial (Ocampo, Bernal, Avella, & Errázuriz, 1988).

Esta situación de penumbra para la industrialización y el desarrollo del capitalismo sufrió una modificación importante con el boom cafetero —producto de la importancia que jugó la exportación de este producto en la economía nacional—

“un proceso autóctono, realizado con capital colombiano y con escasa participación extranjera” (2010, pág. 197). Sin embargo, tal como sostiene Montenegro es posible señalar que la industria textil en Colombia, que surge a comienzos del siglo XX y experimenta un fuerte crecimiento hasta 1945, tuvo un papel importante en el proceso de industrialización en Colombia (2007).

¹⁶¹ Como advierte Jaramillo Uribe, la forma de vida colonial heredada, desde el punto de vista económico y social, no sufrió modificaciones importantes al producirse la separación de España ya que la estirpe dirigente, que concentraba el poder económico se integraba “por los mismos terratenientes, los antiguos funcionarios y letrados de la colonia, con el único elemento nuevo de los militares elevados a las posiciones influyentes del Estado por su participación en la guerra emancipadora, grupos todos con intereses coincidentes y prevalencia indiscutida” (1980, pág. 37). Además, perduraban elementos como los monopolios, los viejos tributos y el esclavismo que representaban lastres colonialistas contra los que luchó el movimiento liberacionista.

¹⁶² Hasta entonces el país se limitaba a importar artículos de lujo para un sector reducido de la población, que podía pagarlos, y sus exportaciones se reducían a oro y productos agropecuarios en pequeñas cantidades que no superaban las de los últimos tiempos de la Colonia, respecto al mercado interior los problemas de integración de este obedecían a su escasa integración debido a la “insuficiencia y mal estado del sistema vial” que había sido diseñado para satisfacer el pequeño comercio exportador (Sáchica, 2012, pág. 325).

que transformó sustancialmente las reglas de acceso a la propiedad —que hasta entonces solo era un privilegio reconocido en favor de unas pocas manos—, permitió la intervención del Estado en la economía, introdujo la institución de la aparcería y promovió la colonización de zonas consideradas marginadas en el país¹⁶³. La expansión cafetera permite explicar el desarrollo económico que registro el país a comienzos del siglo XX al permitir superar, por lo menos parcialmente, el atraso en infraestructura vial y de ferrocarriles y estimular la creación de “demanda agregada suficiente para estimular industrias de textiles, tabacos y bebidas” (Suárez Montoya, 2002, pág. 78).

A esta circunstancia se suma el ingreso de capitales extranjeros al país que permitió el desarrollo industrial. Para el caso colombiano “la década de los veinte se puede identificar como el momento en que se acelera perceptiblemente la formación de capital y la tasa de crecimiento en el ingreso per cápita. En esa época surge la industria moderna, y se comienza a crear un mercado nacional a través de la inversión en una infraestructura de transporte” (Urrutia, 1979, pág. 38). Estas circunstancias permiten predicar, entre otras, el reconocimiento material de una economía de mercado asociada a la ausencia de un constitucionalismo normativo

¹⁶³ Respecto a la importancia del café en el desarrollo del mercado y la economía en Colombia Bejarano indica, “el café se constituyó en el núcleo de la expansión del mercado interno, no tanto por lo que significaba la economía parcelaria en tanto que mercado para los productos agrícolas e industriales de consumo, sino porque creó, mediante el beneficio, el comercio y el transporte del grano, una red de consumidores urbanos, al tiempo que sustentó la constitución de una red de transporte, principalmente ferrocarrilera, lo que naturalmente comportaba enormes efectos sobre la ampliación y diversificación del mercado. De hecho, en 1898 existían en el país 593 kilómetros de ferrocarril, de los cuales el 71.4% eran utilizados básicamente en transporte de café. Para 1914 la red había aumentado a 1.143 kilómetros, de los cuales el 80.4% se utilizaba para transportar el grano y para 1922 estas magnitudes habían aumentado a 1.571 y 89.0% respectivamente. En suma, pues, la emergencia del café en el occidente colombiano no solo creó una sociedad económica y políticamente más estable, sino que contribuyó a sentar las bases del crecimiento económico con dos de sus condiciones esenciales: la acumulación de capital y la ampliación del mercado” (1988). En el mismo sentido es posible consultar Machado (2001).

que permita dotar a la Norma Fundamental de carácter vinculante, situaciones que caracterizan el constitucionalismo económico de buena parte del siglo XX.

1.1 Constitucionalismo económico en Colombia

No es propio hablar de constitucionalismo económico en Colombia, en estricto sentido, hasta las reformas constitucionales de 1936 y 1968 a la Constitución de 1886. Con antelación a ese hecho, y como se describirá posteriormente, existían algunas disposiciones de contenido económico en la Norma Fundamental que permitían predicar la inexistencia, en términos formales, de un sistema económico, pero, materialmente, el reconocimiento y protección de una economía de mercado. Aunque existían leyes diversas que implicaban intervención del Estado en la economía¹⁶⁴, solo fue en el año 1936 cuando constitucionalmente se le dotó de precisas facultades para establecer el marco normativo económico. Poder arribar a esa reforma constitucional supuso un largo recorrido que será desarrollado a continuación.

1.1.1 Constitucionalismo económico del siglo XIX

La teoría del Estado propia del siglo XIX consideraba, en clara armonía con la visión francesa del papel del Parlamento, que la Constitución no era un texto dotado de fuerza vinculante, sino que requería de un desarrollo legal para poder predicar su aplicación¹⁶⁵, se trataba más de un conjunto de objetivos a lo que podría o no

¹⁶⁴ A título enunciativo, simplemente, es posible reseñar la Ley del 11 de mayo de 1826 por medio de la cual se establece la contribución industrial o de patente; la Ley 25 de 1923 Orgánica del Banco de la República y la Ley 45 de 1923 que organizó las distintas especialidades de la industria bancaria y creó la Superintendencia Bancaria.

¹⁶⁵ Como advierte Martínez Caballero durante los 105 años de vigencia de la Constitución de 1886 la aplicación de su parte dogmática estuvo condicionada por la vinculación que de ella se hizo al Código Civil por expresa indicación del artículo 4 de la Ley 57 de 1887; respecto a la posibilidad de aplicar de manera directa el articulado, precisa López Medina (2006, pág. 4) que “la Constitución se

llegarse dado su carácter programático. El orden político que propició la Constitución de 1886 concebía al Estado como un sistema autónomo respecto a la sociedad presumiéndose que el orden socioeconómico se regulaba por sus propios principios y que al Estado le correspondía una función abstencionista que solo superaba cuando se presentaba algún desorden transitorio, sin que pudiera interpretarse como una interferencia en el orden espontáneo que caracteriza al devenir social (López Obregon, 2005, pág. 118).

Bajo esta perspectiva los constituyentes de 1886 consideraron que las disposiciones de contenido económico no eran lo suficientemente notables dentro de la Constitución y en consecuencia dispusieron que su desarrollo y regulación debía producirse por vía legislativa y reglamentaria (Palacios Mejia, 2007, pág. 39). Sin embargo, dentro de las garantías económicas, consideraron pertinente incluir el derecho a la propiedad privada (art. 31) —base de cualquier sistema de mercado— la libertad de trabajo (artículo 39), la libertad económica y de manera particular, la libertad financiera. La libertad de empresa no se encontraba expresa en la Norma y “se infería interpretando el alcance y contenido del artículo 39 sobre libertad de trabajo” (Alviar García, 2002, pág. 182).

El artículo 31, en consonancia con la existencia de una economía de mercado, reconocía de manera expresa el derecho a la propiedad privada y lo reforzaba con una protección en los siguientes términos “en tiempo de paz nadie podrá ser privado de su propiedad en todo ni en parte, sino por pena, o apremio, o indemnización, o contribución general, con arreglo a las leyes, por graves motivos de utilidad pública, definidos por el legislador, podrá haber lugar a enajenación forzosa, mediante

expresaba en la ley suprimiendo así necesidad de interpretar directamente el texto superior” (2007, pág. 57).

mandamiento judicial, y se indemnizará el valor de la propiedad, antes de verificar la expropiación”.

Es importante en la historia del constitucionalismo colombiano enfatizar en la existencia de monopolios permitidos por el constituyente en precisos casos. En la Constitución de 1886 el monopolio de las armas y municiones de guerra estaba radicado en cabeza del Gobierno¹⁶⁶.

1.1.2 Constitucionalismo económico del siglo XX

Con la reforma constitucional del año 1910 (Acto Legislativo N°. 3) se amplió el reconocimiento a los monopolios cuando estos constituyan arbitrio rentístico del Estado, y con una finalidad de interés público o utilidad social (Lizarazo Rodriguez & Philippe, 2001, pág. 345). No obstante su existencia estaba condicionada por su consagración en una ley del Congreso de la República.

En las elecciones del año 1930 el liberalismo resultó triunfante¹⁶⁷ y planteó rápidamente la necesidad de una reforma constitucional que permitiera dar respuesta a múltiples desafíos con un Estado intervencionista, con capacidad para dirigir la vida económica y mediar en los conflictos que se presentaban entre las distintas clases sociales (Kalmanovitz S. , 2003-a, pág. 366).

El Estado colombiano viró hacia la denominada “cuestión social” que le permitió introducir los principios de derecho social y del Estado liberal moderno en una Constitución como la del 86 de estirpe individualista (Botero Marino, 1991, pág. 59).

¹⁶⁶ Esta disposición, visible en el artículo 45 de la C.P. de 1886, obedeció a la necesidad de limitar el comercio de armas y municiones para evitar que cayeran en manos de revolucionarios (Sáchica, 2012, pág. 333).

¹⁶⁷ Después de cuatro décadas de dominio conservador (excepción hecha del periodo 1909-1914), el partido liberal llega al poder e inicia una serie de reformas de tipo social para superar el rezago que en esta materia tenía el país (Mora Toscano, 2010, pág. 154).

Producto de esta intención, en el año 1936, se produce una modificación importante en el contenido del derecho a la propiedad y en el ordenamiento económico colombiano al introducir la función social que esta debe cumplir (limitación importante frente a la concepción anquilosada de un derecho absoluto e irrestricto) y que le impone obligaciones¹⁶⁸. Se predica entonces la premisa de que “la tierra es del Estado que la concede a particulares, o de quien pueda probar ante el Estado que la explota económicamente” (Palacios Rozo, 2011, pág. 74), esta condición permitió introducir la expropiación de la tierra improductiva con la reforma agraria de la Ley 200 de ese mismo año¹⁶⁹.

Al producirse la reforma constitucional del año en mención, los constituyentes —por propuesta presentada en el año 1934 por el ministro de Gobierno Darío Echandía¹⁷⁰— le atribuyeron al Estado la función y facultad de intervenir en la

¹⁶⁸ La función social que se asignó a la propiedad respondió, entre otros, a la necesidad de superar los profundos conflictos sociales que por la acumulación de tierra y el latifundismo colombiano desestabilizaban el orden público en el país. Al respecto señala Botero (2006, págs. 92-93), citando a Chaux (1934), “la reforma a lo relativo al régimen de propiedad privada en la Constitución es inseparable de la discusión sobre la reforma agraria, central en esos días dado el conflicto agrario que atravesaba al país. En este sentido, los intentos de reforma vienen desde el gobierno de Olaya Herrera (1930-1934), con las iniciativas de su Ministro de Industria, Francisco José Chaux, quien ya había presentado un proyecto de ley sobre dominio y posesión de tierras, cuya orientación, aunque en el marco del respeto absoluto a la propiedad privada, reconocía en los latifundios improductivos un problema fundamental, e incorporaba el trabajo como elemento esencial de una nueva interpretación del principio de la propiedad”. Una interesante visión sobre los problemas sociales que antecedieron la reforma constitucional de 1936 se puede encontrar en Palacios Rozo (2011).

¹⁶⁹ No obstante esta pretensión el temor que la expropiación prevista por la Ley 200 generó entre los grandes latifundistas y terratenientes provocó una serie de desalojos masivos a campesinos provocando caos social. Esta circunstancia motivó la promulgación de la Ley 100 de 1944 que declaró el Sistema de Aparecería como de conveniencia nacional, permitiendo a los grandes propietarios volver a contar con mano de obra campesina barata. El Estado, a partir de este sistema, compraba tierra a particulares y la revendía, subsidiada, a campesinos en forma de parcelas que a su vez se arrendaban a los terratenientes. Se produjo un retroceso respecto a la función social de la propiedad al permitir que el “latifundio extensivo y sub-explotado no fuera expropiado” y que los aparceros no logaran “reconocimiento de sus mejoras [...] ni la posibilidad de acceder a la propiedad de la tierra ya cultivada y trabajada por ellos” (Villaveces Niño & Sánchez, 2015, pág. 14).

¹⁷⁰ Esta propuesta tuvo su fuente en el inciso 5 del art. 44 de la Constitución española de 1931 y se convirtió, una vez aprobado por el Congreso de la República de Colombia, en el artículo 32 de la Constitución de 1886.

producción, distribución y consumo de la riqueza: postulados que se traducían en la consagración de deberes sociales a cargo del Estado¹⁷¹ y la función social de la propiedad. Así “todos estos elementos lo convierten necesariamente en una entidad interventora, con responsabilidades económicas y sociales, encargada de proveer servicios como la educación, la asistencia pública y la salud y en proteger el trabajo, el derecho de huelga y la asociación sindical” (Marulanda, y otros, 1991).

Esta propuesta de reforma tuvo como motivación la necesidad de poner límites a la excesiva concentración de capitales monopolísticos y al aprovechamiento absoluto que los propietarios hacían del derecho a la propiedad en claro desmedro de los derechos de los trabajadores y de la competencia económica. Esta reforma modificó sustancialmente el papel del Estado que, a partir de su aprobación, se convirtió en sujeto activo de la economía y el mercado, promoviendo el aprovechamiento racional de los recursos disponibles. A partir de esta reforma se consideró que el Estado podría intervenir en la economía para garantizar cuatro objetivos, a) el proteccionismo industrial, b) la protección del consumidor, c) la participación directa del Estado en diversas fases de la actividad económica y d) la corrección de las desigualdades sociales.

Fue el artículo 19 de esa reforma el que consignó, de manera tímida, la intervención del Estado en la vida económica al disponer que “las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y asegurar el respeto recíproco de los derechos naturales, previniendo y castigando los delitos”. Esta posibilidad supone una ruptura con el régimen individualista que profesaba esa Constitución y la apertura a “un lento

¹⁷¹ La reforma de 1936 ha sido comprendida como la introducción formal de las ideas socialdemócratas en el constitucionalismo colombiano que, entre otras permitió la intervención del Estado en la economía (C-644 de 2012).

proceso de construcción colectiva de una cierta orientación en materia de políticas públicas” (Botero, 2006, pág. 103).

Respecto a la eventual asistencia a las personas que carecieran de medios de subsistencia, o estuvieren incapacitados para trabajar el artículo 16 establecía la asistencia pública como función del Estado y se atribuía al legislador la facultad de determinar en qué casos el Estado podía concederla en forma directa. Esta norma, sin embargo fue catalogada como una “concepción de asistencia caritativa a los menesterosos, que a una noción de servicio público para todos los ciudadanos” (Subcomisión Tercera Comisión Quinta Asamblea Nacional Constituyente, 1991, pág. 10). A pesar de ello no hubo materialización legal de esta norma en vigencia de la Constitución de 1886.

Esta reforma no obstante fue más amplia pues prestó atención especial a varios temas económicos al permitir al Congreso de la República “la explotación de empresas e 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” (antecedente del artículo 334 de la Constitución de 1991). Como advierte Palacios Mejía “los reformadores de ese año, al parecer, buscaban dar al Congreso una mayor capacidad de limitar el derecho a la propiedad y la libertad contractual, así como permitir a las autoridades que organizaran empresas públicas en abierta competencia con las de los particulares” (2007, pág. 41).

Treinta años después, en 1968, otra reforma de corte liberal se gestó en el Congreso con la intención de fortalecer al Estado para convertirlo en un organismo más eficiente y moderno que estuviera atento a las demandas de los sectores productivos del país amén de la realización del desarrollo económico y social que demandaba la sociedad de manera vigorosa. La reforma del año 1968 reconoció un espacio propio a la libertad económica al contemplar la libertad de empresa y la iniciativa privada como garantías económicas de rango constitucional (art. 6 Acto

legislativo No. 1 de 1968) que estarían, no obstante, limitadas por el bien común y por el condicionamiento que el Estado hacía como director general de la economía.

Esta posibilidad ampliaba el marco para la actuación de los agentes económicos que contaban con todas las garantías para emprender libremente actividades económicas orientadas a la producción e intercambio de bienes y servicios. A su vez, es considerada la reforma constitucional que abrió la puerta para una intervención fuerte del Estado en la economía al introducir la institución de la emergencia económica —que le permitía al Presidente expedir decretos en materia económica—, eliminar la iniciativa en el gasto público que hasta ese momento tenía el Congreso al transferirle al Ejecutivo la facultad de dictar normas en materia crediticia, cambiaria y de comercio exterior, además del traslado del control de los institutos descentralizados a ésta rama del poder.

Esta reforma constitucional persiste en los lineamientos democráticos liberales de la reforma de 1936 pero la supera al incorporar “los instrumentos institucionales para que los principios socialistas puedan realizarse en la práctica en la vida económica y social de la Nación” (Pérez Escobar, 2004, pág. 194). Esta premisa consolida la introducción constitucional del concepto de planeación económica y social además de reforzar la importancia del Ejecutivo en estas materias al disponer que la intervención del Estado en el campo económico y social debía ser ordenada y armónica, por ello se modificaron las disposiciones relativas al presupuesto para que éste se convirtiera en un instrumento idóneo para organizar la política económica (Leguizamon Acosta, 2000, pág. 33).

Quizás el componente más importante de esta reforma fue la constitucionalización de las doctrinas económicas de Keynes pues la declaración de principios en relación con la facultad de intervención del Estado al vincularla con una política de ingresos y salarios y de pleno empleo se armonizaba con el objetivo principal del desarrollo económico de la justicia social y el mejoramiento armónico e integrado de la comunidad y "de las clases proletarias en particular" (art. 32 C.P de 1986).

Este proceso de evolución constitucional sirvió como fuente para que la Asamblea Nacional Constituyente de 1991¹⁷² diseñara el Título XII de la Constitución Política, reconociendo y ampliando los principios intervencionistas de la reforma de 1936 y 1968.

Correspondiendo a la Comisión Quinta Constitucional la redacción de los asuntos económicos, esta reconoció, en sus informes de ponencia¹⁷³, los avances alcanzados por la Carta de 1886 pero señaló la necesidad de eliminar las barreras a la libre iniciativa económica salvo aquellas que por razón de la salubridad y seguridad públicas, interés social, medio ambiente y patrimonio cultural de la Nación sean necesarias, estableciendo así una limitación a esta garantía dada la prevalencia del interés general sobre el particular. A su vez, reconoce el derecho colectivo a la libre competencia económica como un elemento que califica la libertad económica (Marulanda, y otros, 1991) en el marco de un Estado Social “en sentido estricto”¹⁷⁴ que condiciona la actividad económica de los particulares y la actuación del Estado respecto a la economía.

¹⁷² La Asamblea Nacional Constituyente de 1991 fue convocada por el pueblo e inició sesiones el día 4 de febrero de 1991 y clausuró sesiones el 4 de julio de 1991, fecha en la que fue promulgada la Constitución Política de Colombia. Esta consigna las más diversas posiciones ideológicas, económicas, políticas, culturales y sociales producto de la multiplicidad de actores (70 constituyentes delegatarios) que participaron en el proceso de construcción. El proceso constituyente de 1991 reviste particularidades que son puestas de manifiesto por De la Calle Lombana (2004).

¹⁷³ El primero de ellos presentado el 6 de abril de 1991 por la Subcomisión Primera de la Comisión Quinta ponía en consideración de la Plenaria la propuesta de los artículos 31 y 32 que regulaban la libertad económica y la intervención del Estado en la economía. El segundo de ellos se presentó el 20 de mayo del mismo año y ponía en consideración de la Plenaria de la Asamblea Nacional Constituyente los artículos mencionados con algunas modificaciones al primero relacionadas con monopolio de licores. No obstante, se presentaron cerca de 70 propuestas para integrar el articulado del Título XII.

¹⁷⁴ El informe de ponencia reconoce la necesidad de “un Estado Social, en sentido estricto, y que como tal no actúa obedeciendo los mandatos de la beneficencia y la caridad sino como respuesta a los más elementales derechos de los ciudadanos. Un Estado como agente de justicia social” (Benítez, y otros, 1991, pág. 2).

Los ponentes consideraron, además, la protección de tres garantías esenciales para el eficiente y adecuado funcionamiento de un sistema de mercado: propiedad privada, libre empresa y libertad de competencia; reconocieron en forma especial la salvaguarda que precisa la libre competencia al considerar que vulneraciones o afectaciones que sobre ella se ejecuten se traducen en daños a los consumidores y al conjunto de la colectividad¹⁷⁵. Las garantías mencionadas pretenden, en sentir del constituyente, impedir el agravamiento de la inequidad en la distribución del poder económico y social.

Sumado a lo anterior, el constituyente hizo énfasis especial en la intervención del Estado en la economía al considerar que a través de esta se satisfacían varios objetivos que el informe de ponencia consignó en cuatro categorías, así:

a. Objetivos de tipo general: desarrollo integral, mejoramiento de la calidad de vida, justicia social, equidad, preservación de un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

b. Objetivos específicos: desarrollo armónico de las regiones (en consonancia con los principios de descentralización y desconcentración), empleo, satisfacción de las necesidades básicas (ligado al principio de calidad de vida y dignidad humana)

c. Objetivos intermedios: productividad y competitividad

f. Medios y políticas económicas específicas: concertación, planificación y racionalización, aprovechamiento racional de los recursos naturales, ingresos y

¹⁷⁵ Aunque el informe de ponencia presentado el 20 de mayo de 1991 reconoce en forma expresa la imposibilidad de condiciones de mercado perfectamente competitivo en todas las esferas de la economía al mencionar la existencia de monopolios naturales, señalando en forma expresa los servicios públicos. A partir de este postulado, se afirma la necesidad de dotar al Estado de instrumentos y mecanismos idóneos para garantizar el correcto funcionamiento del mercado y la protección de los derechos de los agentes económicos.

salarios, estabilidad económica, política antiinflacionaria, internacionalización. (Marulanda, y otros, 1991)

El fruto del consenso en la Asamblea Nacional Constituyente fue ampliar las esferas de intervención del Estado en la economía con un espíritu moderno, permitiendo la participación privada en sectores que tradicionalmente habían sido reservados al sector público, facilitando su acción y comprometiéndolo a ser más eficiente y a competir cuando ello fuere posible (Ocampo, 2004, pág. 32)¹⁷⁶, todo esto en un “marco democrático, participativo y pluralista que garantice un orden económico y social justo”. Esta esfera, sin embargo, se articulaba con el reconocimiento expreso de la necesidad de que la Constitución se convirtiera en una respuesta “institucional a la miseria y [...] la responsabilidad de todos en lo que llamó ‘gran deuda social’ con los sectores pobres de la sociedad” (T-533/92). Reconocimiento que otorga al Estado el papel como agente de justicia social que no encuentra motivaciones en la

¹⁷⁶ El consenso que se alcanzó en la ANC, sin embargo debía articularse con el ambicioso proceso de apertura económica que encontró soporte en el Plan Nacional de Desarrollo “La revolución pacífica” del gobierno del Presidente Cesar Gaviria Trujillo. Como advierte Ocampo, “la dialéctica entre una nueva Constitución, que reclama más Estado como mecanismo para superar la crisis institucional, y un Plan de Desarrollo, que diagnostica la necesidad de menos Estado, es el eje del debate sobre la reforma del Estado en Colombia” (2004, pág. 17). Esta dicotomía supone concepciones diferentes frente a la forma de Estado que cada una de ellas persigue. La revolución pacífica de Gaviria respondía a los vientos neoliberales que llegaron a todos los países de la región y apuntaba a una delimitación clara de las áreas de acción del Estado, eliminando su acción en sectores estratégicos y orientando sus acciones a fomentar la competencia a través de un proceso de desregulación interna y apertura económica acelerada. Temas importantes como el estatuto del trabajo, la promoción del acceso a la propiedad y de las formas solidarias de ellas y la participación de los trabajadores en la gestión de las empresas —temas constitucionales relevantes— fueron dejados de lado por el Plan en mención. La base del programa de gobierno de Gaviria se soportaba en la afirmación que la crisis estructural de la economía colombiana obedecía a una “política económica de excesivo intervencionismo en la asignación de recursos, que llevó al país a un enclaustramiento progresivo” (Ocampo, 2004, pág. 38). Este plan, sin embargo, tuvo la virtud de resaltar el papel del Estado como agente de promoción social, cambio y crecimiento de la población y el sector privado, razón que motivó que la política social fuera el foco de la acción estatal, concentrándose, sobre todo, en los sectores de menores ingresos (Presidencia de la República-DNP, 1990).

beneficencia ni en la caridad sino en la necesidad de responder a las necesidades de todos los ciudadanos (C-713 de 1998). Un Estado en el cual “el gasto social [...] debe ser prioritario por mandato constitucional, primando el concepto de rentabilidad social sobre el de fríos rendimientos económicos” (Benítez, y otros, Mayo 1991, pág. 2).

Al hacer un examen sumario del texto constitucional de 1991 es posible encontrar numerosas referencias a principios, declaraciones y preceptos con contenido económico. Así, en el Preámbulo se declara que es voluntad del Estado colombiano garantizar “un orden político, económico y social justo”. En su ordenación sistemática es posible encontrar al interior del Capítulo I del Título II el derecho al trabajo (art. 25), el derecho a escoger profesión u oficio (art. 26), la prohibición de confiscación (art. 34) y el derecho de asociación y de formación de sindicatos (arts. 35 y 36); en el Capítulo II del mismo Título, la protección del derecho al trabajo (art. 53), la negociación colectiva (art. 55), el derecho a la huelga (art. 56), la facultad que se otorga al legislador para otorgar a los trabajadores participación en la gestión de las empresas (art. 57), la propiedad privada restringida por la función social y ecológica que a ella se reconoce (art. 58), la expropiación con responsabilidad en casos de interés público o utilidad social (art. 59), la función del Estado para promover el acceso a la propiedad (arts. 60 y 64) y la protección de la propiedad intelectual (art. 61); en el Capítulo III del mismo Título, el derecho a la libre competencia económica como derecho colectivo (art. 88) y la facultad al legislador para controlar la calidad de los bienes y servicios (art. 80). Sin embargo, existen otras cláusulas de contenido económico dispersas en el articulado como la prohibición de monopolios (art. 336), la garantía de la libertad de empresa (art. 333) y todo el Título XII dedicado al régimen de la Hacienda y el Crédito Público.

Al hacer una lectura detallada de su articulado se colige que aunque existen múltiples disposiciones económicas, ninguna de ellas constriñe un sistema económico determinado, circunstancia que no obstante no permite predicar la

inexistencia de alguno sino la decisión del constituyente por dejar un espacio libre de interpretación y ajuste de acuerdo a las condiciones socioeconómicas del momento. El constituyente fue consciente de la importancia de una Constitución Económica y de la necesidad de establecer unos principios y derechos a partir de los cuales se pudiera organizar la vida económica.

2. ELEMENTOS DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1991

Descritas en la primera parte de esta investigación, las principales características del sistema de Economía Social de Mercado, resulta necesario analizar si aquel es compatible con el reconocido por la jurisprudencia constitucional como predicable de la Constitución colombiana. La pretensión de este epígrafe, en consecuencia, es definir las principales vías y líneas de desarrollo que a lo largo de la vigencia de la Constitución de 1991 se han presentado respecto a la Constitución Económica y cómo ellas, interpretadas de manera armónica permiten caracterizar al modelo constitucional económico colombiano con uno de Economía Social de Mercado. Para ello se analizarán las principales disposiciones de contenido económico que consigna la Norma en mención y que han permitido a la Corte Constitucional, articularlas para construir una postura jurídica clara.

El precedente jurisprudencial que ha adoptado la Corte Constitucional respecto al sistema económico colombiano permite a su vez reconocer la importancia que el derecho a la libre competencia económica registra para la Economía Social de Mercado que, aun sin contar con reconocimiento constitucional expreso, se consolida como uno de los pilares de la Constitución Económica. Este régimen demanda una actuación prevalente del Estado que, en abandono de posturas abstencionistas – respecto a su relación con la economía–, se constituye en agente activo del desempeño económico y asume la tarea de materializar los objetivos y fines del Estado Social de Derecho.

2.1. Naturaleza jurídica del mercado en la Constitución colombiana de 1991

Como se indicó con antelación, el mercado se comprende como una institución — regla o pauta de comportamiento— que determina o establece límites y facultades que condicionan el comportamiento de los agentes económicos o ciudadanos que a él concurren.

Partiendo de esta precisión conceptual, la primera parte de este trabajo describió la importancia que el marco normativo y el Estado tuvieron para el desarrollo del sistema de economía de mercado. Resulta claro reconocer que a medida que las relaciones sociales y económicas se hicieron más complejas, resultó apremiante establecer una serie de instituciones que facilitaran y garantizaran las transacciones¹⁷⁷. Y estas instituciones necesitan de organizaciones que permitan materializar estas reglas. Es claro que dentro del marco normativo resulta relevante recordar que la Constitución tiene fuerza normativa y vinculante instaurándose, para los efectos del presente epígrafe, en una institución formal, una regla de juego en el comportamiento de los individuos que concurren al mercado.

Es claro, sin embargo, que no podrá predicarse respecto de la Constitución, como norma orientadora de la organización del Estado, la simple pretensión de establecer los lineamientos para el desarrollo adecuado del marco institucional que permita asegurar el funcionamiento eficiente del mercado. Ese marco institucional tiene que armonizar con la humanización del mercado, con la orientación de este por una senda que responda a los principios y valores que persigue el Estado Social de Derecho. Bajo esta perspectiva no sería factible indicar que el subsistema constitucional económico solo se ocupa de los aspectos técnicos de la ordenación

¹⁷⁷ No obstante indica García Villegas que “las instituciones son las primeras en desconocer el contenido que crean” (2004, pág. 99), posición que comparte Kalmanovitz al afirmar que buena parte de la crisis en Colombia obedece a la carencia de instituciones adecuadas (2001-a).

económica creando el ambiente propicio para el funcionamiento del mercado (establecimiento del derecho a la propiedad, libertad de empresa y libre competencia económica) y aplicando los instrumentos necesarios para garantizar su funcionamiento a través de políticas de intervención; la Constitución Económica “debe enmarcarse en el modelo de sociedad democrática, participativa y pluralista, y en la idea de un Estado Social de Derecho que le dan sentido a las previsiones establecidas en la Constitución como garantías de existencia y desarrollo de ese modelo y esa idea” (Martínez Caballero, 2007, pág. 69).

Esto permite explicar la existencia de disposiciones constitucionales de contenido económico que imponen fuertes condicionamientos al ejercicio de cualquier actividad que pudiera desplegarse en el mercado. Así, es posible indicar que la intervención del Estado en la economía se manifiesta de manera temprana cuando aquel fija las reglas y condiciones relativas al ejercicio del derecho a la propiedad, los contratos y el régimen de responsabilidad, determinando en consecuencia el “alcance de los derechos y los poderes, responsabilidades y obligaciones que implica su ejercicio” (C-197 de 2012).

Considerando la precisión que desde el inicio de este trabajo se hizo respecto a la ausencia de un sistema económico expreso en la Constitución colombiana y la importancia de la jurisprudencia constitucional en la definición de este, resulta concluyente determinar que el marco normativo y la justicia juegan un papel fundamental en la definición y ejecución de la política económica en un Estado democrático como el colombiano. En un Estado constitucional, como es el colombiano, el mercado está al servicio del Estado “como un sustrato material irrenunciable de sus fines ideales, orientados a favor de la dignidad del hombre y de la democracia” (Häberle, 1997, pág. 15). El mercado debe cumplir con los postulados de la democracia, debe comprenderse que no pueden mercantilizarse todas las situaciones, que la economía y el mercado solo tienen un papel instrumental y que, en el marco de un Estado Social de Derecho, aquel debe

satisfacer la dignidad humana “como premisa antropológica cultural del Estado constitucional” (Häberle, 2015, pág. 20).

Al revisar el texto constitucional colombiano, la amplitud de su contenido permite evidenciar la existencia de múltiples cláusulas que protegen, en primer lugar derechos fundamentales, sociales, culturales, económicos y colectivos más allá de mecanismos abstractos o etéreos de mercado. La definición de disposiciones de contenido económico en el marco constitucional sirve como base o soporte para determinar escenarios y sistemas en los cuales puedan ejercerse los derechos de los ciudadanos de manera concreta. Por ello no cualquier sistema de mercado ni cualquier política económica necesariamente se ajusta al ideal del Estado Social de Derecho. Por ello es que se comprende que la Ley Fundamental, con su valor normativo, se constituye como parámetro jurídico del mercado.

Este, como escenario de interacción humana e instrumento asignador de recursos (C-265 de 1994), exige respecto de los ciudadanos definición de sus límites de actuación y ese marco lo otorga la Constitución. Al respecto resulta pertinente la afirmación de Cuevas y Pérez Salazar sobre uno de los principales aciertos de la Constitución colombiana, que aunque reconoce avances en el conocimiento de los mercados acepta que “estos fallan aún si operan en las condiciones más perfectas” (2001, pág. 252)¹⁷⁸. En lo esencial, tales fallas se refieren a la incapacidad espontánea de la competencia para minimizar algunos costos ambientales y humanos; para maximizar algunos beneficios colectivos en campos como los de la

¹⁷⁸ Los mercados perfectamente competitivos son aquellos que se caracterizan por “la existencia de un gran número de compradores y vendedores dedicados a la compra y venta de una mercancía homogénea. Cada comprador y cada vendedor tiene un conocimiento perfecto de los precios y cantidades de mercado; sin discriminación y con una perfecta movilidad de los recursos” (Spencer, 1993, pág. 454). Esta noción sin embargo no puede ser entendida como propia de algún sistema económico. Por el contrario la existencia de fallas del mercado (monopolios, externalidades, bienes públicos) es común en prácticamente todas las economías, circunstancia que genera políticas de regulación e intervención.

salud pública, los derechos básicos, la educación, el conocimiento, la adecuada utilización y el desarrollo global de los recursos” (2001, pág. 252).

Lo anterior no supone, bajo ninguna circunstancia, que en la Norma Fundamental se encuentren disposiciones que solo encuentren aplicación para el mercado, ellas forman parte del conjunto de cláusulas constitucionales y en consecuencia pueden encontrar relación con toda la comunidad políticamente organizada (Ehmke, 2006, págs. 357-358). No se pregona la existencia de una Constitución Económica aplicable solo para el mercado, sus principios, valores y reglas armonizan en una Norma con pretensiones mucho más amplias que la simple regulación de un escenario. Al respecto es pertinente compartir la postura de Häberle: “el modelo del mercado *no es aplicable* a determinados ámbitos *culturales* como el de la educación, de la instrucción y de la formación; como tampoco, al menos en parte, a aquél de la investigación y de la familia; asimismo, a sectores sociales como aquellos más esenciales del derecho del trabajo. El Estado constitucional debe establecer, con asidua y activa sensibilidad, si cada sector social está o no listo para el mercado, o si esto sea verdaderamente necesario para ellos, teniendo presente que en el curso del desarrollo histórico se podrán verificar cambios” (1997, págs. 24-25).

Siguiendo esta premisa la Constitución no reconoce cualquier concepción de mercado, entiende que este no es un fin en sí mismo, exento de toda intervención o regulación estatal, sino que es un medio que debe asegurar condiciones sociales justas y equitativas, así “el sistema económico en el Estado Social de Derecho, con sus características de propiedad privada de los medios de producción, libertad de empresa, iniciativa privada e intervencionismo estatal, está orientado según un contenido humano y por la aspiración de alcanzar los fines esenciales de la organización social” (T-533 de 1992). Y bajo esta perspectiva debe considerarse que el mercado es un espacio social en el que deben generarse condiciones que contribuyan a la realización de los fines del Estado. Le corresponderá a la

Constitución establecer “[...] funciones positivas” y “correcciones [...] a través de principios jurídicos sustanciales y procesales” (Häberle, 1997, pág. 26).

El mercado es un escenario de actuación ciudadana en el que la satisfacción de las necesidades de los individuos, obedece a sus capacidades económicas, pero no puede estar condicionada a la capacidad adquisitiva¹⁷⁹. Orientar la argumentación en ese sentido permitiría colegir que aquellos en condición de dificultad no pueden encontrar en el mercado posibilidades de satisfacción, esta lógica no armoniza con el modelo de Estado Social de Derecho que define unos objetivos precisos respecto a la realización de la dignidad humana (T-133 de 2006).

Además, partiendo de la existencia de un mercado imperfectamente competitivo vale la pena aclarar que la Constitución reconoce una esfera legítima para el desarrollo de las libertades económicas de los individuos que persiguen la satisfacción del interés material propio. Sin embargo, la presencia de crisis en las instituciones del mercado y la lesión a los derechos de los consumidores, en el marco de un sistema que reconoce la importancia del mercado, ha servido como fundamento para otorgar al Estado importantes instrumentos de intervención (fuentes formales) que le permiten reprimir y sancionar concentraciones

¹⁷⁹ La noción básica de mercado supone que los oferentes y demandantes concurren en igualdad de condiciones. En este punto es necesario matizar esta afirmación a partir de la argumentación de García Villegas respecto a inexistencia de una “interacción más o menos igualitaria entre los actores del mercado [...] en Colombia”, razón por la cual no es posible partir de la idea de que el mercado constituye un factor de igualación. Esta aclaración resulta ser necesaria en la medida en que no se encuentran individuos que en condición de igualdad concurren al mercado a demandar u ofertar bienes y servicios en Colombia. Esta premisa se combina con la inexistencia de reglas de juego y orden (marco normativo e institucional) derivadas de un Estado neutral pues en América Latina este “[...] ha sido manejado por las élites como una entidad privada y estos son los primeros en no someterse a las reglas que establecen. Como postulado normativo es dudoso que una economía de mercado [...] pueda llevar a la inclusión equitativa” (García Villegas, 2004, pág. 119). Aunque aún no se ha hecho mención, la Corte Constitucional colombiana ha reconocido la existencia de una economía de mercado en la Norma Fundamental. Y bajo esta perspectiva, en armonía con jurisprudencia constitucional, “el derecho constitucional reconoce la existencia de factores reales de poder e interviene para redistribuirlos en favor del bienestar general” (T-533 de 1992).

económicas, abusos y distorsiones que legitiman la intervención del Estado para corregirlas y subsanarlas.

Estas condiciones han hecho necesario precisar cuál es la relación que existe entre el mercado y el Estado en Colombia, al respecto la Corte Constitucional señaló que los dos pilares que explican dicha relación son “(i) la protección de la libertad de empresa y la libre iniciativa privada, garantías que carecen de carácter absoluto, puesto que su ejercicio debe acompasarse con la función social de la empresa, el interés social, la necesidad de contar con un mercado competitivo, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación (Art. 333); y (ii) la adscripción de competencias a las autoridades del Estado, basadas en su condición de director general de la Economía (Art. 334 C.P.), y establecidas para garantizar el goce efectivo de las mencionadas libertades, el cumplimiento de los límites que le son propios, junto con las demás finalidades de la intervención que ha previsto el Constituyente” (C-228, 2010).

Esta mención que hace la Corte Constitucional permite pregonar, sin duda alguna, que la opción por una economía centralmente dirigida no ha sido considerada como sistema económico constitucional colombiano, aunque existan claros elementos que permiten la intervención del Estado en la economía (art. 333 y 334 C.P.). El reconocimiento del derecho de propiedad (art. 58), la libertad de empresa, la libre competencia económica (art. 333) y un sistema monetario claro (art. 371 y ss.) permiten advertir la existencia de una economía de mercado en la que existe libertad y protección del mercado con libertad de precios y autoridad, pero con limitaciones claras dadas, entre otras, por la facultad que tiene el Estado para orientar, planificar, estimular y dirigir la actividad económica en procura de cumplir con fines constitucionalmente establecidos orientados a alcanzar la satisfacción del interés general (C-228 de 2010). Este sistema se encuentra matizado por un fuerte componente social que dispone la política económica al servicio del hombre y en consecuencia no considera al individuo como un engranaje más del sistema o un

simple factor de producción sino que supone que toda la acción del sistema estatal persiga el desarrollo integral del individuo (Leguizamón Acosta, 2000, pág. 341).

2.2. Sistema económico acogido por la Constitución colombiana de 1991

La adopción del modelo de Estado Social de Derecho en Colombia a partir de la Constitución de 1991 (art. 1 CP) permite instalar en la problemática constitucional a la economía colombiana. Sin embargo el constituyente no dio un calificativo expreso al sistema económico colombiano, circunstancia que podría ser interpretada de varias maneras: 1) el constituyente evadió deliberadamente la adopción de una determinación sobre Constitución Económica (quizás debido a las diferencias ideológicas de quienes formaron parte de la Asamblea Nacional Constituyente); 2) el constituyente, considerando el modelo de Estado Social de Derecho, previó que aunque no expresó un sistema de Economía Social de Mercado este resulta ser el único compatible con un sistema democrático como el colombiano, o 3) el constituyente estimó que la inclusión de un amplio catálogo de derechos, libertades y principios —de contenido económico— constituye una hoja de ruta clara al legislador y al gobierno para desarrollar políticas económicas variadas.

De estas tres posibilidades resulta claro señalar que la evasión deliberada nunca fue una opción para la Asamblea Nacional Constituyente. Como se desarrollará con posterioridad, las opciones 2 y 3 resultan ajustarse a la posición que desde la jurisprudencia ha desarrollado la Corte Constitucional sobre el subsistema constitucional económico. A su vez, en aplicación del principio de unidad constitucional, no será posible hablar de una Constitución Política y otra Constitución Económica, ésta última es parte integral de aquella y satisface los mismos principios, valores y fines que la primera consigna.

Lo que resulta absolutamente claro es que la inexistencia expresa de un sistema económico no puede interpretarse como un deslinde entre economía y Estado y

mucho menos como una Constitución indiferente en materia económica (C-713 de 1998). Es abundante el clausulado que en esta materia registra la Norma Fundamental¹⁸⁰ y que no se limita a establecer campos de acción sino que “también reconoce derechos y posibilita la precisión de las potestades que se otorgan al Estado y al particular para ejercer su acción económica” (Sánchez Torres, 2007, pág. 22). Los principios, valores y normas que proclama armonizan claramente con un sistema de Economía Social de Mercado en el que el mercado libre juega un papel fundamental pero la intervención general del Estado en la economía se establece como piedra angular de la actuación estatal¹⁸¹, al considerarse el mecanismo idóneo para corregir fallas, propiciar el desarrollo económico equitativo

¹⁸⁰ Aunque no es una relación taxativa la Corte Constitucional en sentencia C- 713 de 1998 señaló los principios que, a su entender, conforman el orden económico, así, “(1) la efectividad de los derechos fundamentales, económicos, sociales y culturales, obliga al Estado y a sus autoridades a propiciar un diseño de la economía y de los diferentes procesos sociales que resulte funcional a este propósito; (2) se garantiza la propiedad privada, asociativa y solidaria, pero se establece que ella tiene una función social y ecológica; (3) la calidad de los bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad debe ser objeto de regulación legal y de vigilancia pública; (4) el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, lo mismo que el ambiente sano, son elementos que integran el núcleo de derechos colectivos y se convierten por tanto en materia de regulación e intensa protección; (5) las políticas económicas, sociales y ambientales, se articulan a través de los planes de desarrollo, que deben ajustarse al concepto de “desarrollo sostenible”; (6) se garantiza la libertad económica y la iniciativa privada, dentro de los límites del bien común, el ambiente y el patrimonio cultural de la nación; (7) se promueve el correcto y transparente funcionamiento de los mercados, como garantía y presupuesto de la libertad económica y del eficiente funcionamiento de la economía, para lo cual el Estado debe controlar los abusos que se cometan y que distorsionen sus mecanismos; (8) se ordena al Estado estimular y mantener altos niveles de productividad y competitividad; (9) se señala que la dirección de la economía estará a cargo del Estado y que éste intervendrá por mandato de la ley en el proceso económico con el fin de mejorar la calidad de vida de las personas, la distribución equitativa de oportunidades y la preservación del ambiente sano; (10) la actividad financiera, bursátil, aseguradora y las demás relacionadas con el ahorro se someten a la vigilancia estricta del Estado y a las regulaciones que se dicten; (11) el Estado debe promover la democratización del crédito; (12) los monopolios públicos solo pueden establecerse por la ley como arbitrios rentísticos, con una finalidad de interés público o social; (13) es deber del Estado asegurar la prestación de los servicios públicos a todos los habitantes del territorio nacional; (14) se considera que es objetivo fundamental de la actividad del Estado solucionar las necesidades insatisfechas de salud, educación, saneamiento ambiental y agua potable”.

¹⁸¹ La sentencia C-265 de 1994 reconoce, por primera vez y de manera expresa, la existencia de un sistema de Economía Social de Mercado en la C.P. que se muestra conforme con la iniciativa privada y la libre actividad económica (art. 333 C.P.) ligada a la dirección general de la economía en cabeza del Estado (art. 334 C.P.).

y garantizar la supremacía del bien común —que en un sistema liberal de mercado no es prioridad—. Bajo este esquema no es posible predicar confianza en la mano invisible del mercado y mucho menos libertad absoluta para que el Estado intervenga en la economía.

El proceso constitucional colombiano de 1991 demostró que el Estado no debe ser indiferente a las relaciones económico-sociales. Se ajusta a la tendencia del constitucionalismo propio de la postguerra que permeó buena parte de los textos constitucionales al incorporar, de forma diversa, la estructuración del orden económico. La Constitución de 1991 presenta un Estado ampliamente integrado en la vida socioeconómica, con capacidad real —en ocasiones con la obligación— de intervenir y adentrarse en determinadas áreas del mercado para lograr materializar la teleología constitucional. No se trata de una norma que siga los preceptos del liberalismo clásico, que confié en la mano invisible como motor de la vida socioeconómica, que ceda ante los mandatos del *laissez faire*¹⁸² sino una Ley Fundamental que demanda la acción efectiva de los poderes públicos¹⁸³.

¹⁸² Por ello, es posible revisar en la discusión que precedió a la adopción del articulado del Título XII de la Constitución que ésta “en materia económica consagra el sistema de la libre empresa [...] Así mismo prevé que la empresa es la 'base del desarrollo'. Pero agrega que ella 'tiene una función social que implica obligaciones'. No se trata de consagrar el principio del "*laissez faire, laissez passer*" y por eso “la dirección general de la economía estará a cargo del Estado” (Pérez González-Rubio, 1991, pág. 29).

¹⁸³ No obstante esta afirmación y la indiscutible modificación en la forma de Estado que se asumió con posterioridad a 1991, SÁCHICA reconoce que el sistema económico colombiano no experimentó un “viraje deliberado distinto al modelo que traíamos [...] era éste, desde 1936 un sistema de economía mixta” (SÁCHICA, 1991, pág. 147). Sin embargo, la combinación de la protección de libertades económicas propias de un sistema de economía de mercado con matices intervencionistas en ciertos sectores, reconocidos por el autor como definitorios del sistema defendido, no permiten *per se* predicar la inmutabilidad del sistema económico de 1991 respecto de la modificación de 1936, pues el reconocimiento de un Estado Social de Derecho supuso variaciones importantes respecto a la finalidad de dicha intervención y los objetivos perseguidos por el Estado al poner en marcha planes y políticas públicas. Estas y otras razones, que se desarrollarán en éste acápite, permiten superar la visión del autor y reconocer la existencia de un sistema económico diverso a aquel reconocido por la Constitución de 1886.

Se ha pretendido señalar que, debido a la pluralidad ideológica presente en la Asamblea Nacional Constituyente, las disposiciones de contenido económico de la Norma Fundamental reflejan tal condición y consignan en sus artículos sistemas económicos con orientación diversa, así, el artículo 333 (actividad económica e iniciativa privada libre) es propio de una filosofía de corte liberal y el artículo 334 (dirección general de la economía por parte del Estado y amplias facultades de intervención) corresponde a una norma tendencialmente intervencionista; o como señala Mejía Quintana se produjo la convergencia de dos sistemas políticos: uno de corte neoliberal (producto de la política de apertura y liberalización propia del gobierno de turno) y otro socialdemócrata (propio del modelo de Estado que aquella incorporó) (2010), condición que impide asociar sus disposiciones con un sistema económico determinado; sin embargo, tal argumento constituye un intento simplista y erróneo.

Tal como advierte Perry (2011) detenerse en el debate de si la Constitución Económica de 1991 es garantista o intervencionista constituye una misión estéril basada “en un supuesto erróneo y superado: que Estado y mercado son necesariamente antagónicos”. Como se advertirá el sistema constitucional económico posee unas características abiertas y flexibles¹⁸⁴ que, como advierte la Corte Constitucional, podrían considerarse propias de uno proclive a orientaciones económicas diversas, en el que existe una consideración importante del poder público como agente fundamental dentro de la regulación y desarrollo económico.

¹⁸⁴ La especial naturaleza de la Constitución en el ordenamiento jurídico colombiano le otorga varias condiciones, una de ellas apunta a la discriminación positiva que de ella se hace como norma superior pues esta no es concebida como igual a las demás, no solo por su carácter superior y prevalente amén del contenido material que registra y que combina cláusulas axiológicas y principios que, se desarrollan legal y judicialmente, y que tienen una “textura abierta”, se caracterizan por la “ambigüedad natural del lenguaje” y por la indeterminación de sus normas para “garantizar la estabilidad jurídica y la vocación de proyección en el tiempo de las normas constitucionales” (C-820/06).

Probablemente es la indeterminación de la Constitución respecto a un sistema económico determinado lo que ha permitido al máximo Tribunal constitucional dictar abundante jurisprudencia que ha desarrollado aspectos fundamentales de la Constitución Económica. Y es, precisamente la textura abierta y flexible de las disposiciones constitucionales —entre ellas las de contenido económico— las que permiten predicar la condición de fuente del Derecho que tiene la Constitución no solo como un conjunto de deberes cerrados con claros límites negativos respecto de la acción estatal y al contenido del orden jurídico, que demanda cumplimiento y aplicación de las reglas que prescribe la Norma, sino como un conjunto de deberes abiertos “que ordenan un cierto modelo de acción estatal y un cierto proyecto de orden jurídico y cuyo cumplimiento requiere centralmente desarrollo y deliberación” (Aguiló Regla, 2004, pág. 16), competencias que le corresponden a todas las autoridades y órganos del poder público que intervienen en la dirección de la Economía y que permiten inferir que el orden jurídico y todo el tratamiento que en materia económica y social registra el Estado colombiano responde a un desarrollo de exigencias constitucionales.

Al pretender hacer una sistematización de la Constitución Económica colombiana el propósito fundamental consiste en determinar cuáles son los principios estructurales que configuran el orden económico, cuáles son las características que lo componen y cuál es la forma de resolver sus interdependencias. Esta última mención obedece a la existencia de múltiples normas de naturaleza económica dispersas en todo el texto constitucional —caracterizadas por una absoluta falta de sistemática en el orden expositivo¹⁸⁵— que responden a la necesidad de establecer una estructura constitucional económica. Siguiendo a García Echeverría, la economía necesita de

¹⁸⁵ Aunque en apariencia a partir de la denominación de los títulos de la Constitución parecería sencillo predicar que el Título XII —Del régimen económico y de la hacienda pública— consigna todas las disposiciones de contenido económico de la Carta, ello no podría ser más erróneo; a lo largo de todo el texto los principios, valores y normas con este matiz resultan ser una constante.

un orden y ese orden puede predicarse desde dos perspectivas: ordenación de los principios, garantías e instituciones y las medidas que permiten su funcionamiento (política económica institucional) y ordenación para la realización de los procesos económicos (política económica del proceso) (1978, pág. 21). Considerando la pretensión de esta investigación, la primera perspectiva será la que se desarrollará en la presente tesis centrada en el estudio de la libre competencia económica como uno de los derechos de contenido económico que caracteriza el sistema constitucional económico colombiano.

2.2.1 Tipología constitucional económica colombiana

Para poder abordar con precisión el estudio del derecho en mención es necesario identificar cuál es el sistema de Constitución Económica que predica el ordenamiento colombiano. Se parte de la consideración de que la Ley Fundamental de manera expresa no consigna un sistema económico determinado, razón por la cuál será a su máximo intérprete¹⁸⁶ a quien le corresponde determinar, vía jurisprudencia, cuál de estos es el que se acoge. La decisión de no adoptar un sistema económico único responde a una consideración adicional, “la economía es coyuntural y cíclica, lo que implica que lo que hoy es cierto en materia económica mañana puede dejar de serlo” (Anzola, 2007, pág. 126), razón por la cual incluir un

¹⁸⁶ Por mandato expreso de la Constitución corresponde a la Corte Constitucional ser la guardiana de su “supremacía e integridad” (Art. 241 C.P), en desarrollo de ese mandato actúa como el “intérprete autorizado por el orden jurídico de lo que está conforme con la Constitución o no” (A.057/04). En el mismo sentido es posible consultar la Sentencia C-426/02 en la que la Corte ha admitido incluso que podría discernir sobre la interpretación que de la misma hacen los jueces de la República, así que si “se le se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución (C.P. art. 241), su actividad como órgano de control, cuando lo que se impugna es la orientación jurisprudencial dominante de un texto legal, no puede limitarse a la mera confrontación exegética entre éste y el Estatuto Superior, sino que debe extenderse también al plano de la interpretación procediendo a “dilucidar los distintos sentidos posibles de los supuestos impugnados, las interpretaciones que resultan intolerables y los efectos jurídicos diversos o equívocos que contrarían la Constitución”. En el mismo sentido las Sentencias C-037 de 1996 y C-820 de 2006.

sistema puede constituir, en futuras oportunidades, camisa de fuerza que restrinja la adopción de determinada política económica, necesaria, en un momento determinado.

Previa determinación de lo anterior es preciso partir de la consideración de que la Constitución Colombiana de 1991 es normativa y es valorativa. Pero desde el punto de vista económico encontramos una Constitución normativa y abierta, que no constitucionaliza un sistema económico exclusivo¹⁸⁷ y que admite políticas económicas diversas con claros límites (Uprimny & Rodríguez, 2005, pág. 24), en consonancia con la vocación universalista, racional e imparcial de la Constitución.

Retomando la clasificación propuesta por Bassol (1985) sobre la existencia de dos tipos de constituciones económicas —descriptivas y sustancialistas—, es posible indicar que la colombiana satisface las pretensiones de una Constitución descriptiva que no responde a un sistema económico expreso o determinado, pero que incluye un amplio catálogo de disposiciones que integradas, permiten una valoración en conjunto. Como se desarrollará posteriormente la Constitución Colombiana, siguiendo el sistema constitucional alemán y español no preconiza un sistema económico único sino que se muestra abierta a todas las posibles medidas que armonicen con las normas económicas que en su interior se encuentran.

¹⁸⁷ Autores como Miranda Londoño reconocen que el sistema económico acogido es el de ESM (2016, pág. 263) al igual que Cortes Zambrano (2009, pág. 9), Leguizamón por el contrario afirma que es un modelo de economía mixta (2000) y Sánchez Torres manifiesta que el sistema económico adoptado a partir de la Constitución de 1991 en Colombia es el neoliberal (2001, pág. 285). Sin embargo, esta afirmación de este último autor contradice aquella que expuso en el libro *Constitución Económica* (2007) en la que afirma que la Constitución no acoge ningún sistema, aunque en capítulo del libro del mismo año, en autoría con Ibáñez, reconoce la existencia de un sistema constitucional económico de Economía Social de Mercado (2007 A). Es posible concluir que, a partir de la lectura de los textos y su aparente contradicción, la referencia que al neoliberalismo hace se formula a partir de un análisis de las medidas económicas que se han adoptado en los últimos años en Colombia y que se ajustan a ese sistema. En el mismo sentido Uprimny considera que “ha existido una fuerte tensión entre el contenido social de la Constitución y las estrategias de desarrollo que los gobiernos colombianos pusieron en marcha desde 1990” (2002, pág. 71) con clara tendencia neoliberal.

Si se parte de la base de que la Constitución Económica es un conjunto de normas que ordenan la vida económica social y establecen el marco jurídico que permite el funcionamiento de la actividad material productiva (C-265 de 1994), esas reglas no pueden ser interpretadas de forma aislada sino que deben ser entendidas en concordancia con los principios y valores consignados en el Preámbulo, el Título I, los derechos fundamentales, sociales y económicos y las demás normas constitucionales y como resulta obvio, en concierto con el principio Estado Social de Derecho que por naturaleza condiciona el proceso económico y social.

La flexibilidad y apertura del clausulado económico permiten a su vez que el orden económico sea permeable a las modificaciones que se puedan dar respecto a la plataforma programática del partido de gobierno (Ochoa Cardich, 1985, pág. 236), cambiante por la naturaleza misma de la democracia, sin que exista variación o mutación de sus fundamentos. Se trata de un sistema que puede dar respuesta a problemas propios de momentos históricos diversos y ofrece soluciones a largo plazo; un ordenamiento que permite una fácil adaptación respecto de la realidad económica. La Norma Constitucional Económica, bajo esta perspectiva se adapta a la realidad sin que se pueda predicar la existencia, para el caso colombiano, de lagunas respecto a las libertades económicas o los criterios de intervención del Estado en la economía.

La flexibilidad y apertura de las disposiciones económicas que consigna la Ley Fundamental se ajusta a la tesis de la indecisión constitucional expresa frente a un sistema económico exclusivo; todas ellas, interpretadas en conjunto permiten concluir en la inexistencia de “una decisión global del constituyente por un determinado sistema económico” (Julio Estrada, 2002-a). Aquel trazó los rasgos esenciales del sistema que sirve como lineamiento a las autoridades encargadas de la dirección de la economía para adoptar medidas diversas con un margen de discrecionalidad importante. Y ese margen lo encuentra en el mandato que caracteriza al Estado Social de Derecho orientado a satisfacer el componente social

que lo identifica y “realizar la justicia social y la dignidad humana mediante la sujeción de las autoridades públicas a los principios, derechos y deberes sociales de orden constitucional” (C-1064 de 2001).

El marco económico que contempla la Constitución supone entonces una doble perspectiva: una garantista y otra correctora. La primera de ellas destaca en la protección y promoción de las libertades económicas necesarias para el funcionamiento de una economía de mercado (propiedad privada, libertad de empresa, libre competencia, etc.); la restante enfatiza el papel de la economía como instrumento para alcanzar el bienestar social e individual poniendo de presente principios como la igualdad y la solidaridad y valores como la justicia y la paz social (García Lozada & Almonacid Sierra, 1999, pág. 148).

Se establece entonces una clara hoja de ruta para el Estado que deberá adoptar todas las medidas necesarias para obtener esos cometidos, circunstancia que impone a la vez obligaciones para los individuos orientadas a promover la responsabilidad por su propio bienestar. La realización de los fines generales del Estado y en concreto el “dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos” (art. 334 inc. 2 C.P), además de promover la competitividad, la productividad y el desarrollo armónico de las regiones (C-830 de 2010), serán faros orientadores de la actividad interventora que tendrá aquel en la economía. Es por ello que, entre otros, la protección del trabajo y la responsabilidad del Estado para garantizar el pleno empleo se constituyen en objetivos de la Constitución Económica y en virtud de tal mandato al Estado le corresponde “por medio de la política económica y social [...] ser agente de estímulo a la creación de empleo en el mercado laboral, todo ello dentro del marco constitucional de protección especial al trabajo” (C-776 de 2003)

El desarrollo de la libertad económica —libertad de empresa y libre iniciativa privada— (C-616 de 2001) corresponde a los agentes públicos y privados que, para

poderla desplegar, necesitan de un marco normativo que proteja el derecho a la propiedad y los procesos de intercambio y que exige un mercado en el que la libre competencia sea una constante —premisa fundamental de una ESM—.

Sin embargo el mercado, que en condiciones libres no genera equidad y redistribución de los beneficios, excluye a aquellos que se encuentran en condición de desigualdad y genera graves perturbaciones a la teleología constitucional, es allí que el Estado, regente general de la economía y en cumplimiento de su papel económico, social y político, interviene como un redistribuidor de recursos (C-1107 de 2001). No obstante esta dirección, los individuos juegan un papel fundamental en esa ordenación, al tenor del principio constitucional de solidaridad los lazos de ayuda, colaboración y cooperación entre ciudadanos resultan fundamentales para dar sostenibilidad a la Constitución Económica.

Lo planteado hasta ahora supone la posibilidad para el Estado de intervenir en la Economía, sin embargo, tales intervenciones no pueden ir en contradicción con el principio de subsidiariedad que gobierna el sistema de ESM, así “el Estado no requiere intervenir cuando los individuos se basten a sí mismos. El apoyo del Estado se requiere allí en donde se hace imposible o demasiado difícil poder satisfacer de manera eficaz las necesidades básicas”. (C-983 de 2005)¹⁸⁸. La protección del

¹⁸⁸ Resulta de absoluto interés en este punto hacer una discriminación respecto al sentido en que se usa la subsidiariedad en este análisis. Es posible delimitar este principio en dos sentidos: subsidiariedad institucional y subsidiariedad estatal (Ariño Ortiz, 2003, pág. 161) Para el presente estudio la subsidiariedad estatal apunta a la imposibilidad, para el Estado, de intervenir para satisfacer necesidades de los individuos cuando estos se encuentren en posibilidades materiales de hacerlo —en clara armonía con la Doctrina Social de la Iglesia—. La restante acepción —que no será usada en el presente estudio— permite concebirla como uno de los principios que rigen la actuación administrativa de los diversos niveles territoriales; de conformidad con el artículo 288 de la Constitución “las competencias atribuidas a los distintos niveles territoriales serán ejercidas conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad en los términos que establezca la ley”. El principio de subsidiariedad, en los términos del artículo en mención supone que “únicamente en caso de no poder ejercer determinada función independientemente deberá apelar a niveles superiores” (C-517 de 1992) (refiriéndose a los municipios, pero aplicable a las demás entidades territoriales).

principio de libertad en el ESD exige el respeto por la autodeterminación y autorrealización del individuo que, en casos de necesidad e imposibilidad material de proveerse sus propias condiciones que garanticen la satisfacción de su dignidad, legitiman la actuación e intervención del Estado¹⁸⁹.

2.2.2 Hacia la consolidación de un precedente

Hechas estas precisiones, resulta acertado indicar que la determinación del sistema constitucional económico que adoptó la Constitución de 1991 ha sido una tarea de la Corte Constitucional como su intérprete autorizada, la que resuelve sus aparentes ambigüedades y contradicciones al acudir a una interpretación sistemática de la Norma como un todo. Toda su labor, sin embargo no supone trasladar a la Corte funciones de constituyente primario al permitirle concretar las disposiciones económicas de contenido abierto y flexible que aquel, en su momento, consideró.

La tarea del Tribunal Constitucional se halla ligada a la armonización que de las mismas debe hacer en el marco del modelo de Estado Social de Derecho, que fija un norte claro respecto de los objetivos y metas que deben guiar las políticas y decisiones de los diversos órganos y ramas del poder público. Ha sido este órgano jurisdiccional el que, en abundante jurisprudencia, ha desarrollado una línea

¹⁸⁹ En el mismo sentido la Corte Constitucional en Sentencia T-028 de 1994 señaló que “el artículo 336 superior, establece, como finalidad social primordial del Estado, la de buscar un mejoramiento en las condiciones de vida de la población. Sin embargo, no puede considerarse que esta disposición establezca que las autoridades estatales son las únicas responsables de la obligación de realizar todas las gestiones económicas, políticas y sociales para alcanzar este fin, pues no puede olvidarse que a cada uno de los asociados se le asigna —en aras del equilibrio social— el compromiso de colaborar en el mismo sentido; particularmente si se tiene en consideración que es deber constitucional de todo colombiano el de obrar conforme al principio de solidaridad social, el de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios, y el de velar por la conservación del medio ambiente (art. 95 núms. 1º., 2º. y 8º.)” y previamente en sentencia T-236 de 1993 indicó, en el mismo sentido, que “la sociedad participa en el quehacer social del Estado”.

respecto al problema jurídico que plantea el presente epígrafe de la tesis: ¿reconoce la Constitución Económica colombiana un sistema particular?¹⁹⁰:

Polo 1	Problema jurídico: ¿reconoce la Constitución Económica colombiana un sistema económico particular?	Polo 2
<p>La Carta Fundamental no consigna un sistema económico determinado que limite la adopción de medidas económicas o sociales, es flexible frente a cualquier sistema económico que se ajuste a los principios y fines del ESD</p>	<p>T-425 de 1992 T-505 de 1992 T-380 de 1993 C-074 de 1993 C-265 de 1994 C-524 de 1995 T-308 de 1995 C-398 de 1995 C-535 de 1997 C-478 de 1998 C-713 de 1998 C-332 de 2000 C-616 de 2001 C-815 de 2001 C-1064 de 2001 C-615 de 2002</p>	<p>La Constitución Económica colombiana reconoce, materialmente, un sistema de Economía Social de Mercado</p>

¹⁹⁰ Para revisar la jurisprudencia que sobre el sistema económico adopta la Constitución de 1991 se usó la metodología de línea jurisprudencial que describe López Medina en su texto *Interpretación Constitucional* (2006). Para lograr tal cometido se identificó como sentencia arquimédica la C-830 de 2010 y a partir de ella se construyó la línea. Esta metodología fue escogida pues permite hacer una revisión sistemática y ordenada de la abundante producción jurisprudencial de la Corte.

		C-865 de 2004	
	C-392 de 2007		
	C-1041 de 2007		
		C-228 de 2010	
		<i>C-830 de 2010</i>	
		C-978 de 2010	
	C-186 de 2011		
		C-263 de 2011	
		C-197 de 2012	
	C-288 de 2012		
	C-644 de 2012		
		C-909 de 2012	
		C-263 de 2013	
		C-313 de 2013	
		C-837 de 2013	
		C-148 de 2015	
		C-035 de 2016	
		C-032 de 2017	

Como se advierte, al tenor de la interpretación del sistema económico constitucional que realiza la Corte Constitucional es posible advertir la concurrencia de tres posiciones al respecto:

2.2.2.1. Neutralidad constitucional en materia económica

La Carta Fundamental no consigna un sistema económico determinado que limite la adopción de medidas económicas o sociales¹⁹¹. Se entiende que la Constitución Económica se encuentra integrada por un agregado de disposiciones que constituyen un marco general de regulación económica que deben ser interpretadas de manera sistemática, integral y armónica con la consideración del modelo de Estado Social de Derecho que reconoce aquella y que parte del reconocimiento de un amplio catálogo de principios, valores y normas que se constituyen en fundamentos y, a la vez, límites de la actuación de todos los órganos del Estado. Ese clausulado, sin embargo, atendiendo a la naturaleza democrática y pluralista de la Constitución impide que se constitucionalice un sistema económico determinado excluyendo opciones diversas que, en todo caso, deben ser compatibles y armónicas con el grueso de las disposiciones, de contenido abierto y flexible.

La neutralidad del texto, sin embargo, no permite que cualquier modelo o sistema económico sea aplicado al precisar que cualquier actuación de los involucrados en toma de decisiones económicas debe respetar el valor normativo de la Constitución y los objetivos que persigue, por ello es posible que el legislador y el Ejecutivo pueden adelantar, de conformidad con el principio democrático, variadas políticas económicas, “siempre y cuando ellas tiendan de manera razonable a hacer operantes los principios rectores de la actividad económica y social del Estado y velar por los derechos constitucionales” (C-478 de 1998).

La adopción de cualquier decisión en ese sentido se produce a través de claros instrumentos de intervención en el mundo social y económico que pretenden

¹⁹¹ Esta posición se advierte entre otras, en las Sentencias T-380 de 1993, C-074 de 1993, C-478 de 1998, C-288 de 2012, C-644 de 2012.

superar y corregir los desequilibrios y desigualdades en pro de buscar la eficaz materialización del Estado Social de Derecho. A su vez, los ciudadanos asumen una serie de deberes y obligaciones consigo mismos —como responsables de su propio proyecto de vida y realización personal— y con sus congéneres —solidaridad— que generan un entramado de relaciones que ya no se comprenderán en dirección al Estado solamente sino en relación con los demás, en esa medida las obligaciones de tributación —progresiva— y equidad resultan un componente fundamental de la responsabilidad social que deben satisfacer¹⁹².

Bajo esta perspectiva el marco general de regulación económica es visible en la Constitución, sin embargo la pretensión de permanencia del texto y su carácter abierto y flexible no podría acompañarse con un sistema económico restringido e inamovible que impida que cualquier ideología pueda tener cobijo en el régimen constitucional económico. Por lo anterior es posible señalar que la Constitución Económica, dada la apertura y flexibilidad de sus disposiciones podrá ser compatible con sistemas económicos diversos, siempre y cuando aquel se “muestre apto para la consecución de los fines esenciales del Estado y la vigencia de la cláusula de ESDD” (C-288 de 2012).

Esta previsión sin embargo, debe armonizarse con la imposibilidad de que esos posibles sistemas económicos alternativos vulneren los principios y valores del

¹⁹² La vida en sociedad implica una serie de derechos y deberes que se hallan atados a criterios económicos que consultan las circunstancias de prosperidad y carencia de algunos individuos frente a otros. El art. 95 núm. 9 de la C.P. dispone que es un deber de los ciudadanos contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado, para poder cumplir con los fines del Estado en condiciones de solidaridad (C-776 de 2003), por ello, el sistema tributario es “un presupuesto esencial de cualquier organización política, de cualquier Estado, [...] a través del cual éste pueda obtener los recursos necesarios para su mantenimiento, fortalecimiento y propia subsistencia” (C-080 de 1996). El deber ciudadano de tributar constituye “un aporte razonable que debe hacer toda persona, social por naturaleza, fundamentado en el consenso de la voluntad general por medio de la ley” (C-228 de 1993), la razonabilidad de dicho aporte estará condicionado según su capacidad económica.

orden constitucional económico¹⁹³. La legitimidad para fijar esas posibilidades se encuentra en el legislador por ser el competente para expedir leyes de intervención económica, para que con un amplio margen discrecional defina el sistema constitucional económico pertinente, dependiendo de las circunstancias sociales y económicas del momento, así se entiende que el orden económico constitucional “es ante todo un mandato de configuración legislativa y que por lo tanto la Constitución es neutra desde el punto de vista de la fijación de modelos económicos, pues dicha tarea le corresponde establecerla a la ley. Lo anterior se ha reconocido así, porque es el Congreso de la República como Corporación Pública y como poder legislativo, cuya configuración constitucional favorece el debate equilibrado de mayorías y minorías, la deliberación pluralista, el foro idóneo para establecer las definiciones de cada sector e imponer, según sus exigencias, los aspectos de coyuntura o estructura que determine la situación económica por atender” (C-644 de 2012).

Esta posición debe ser moderada con las limitaciones que el valor normativo de la Constitución impone a la actividad de todos los órganos del poder público en sus actuaciones, al asumir la Norma un carácter vinculante genera para todos los órganos la obligación de respetar sus disposiciones y abstenerse de adoptar determinaciones en su contra. Bajo esta premisa el legislador no podrá disponer un sistema de economía dirigida y mucho menos uno de economía liberal de mercado pues los dos resultan ser contrarios al conjunto de cláusulas superiores, además de que una disposición en ese sentido podría sustituir la Constitución, facultad que no le está dada a aquel.

¹⁹³ Entendiendo que esos principios y valores no son simple “música celestial” sino normas positivas dotadas de obligatoriedad (Tomás y Valiente, 1994, págs. 645-646).

2.2.2.2. Interpretación armónica de sus disposiciones sin la posibilidad de predicar neutralidad ni adscripción a un sistema económico determinado

En esa medida se supera la tradicional separación que entre economía y Estado existía garantizando que “el Estado Social de Derecho, los principios de dignidad humana y solidaridad social, el fin esencial de promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los derechos, deberes y principios constitucionales y el derecho fundamental a la igualdad de oportunidades” (T-505 de 1992) guíe la interpretación que se hará de la Constitución Económica e irradie todos los ámbitos en que se produce su ordenación (propiedad privada, libertad de empresa, explotación de recursos, producción, distribución, utilización y consumo de bienes y servicios, régimen impositivo, presupuestal y de gasto público)¹⁹⁴. Esta medida supone el no reconocimiento de un sistema específico, ni la pretensión de armonizarlo o enmarcarlo en uno determinado pues la naturaleza misma de las disposiciones no permite esa armonización.

Se trata de un catálogo amplio, de un documento que solo consigna principios y valores y que no tiene la pretensión de constitucionalizar ningún sistema económico o mostrarse abierto a cualquiera¹⁹⁵. Bajo esta perspectiva se excluye la posibilidad de otorgar valor normativo a un sistema económico determinado y se centra en la primacía “del Estado Social de Derecho, los principios de dignidad humana y de solidaridad social, el fin esencial de promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los derechos, deberes y principios constitucionales y el derecho

¹⁹⁴ Esta posición se advierte también en las sentencias T-425 de 1992, T-368 de 1995, C-398 de 1995, C-713 de 1998, C-332 de 2000, C-1064 de 2001, C-392 de 2007, C-1041 de 2007, C-186 de 2011

¹⁹⁵ Aunque no ha sido expresada por la Corte Constitucional, vale la pena mencionar que esta posición encuentra un referente importante en la doctrina española, así Duque reconoce que las Constituciones neutras no necesariamente admiten un sistema económico que se ajuste a las variadas disposiciones constitucionales, es posible que no admitan ningún modelo económico (1977, pág. 58).

fundamental a la igualdad de oportunidades” (T-505 de 1992) como referentes y criterios únicos de interpretación de las disposiciones de contenido económico de la Constitución, así, el amplio margen de configuración normativa de un sistema que se reconoce al legislador en la posición de la neutralidad queda reducida pues todo el clausulado “en su conjunto conforma un orden que se erige en patrón de validez constitucional de las políticas que se formulen y ejecuten por parte de los órganos del Estado y, al mismo tiempo, indica a éstos el sentido que debe inspirar el ejercicio diario de sus competencias” (C-713 de 1998).

La sentencia C-074 de 1993 precisa con absoluta claridad la tesis de la no neutralidad¹⁹⁶ al señalar que “el marco constitucional otorga a los actores políticos un amplio margen de libertad, al interior del cual es posible diseñar modelos económicos alternativos. Pero dichos modelos deben, en todo caso, estar encaminados a la realización de los valores que consagra la Carta, a hacer operantes los principios rectores de la actividad económica y social del Estado y velar por la efectividad de los derechos constitucionales”.

Esta posición no dista mucho de la primera, su principal diferencia apunta a la inexistencia de la opción para adecuarlo a un sistema o permitir a algún órgano del poder la determinación del mismo vía legislación o poder reglamentario. Parte de la negación de una neutralidad económica en materia constitucional al considerar que no existe tendencia a cualquier sistema y que no resulta posible aplicar cualquiera pues existen claros límites impuestos que condicionan la adopción de cualquier medida, en esa medida no es posible vincular el sistema constitucional económico

¹⁹⁶ La sentencia en mención predica la neutralidad constitucional en materia económica pero en un epígrafe de las consideraciones señala que “no caben, pues, en el sistema jurídico colombiano, proyectos o normas discriminatorias o que vulneren la igualdad de oportunidades, o tiendan a desproteger la libertad de empresa dentro del **marco de una economía social de mercado**” (negrillas fuera de texto). Esta aparente contradicción en su argumentación no resulta en principio lógica. Sin embargo la lectura integral de las consideraciones permiten predicar que la sentencia orienta su *ratio decidendi* hacia la neutralidad económica constitucional.

con alguno en particular. Se parte de la base de que las normas que integran el orden constitucional económico constituyen patrón de validez de todas las políticas y medidas que se formulen y ejecuten en materia económica e imponen un criterio que determina el despliegue de sus competencias.

2.2.2.3. Reconocimiento material de un sistema de Economía Social de Mercado¹⁹⁷

Los diversos elementos que consigna la Constitución Económica permiten identificar su sistema económico con el de una ESM. Este sistema incluso ha sido expresamente definido por la Corte Constitucional que en sentencia C-865 de 2004 lo definió como el sistema “según la cual las reglas de la oferta y la demanda deben estar al servicio del progreso y desarrollo económico de la Nación”. Se parte de la consideración de que en la Constitución Económica colombiana un sistema de economía dirigida no podrá armonizar con las garantías y derechos que en materia económica consigna la Norma, propiedad privada, libertad de empresa y libre competencia económica, pero tampoco se articulará con un sistema de economía de mercado que excluye la dirección general de la economía en cabeza del Estado

¹⁹⁷ Esta posición se advierte en las Sentencias C-265 de 1994 (en donde reconoce un sistema de economía de mercado, pero la explicación de sus elementos permiten identificar un sistema de ESM), C-524 de 1995 (aunque en esta no se menciona con exactitud la expresión ESM si se indica que el sistema es de economía de mercado con la posibilidad para el Estado de intervenir en la economía para lograr los fines que el Estado Social de Derecho persigue), C-535 de 1997, C-616 de 2001, C-815 de 2001, C-615 de 2002, C-830 de 2010, C-228 de 2010, C-978 de 2010, C-263 de 2011, C-909 de 2012, C-263 de 2013, C-148 de 2015 y C-035 de 2016. Aunque la línea jurisprudencial se ha construido con decisiones de la Corte Constitucional, es preciso señalar que esta posición encuentra soporte en pronunciamientos del Consejo de Estado en los que este tribunal ha reconocido —siguiendo la línea del Tribunal Constitucional— que la Economía Social de Mercado es el sistema económico constitucional colombiano, es posible advertir esta postura en sentencias de la Sección tercera. 4 de septiembre de 2015. Rad. 11001-03-26-000-2015-00103-00 (54549) M.P. Santofimio, Jaime Orlando; Sección Tercera. 9 de julio de 2014. Rad. 66001-23-31-000-2009-00087-02 (47830) M.P. Santofimio, Jaime Orlando; Sección Tercera. 21 de febrero de 2007. 25000-23-25-000-2004-00413-01(AP). M.P. Fajardo Gómez, Mauricio; Sección tercera. Rad. 25000-23-27-000-2004-00888-01(AP). M.P. Correa Palacios, Luz Stella y; Sección Tercera Rad. 25000-23-26-000-2000-01335-01 (28.505)) M.P. Santofimio Gamboa, Jaime Orlando.

y las intervenciones que este realiza amparado en el elemento solidaridad que legitima su actuar para promover las condiciones sociales y económicas básicas para el desarrollo autónomo de las personas.

Esa intervención además se ajusta a la necesidad de garantizar la supremacía del bien común y armonizar el interés privado de quienes participan en el mercado con el interés general (C-148 de 2015), para lograr la satisfacción de las necesidades de toda la población “en condiciones de equidad y con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano” (C-263 de 2011) permitiendo ajustar el sistema colombiano con el de Economía Social de Mercado propuesto en Alemania en la primera mitad del siglo XX al asignarle al Estado la obligación de intervenir en el mercado con el fin de corregir las fallas que se presentan y que se constituyen en barreras de acceso a las personas que se encuentran en condiciones de desigualdad y desequilibrio.

El constituyente partió del reconocimiento de la condición de desigualdad en que se encuentran los ciudadanos, circunstancia que condiciona su acceso al mercado y el disfrute real de las múltiples opciones que este ofrece —amén de constituirse en escenario en que se demandan servicios y bienes ligados a la satisfacción de las necesidades básicas y la realización de la dignidad humana y el proyecto de vida— La solidaridad entonces resultará esencial para contribuir en la superación de las condiciones de desigualdad reconociendo que “quienes están mejor en la sociedad son los llamados a colaborar con aquellos que se encuentran en estado de vulnerabilidad, situación de indefensión o desprotección, o en estado de marginación” por ello “en el contexto de toma de decisiones macroeconómicas y sociales [...] los distintos sectores de la población, en virtud del principio de solidaridad, asumen cargas públicas razonables para permitir que sectores excluidos puedan progresivamente ser incorporados al goce de los beneficios del progreso, lo cual solo se puede lograr mediante la conciencia creciente de la necesidad de cooperar

y actuar mancomunadamente para mejorar la calidad de vida de todos los colombianos y superar gradualmente las desigualdades presentes (C-1064 de 2001).

Por ello las medidas de intervención del Estado en la economía parten del reconocimiento de que es imperativo mantener las garantías necesarias para que el mercado funcione y se posibilite el intercambio comercial —facilitando la participación de los ciudadanos— en un marco de condiciones que permita el desarrollo y prosperidad económica y la libre competencia. Ese marco se encuentra previsto en la Constitución y su desarrollo le corresponde, de manera principal al legislador, y en desarrollo de su facultad reglamentaria al Ejecutivo.

Bajo esta perspectiva el reconocimiento que la Norma Fundamental hace de la libertad de empresa, la libre iniciativa privada y la libre competencia económica como garantías para el logro del desarrollo económico y el bienestar general amén de la dirección de la economía a cargo del Estado se ajusta a las condiciones que la ESM hace respecto a una opción intermedia entre dos sistemas considerados antagonistas. El Estado en este sistema asume la obligación de promover la libre competencia y la libertad económica en los términos del art. 333 C.P.; reconoce a la empresa y a la iniciativa privada como motores de la economía (art. 333 C.P.); consigna medidas que le permiten limitar, razonable y proporcionalmente las libertades económicas, para cumplir los propósitos constitucionales; promueve la protección del interés general; y considera la realización personal de los individuos como fin último de la actividad estatal (C-251 de 1997).

A su vez, y como premisa fundamental reconoce la relevancia, para el mantenimiento del sistema, de un marco normativo que proteja la libre competencia, que prohíba y sancione los comportamientos que los individuos desplieguen en el mercado orientados a restringir condiciones de competencia libre o abuso de su posición de dominio en el mercado, que proteja al consumidor.

En este punto es preciso indicar que, de manera expresa, la Economía Social de Mercado no se manifiesta como una finalidad constitucional, sin embargo su existencia está objetivamente asegurada por la combinación de varias "piezas de mosaico" como las libertades económicas, sociales y culturales, aunado a la protección constitucional que se predica del derecho al trabajo y la seguridad social.

Y aunque no es una finalidad explícita, constituye el marco que tendrá que tener en cuenta el legislador al desarrollar los principios, valores y disposiciones generales de contenido económico que consigna la Constitución. El constituyente colombiano consideró que "el orden económico constitucional es ante todo un mandato de configuración legislativa y que por lo tanto la Constitución es neutra desde el punto de vista de la fijación de modelos económicos, pues dicha tarea le corresponde establecerla a la ley" (C-644 de 2012). Pero no desde la perspectiva de una ley que establezca un sistema económico expreso pues ello excedería las competencias que le han sido asignadas al Congreso, le corresponderá en desarrollo de esas disposiciones, dar marcha a un sistema económico que se ajuste a la realidad económica variable y mutable a través de precisas leyes de intervención que satisfagan los requisitos señalados por el constituyente; tampoco desde la perspectiva de la imposibilidad de ajustar la Constitución Económica a un sistema económico determinado.

El sistema económico que interpreta la Corte Constitucional y que desarrolla el legislador, y las demás autoridades competentes, debe ajustarse a los lineamientos generales que consigna la Constitución y que se convierten en pilares fundamentales que no podrán ser desatendidos so pena de violación a la Constitución. La fijación del sistema económico que, en apariencia se delega en el legislador, no es ilimitada; la interpretación armónica y sistemática que del texto superior se hace permite predicar que el mismo se ajusta a un sistema de Economía Social de Mercado que excluye, entre otros, sistemas de economía dirigida y economía de mercado (C-265 de 1994).

La discrecionalidad entonces no resulta ser ilimitada, razón que permite predicar que aunque no existe formalmente un sistema constitucional económico, materialmente sí es posible identificar la Constitución de 1991 con el de Economía Social de Mercado al articular las cláusulas que protegen la economía de mercado con aquellas que predicen el deber de solidaridad¹⁹⁸, subsidiariedad, equidad, eficiencia¹⁹⁹ e intervención que al Estado le corresponde como director de la economía.

Ello supone que la indeterminación expresa de un sistema no se traduce en absoluta libertad legislativa pues en esos términos se reduciría el valor normativo de la Constitución Económica, que sería un catálogo de normas programáticas que solo encontrarían desarrollo dependiendo de la voluntad política del momento. El legislador, y en general todas las autoridades encargadas de adoptar decisiones con ese contenido, deben considerar los mandatos económicos y de contenido social que la Constitución imprime como realizaciones del Estado. Respecto al legislador (podrían enmarcarse acá todas las corporaciones públicas de elección popular que registran similar naturaleza) se ha considerado que la tradición democrática, representativa y pluralista que tiene el Congreso le permite ser el escenario para un debate de mayorías y minorías que pueda poner de presente los

¹⁹⁸ El modelo de Estado Social de Derecho legitima la intervención del Estado en la economía, en particular en las relaciones privadas de producción “a través de una política fundada en el principio de solidaridad y en el papel redistributivo del Estado” en el que a aquel le corresponde la “promoción de las condiciones sociales y económicas básicas para el desarrollo autónomo de la persona” (C-040 de 1993).

¹⁹⁹ La Sentencia T-016 de 2007 al reconocer la fundamentalidad del derecho a la salud en el ordenamiento constitucional colombiano hizo énfasis en estos cuatro principios, básicos en un sistema de Economía Social de Mercado, para indicar que en un Estado en el que los recursos son escasos corresponde a aquel desplegar todas las medidas necesarias para garantizar a toda la población la satisfacción de sus propias necesidades y la realización de sus proyectos de vida, en armonía con el principio de dignidad humana, obligación que se hace palmaria respecto de la población más necesitada.

intereses de cada sector, atender a las necesidades e intereses de la sociedad y responder a la situación económica que necesite atención.

2.2.2.4 Devenir constitucional en la definición del sistema de Economía Social de Mercado

Esta evolución en la jurisprudencia permite llegar a las siguientes conclusiones que identifican al sistema constitucional económico con uno de Economía Social de Mercado, así:

1. A partir de la línea es posible construir un precedente jurisprudencial más estable respecto a la adopción material de un sistema de Economía Social de Mercado en la Constitución Económica colombiana. Se advierte respecto de esta última posición un desarrollo conceptual acertado que se ajusta a los lineamientos constitucionales y permite predicar su correspondencia con los fines del ESD. No obstante lo mencionado, es preciso señalar que, la línea registra movimientos hacia cada uno de los polos por lo que se trata de una interpretación aún en construcción.
2. El diseño constitucional económico parte de la convicción de que el mercado — con propiedad privada de los medios de producción— es la modalidad más eficiente de coordinación económica, correspondiendo al Estado velar por su buen funcionamiento.
3. El mercado, institución fundamental en la Constitución Económica, conjuga el libre juego de la oferta y demanda en que el Estado, en principio se abstiene de intervenir. No obstante esta mención, y considerando la función asignada a aquel en el numeral anterior, podrá proteger la libertad de mercado, la libertad económica y otros derechos a él asociados, cuando se presenten menoscabos por parte de cualquier agente económico.

4. El esquema económico que la Carta contempla descansa sobre la protección del mercado fundado en el reconocimiento de la propiedad privada, la libertad de empresa y la libre competencia económica. No obstante esta afirmación, resulta claro que no son derechos absolutos ni se constituyen en barreras infranqueables para la intervención del Estado orientada a fines que le son propios.

5. El Estado debe ser lo suficientemente fuerte para intervenir de manera eficiente en el mercado cuando se produzcan abusos de poder económico que minimicen la posibilidad del mercado para funcionar de forma eficiente y garantizar bienestar social.

6. Se ratifica la idea de que el Estado y el mercado no son entidades antagónicas sino complementarias. Aquel tiene un papel fundamental, a través de innumerables políticas públicas que desarrollan los principios y valores de un Estado Social de Derecho, para mediar entre las fuerzas sociales que registran intereses económicos divergentes. El rol del Estado implica una serie de acciones positivas que materialicen los derechos y libertades de los individuos a través de inversión en salud, educación, seguridad, infraestructura y justicia buscando superar las condiciones de desigualdad en que se encuentran los ciudadanos.

7. La ordenación de la economía se constituye en un problema político y social que necesita atención por parte de las instituciones públicas. Se supera la clásica visión del *laissez faire* por el constituyente de 1991 y se adopta un sistema económico más humano.

8. Los mecanismos del mercado pueden producir menoscabo a intereses sociales legítimos, circunstancia que obliga al Estado a intervenir para corregir las fallas del mercado y suplir las circunstancias en que el mercado no garantice satisfacción de necesidades de grupos poblacionales en condición estructural de pobreza, mendicidad o necesidad satisfaciendo el mandato del Estado Social de Derecho.

9. El diseño constitucional económico parte de una premisa fundamental: el reconocimiento de la desigualdad de los individuos y la necesidad de acciones, coordinadas por el Estado, para superar esa condición y asegurar a los habitantes calidad de vida y dignidad humana en el marco de un Estado Social de Derecho..

10. El modelo de Estado Social de Derecho exige que aquel despliegue todas las facultades para garantizar a los ciudadanos condiciones de vida dignas. En ese contexto, no se limitará a evitar interferencias o recortes en las libertades de los individuos sino que además deberá adelantar acciones orientadas a contrarrestar las desigualdades sociales existentes para ofrecer a todos oportunidades que les permitan desarrollar su propio plan de vida.

11. Respecto al sistema constitucional económico resulta claro que la Constitución colombiana no puede reconocerse como semántica²⁰⁰, sino como una Constitución que se practica, una Constitución normativa y abierta, no neutra pues un ESD, que como el colombiano se funda en el respeto y progresividad de los derechos sociales, no puede ser neutro en materia constitucional económica.

12. No existe un sistema económico constitucional expreso (precisado por el constituyente como aquel al que se adscribe el subsistema constitucional económico), cerrado y rígido que permita una valoración de la legitimidad de las actuaciones de los poderes públicos en el escenario económico. En consecuencia resultará imposible hacer un análisis silogístico en el que partiendo de un sistema expreso, se revise la constitucionalidad de una medida y se decida si aquella se ajusta o no a dicho sistema.

²⁰⁰ La Constitución semántica, en términos de Loewenstein es aquella que no se practica en lo absoluto pues “si no hubiese en absoluto ninguna Constitución formal, el desarrollo fáctico del proceso del poder no sería notablemente diferente” (1982, págs. 216-219).

13. Al no poder hacer ese análisis resulta improbable que una actuación económica desplegada por cualquier órgano del poder público sea inconstitucional por contradecir el mercado, o la economía de mercado o cualquier sistema adicional. Existe un sistema económico constitucional que integra y dota de unidad sistemática a todo el clausulado que la Constitución proyecta sobre la Economía.

14. La inexistencia de un sistema manifiesto, no impide que la intervención de los poderes públicos en la economía, por mandato de la ley, pueda valorarse a la luz del conjunto de principios, valores y cláusulas económicas, con las consecuencias que ello supone. Es preciso un ejercicio de armonización e interpretación sistemática de todas aquellas.

15. Ese clausulado, con contenido económico, impone a las autoridades habilitaciones para intervenir en asuntos con ese contenido (art. 334 C.P.), orientadas a alcanzar los fines que la Constitución consigna (Preámbulo y arts. 1 y 2 C.P.), habida consideración de las limitaciones que los derechos y libertades imponen. En esa medida se reconoce que las libertades de contenido económico no son absolutas y permiten restricciones razonables y proporcionales.

16. La jurisprudencia constitucional, desde sus primeras sentencias, ha acogido un concepto de Constitución Económica, reconociendo la apertura y flexibilidad de sus disposiciones. Buena parte de los pronunciamientos se han producido en el marco de decisiones que evalúan la conformidad superior de normas que autorizan o habilitan a las autoridades para intervenir en la economía, por mandato de la ley, y que limitan derechos de contenido prestacional y económico.

17. La Ley Fundamental reconoce, en términos de mercado, la protección de varios pilares fundamentales, así, el respeto a la propiedad privada y la libertad económica, dentro de los límites del bien común, la empresa como base del desarrollo, la protección de la libre competencia económica, y la posibilidad de que los servicios públicos sean prestados no solo por el Estado sino también por los particulares y

por las comunidades organizadas—todas ellas propias de un sistema de libre mercado—. No obstante esta protección, el constituyente reconoció las imperfecciones y fallos que suelen presentarse en el mercado y en consecuencia reservó al Estado la dirección general de la economía, dada la naturaleza del Estado Social de Derecho y los fines que constitucionalmente persigue.

18. La Constitución reconoce que la actividad económica encuentra su pleno desarrollo en el marco de una economía de mercado, como medio adecuado para la producción, distribución y asignación de bienes y servicios, por lo anterior corresponde al Estado garantizar las condiciones básicas para que el mercado funcione libremente, aunado al respeto de los derechos fundamentales, los principios y valores constitucionales. En consecuencia el marco normativo y las políticas públicas que de él se desprenden deben apuntar a garantizar el disfrute efectivo de las libertades de contenido económico, reforzadas con medidas antimonopólicas, fiscales y monetarias que garanticen un marco macroeconómico estable.

19. El reconocimiento que se hace de la libre competencia como un derecho “de todos que implica responsabilidades” y el desarrollo normativo que esta disposición ha encontrado pone de manifiesto la importancia que en un sistema de Economía Social de Mercado tiene la existencia de condiciones que permitan la libre concurrencia de los agentes económicos (oferentes y demandantes de bienes y servicios variados) y sancionen cualquier práctica orientada a falsear la competencia o alterar —manera artificial— las condiciones en que se desenvuelve el mercado.

20. La concurrencia de los agentes económicos precisa de la realización de los principios constitucionales de igualdad y libertad que permitan, por un lado, a todos los agentes concurrir al mercado —excepción hecha de aquellas actividades que por motivos constitucionalmente reconocidos encuentran restricciones o barreras

de entrada— y, por otro, adoptar decisiones económicas sin injerencias ni condicionamientos externos en perjuicio o favor de intereses ajenos.

21. La protección del consumidor en el sistema resulta fundamental por ser este el eslabón débil de la cadena productiva²⁰¹.

22. El trabajo como un derecho que permite a los ciudadanos obtener recursos para satisfacer sus necesidades básicas, y en consecuencia ser responsable por su propio desarrollo y bienestar, merece especial protección y se constituye como una herramienta para lograr un orden económico y social justo. Por lo anterior, corresponde al Estado, a través de las diferentes medidas adoptadas por las autoridades legitimadas para ello, ser agentes de estímulo a la creación de empleo en el mercado laboral. Respecto al salario además le corresponderá mantener su poder adquisitivo —aunque no se trata de un derecho absoluto—²⁰².

23. La protección que la Constitución Económica consigna respecto de las libertades económicas se predica respecto de dos perspectivas, la primera de ellas alude a la especial defensa que de las mismas se da como fundamentos esenciales del sistema de Economía Social de Mercado, la restante obedece al valor colectivo que el aprovechamiento de tales libertades reporta en la generación de bienestar

²⁰¹ En Colombia, como se desarrollará con posterioridad, existe un marco normativo claro que protege el derecho de los consumidores, “la razón de ser de este régimen estriba en la necesidad de compensar con medias de distinto orden la posición de inferioridad con que consumidores y usuarios, por lo general dispersos y dotados de escasos conocimientos y potencialidades, enfrentan a las fuerzas de la producción y la comercialización de bienes y servicios, necesarios en orden a la satisfacción de sus necesidades materiales” (C-973 de 2002).

²⁰² Es preciso señalar que la obligación de mantener el poder adquisitivo de la moneda es función asignada al Banco de la República (art. 373 C.P.). Respecto al salario y su carácter de derecho inalienable, intangible e irrenunciable, amén de la protección que del mismo debe predicarse respecto a la obligación de mantener su poder adquisitivo la posición de la Corte Constitucional ha tenido importantes variaciones. Al respecto es relevante el trabajo de Cortes Nieto, Ospina Duque y Dueñas respecto a la evolución jurisprudencial del derecho al salario en las decisiones del Tribunal constitucional (2009).

social, impulso dinamizador al desarrollo económico y protección de los consumidores y usuarios.

24. El amplio clausulado que integra y da forma a la Constitución Económica establece límites infranqueables y marcos generales de acción además de atribuir competencias a los órganos y ramas del poder público para diseñar políticas públicas en materia económica y social —además de otras tantas—. Todos ellos deben armonizar los valores, principios y reglas que consigna aquella sin sacrificar cualquiera de ellos.

25. La política económica y social que desplieguen todos los órganos competentes deberá abstenerse de limitar de manera desproporcionada las garantías y libertades de contenido económico so pena de inconstitucionalidad. Para evitar tal declaratoria deberá acreditarse que la medida es útil, necesaria y proporcionada respecto de la finalidad buscada.

26. Aunque las consideraciones que motivan los pronunciamientos de la Corte Constitucional son afines entre sí, las conclusiones a las que arriban son disímiles y permiten identificar tres perspectivas, a) neutralidad económica del texto que permite armonizarlo con cualquier sistema económico, siempre que este no contradiga sus elementos fundamentales, b) imposibilidad de neutralidad y necesidad de interpretación armónica que impide ajustar la Constitución a un sistema económico definido que restrinja el pluralismo que la caracteriza y delimite posibilidades de actuación y contemporización y, c) adopción —material— de un sistema de Economía Social de Mercado, una vez se ha interpretado de manera armónica todo el clausulado.

27. Esas posibilidades de interpretación del subsistema constitucional económico parten de los mismos supuestos y en estricto sentido no resultarían ser tan disímiles entre sí. La posición a) y b) se equilibran entre sí en la medida en las dos apuntan a la necesidad de hacer una lectura no aislada del clausulado para poder determinar

si una medida de intervención o limitación de un derecho, con contenido económico, se ajusta a la Constitución. Las dos se abstienen de mencionar un sistema económico cualquiera.

28. La posición c) tampoco podría ser interpretada como alejada de las anteriores. A partir de esa interpretación armónica, de análisis en conjunto de todo el articulado, puede afirmarse que un sistema de ESM se ajusta a las pretensiones del ESD, por el contrario un sistema de economía liberal de mercado o de economía dirigida, o de capitalismo o de socialismo, o de liberalismo clásico o manchesteriano o cualquiera que comparta sus principales características —y que se constituyen en posiciones económicas extremas—, no podría convenir nunca a los mandatos que imprime el ESD.

29. Esta última perspectiva resulta ser acertada al considerar que todas las disposiciones constitucionales con pretensión económica se asientan en presupuestos ideológicos que convergieron en su formación y que se constituyen como límites jurídicos que excluyen opciones económicas y admiten otras.

30. La Economía Social de Mercado en el diseño constitucional económico supone un rol fuerte del gobierno en el manejo y dirección de la economía. Le corresponde proteger a los individuos de los riesgos económicos presentes en el mercado, promover y proteger la competencia económica. No se habla entonces de un modelo neoliberal en el que el Estado se reduce y debilita, el sistema previamente mencionado aboga por la fortaleza del Estado en el campo económico y su papel fundamental como corrector de fallos del mercado y garantía de equidad social.

31. Finalmente, el sistema de Economía Social de Mercado no es un sistema fijo sino abierto a variaciones y modificaciones, siempre que las mismas sean conformes con los mecanismos de mercado, las libertades económicas, la propiedad privada y en general con todos los principios y valores que consigna la Constitución Económica.

2.3 Características del sistema constitucional económico colombiano

La Corte Constitucional ha señalado que la multiplicidad de preceptos que consigna la Constitución Económica puede reagruparse en torno a tres principios fundamentales: la igualdad material y el principio de progresividad de los derechos sociales; el régimen de protección de las libertades y derechos económicos de las empresas como base de su desarrollo y la libre competencia económica como derecho colectivo; y la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas (C-644 de 2012). Estos principios responden a la lógica de una economía de mercado con claros matices intervencionistas en el marco de una economía claramente globalizada. A partir de esta enunciación, es posible hacer una mención de los principios que orientan la actividad económica del Estado y configuran la denominada Constitución Económica colombiana. Todos ellos, sin embargo, no pueden entenderse de forma aislada respecto de las características que han sido desarrolladas en el epígrafe anterior y que constituyen criterios orientadores del sistema constitucional.

2.3.1 Protección constitucional de la economía de mercado

Como se advirtió con antelación, el sistema de Economía Social de Mercado no aparece visible en la determinación del carácter abierto o cerrado que predica la Constitución Económica colombiana. Igualmente y como reconoce Correa Henao (2009, pág. 133) la doctrina colombiana se ha ocupado de dicho asunto de manera tangencial, a diferencia de la doctrina española que por referencia expresa del artículo 38 de la Norma Fundamental alude a la economía de mercado, no como sistema propio, sino como referente. No obstante lo anterior, el artículo 333 superior colombiano en armonía con las demás disposiciones constitucionales hace reconocimiento implícito de este sistema desarrollado por vía jurisprudencial.

2.3.1.1 El mercado en la Constitución

Al desarrollar el concepto Constitución Económica colombiana resulta relevante reconocer la existencia de dos pilares que le dan soporte y consolidan su existencia, el primero de ellos el modelo de Estado (Social de Derecho) y el restante el sistema económico (Economía Social de Mercado). De conformidad con el principio de unidad constitucional, las libertades y garantías de contenido económico deben interpretarse en armonía con los pilares a los que se ha hecho mención. Sin embargo, es la Economía Social de Mercado la noción que consolida, da forma y estructura cada uno de los derechos, garantías y libertades económicas aunados al principio de intervención del Estado en la Economía.

En este marco, la institución²⁰³ que permite organizar, en principio, las diversas actividades económicas es el mercado, y así lo ha considerado la Constitución de 1991. El proyecto de ordenamiento de la Economía Social de Mercado tiene su fundamento en la convicción de que el mercado constituye la modalidad más eficiente de coordinación económica, así como una condición necesaria para garantizar la máxima libertad política. Corresponde al Estado velar por el buen funcionamiento del mercado, por eso aquel le confiere a este un margen de acción suficiente en el que, en principio, no se presentan interferencias en el proceso de oferta y demanda.

En ese sentido es preciso señalar que la decisión en favor de un régimen de economía de mercado supone esencialmente una limitación de las facultades y poderes que le corresponden al Estado en la ordenación de la Economía por considerar que el mercado tiene un papel preponderante en la organización de las relaciones económicas (Velilla, 2013, pág. 29), sin embargo esta limitación

²⁰³ Como ha reconocido Parejo Alfonso la economía descansa en la institución del mercado (1989, pág. 47) que encuentra su fundamento en el libre juego de la oferta y la demanda.

encuentra restricciones dadas por el papel que como director de economía le corresponde al Estado.

El mercado es un elemento esencial de la Constitución Económica por lo que al Estado le corresponde promover la existencia de mercados competitivos con independencia de que se reserve ciertos servicios actividades económicas. En presencia de mercados competitivos el despliegue de las libertades económicas se producirá de manera más efectiva y los derechos de los consumidores encontrarán menores limitaciones. Como institución su protección deviene en esencial para evitar la eliminación de “uno de los ejes del sistema económico diseñado por el Constituyente que, además, sirve de soporte a valiosos derechos constitucionales” (C-183 de 1998).

Como se ha advertido de manera recurrente, la superación de la divergencia entre Estado y economía permite reconocer que el mercado posee una acción dinamizadora que, no obstante, reconoce sus propias limitaciones y demanda instituciones fuertes que corrijan las fallas y distorsiones y permita un mejor funcionamiento (de la Torre Vargas, 2014). Por ello la protección de la libertad de mercado se constituye en condición esencial para el funcionamiento del sistema, razón por la cual corresponde al Estado protegerla de cualquier menoscabo que pudiera provenir de cualquier transgresor. La dirección general que el Estado conservó respecto de la economía le permite materializar acciones en defensa tanto de la propiedad privada —fundamento de la economía de mercado— como de cualquier obstáculo protagonizado por agentes del mercado que restrinjan la libre competencia. Para esto se requiere un Estado fuerte que pueda imponer las reglas formales y que actúe con independencia de intereses particulares.

Esta potestad de intervención que corresponde al Estado —y que puede adelantarse a través de medidas y acciones varias— genera afectaciones en diversos sectores del mercado que, en todo caso no podrán anular o transformar drásticamente su función ni las libertades económicas que a esta institución se

encuentran ligadas. Por ello resulta claro que cuando estas medidas de intervención resulten arbitrarias, innecesarias e irrazonables, no persigan fines legítimos, se extiendan a sectores no autorizados o lesionen el núcleo esencial de algún derecho resultarán inconstitucionales (C-377 de 2008).

Por ello un sistema de ESM como el que acoge —materialmente— la Constitución no se limita simplemente a garantizar una libertad formal de mercado, compromete al Estado a adelantar intervenciones cuando en él se asienten “constelaciones de poder —formalmente inobjetable— que afecten seriamente la competencia” (Pfaller, 1997). Esta potestad parte del reconocimiento de que la libre competencia constituye fundamento básico del cual depende la eficiencia superior del mercado en la generación de bienestar social y exige, respecto de los agentes del mercado —oferentes y demandantes— la existencia y respeto de claras señales de mercado a partir de las cuales estos puedan adoptar decisiones racionales respecto de su comportamiento en el mercado²⁰⁴. Que existan señales claras, no distorsionadas ni manipuladas, será tarea que corresponda al Estado, por ello se indicaba con anterioridad que la existencia de un régimen normativo claro que reconozca los derechos de propiedad, permita las transacciones, reduzca sus costos y garantice un régimen de responsabilidad en caso de incumplimiento resultan ser esenciales en un sistema de economía de mercado.

La existencia de este régimen persigue una distribución eficiente de los recursos y de las oportunidades, en caso de inexistencia del anterior, es decir sin la concurrencia de normas claras de comportamiento para el manejo del sistema

²⁰⁴ Serán condiciones para adoptar esas decisiones racionales por ejemplo respecto del demandante que frente a diferentes ofertas este pueda tomar una decisión si la información proporcionada en cada una de ellas es real en términos de calidad y cantidad del producto, respecto del oferente debe tener la confianza en que el consumidor, una vez aceptada la oferta, pagará el precio acordado. Por ello la necesidad de información confiable deben ser consistente, pues de lo contrario se pueden producir asignaciones equivocadas, que generarán en los agentes desperdicio de recursos y fallos de mercado que ameritarán mayores intervenciones del Estado.

económico la anarquía y el caos caracterizarían el devenir económico con consecuencias nocivas para los individuos.

El sistema de Economía Social de Mercado da protagonismo al mercado en el proceso de ordenación de la economía, y reconoce la necesidad de garantizar ciertas libertades que permitan el funcionamiento adecuado del mismo (C-197 de 2012). La protección para que los ciudadanos puedan ejercer con libertad la actividad económica que escojan —atendiendo a ciertas restricciones y excepciones que por ley corresponden al Estado—, la libertad de los competidores para ofrecer las condiciones y ventajas que consideren convenientes, en el marco de la ley, y la libertad de los consumidores para elegir y en consecuencia contratar con cualquiera de los oferentes los bienes y servicios que requieran satisfaciendo las necesidades que los apremien, surgen como imperativos para que el juego de la oferta y la demanda pueda desarrollarse en condiciones de eficiencia y las demás libertades y derechos asociados al mercado puedan ejercerse sin restricción alguna —salvo las limitaciones que por motivos legales y constitucionales deban considerarse— (Almonacid Sierra & Garcia Lozada, 1998, pág. 40).

Este sistema sin embargo reconoce que un mercado altamente eficiente no necesariamente satisface las necesidades de los integrantes de una sociedad (C-1141 de 2000). Esta es la razón por la que se atribuye al Estado el derecho y la obligación de adelantar cualquier intervención²⁰⁵ que sea necesaria en aquellos escenarios en que se produzca un deterioro de intereses sociales legítimos.

Es posible entonces concluir que en el caso colombiano se reconoce y protege una economía de mercado limitada, la limitación se encuentra en el concepto social del

²⁰⁵ En el epígrafe “Dirección general de la economía” visible posteriormente se hará un desarrollo más detallado de las condiciones que deben concurrir para predicar la constitucionalidad de las medidas de intervención del Estado en la Economía.

sistema de Estado. En la actualidad no es objeto de controversia la obligatoriedad de la intervención del Estado en la economía, primordialmente para corregir las fallas del mercado, habida cuenta de sus propias imperfecciones y particularidades (C-620 de 2016), que producen afectaciones en los intereses y disfrute de derechos de la comunidad²⁰⁶.

Todos los argumentos expuestos hasta ahora permiten comprender que la protección que se reconoce al mercado en la Norma superior impide al legislador y a cualquier autoridad u órgano con competencias económicas poder eliminar la libertad económica de acceso al mercado para sujetarse a las leyes de oferta y demanda o poder limitar, sin restricción alguna, los elementos que estructuran la libre competencia económica (C-535 de 1997). El mercado se consolida como la opción que permite realizar el bienestar general y materializar la noción de Estado Social de Derecho; las libertades, garantías y derechos de los ciudadanos encuentran, en gran medida, su realización en aquel.

La existencia de sistemas productivos eficientes se encuentra en relación inescindible con la protección constitucional del mercado, esta eficiencia exige la supresión, a través de la acción estatal preventiva y correctora, de cualquier acción unilateral de fuerzas dominantes que distorsionen de cualquier manera el mercado y generen restricciones artificiales a la libertad de opción de los ciudadanos de cara a un proceso económico abierto y flexible.

En consecuencia, la protección constitucional que se predica respecto del mercado exige el reconocimiento de varias condiciones:

²⁰⁶ En el presente epígrafe se hará alusión, principalmente, al objetivo de la intervención del Estado en la economía orientado a corregir o superar las fallas del mercado, sin desconocer otros objetivos como desarrollar el orden y equilibrio en las actividades de mercado, a través de actividades de regulación.

a. El reconocimiento de la libertad de empresa como derecho²⁰⁷ que dinamiza el mercado y potencia su desarrollo. Esta premisa supone la protección de la propiedad pública o privada como condición fundamental para emprender cualquier actividad económica que precisa de la titularidad de los medios de producción en cabeza de múltiples agentes económicos. Reconocimiento que, sin embargo, no registra un carácter absoluto pues su ejercicio de armonizarse con la función social de la empresa, el interés social, la necesidad de mercados competitivos y la protección de un medio ambiente sano (art. 333 C.P.)

b. El reconocimiento de dicha libertad se articula con la iniciativa pública en la actividad económica (art. 334 C.P.), circunstancia que habilita al poder público para emprender actividades económicas de la mano de agentes privados (C-228 de 2010). En estricto sentido la libertad de empresa supone la posibilidad que se reconoce a cualquier agente económico —habida consideración de las actividades que exigen permisos o habilitaciones previas— para ingresar al mercado, permanecer en él y abandonarlo cuando estime conveniente —con las limitaciones que algunas actividades suponen, por ejemplo servicios públicos—. Estas previsiones suponen pluralidad de actores.

c. El reconocimiento que como monopolio se predica respecto de ciertas actividades económicas en cabeza del Estado, excepción hecha de la previsión constitucional visible en el artículo 333 superior (C-316 de 2003). No obstante esta previsión, la existencia de monopolios estará condicionada a que estos constituyan “arbitrios rentísticos, con una finalidad de interés público o social y en virtud de la ley”²⁰⁸. Sin

²⁰⁷ La Corte Constitucional en Sentencia C-524 de 1995 ha reconocido que la libertad de empresa es “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”.

²⁰⁸ Aunque al interior de la Comisión Quinta de la ANC algunas voces defendieron la necesidad de eliminar los monopolios como arbitrios rentísticos y modificarlos por impuestos específicos sobre los

embargo, cuando se advierta que no se cumplen criterios de eficiencia en el monopolio “el Gobierno podrá enajenar o liquidar las empresas monopolísticas del Estado”.

d. Igualdad de los actores en su actuación en el mercado, condición que se traduce en la protección de la libre competencia (C-178 de 2014).

El Estado podrá participar, en condiciones de igualdad con cualquier agente económico privado, en cualquier actividad económica y estará sujeto a las mismas reglas y condiciones que se exigen respecto de cualquiera de ellos²⁰⁹. La participación que del Estado pueda predicarse en cualquier sector del mercado estará determinada, en la mayoría de los casos, por la intención política del régimen que detenta el poder. Su actividad empresarial, de conformidad con el tenor constitucional, no se encuentra restringida a los escenarios mencionados. En este sentido se restringe la interpretación dada por Ariño cuando indica que “en una economía de mercado, en una sociedad libre, la presunción debe jugar siempre a favor de la iniciativa privada, y la actuación del Estado deberá ser excepcional (por tanto, justificada en cada caso) ante la falta, inexistencia o fracaso de aquella” (1979, pág. 76).

La actuación del Estado podrá darse en cualquier escenario, sin embargo, este no podrá hacer uso de la posición de prevalencia que le asiste como director de la economía. Cuando concurre al mercado, como agente económico, lo hace en

bienes y servicios correspondiente, como instrumento más eficiente para lograr recursos fiscales, la propuesta no prosperó y los monopolios en mención pervivieron en el diseño constitucional (Marulanda I. , y otros, 1991, pág. 11).

²⁰⁹ Sin embargo, señala Ariño, la intervención empresarial del Estado exige la acreditación de un interés general prevalente, la existencia de una utilidad pública y la necesidad de atender algunas necesidades colectivas que de otra forma no recibirían satisfacción (1999, pág. 52) para que se produzca tal situación. En consecuencia, no resultaría legítimo para el Estado concurrir en el mercado pues esta situación exigiría la acreditación de circunstancias varias que, en el caso de los particulares no necesitaría demostrar.

condición de oferente o demandante y en consecuencia le corresponde atender la normatividad general que se aplica a los particulares (Trujillo Alfaro, 2007, pág. 76). El artículo 4 de la Ley 1340 de 2009 reafirma este argumento al señalar que “lo dispuesto en las normas sobre protección de la competencia se aplicara respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o que afecte ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica y en relación con las conductas que tengan o puedan tener efectos total o parcialmente en los mercados nacionales, cualquiera sea la actividad o sector económico”, circunstancia que permite inferir la observancia que respecto de la normatividad le asiste al Estado cuando actúa como agente económico al lado de los particulares y “compita con en igualdad de circunstancias, sin privilegios ni exclusividades” (Chahín Lizcano, 1998, pág. 111)²¹⁰.

Esta disposición pone de manifiesto la obligación que asiste a actores de naturaleza pública o privada para cumplir las normas del régimen de libre competencia máxime en aquellos casos en los que algunas empresas cuentan con algún porcentaje de participación estatal (C-974 de 2002) pues valiéndose de dicha condición “podrían crear barreras de entrada en los mercados en los que participan, o al menos podrían usar el apalancamiento derivado de su carácter estatal para obtener importantes ventajas competitivas, tales como privilegios exclusivos y el bloqueo de los

²¹⁰ La jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano ha desarrollado con precisión el papel que corresponde al Estado como prestador de servicios públicos a partir de la aprobación de la Constitución de 1991. Así, ha indicado que la prestación de servicios públicos por este no es función pública y en consecuencia “su prestación está sometida a las leyes de un mercado fuertemente intervenido, así se deduce del artículo 365 constitucional cuando dispone que es deber del Estado asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos y que estos pueden ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares. Nótese que la norma es clara al asegurar que el Estado debe asegurar la prestación (no prestar forzosamente) al tiempo que permite la concurrencia de agentes (públicos, privados o mixtos) en su prestación” (Consejo de Estado, Sentencia del 13 de mayo de 2004 - Expediente AP-0020). Respecto a la prestación de servicios públicos por parte del Estado es claro, en todo caso, que la realización de dicha actividad no lo priva de su papel como director general de la economía.

mercados a la competencia” circunstancia que de ser permitida “crearía una situación que pondría en desventaja a los competidores de carácter privado y erigiría barreras para nuevos entrantes” (Resolución 53788 de 2014).

e. Subsidiariedad en la actuación estatal (“el Estado no requiere intervenir cuando los individuos se basten a sí mismos” C-983 de 2005)

Estas condiciones permiten señalar la confianza que se reconoce respecto al mercado como el mejor procesador de las señales económicas. Es a partir de ellas que los agentes económicos pueden adoptar las decisiones más eficientes en procura de la satisfacción de sus propios intereses y necesidades. Sin embargo, no siempre es posible acudir a la vía del mercado, en ocasiones el Estado deberá ampliar su función reguladora y supervisora para actuar de manera directa en escenarios diversos de mercado cuando este, por sí solo, no asigne de manera eficiente los recursos o se produzcan condiciones de marcada inequidad que lesionan el disfrute de los derechos de los individuos y restringen la materialización del Estado Social de Derecho.

Por ello, es evidente la armonización que entre esta premisa se evidencia respecto de la autorresponsabilidad que asiste a los ciudadanos respecto a la responsabilidad que les asiste frente a la realización de su plan de vida. Como ha dicho la Corte Constitucional “el bienestar humano está mejor garantizado por el “libre mercado”, que ofrece infinitas oportunidades económicas para alcanzar la prosperidad si las personas mismas saben utilizarlas adecuadamente, y no por la asunción de obligaciones sociales a cargo del Estado” (T-426 de 1992). Por ello, es claro que el Estado asume la obligación de asistir *subsidiariamente* a aquellos que no se encuentren en posibilidades de asumir su propia subsistencia, sin embargo esta obligación estará condicionada por la verificación de la condición de miseria, pobreza o debilidad estructural en que se encuentre el ciudadano, en caso contrario se produciría una intervención no ajustada al mercado.

2.3.2. Principio pro igualdad y progresividad de los derechos económicos y sociales²¹¹

Como se expresó con antelación, es acertado señalar que el sistema de ESM armoniza con el modelo de Estado Social de Derecho, los dos persiguen objetivos similares y reconocen la importancia de la actuación del Estado para superar circunstancias de debilidad estructural, esta relación se hace palmaria en Ehmke para quien “el verdadero núcleo de la Economía Social de Mercado reside en la cláusula del Estado Social [...] y en el principio de igualdad [...] como parte del orden fundamental liberal democrático [...]” (2006, pág. 346).

²¹¹ Aunque se hace mención de los derechos económicos y sociales, respecto a la obligación de progresividad, resulta claro que existe una relación de complementariedad o convergencia a partir de la cual se reconoce la concepción integral que gira sobre la interdependencia, interrelación y complementariedad de todos los derechos —civiles, políticos, económicos, sociales y culturales— sin que exista jerarquía entre ellos, partiendo de la base de que todos deben ser garantizados a todas las personas. Los soportes de esta teoría son abundantes y se encuentran en instrumentos internacionales [Art. 11 y 13 de la Carta Democrática Interamericana de la OEA de 2011, artículo 22 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el preámbulo de la Carta Social Europea, el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Protocolo de San Salvador de 1988 y la Carta Social Andina de la CAN de 1998] y en desarrollos jurisprudenciales que, para el caso colombiano, ha elaborado la Corte Constitucional [(ST-016 de 2007), (ST-197 de 2014), (T-235 de 2011) (ST-743 de 2013) (ST-760 de 2008) y (C-251 de 1997) entre muchas otras]. Un estudio interesante sobre la teoría de la integralidad de los Derechos humanos puede consultarse en Pinto quien afirma que “una consistente doctrina proclamando la universalidad, interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos se inicia con la Proclamación de Teherán de 1968 y resulta decididamente impulsada en la Declaración de Viena adoptada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993. Ambos eventos se hacen cargo de una división en grupos de derechos sólo funcional a un momento político. Ello así, las obligaciones de los Estados en relación con los derechos humanos son las de respetarlos y garantizarlos, así como la de adoptar las medidas necesarias a tales fines. Estas obligaciones se adecuan a la distinta naturaleza de los derechos. La progresividad apuntada no exime de la obligación mínima que corresponde a cada Estado parte de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos protegidos. En este sentido es dable subrayar que no puede compartimentarse la dignidad” (2009, pág. 57).

A pesar de la importancia del ESD, no será pretensión de esta tesis explicar las características y evolución de este modelo de Estado, sin embargo es preciso indicar que, respecto del modelo acogido por la Constitución colombiana, una de sus características definitorias supone la realización del principio de igualdad material que garantice a todos sus ciudadanos el disfrute de sus derechos y libertades. No es posible perder de vista que el ESD emergió como reacción a los sistemas de economía planificada —que anulaban la libertad individual—, y economía de mercado —que libran al mercado de la tarea de generar bienestar para todos—. En este sistema de Estado “no basta con suponer que el mercado florecerá naturalmente, generando riqueza y bienestar para todos de manera incontenible, espontánea y feliz” (Botero Marino & Guardo Martínez, 2004, pág. 12) sino que comporta una serie de garantías de patrones mínimos dentro de los cuales sea posible vivir dignamente, en un concepto de derecho y no de beneficencia (C-595 de 1999). La realización de la igualdad no queda abandonada a las fuerzas del mercado sino que exige una intervención continua y constante de las autoridades públicas para que esas garantías y patrones se realicen (Arango Rivadeneira, 2003, pág. 109).

Es claro, en consecuencia, el reconocimiento del que parte el constituyente de 1991 al manifestar que la cuestión social estaba al orden del día y que a partir de ello resultaba fundamental reconocer la existencia de profundas desigualdades entre los individuos (C-566 de 1995) respecto de las cuales la promoción de condiciones de igualdad será tarea fundamental del Estado. Este reconocimiento no se hace como una mera “constatación sociológica de un hecho real, sino que se hace precisamente para implementar principios constitucionales que puedan permitir operar sobre esta realidad y superarla o corregirla de algún modo” (García Lozada & Almonacid Sierra, 1999, pág. 148).

Se satisface en este sentido la precisión que con posterioridad haría Angarita Barón al manifestar que la expresión social que incorporó el constituyente en la fórmula

estatal no suponía una “simple muletilla retórica que proporciona un elegante toque de filantropía a la idea tradicional del Derecho y del Estado” (T-406 de 1992) sino que radicaba en su cabeza la garantía de estándares mínimos para la satisfacción y disfrute de derechos como el salario mínimo vital y móvil, educación, salud, seguridad social y acceso a vivienda digna.

Obligación que se hace evidente respecto a grupos poblacionales que se hallen en condición de debilidad manifiesta y que, por esa situación, no se encuentran en posibilidad de satisfacer, por sí mismos, sus propias necesidades, generando para el Estado, en aplicación del principio de subsidiariedad propio de la Economía Social de Mercado, la obligación de adelantar acciones positivas que remedien estas condiciones²¹², respetando en todo caso la premisa de que su intervención no desplazará el sentido de autorresponsabilidad en cabeza de cada individuo.

²¹² Sin embargo, y como se desarrollará posteriormente las obligaciones prestacionales del Estado, merecen distinción pues algunas de ellas exigen cumplimiento inmediato (obligaciones de respeto) y las restantes suponen realización progresiva de acuerdo a las posibilidades jurídicas y fácticas de materialización, además de la urgencia de la respuesta del Estado ante una necesidad que no se encuentra satisfecha (obligaciones de garantía). Así, “algunas de las obligaciones que se derivan de un derecho fundamental y que tienen un carácter prestacional, son de cumplimiento *inmediato*, bien sea porque se trata de una acción simple del Estado, que no requiere mayores recursos (por ejemplo, la obligación de suministrar la información de cuáles son sus derechos a los pacientes, antes de ser sometidos a un tratamiento médico), o porque a pesar de la movilización de recursos que la labor implica, la gravedad y urgencia del asunto demandan una acción estatal inmediata (por ejemplo, la obligación de adoptar las medidas adecuadas y necesarias para garantizar la atención en salud de todo bebé durante su primer año de vida –art. 50, CP–). Otras de las obligaciones de carácter prestacional derivadas de un derecho fundamental son de cumplimiento *progresivo*, por la complejidad de las acciones y los recursos que se requieren para garantizar efectivamente el goce efectivo de estas facetas de protección de un derecho” (T-760 de 2008). Con independencia de la progresividad que pueda predicarse, resulta claro que el núcleo esencial de un derecho no puede ser desarrollado de manera progresiva sino que su realización debe ser inmediata, y en todo caso, cuando se predica progresividad al Estado le corresponde “una obligación mínima elementalísima que debe cumplirse de inmediato es la de adoptar una política pública encaminada precisamente a garantizar el goce efectivo del derecho” (T-143 de 2010). Esta política pública debe cumplir, en todo caso con tres condiciones, que la Corte Constitucional ha puesto de presente en la sentencia en mención, así “i) Deben estar acompañadas de un plan de acción real para poner en marcha la política pública [...]; ii) Las finalidades de cada paso del plan deben estar específicamente centradas en la garantía del goce efectivo del derecho fundamental del cual se derivaron las obligaciones progresivas. Esto excluye programas que sean meramente simbólicos o que no generen un cambio

2.3.2.1 Debilidad estructural y principio de subsidiariedad

Se ha entendido por la jurisprudencia constitucional que las personas se pueden encontrar en situación de debilidad estructural, y en consecuencia se requiere de las acciones señaladas con antelación, cuando “(i) [...] por su condición económica, física o mental, se hallan en circunstancias de debilidad manifiesta; (ii) [...] en razón de la situación desventajosa en la que se encuentran, suelen ver limitado el ejercicio y el goce efectivo de sus derechos fundamentales; (iii) disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos que son objeto de aislamiento, estigmatización, maltrato, incompreensión o discriminación lo cual conduce a su marginamiento; (iv) población en situación de extrema pobreza, o en condiciones de manifiesta injusticia material y vulneración de la dignidad humana; o (v) un grupo de la población que no está en capacidad de participar del debate público y que, por lo tanto, no tiene voz propia en la adopción de las decisiones políticas que lo afectan” (C-741 de 2003).

Cuando se presentan estas condiciones puede indicarse, sin dubitación alguna, que la labor de intervención del Estado en la economía deviene en fundamental para corregir y superar estas circunstancias y materializar el principio constitucional de igualdad material propio de un Estado Social de Derecho, que entre otras permita a esos individuos, una vez puestos en condiciones de igualdad concurrir al mercado para satisfacer necesidades. Este cometido se logra, entre otras, mediante políticas de recaudación, inversión y gasto que permitan la adopción de “de políticas estatales activas de dotación de mínimos de bienestar” (Sala Sánchez, 2014, pág. 17) que permitan redistribuir los beneficios de un sistema de economía de mercado en el que el principio de solidaridad juega un papel fundamental.

verdadero en el acceso a los derechos involucrados [...]; iii) Las etapas de decisión, elaboración, implementación y evaluación de la política deben desarrollarse en un contexto que garantice la participación democrática de quienes van a verse afectados por ella”.

Atendiendo al principio de solidaridad que caracteriza a una Economía Social de Mercado, la administración de justicia, sobre todo vía acción de tutela, ha permitido la concreción de dicho principio al realizar redistribución económica que favorece a individuos o grupos en condiciones de desigualdad mediante el reconocimiento en sentencias de derechos sociales fundamentales (como la seguridad social, el trabajo, entre otros) (Molina Betancur, 2007).

Pero no se habla de teorías abstractas o etéreas sino de realidades concretas. La política social que le corresponde desplegar al Estado y en cuya realización juega un papel activo la ciudadanía, en ejercicio del principio de solidaridad, constituyen la clave del bienestar y de la riqueza. Pero claro, este mandato supone la realización del principio de igualdad, sin caer en el asistencialismo continuo que desvirtúa y altera los principios fundamentales de la Economía Social de Mercado [(C-388 de 2016) y (C-1064 de 2001)]. En consecuencia es comprensible entender la necesidad de intervención del Estado en la economía sin caer en excesos, hay que “estructurar y organizar al Estado de tal manera que cumpla su función de servicio al individuo y no de aparato de dominación del individuo” (Ariño, 1993, pág. 17)

En el marco de la Constitución, el fundamento jurídico de esta función de servicio al individuo, ligada al mandato de superación de las desigualdades, se hace palmario en el artículo 13 que consigna la “cláusula de erradicación de las injusticias presentes”²¹³ al indicar que el “Estado (...) adoptará medidas en favor de los grupos

²¹³ Esta cláusula, de creación jurisprudencial, ha encontrado abundante desarrollo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Mención especial merece la Sentencia SU-225 de 1998 en la que cuatrocientos dieciocho (418) padres de familia, actuando en representación de sus hijos menores de edad, interpusieron acción de tutela contra el Ministerio de Salud y la Secretaría Distrital de Salud de Santa Fe de Bogotá, D.C., al considerar vulnerados los derechos fundamentales a la vida (art. 11 C.P), a la salud (arts. 44 y 49) y a la seguridad social (art. 48 C.P.) de sus hijos, al no suministrarles, en forma gratuita, la vacuna contra los virus que producen las enfermedades conocidas como meningitis meningococcica y meningitis por haemophilus influenzae. La mayoría de estos tutelantes eran trabajadores del sector informal que dejaban a sus hijos en hogares comunitarios en los que las condiciones de salud y atención resultan precarias por el alto número de niños que concurren allí, circunstancia que propicia la aparición de la enfermedad caracterizada por

discriminados o marginados", para alcanzar una igualdad real de condiciones y oportunidades, superando así las visibles y evidentes desigualdades sociales, propiciando la inclusión y participación de estos sectores en la vida económica y social dando así cumplimiento a la obligación de satisfacción progresiva de los derechos sociales, económicos y culturales de la población (C-265 de 1994).

La existencia clara de una economía de mercado —enriquecida con un fuerte componente social propio de la ESM— en la cual la competencia económica y la situación de desigualdad en que concurren muchos sitúa a algunos al margen del círculo económico, plantea al Estado y la sociedad el reto permanente de superar la discriminación y marginación a través de políticas públicas y desarrollo normativo. Por ello, la intervención del Estado en la economía estará orientada, entre otras a “corregir, en el marco de la protección de la igualdad de oportunidades, las imperfecciones de dicho mercado que se conformen como barrera para el acceso de los bienes y servicios de las personas de menores ingresos o en condiciones de debilidad manifiesta” (C-830 de 2010).

2.3.2.2 Progresividad de los derechos

En clara armonía con el principio de igualdad se encuentran los derechos sociales que “se conforman como una categoría constitucional propia del Estado Social, de

generar graves daños a la salud física y mental de los niños. La Corte hace un análisis respecto de la procedencia de la cláusula en mención a partir de la evaluación de las siguientes condiciones ”(1) identificación de un grupo de personas discriminadas o marginadas; (2) demostración de la existencia de una necesidad básica y de su falta de atención; (3) examen de los hechos y razones relativos a la respuesta dada por el Estado a la situación específica de marginación o discriminación; (4) calificación constitucional acerca del grado de cumplimiento histórico que en la situación concreta ha debido tener el mandato de erradicación de las injusticias presentes, atendidas las posibilidades legales y fácticas del momento”, que, para el caso en cuestión resultaban acreditadas por lo que el no suministro de la vacuna, gratuita e inmediatamente, resultaba violatoria de los derechos fundamentales de los niños. Esta posición se encuentra reiterada, entre otras en las Sentencias T-177 de 1999, T-840 de 1999, T-772 de 2003, T-025 de 2004 y T-851 de 2011.

modo que la singulariza, históricamente, frente a otros modelos constitucionales” (Maestro Buelga, 2000, pág. 123). El constitucionalismo de la posguerra conquistó como reivindicación la subordinación de los intereses privados —que se habían constituido en pilares del orden económico— a las crecientes necesidades colectivas y la prevalencia del interés general sobre el particular como parámetro de legitimidad de los intereses privados. Los derechos sociales —verdaderas categorías normativas constitucionales— cobran una importancia inusitada al constituirse como parámetro que define el interés general y que debe servir como criterio orientador en las controversias que se generan entre los objetivos económicos y los sociales, problema fundamental en las Constituciones económicas en los que la pugna entre el vínculo social y la intervención chocan con la lógica propia del mercado y los procesos constantes de liberalización.

La conquista de valor normativo de la Constitución tuvo una incidencia fundamental en la efectividad de los derechos sociales pues hizo necesario un sistema de garantías que permitiera su efectiva materialización y, consecuencia lógica de ello, la realización de la fórmula de Estado. Los derechos sociales tienen una especial vinculación con el mercado y en general con el ámbito económico, por esta razón su relación con la Constitución Económica deviene en inescindible e impone para el Estado la obligación de que las intervenciones que realice en la economía reduzcan los niveles de desigualdad y aseguren condiciones de vida digna para todos, en particular para aquellos que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta o marginación (C-263 de 2013).

El mercado, como se ha indicado reiteradamente, no constituye un escenario que, por sí mismo, pueda ayudar a superar las desigualdades y en consecuencia la intervención del Estado, a través de los diversos mecanismos que constitucionalmente le han sido asignados, orientada a lograr dicho cometido es un

imperativo que debe ser construido progresivamente²¹⁴, imponiendo “la obligación de moverse lo más rápidamente posible hacia la meta” (C-556 de 2009). El punto de partida en este epígrafe estará determinado por la importancia y relevancia que los derechos económicos y sociales tiene en la Constitución Económica colombiana y la progresividad que respecto de los mismos se predica²¹⁵. No se pretende realizar una reconstrucción de esta categoría²¹⁶—circunstancia que excede las pretensiones de esta investigación— sino señalar su carácter determinante en el diseño constitucional económico.

La cláusula general de intervención del Estado como director de la economía visible en el artículo 334, la estructura normativa de los derechos sociales visible, entre otros en los artículos 43, 46, 47, 48, 49, 60, 64 y 66 se suma al carácter con que son reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos que constituye mandato para el Estado colombiano (Pacto internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, art. 2.1, Convención Americana de Derechos Humanos, art. 26 y Protocolo de San Salvador, adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos, art. 1º).

²¹⁴ El carácter de progresividad encuentra su soporte normativo en el artículo 1 del Protocolo de El Salvador adicional a la CADH por la que los Estados se comprometen “a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo”, en el mismo sentido el artículo 2.1 del PIDESC y el 26 de la CADH.

²¹⁵ Al hablar de progresividad es posible aludir a un significado diverso, propio del sistema tributario. En este sentido podría entenderse que la progresividad, asociada a la equidad vertical, en el sentido del artículo 363 de la C.P. alude a consultar la capacidad de pago de los ciudadanos, así “quienes tienen mayor patrimonio y perciben mayores ingresos aporten en mayor proporción al financiamiento de los gastos del Estado; es decir, se trata de que la carga tributaria sea mayor entre mayores sean los ingresos y el patrimonio del contribuyente” (C-419 de 1995). Para efectos del presente epígrafe este significado no será considerado, sin embargo es posible ampliarlo en Restrepo Salazar (2007).

²¹⁶ Torres Ávila (2012) ha desarrollado con acierto el concepto de derechos sociales en el marco del Estado Social de Derecho en Colombia.

La progresividad de los Derechos Sociales, Económicos y Culturales vendrá a concretarse, en términos de intervención del Estado en la economía —a través de políticas, programas o medidas positivas—. Al tenor del artículo 13 superior, mencionado con antelación, las medidas a adoptar con el fin de superar la desigualdad corresponden de manera prevalente al Congreso quien ordena las políticas que considere más adecuadas para ofrecer a las personas que se encuentren en esa situación, medios que les permitan asumir el control de su propia existencia —estas políticas serán ejecutadas por la administración—. Así, la actividad del legislador debe orientarse a eliminar la marginación y discriminación en que se encuentran ciertos grupos (SU-225 de 1998). Este primer ítem pone de presente la relevancia del principio de autorresponsabilidad y subsidiariedad, propio de la Economía Social de Mercado, y que acoge el ordenamiento constitucional económico.

Así, en los precisos términos de la Sentencia C-1064 de 2001, la obligación que le asiste al Estado respecto de precisos grupos poblaciones que se encuentran en condiciones de manifiesta desigualdad puede verse concretada en la adopción de medidas a favor de grupos marginados o discriminados (art. 13 inc. 2 C.P.); la protección especial respecto de personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta (art. 13 inc. 3 C.P.); la protección a la mujer cabeza de familia, a la mujer embarazada, a la niñez, a los adolescentes, a las personas de la tercera edad, a los discapacitados, a los pensionados y a los enfermos (art. 43-49 C.P.); el apoyo a la población desempleada (art. 54 C.P.); y la promoción por el pleno empleo así como el mejoramiento de la calidad de vida de las personas de menores ingresos (art. 334, inc. 2); y, en general, la priorización del gasto público social (art. 350 C.P.) que, sobre cualquier otra asignación, persiga la solución de las necesidades básicas insatisfechas —salud, educación, saneamiento ambiental y agua potable en los

planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales (art. 366 C.P.)²¹⁷—.

Desde el punto de vista económico todos estos mandatos constitucionales están orientados a promocionar el desarrollo económico de la población más débil, con el fin de permitirles una participación en el mercado en mejores condiciones. Resulta obvio indicar que la adopción de estas medidas se produce de manera gradual (C-507 de 2008) pues supone erogaciones que no pueden realizarse de manera inmediata²¹⁸. Como advierte Cuellar no es posible garantizar a todos los ciudadanos

²¹⁷ La priorización del gasto público social, se convierte en otro elemento adicional que condiciona la interpretación de la Constitución Económica. Este implica prioridad de este gasto respecto de cualquier otra asignación, constituyendo mandato respecto de los Planes de Desarrollo nacionales y territoriales con el fin de dar prevalencia a la satisfacción de las necesidades insatisfechas de salud, educación, saneamiento ambiental y agua potable propias de sectores de la población en condiciones de desigualdad, debilidad y marginación para quienes el disfrute de un proyecto de vida en condiciones de dignidad se aprecia distante.

²¹⁸ Al respecto la Observación No. 3 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales expresa que “el concepto de realización progresiva constituye un reconocimiento del hecho de que la plena realización de los derechos económicos, sociales y culturales, generalmente no podrán lograrse en un corto periodo de tiempo”. En el mismo sentido el artículo 5.1 de las Normas para la confección de los informes periódicos previstos en el artículo 19 de Protocolo de San Salvador, aprobadas por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos en el 2005, define progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales así, “a los fines de este documento, por el principio de progresividad se entenderá el criterio de avance paulatino en el establecimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de un derecho económico social y cultural”. Adicionalmente, el Pacto internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (artículo 2.1), la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 26) y el Protocolo de San Salvador, adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 1) reconocen, como mandatos para el Estado colombiano al hacer parte del bloque de constitucionalidad, el principio de progresividad. En el ámbito europeo las Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1997, señalan que existe violación de estos derechos cuando se deroga o suspende “la legislación necesaria para el goce continuo de un derecho económico, social y cultural del que ya se goza” (principio 14, a), se adopta “legislación o [...] políticas manifiestamente incompatibles con obligaciones legales preexistentes relativas a esos derechos, salvo que su propósito y efecto sean el de aumentar la igualdad y mejorar la realización de los derechos económicos, sociales y culturales para los grupos más vulnerables” (principio 14, d) y se adopte “cualquier medida deliberadamente regresiva que reduzca el alcance en el que se garantiza el derecho” (principio 14, e). Estas directrices se expidieron con el fin de “ampliar el entendimiento de los Principios de Limburg —sobre la Aplicación de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales—, con respecto a la naturaleza y el alcance de las violaciones a estos derechos y las respuestas y recursos adecuados a los mismos.

la realización de los derechos a los que se ha hecho mención de manera inmediata, en caso contrario nos encontraríamos frente a una utopía (2005, págs. 15-16). Sin embargo, esta gradualidad no puede ser entendida como la negativa al desarrollo de acciones positivas orientadas a satisfacer el disfrute del núcleo esencial del derecho por la escasez de recursos públicos, pues esto significaría que los derechos sociales poseen un carácter simplemente programático y coyuntural que dependería no solamente de la situación económica sino de la política del gobierno de turno, circunstancia que implicaría un retroceso en las garantías constitucionales que brinda el ESD (Baquero Cruz, 2004, págs. 645-646). Por el contrario se ha reconocido que los derechos sociales son derechos que no dependen de este tipo de factores y que, en todo caso, exigen progresividad.

Con todo, resulta claro que frente a conquistas o realizaciones materiales de derechos sociales vía políticas públicas o desarrollos normativos, la posibilidad de regresividad de cualquier medida orientada a la satisfacción de los derechos sociales podría devenir inconstitucional²¹⁹. Este último argumento encuentra soporte en la posición que ha adoptado la Corte Constitucional al considerar como parámetro de constitucionalidad de las leyes y normas el principio de progresividad de los derechos sociales, amén de constituir un límite para la libertad de configuración del legislativo respecto de los derechos sociales, económicos y culturales²²⁰. En esta medida resulta claro que este principio se constituye en una

²¹⁹ La Sentencia C-1165 de 2000 declaró, por primera vez, la inconstitucionalidad de una ley por encontrarla regresiva en materia de derechos sociales. La ley en cuestión (344 de 1996) disminuía el monto de los aportes que el Gobierno hacía al Sistema General de Seguridad Social vía Fondo de Solidaridad y Garantía. Se indica a su vez que la adopción de medidas regresivas, en materia de derechos económicos, podría generar inconstitucionalidad de la norma, sin embargo, esta afirmación debe ser matizada al considerar que “la prohibición de regresividad no es absoluta ni petrifica la legislación en materia de derechos sociales, significando lo anterior que, si bien un retroceso debe presumirse en principio inconstitucional, puede ser justificable a través, eso sí, de un control judicial más severo” (C-428 de 2009).

²²⁰ En el caso del derecho a la salud, de reciente desarrollo legislativo —Ley 1751 de 2015— el literal g del artículo 6 de la norma en mención, contempla la progresividad como uno de los elementos de

garantía frente a este tipo de derechos en clara reafirmación de su fundamentalidad e importancia constitucional (C-372 de 2011).

Al respecto es preciso señalar que la progresividad respecto a los derechos sociales²²¹ se encuentra indefectiblemente ligada con la efectividad en su disfrute. Esta garantía supone para el Estado la obligación de “propender por el aumento de la cobertura y de las garantías que le son propios, hasta el máximo posible, a través del establecimiento de medidas legislativas y de cualquier otra índole. De otro lado, el principio de progresividad implica la prohibición correlativa de regresividad, de acuerdo con la cual una vez se ha llegado a determinado nivel de protección, el Estado encuentra vedado retroceder en esa garantía, salvo que se cumpla con un estricto juicio de proporcionalidad, el cual demuestre que la medida regresiva es imprescindible para cumplir con el fin constitucionalmente imperioso” (C-288 de 2012).

Siguiendo esta argumentación resulta claro que la definición del contenido de los derechos sociales, económicos y culturales, impronta del Estado Social de Derecho, corresponde al legislador que, en todo caso, tendrá serias restricciones dadas por la imposibilidad de desconocer derechos adquiridos o retroceder en materia de conquistas asociadas al disfrute de estos derechos, respecto a sectores especialmente vulnerables de la población, sin embargo, no será posible señalar que su actividad, en este sentido, quede petrificada (C-727 de 2009).

Ha considerado en consecuencia la Corte Constitucional que serán tres las restricciones a tener en cuenta para declarar la regresividad de una medida, 1)

ese derecho. Circunstancia que, de manera expresa, no se predica de ningún otro de los reconocidos constitucional o legalmente.

²²¹ Se hará alusión a los derechos sociales, sin embargo en la actualidad se predica la progresividad de los derechos constitucionales sin exclusión alguna, en una visión garantista y progresista de la eficacia de los derechos.

cuando se recorte o limite el ámbito de protección de un derecho (C-038 de 2004), 2) se aumenten sustancialmente los requisitos para acceder a determinado derecho (C-428 de 2009) o, 3) se produzca una disminución significativa de los recursos públicos inicialmente destinados a la satisfacción de un derecho²²². Y aunque la medida sea regresiva, es posible que supere un test de constitucionalidad si, además de cumplir con ese primer requisito, a) se puede reconocer que la medida no desconoce los contenidos mínimos intangibles de los derechos sociales y b) que la medida se encuentra justificada (C-536 de 2012). Este último condicionamiento exige la aplicación de un juicio de constitucionalidad estricto en el que corresponde al Estado acreditar “(1) que la medida busca satisfacer una finalidad constitucional imperativa; (2) que, luego de una evaluación juiciosa, resulta demostrado que la medida es efectivamente conducente para lograr la finalidad perseguida; (3) que luego de un análisis de las distintas alternativas, la medida parece necesaria para alcanzar el fin propuesto; (4) que no afectan el contenido mínimo no disponible del derecho social comprometido; (5) que el beneficio que alcanza es claramente superior al costo que aparece” [(C-671 de 2002) y (C-556 de 2009)].

La Constitución Económica en el Estado Social de Derecho guarda una relación estrecha entre lo público y lo privado que impone la obligación al Estado de intervenir en la economía garantizando que esas intervenciones satisfagan imperativos de solidaridad a través de elementos distributivos que permitan el adecuado funcionamiento del sistema. En la medida en que el mercado y la competencia que en él se desarrolla permite sortear buena parte de las necesidades de los individuos que las satisfacen a través de la oferta y demanda de bienes y servicios, sin embargo condiciones de miseria y marginación aíslan a porcentaje relevante de ciudadanos que se ven excluidos del proceso económico. Ellos,

²²² En este último caso la medida será regresiva siempre que la disminución en la inversión de recursos se produzca antes de verificado el cumplimiento satisfactorio de la respectiva prestación.

involuntariamente, no pueden hacerse valer por sí mismos al encontrarse en condiciones estructurales de precariedad o pobreza²²³, y necesitan de la solidaridad de los demás. Corresponde al Estado cumplir el desafío de adoptar medidas que permitan superar esas condiciones, partiendo de la base de que los ciudadanos no deben dimitir de su responsabilidad esperando que el Estado lo arregle todo, por el contrario el calificativo estructural supone que sus condiciones no pueden ser superadas de forma aislada correspondiéndole al Estado contribuir activamente en la superación de esta condición (T-772 de 2003).

2.3.3. Dirección general de la economía a cargo del Estado

Es quizás uno de los elementos que permite, en mayor medida, ajustar el sistema constitucional económico con la Economía Social de Mercado, pues esta dirección parte de la base del reconocimiento del mercado como escenario en el que se produce el proceso de intercambio de bienes y servicios pero reconoce las limitaciones que en términos de satisfacción de necesidades, distribución equitativa de las oportunidades, acceso en condiciones de igualdad real y preservación de un medio ambiente sano limitan la realización de los fines y objetivos del Estado Social de Derecho (C-150 de 2003).

La relación que existe entre lo público y lo privado en el Estado Social de Derecho permite predicar respecto de lo público que la planificación, la política fiscal y el manejo del sector público permiten su articulación con lo privado y se convierten en los mecanismos de gobierno del sistema económico (Maestro Buelga, 2000, pág.

²²³ La Corte Constitucional reconoció en Sentencia SU-111 de 1997 “el poder deshumanizador de la pobreza y hace eco de la tesis según la cual la autonomía humana es solo una ilusión mientras el individuo no haya resuelto sus necesidades materiales más básicas. En este sentido, la Corte ha señalado que la cláusula del Estado Social de Derecho, tiene el poder jurídico de movilizar a los órganos públicos en el sentido de concretar, en cada momento histórico, un modelo de vida público y comunitario que ofrezca a las personas las condiciones materiales para gozar de una igual libertad”.

126). Como se había mencionado con antelación, la búsqueda de mercados eficientes constituyó la prioridad de las, inicialmente escasas, políticas de intervención del Estado en la economía, sin embargo mercados altamente eficientes no necesariamente generaban condiciones de equidad, motivando al Estado a ampliar su espectro y adelantar políticas orientadas a corregir las fallas del mercado “y alcanzar situaciones de eficiencia asignativa, productiva y paretiana²²⁴” (Amador Cabra, 2010, pág. 305).

La intervención del Estado en la economía es uno de los principales instrumentos con que cuenta este para el logro de sus fines esenciales (C-288 de 2012) y encuentra su justificación en la necesidad de armonizar los intereses de los agentes económicos que concurren al mercado —movidos por un interés individualista— y el interés general de la comunidad (C-697 de 2008)²²⁵. Esta intervención ha sido

²²⁴ Al respecto y con el fin de hacer claridad respecto a la eficiencia paretiana es preciso señalar que “la eficiencia, en el sentido de Pareto, se predica si una situación no puede cambiarse para que un agente mejore su situación sin que otra persona vea empeorada la propia. Es decir, no puede haber reasignación de recursos sin desmejorar la situación de alguno de los involucrados. Por el contrario, una situación será eficiente, en términos de Kaldor y Hicks, si los beneficios obtenidos por unos superan los perjuicios recibidos por otros; los perjuicios recibidos así son compensados por el ganador, aunque estos no lo hagan efectivamente (Querol Aragón, 2007). El primero de ellos, en términos de Posner (2000), solo podría presentarse en transacciones unánimes, circunstancia que no se registra con frecuencia. Para este autor, en nueve de cada diez eventos en los que se habla de eficiencia se alude a la superioridad potencial de Pareto (Kaldor y Hicks)” (Alarcón Peña, 2011, pág. 127).

²²⁵ No obstante esta mención han existido teorías varias que han justificado la intervención del Estado en la economía, así “tradicionalmente se ha reconocido que la intervención estatal cumple cinco grandes funciones en un Estado Social de Derecho: (i) una función de redistribución del ingreso y de la propiedad [...]; (ii) una función de estabilización económica o de racionalización en el manejo de los recursos públicos [...]; (iii) una función de asignación de recursos, es decir, de distribución del patrimonio público entre los diferentes órganos del Estado con el fin de cumplir los deberes a él asignados, principalmente, en obligaciones constitucionales indelegables e intransferibles, tales como, garantizar el acceso universal y solidario a la educación y salud [...]; (iv) una función de defensa a la libre y leal transparencia del mercado, corrigiendo las externalidades que afecten su normal funcionamiento [...]; y (v) una función de regulación económica y social [...]” (Polo Rosero, 2004). Para Miranda y Márquez estas teorías no agotan las posibilidades de intervención y, por el contrario, podrían analizarse en un espectro más amplio si se considera que esta habilitación “proviene, en términos generales de las facultades que otorga la Constitución y se concreta de manera puntual a través de la regulación administrativa, cuyo objeto es desarrollar el orden y equilibrio de la economía” (2004, pág. 79). Para el caso colombiano, y solamente a título enunciativo

definida por el Tribunal Constitucional como “la capacidad constitucional del ente estatal de incidir sobre las variables macroeconómicas” (C-490 de 1993) que se produce, de manera concreta, gracias a instrumentos jurídicos que condicionan el proceder de los operadores económicos a través de los denominados poderes exorbitantes de la administración pública: facultad de autorización, vigilancia, supervisión y reglamentación (Rivero Ortega, 2009), ajustadas, en todo caso, a los principios de legalidad y sujeción estricta a la Constitución y la ley (C- 710 de 2001); en similar sentido ha señalado la Corte Constitucional que la intervención “está ligada al deber que en él recae de garantizar la realización efectiva de los postulados mínimos del Estado Social de Derecho” (C-263 de 2013). En línea con lo señalado resulta claro que la intervención exige del Estado el análisis de las consecuencias futuras que aquella genera, considerando la adecuación entre los medios y los fines perseguidos con el fin de evitar que la medida que se adopte resulte contraria al mandato constitucional (C-300 de 2012).

De conformidad con el artículo 334 de la Constitución es claro que la dirección general de la economía le corresponde al Estado y que en desarrollo de esa facultad puede intervenir observando tres condiciones a) la intervención se produce por mandato de la ley, b) recae sobre una serie de actividades expresamente señaladas y c) debe perseguir objetivos concretos y puntuales. En esta disposición, además, es posible entender que esta habilitación puede producirse de manera *ex ante* o *ex post* (Ossa Bocanegra, 2014, págs. 210-213). Este último argumento refuerza el

pues existen teorías diversas que explican los fines que debe perseguir la intervención, se puede señalar que el fin principal que persigue la intervención es el “conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano” (C-186 de 2011) en armonía con los objetivos y fines del ESD. Sin embargo, en esta sentencia y en múltiples más, ha señalado la Corte Constitucional que la existencia de fallas del mercado constituye la fuente de la intervención del Estado en la economía pues su existencia resulta nociva para los ciudadanos que, en su presencia, ven limitado el disfrute de sus derechos y violentado el principio de igualdad, base del modelo de Estado acogido por la Constitución [(C-150 de 2003), (C-263 de 2011), (C-197 de 2012) y (C-909 de 2012)].

papel que las constituciones de la postguerra le han le han asignado al Estado —y que fue acogido por la Constitución de 1991— al atribuirle competencias y dotarlo de instrumentos para intervenir en la economía no sólo en aquellos casos en que el mercado registra problemas —papel corrector— sino que se anticipa a ellos para buscar la armonización del desarrollo económico con un orden social justo (Enciso Vanegas, 2007, pág. 72).

2.3.3.1 Intervención por mandato de la ley

La primera condición mencionada apunta, de manera principal, al Congreso de la República²²⁶ que, por mandato constitucional, tiene la capacidad y legitimidad de ser el órgano del poder llamado a desarrollar la Norma Fundamental a través de leyes —para el presente estudio de carácter económicas—, habida consideración de las mayores o menores limitaciones de configuración normativa (C-148 de 2015). Respecto a los asuntos de contenido económico esta atribución resulta sencilla de comprender, la realidad económica no es estable sino que se encuentra sometida a variables en los ciclos que condicionan el desarrollo normativo, circunstancia a la que deberá sumarse la necesidad de ajustarse a los múltiples intereses que

²²⁶ Respecto a la abundancia de disposiciones constitucionales que atribuyen facultades normativas al Congreso es preciso reproducir un extracto de la Sentencia C-644 de 2012, que enlista todas las anteriores, así “el artículo 150 de la Carta arroja un variado catálogo de funciones para actuar a través de las leyes sobre: libertades económicas (art. 150, núm. 21) conforme con lo previsto en el mandato general de intervención del Estado en la economía como poder ordenador (art. 334); sobre los servicios públicos (art. 150 núm. 23) como desarrollo de los derechos a la salud y saneamiento básico, a la seguridad social, a la educación (arts. 48, 49, 67) y, especialmente, cuando se trata de los servicios públicos domiciliarios (3365, 366); llamado también a regular los derechos de propiedad común (arts. 58) a través de la reforma de los códigos (1º), así como la propiedad intelectual (arts. 61 y 150, núm. 24), el régimen de baldíos (núm. 18) y los deberes específicos de intervención en materia agraria y en derechos de los campesinos (art. 64, 65, 66 C.P.). Garante último del procedimiento constitucional de las medidas de carácter macroeconómico, como es la vocación de los planes de desarrollo, los presupuestos y las políticas de internacionalización de las relaciones económicas (arts. 150 núms. 3º, 11, 12 y 16, y arts. 341, 346, 189, núm.1º, 341, 346 y 226 C.P.). Esto además de las normas generales sobre la ordenación del crédito público, la deuda, el comercio exterior, el sector financiero, los salarios públicos (núm. 19), o para el ejercicio de las funciones autónomas de la Banca Central (art. 150 núm. 22, conc. arts. 371 y 372 C.P.).”

concurrer y a la visión pluralista y democrática que registra el Estado colombiano (C-219 de 2005).

En materia económica debe concretar el alcance que tendrán los “derechos y libertades económicas de las instituciones de intervención, la fijación de las políticas propuestas o el establecimiento de las reglas generales para el ejercicio y funcionamiento de unas y otras, además de toda la intervención para la distribución de la riqueza, la realización de los Derechos sociales, de los fines de mejora en la calidad de vida, prosperidad y bienestar (arts. 2º, 334 C.P.)” (C-644 de 2012) .

No obstante este aparente protagonismo del Congreso de la República, el Ejecutivo también tiene competencias en materias económicas—en los términos del art. 189 No. 11 C.P— pues le corresponde el ejercicio de la potestad reglamentaria aunada a las funciones que en materia de inspección, vigilancia y control que frente a ciertas actividades y respecto a determinados agentes económicos le ha sido encargada. Esta competencia encuentra plena justificación por la complejidad técnica que revisten los asuntos económicos y la necesidad de regulación oportuna, con capacidad de adaptación a la constante mutación de las relaciones económicas (C-1297 de 2012). El Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, al tenor del mandato que le impone la ley (art. 189 C.P), desarrolla esta función de inspección, vigilancia y control mediante la descentralización, desconcentración y delegación de funciones. Para el logro efectivo de este cometido requiere de la creación, a través de leyes del Congreso, de organismos, como las Superintendencias que faciliten esta labor, bajo dirección presidencial (C-955 de 2007).

No obstante la prevalencia que en materia de intervención del Estado en la economía se predica respecto del legislador —es claro que toda restricción en materia de libertades económicas debe tener origen y fundamento en la ley—, sin que ello excluya la posibilidad de intervención de otras autoridades para regular su ejercicio (C-263 de 2013), por ejemplo en el sector de los servicios públicos

domiciliarios, ha sido enfática la Corte Constitucional en reconocer que el ejercicio de aquellas “está sometido no solo a las pautas generales que fije el legislador, a las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios que dicte el Presidente, sino también a las directrices que les señalen las Comisiones de Regulación” (C-741 de 2003).

2.3.3.2 Mención expresa de actividades sobre las que recae la intervención

En segundo lugar la identificación de las actividades a las que se refiere el artículo 334 superior resulta clara, así, la explotación de recursos naturales (C-389 de 2016), el uso del suelo (C-123 de 2014), la producción, distribución y consumo de bienes (C-830 de 2010) y finalmente los servicios públicos y privados (C-741 de 2003) serán las actividades económicas respecto de las cuales se podrá producir la intervención que autoriza la ley, sin embargo, la mención a la “producción, distribución y consumo de bienes” resulta amplia y permite cobijar prácticamente todas las actividades y todos los bienes.

2.3.3.3 Objetivos de la intervención

Finalmente los objetivos concretos que debe considerar el Estado al desplegar la intervención —y que se comportan como directrices básicas— son “a) en cuanto a objetivos de eficiencia y estabilidad económica, intervendrá para, la racionalización de la economía, con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes; alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho y para dar pleno empleo a los recursos humanos; b) en aspectos de equidad y distribución, intervendrá con el objetivo de lograr una distribución equitativa de oportunidades y los beneficios del desarrollo y el acceso efectivo a bienes básicos; c) en lo concerniente al desarrollo económico y la competitividad, intervendrá con el objetivo de promover la productividad y

competitividad, el desarrollo armónico en las regiones y la preservación de un ambiente sano” (C-148 de 2015)²²⁷.

Los objetivos a su vez, han sido descritos de manera reiterada por la Corte Constitucional al señalar que la corrección de las fallas del mercado y la promoción del desarrollo económico y social constituyen motivaciones respecto a la facultad de intervención del Estado en la economía, en consonancia con la lógica de un sistema económico de Economía Social de Mercado²²⁸.

De manera puntual y en consonancia con el contenido expreso de los preceptos constitucionales, los objetivos podrían reflejarse en a) el Preámbulo que precisa la necesidad de alcanzar un "orden político, económico y social justo"; b) una función de estabilización de la economía (artículos 334 inc. 1º, 339, 347, 371 y 373 de la C.P.); c) una función de regulación económica y social de múltiples sectores y actividades específicas al tenor de lineamientos específicos establecidos, entre otros, por el artículos 49 y numeral 19 del artículo 150; y d) una función de intervención que define las condiciones básicas de funcionamiento del mercado como la función social de la propiedad (art. 58) y de la empresa (art. 333 C.P.) con la pretensión de lograr la "distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo" (artículo 334 C.P.).

Todas estas obligaciones, sin embargo, caracterizadas por el principio de progresividad se han visto matizadas por la inclusión del Principio de Sostenibilidad Fiscal en la Constitución Económica a través del Acto legislativo N°. 3 de 2011. Con la incorporación de este principio resulta claro que no es posible, en principio, hacer regresiones respecto a la realización de los derechos sociales²²⁹, ni restringir el

²²⁷ En el mismo sentido Sentencia C-830 de 2010.

²²⁸ Esta postura se advierte en las Sentencias C-865 de 2004, C-352 de 2009 y C-228 de 2010.

²²⁹ La Sentencia C-288 de 2010, que resolvió la acción pública de inconstitucionalidad contra ese acto reformativo de la Constitución, indica que la Sostenibilidad Fiscal debe ser “debe ser compatible

núcleo esencial de los mismos. Al respecto es claro que “el gasto público social tiene carácter prioritario, de manera que la SF no podrá servir de base para posponer su ejecución. Quiere esto decir que aquellas partidas dedicadas a la satisfacción de necesidades básicas insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable, y en general las garantías predicables de lo reglado en los artículos 350 y 366 C.P., no podrán verse afectadas por la aplicación del criterio de SF, pues ello significaría que ese gasto dejaría de ser prioritario” (C-288 de 2012).

Finalmente respecto de la intervención ha precisado la Corte Constitucional en abundante jurisprudencia que esta tiene unos límites “i) necesariamente debe llevarse a cabo por ministerio de la ley; ii) no puede afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa²³⁰; iii) debe obedecer a motivos adecuados y suficientes que justifiquen la limitación de la referida garantía; iv) debe obedecer al principio de solidaridad; y v) debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad” (C-615 de 2002)²³¹. Este criterio debe combinarse con el sostenido en Sentencia C-624 de 1998 en el que se indicó que al momento de hacer control de constitucionalidad respecto a una medida de intervención, deberá evaluarse “(i) si

con la vigencia y goce efectivo de los derechos fundamentales, quiere decir que la disciplina fiscal debe ceder ante la eficacia de esas posiciones jurídicas” y que además es un “instrumento subordinado al logro de los fines propios del ESDD, entre los que encuentra lugar central la protección de los derechos fundamentales”. Entiéndase que cuando alude a derechos fundamentales lo hace bajo el entendido que “todos los derechos constitucionales son derechos fundamentales, pues cada uno de ellos ha encontrado un vínculo inescindible con el principio de dignidad humana fundante y justificativo del ESD”

²³⁰ Respecto a la mención de la libertad de empresa la posición de la Corte ha evolucionado y en la actualidad se predica la imposibilidad de afectar el núcleo esencial de la libertad involucrada, considerando que es posible afectar otros derechos que hacen parte de la libertad económica por ser este un derecho de contenido complejo (C-909 de 2012). La revisión de esta circunstancia presenta dificultades pues la definición del núcleo esencial de las libertades económicas no es tarea sencilla.

²³¹ En el mismo sentido ha indicado la Corte Constitucional en Sentencia C-697 de 2008 que estos criterios serán los que deberá considerar el juez constitucional para juzgar si una medida que limita una libertad económica se ajusta a la Constitución. Posición idéntica en la Sentencia C-830 de 2010

la limitación, o prohibición, persiguen una finalidad que no se encuentre prohibida en la Constitución; (ii) si la restricción impuesta es potencialmente adecuada para conseguir el fin propuesto, y (iii) si hay proporcionalidad en esa relación, esto es que la restricción no sea manifiestamente innecesaria o claramente desproporcionada. Adicionalmente (iv) debe la Corte examinar si el núcleo esencial del derecho fue desconocido con la restricción legal o su operatividad se mantiene incólume”²³².

Por ello ha señalado la Corte que en materia de control de constitucionalidad de normas que suponen intervención del Estado en la economía el control es de naturaleza débil ²³³, la Norma reconoce la exigencia de flexibilidad y de oportunidad del legislador en la adopción de normas respecto al desarrollo económico, circunstancia que genera para juez constitucional la obligación de “respetar las razones de conveniencia invocadas por los órganos de representación política” (C-265 de 1994) por lo que su actuar deberá ser prudente, razón que soporta la naturaleza débil a la que se alude e impone el llamado criterio de inconstitucionalidad manifiesta en el que la medida será declarada inconstitucional solo si vulnera derechos fundamentales o incurre en medidas claramente irrazonables o desproporcionadas. El juicio de igualdad será débil, además, para permitir al legislador —que adopta este tipo de medidas— un margen adecuado de configuración normativa (C-183 de 1998) que permitirá, en principio, la constitucionalidad de aquellas medidas que resulten adecuadas para alcanzar una finalidad que no se encuentre prohibida constitucionalmente.

Además de lo expuesto, es evidente que aunque la intervención del Estado en la economía encuentra respaldo constitucional y responde a la lógica de la Economía Social de Mercado, no se analizará de manera idéntica en todos los sectores de la

²³² Criterio similar se advierte en las Sentencias T-240 de 1993, C-615 de 2002, C-392 de 2007 y C-830 de 2010.

²³³ Sentencias C-810 de 2001, C-673 de 2001, C-031 de 2003 y C-830 de 2010.

economía. Es indudable que algunas actividades o servicios públicos considerados estratégicos pueden tener serias restricciones a la libre competencia, al punto de que la iniciativa privada sea eliminada —por ejemplo las denominadas Áreas de Servicio Exclusivo en algunos servicios públicos domiciliarios o actividades que por razones estratégicas o de seguridad nacional son prestadas por el Estado como la distribución de armas— (Palacios Lleras, 2014), o la intervención del Estado sea muy intensa—como en el servicio público de la salud— en otros sectores las limitaciones serán menores facultando a los particulares ejercer la actividad económica que escojan sin que le sean exigidos permisos o autorizaciones que no encuentren soporte en la ley (C-616 de 2001).

Esta línea argumentativa permite deducir que las libertades económicas constitucionales que permiten el desarrollo económico y el funcionamiento del mercado deben ejercerse en condiciones de equidad y libre competencia. Que esas condiciones parten del reconocimiento de la competencia del Estado como rector de la economía, persiguiendo objetivos constitucionales expuestos, circunstancia que le permite regular y limitar esas libertades, siempre y cuando se haga de acuerdo a criterios de razonabilidad y proporcionalidad y que al momento de hacer el control de constitucionalidad este tendrá un nivel de escrutinio débil, habida cuenta de la necesidad de obtener los propósitos constitucionales.

Todas esas posibilidades de intervención del Estado en la economía se ajustan a las que plantea el sistema alemán de Economía Social de Mercado en el que corresponde al Estado garantizar a) un efectivo sistema de precios en un ambiente de competencia, b) la estabilidad de la moneda unida a una política de estabilidad monetaria, c) la libertad de acceso al mercado, d) el reconocimiento y protección del derecho a la propiedad privada, e) el respeto y reconocimiento de la libertad contractual, f) un régimen de plena responsabilidad y g) constancia y confianza de la política económica. Todas estas medidas tienen como finalidad la racionalización de la economía orientada a conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los

ciudadanos, la distribución equitativa que reduzca los índices de desigualdad y la preservación de un medio ambiente sano (C-288 de 2012).

Estas condiciones permiten predicar la consonancia que existe entre el sistema económico que plantea la Constitución y la forma de Estado, pues a este le corresponde garantizar igualdad de oportunidades y la satisfacción de condiciones materiales de existencia —con especial atención a la población o personas en condición de debilidad manifiesta, sin caer en el paternalismo o el asistencialismo (C-1064 de 2001)— combinada con la obligación que, por medio de la intervención, le asiste respecto del mercado para corregir las fallas y garantizar que no actuará con indiferencia respecto a aquella población.

2.3.4 Criterio de sostenibilidad fiscal

Como sostiene Arango Rivadeneira, la reforma del Acto Legislativo No. 01 de 2011 al artículo 334 constitucional²³⁴ produjo una “modificación al corazón del modelo

²³⁴ El artículo 334 de la C.P. ahora preceptúa: “La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, *en un marco de sostenibilidad fiscal*, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. *Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho*. En cualquier caso el gasto público social será prioritario. El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar, de manera progresiva, que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo al conjunto de los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y competitividad y el desarrollo armónico de las regiones. *La sostenibilidad fiscal debe orientar a las Ramas y Órganos del Poder Público*, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica. El Procurador General de la Nación o uno de los ministros del Gobierno, una vez proferida la sentencia por cualquiera de las máximas corporaciones judiciales, podrán solicitar la apertura de un Incidente de Impacto Fiscal, cuyo trámite será obligatorio. Se oirán las explicaciones de los proponentes sobre las consecuencias de la sentencia en las finanzas públicas, así como el plan concreto para su cumplimiento y se decidirá si procede modular, modificar o diferir los efectos de la misma, con el objeto de evitar alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal. *En ningún caso se afectará el núcleo esencial de los derechos fundamentales*. Parágrafo. Al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad

económico constitucional para introducir un incidente fiscal y conciliar el reconocimiento judicial de derechos con la estabilidad económica del Estado” (2012, pág. 14). En virtud de este será posible condicionar o limitar la ejecución de una sentencia, de una de las máximas corporaciones judiciales, sin que para ello sea necesario el consentimiento de los sujetos afectados en sus derechos reconocidos judicialmente, cuando el accionado sea el Estado.

El nuevo mecanismo de control fiscal, de iniciativa gubernamental²³⁵, pretende garantizar la sostenibilidad fiscal de las finanzas públicas contribuyendo a la estabilidad macroeconómica del país al introducir el concepto de disciplina fiscal que pretende evitar déficit fiscales abultados al limitar la diferencia entre los ingresos nacionales y los gastos públicos para, finalmente, llegar a un equilibrio en el manejo de la economía al reducir el déficit fiscal. La racionalización del gasto y de los recursos públicos se hará teniendo como base criterios varios como la sostenibilidad, rentabilidad y conveniencia promoviendo así la satisfacción de mandato constitucional de prevalencia del interés general sobre el particular —en

alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva” (cursivas fuera de texto). Esta reforma además modificó los artículos 339 y 346 superiores para que el Plan Nacional de Desarrollo y la Ley del Presupuesto General de la Nación, se ajusten al principio de sostenibilidad fiscal.

²³⁵ El Gobierno nacional presentó el proyecto de ley partiendo de la existencia de un constante déficit fiscal y la situación permanente de manejo deficitario de la economía. Para el periodo 2002-2006 en Colombia se registró un gasto del Gobierno cercano al 17.3% del PIB, para el periodo 2006-2010 aumentó a un 18%. Como señala Clavijo “estas cifras representan un marcado incremento respecto al 10% del PIB observado en la primera parte de los años noventa, cuando el impacto fiscal de la Constitución de 1991 no había entrado en todo su vigor [...] este despertar del gasto público, en el caso de Colombia, proviene de las interpretaciones “activistas” que se le ha dado a la Carta Política de 1991 (CP-1991), donde se asignaron elevadas responsabilidades al Gobierno Central en materia de transferencias y gasto social. [...] estos mandatos de gasto se han visto agravados por laxitud del Ejecutivo a la hora de concretar las leyes ante el Legislativo, especialmente las referidas a pensiones, salud y gasto social (tipo “Familias en Acción”). En otros tantos, ese mayor gasto se explica por la interpretación que le han dado las Altas Cortes a dichas leyes y al lema del “Estado Social de Derecho,” que para muchos legisladores y jueces debería ser casi un sinónimo del gasto “ilimitado” ordenado por la CP-1991, cuando quiera que se trate del llamado “derecho a la vida digna” (2011, pág. 3).

términos económicos— en el marco del criterio de sostenibilidad fiscal —fin político colectivo— que, a su vez, debe armonizarse con la prioridad que respecto del gasto público social, caracteriza la política económica, y con la satisfacción del núcleo esencial de los derechos de aquel que ve condicionada la ejecución de un fallo que le resultó favorable.

Este condicionamiento se da por la determinada y limitada capacidad que tiene el Gobierno para financiar sus gastos y recaudar ingresos de cara a la necesidad de lograr objetivos constitucionales de superación de la desigualdad, reducción de la pobreza e inequidad con un crecimiento económico estable²³⁶. Los derechos implican un costo financiero y los recursos existentes, escasos e insuficientes, no permiten que el disfrute sea generalizado; a través de acciones judiciales los ciudadanos obtienen reconocimientos que por otra vía no han alcanzado y que suponen un incremento en el gasto —las corporaciones judiciales, sobre todo la Corte Constitucional, se ha convertido en ordenadora del gasto—. Con recursos limitados la reforma pretendió garantizar una mayor disciplina en materia fiscal frente a los ingentes gastos que decisiones judiciales generan para las finanzas públicas.

Con esta medida el gasto del Estado deberá limitarse a sus ingresos no financieros con el fin de generar en el futuro superávits que deberán, al tenor de la ley 1473 de 2011, ser remitidos al “Fondo de ahorro y estabilidad fiscal y macroeconómica” cuyos recursos podrán ser usados para regular el ciclo económico o para honrar la

²³⁶ La Exposición de Motivos de dicha iniciativa señala que es necesario “adoptar un derecho que contribuye a proteger a todos los demás y a darles continuidad bajo las diferentes condiciones que enfrenta la economía para atender sus deberes sociales. De este derecho se deriva el deber de todas las ramas y órganos del poder público para que sus decisiones sean acordes con la sostenibilidad fiscal para realizar los propósitos del Estado Social de Derecho”. Aunque inicialmente se había presentado a la sostenibilidad fiscal como un derecho tal pretensión no prosperó y se consolidó como un criterio orientador, un marco de actuación (González, 2011, pág. 115).

deuda, generando que en épocas de normalidad económica se contraiga el gasto y en épocas de crisis se realicen inversiones.

La sostenibilidad fiscal en estricto sentido propone el debate entre el disfrute permanente de los derechos de una persona o un grupo, reconocidos judicialmente, y el derecho que tiene toda la sociedad a tener unas finanzas saludables, amén de la protección que debe brindarse a las futuras generaciones respecto a la posibilidad de contar con los recursos suficientes para el disfrute de sus derechos; un debate entre derechos y fines políticos²³⁷ (Arango Rivadeneira, 2011, pág. 71). No obstante aunque la cuestión se plantea, aparentemente, en términos dicotómicos, es preciso reconocer que el fin colectivo —cualquiera que este sea— no podrá restringir el disfrute del núcleo esencial de un derecho concreto institucionalizado salvo casos de extrema urgencia, pues estos “constituyen reglas constitutivas y regulativas en una democracia donde los ciudadanos tienen derecho a la igual consideración y respeto” (Arango Rivadeneira, 2012, pág. 20).

Si se considera que resulta viable limitar el disfrute de un derecho, judicialmente reconocido, por motivos de eficiencia económica se estaría cosificando al individuo al convertirlo en un instrumento para la realización de un fin político colectivo, rompiendo así con el principio de dignidad que constituye pilar fundamental en un ESD, amén de transformarlo en un Estado Fiscal de Derecho²³⁸ en el que

²³⁷ Como señalaba Dworkin los derechos se basan en argumentos de principio y los objetivos colectivos en argumentos políticos, la diferencia entre estos dos supone que “los argumentos políticos justifican una decisión política demostrando que favorece o protege alguna meta colectiva de la comunidad en cuanto un todo. El argumento a favor del subsidio a los fabricantes de aviones, que afirma que con él se protegerá la defensa nacional, es un argumento político. Los argumentos de principio justifican una decisión política demostrando que tal decisión respeta o asegura algún derecho, individual o colectivo. El argumento en favor de las leyes que se oponen a la discriminación [...] y que sostiene que una minoría tiene derecho a igual consideración y respeto, es un argumento de principio” (1984, pág. 148). En ese sentido los derechos serían una protección de los individuos contra los objetivos colectivos.

²³⁸ Como indica Barbosa Delgado la inclusión del criterio de Sostenibilidad fiscal en la Constitución transformó el ESD en un Estado Fiscal con “una Constitución sin derechos, sin justicia, sin

argumentos de tipo económico prevalecen respecto a realizaciones individuales, no es posible en el marco del modelo de Estado constitucionalmente reconocido otorgar prevalencia a principios que contienen intereses económicos basándose en argumentos de tipo presupuestal o económico sobre cualquier derecho de los ciudadanos (Mejía Quintana & Galindo Poblador, 2005).

Es posible señalar, en estos términos, que se podría producir una limitación al disfrute del derecho pero nunca un vaciamiento en el mismo, atendiendo en todo caso, al respeto por el principio de progresividad de los derechos. Como se advirtió con antelación Colombia ha suscrito varios instrumentos internacionales que comprometen su respecto por la progresividad de los derechos sociales, económicos y culturales, y en consecuencia, salvo las posibilidades excepcionales que se analizaron anteriormente, no será factible —aún en el marco de un Incidente de sostenibilidad fiscal— adoptar determinaciones que supongan un retroceso en el reconocimiento y disfrute de los derechos.

Existirá entonces un condicionamiento respecto a este criterio, dado por la negativa a adoptar medidas regresivas u orientadas a menguar el núcleo esencial del derecho, circunstancia que supondría la imposibilidad de que, en futuras decisiones judiciales de las altas corporaciones, se adopten medidas que supongan retrocesos históricos frente a conquistas y reivindicaciones en el reconocimiento o disfrute de derechos alcanzados previamente. El problema entonces se presentará, bajo esta perspectiva, frente a decisiones posteriores que vayan más allá de lo reconocido

separación de los poderes y con una grave ruptura del pacto social” (2014, pág. 19). Sus críticas se orientan, de manera principal a la Sentencia C-288 de 2012 por medio de la cual la Corte Constitucional declaró la exequibilidad del acto legislativo que introdujo este criterio.

históricamente, pues se realización podría verse condicionada por la escasez de recursos públicos²³⁹.

Es claro que la introducción de este incidente genera grandes retos respecto a la interpretación de la Constitución Económica que ahora condiciona la efectividad del Estado Social de Derecho al establecer la posibilidad de diferir, modular o limitar los efectos de un fallo de una corporación judicial cuando sus efectos fiscales puedan ser nocivos para la estabilidad macroeconómica. Para el gobierno, y de conformidad con Suescún, la reforma “ha sido inspirada en las obligaciones crecientes de mayor gasto público provenientes de recientes fallos judiciales que han impuesto grandes costos sobre la política fiscal. Ejemplo de ello son las demandas por las pirámides que ascienden 42 billones de pesos o las del UPAC²⁴⁰ por 32 billones. Al no introducirse el principio de sostenibilidad, estas decisiones supondrían: i) asumir una senda de mayor gasto y endeudamiento, creando mayores restricciones

²³⁹ Preocupación similar le asiste a Rodríguez Bereijo quien, al hacer un estudio del principio de estabilidad presupuestaria incorporado en la Constitución española, señala que el sistema estatal ha generado en los ciudadanos amplísimas expectativas y compromisos sociales que “paulatinamente se han consolidado como una especie de “derechos adquiridos” de la colectividad convirtiéndose en premisas normativas de todo programa de gobierno. La lucha contra el paro o la inflación, el mantenimiento de estándares adecuados de nivel de vida, provisión de bienes y servicios públicos... todo ello se ha convertido en un compromiso social normativo en cierto modo irreversible que, mediante el “mercado político” (sistema electoral de partidos), presiona y se impone a los Gobiernos” (2014, pág. 148). Circunstancia que pone en aprietos al Estado que se encuentra en tensión permanente entre la capacidad económica y la satisfacción de necesidades sociales, señalando que esta la solución a esta cuestión supone una decisión política que depende de la capacidad financiera del Estado en cada momento.

²⁴⁰ El UPAC –Unidad de Poder Adquisitivo Constante— era usada para calcular el valor de los créditos de vivienda en Colombia a partir del año 1972 como parte del “Plan de Cuatro Estrategias” de la administración de Pastrana Borrero (una de ellas apuntaba a la construcción residencial orientada a promover la actividad económica) (Currie, 1993, págs. 268-271). Esa unidad, consistía en un “índice ajustable por la inflación de los doce meses anteriores. Posteriormente, el periodo de inflación para el cálculo se cambió varias veces” (Urrutia & Namen, 2012, pág. 293) y se ató a otras variables generando grandes variaciones en el valor del crédito y las cuotas hipotecarias. Entre 1997 y 1999 Colombia experimenta una fuerte recesión y en plena crisis (emergencia económica y social declarada) la Corte Constitucional declara que el UPAC no se ajusta a la Constitución, indicando que era necesario volver a una unidad atada a la inflación anual (y no al DTF), motivando la creación de la UVR —Unidad de Valor Real— (Uprimny, 2001, pág. 67) .

fiscales y generando insostenibilidad de las finanzas públicas; o ii) reacomodar el gasto, sacrificando rubros sensibles como la inversión, en particular, la inversión en infraestructura” (2011, pág. 10).

Con esta modificación, dentro de los 3 días siguientes a la fecha en que se conozca una sentencia de un tribunal de cierre de cualquiera de las jurisdicciones²⁴¹, o un auto proferido posteriormente (art. 1 Ley 1695 de 2013)²⁴², el Procurador General de la Nación o cualquier Ministro de Despacho —sin posibilidad de delegación en otro funcionario [(C-288 de 2012) y (C-1052 de 2012)]— podrán solicitar a la corporación que profirió la decisión abrir un Incidente de impacto fiscal. En este la Corporación judicial tiene la obligación de escuchar del proponente las razones y el impacto económico que podría tener la sentencia. A partir de este ejercicio aquella podrá modular, condicionar o diferir los efectos del fallo habida consideración de los argumentos propuestos.

El incidente genera retos de cara al principio de separación de poderes que consigna el artículo 113 constitucional, la posibilidad del gobierno y el Ministerio Público para iniciar este trámite pareciera suponer una injerencia indebida en las competencias de la rama judicial, sin embargo pudiera indicarse, al tenor del mismo artículo, que la colaboración armónica entre ramas y órganos del poder público, considerando la identidad de los fines del Estado permite reconocer la constitucionalidad de esta medida (de la Calle, 2011). A su vez, al tenor de la ley

²⁴¹ Se entenderá que el incidente procede respecto de las sentencias de la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado y Consejo Superior de la Judicatura (art. 3 Ley 1695 de 2013). Sin embargo el artículo 16 de la misma norma amplía la posibilidad de que el incidente pueda ser adelantado a nivel departamental o municipal cuando una de estas altas corporaciones condene a los entes territoriales y amenace con ello su sostenibilidad fiscal.

²⁴² Sin embargo la Corte Constitucional en Sentencia C-870 de 2014 indicó, respecto de la posibilidad de interponer el incidente contra autos, que no procede contra las decisiones que se adopten en materia de tutela —pues el desarrollo de esta materia solo procede mediante ley estatutaria y la Ley 1695 de 2013 es una ley ordinaria—, procediendo contra aquellos “a través de los cuales, sin importar su denominación, se ajustan o modifican las órdenes de la sentencia, o se adicionan unas nuevas, con incidencia autónoma en materia fiscal”.

que desarrolla este criterio, aunque es obligatorio para las corporaciones judiciales dar trámite al Incidente de sostenibilidad fiscal, no lo es modular, modificar o diferir los efectos de la sentencia; inclusive tampoco es de obligatorio acatamiento u observancia el Plan concreto de cumplimiento que presenta el Gobierno Nacional, en el trámite, es solamente un elemento de juicio. De lo contrario se podría concluir, sin miramiento alguno, que la independencia de la Rama Judicial se habría condicionado a los intereses del Ejecutivo y que la separación del poder público habría sido desconocida.

El incidente pretende retornar al Ejecutivo el monopolio de la iniciativa del gasto, o por lo menos un control sobre el mismo, que se ha visto menguada por la posibilidad que tienen las corporaciones judiciales de ordenar, vía sentencia, gastos que afectan las finanzas, en aras de proteger un derecho vulnerado. Ha sido claro como durante la vigencia de la Constitución de 1991 múltiples sentencias han generado importantes obligaciones fiscales²⁴³ con cargo al Presupuesto público, sin embargo, todas ellas ponen de presente el rol que ha asumido la rama judicial en la protección de derechos que, de otra manera, no habrían encontrado satisfacción²⁴⁴.

²⁴³ Se planteaba que entre “2010 y 2012 aumentarán los gastos en formación bruta de capital fijo de 0,7% a 1,1% del PIB. En salud, por el efecto de los costos derivados de la jurisprudencia y la evolución del sistema (fallos de la Corte y los jueces y de las necesidades de universalización del acceso a los servicios de salud, unificación de los paquetes de beneficios y los cambios demográficos), se prevé un aumento del gasto de 1,2% a 1,5% del PIB entre 2010 y 2015. En atención a desplazados, los compromisos de gasto aumentan desde 0,3% del PIB a 0,5% entre 2010 y 2013, y permanecen en este nivel en los años posteriores” (Comité Técnico Interinstitucional (Banco de la República, Ministerio de Hacienda, DNP), 2010, pág. 40).

²⁴⁴ Solamente, y a título de ejemplo, se puede señalar que los avances más relevantes en materia de protección a población desplazada, población interna en establecimientos penitenciarios y atención en salud se han producido por mandato judicial de la Corte Constitucional. La Corte en múltiples asuntos, relacionados con algunas de estas materias, ha declarado que existe un “estado de cosas inconstitucional” ordenando al Gobierno Nacional y a múltiples instituciones públicas la adopción de políticas públicas para superar tal situación. Esta corporación judicial ha jugado un papel relevante en la realización del mandato del Estado Social de Derecho, respecto a derechos sociales, lo que ha permitido calificarla como una verdadera “jurisdicción social” además de una “jurisdicción económica” (Molina Betancur, 2010, pág. 387 y 407). El calificativo de jurisdicción social ha sido

Contemplar la posibilidad de que el Ejecutivo y el Procurador General puedan solicitar el inicio del incidente de sostenibilidad fiscal frente a una sentencia de la Rama Judicial no da al traste con el principio de separación del poder público — elemento definitorio del modelo de ESD—; aunque es claro que cada uno de ellos ejerce funciones autónomas e independientes resulta pertinente considerar que la colaboración armónica y el control recíproco e interorgánico no anula la autonomía e independencia (C-971 de 2004) siguiendo la línea de un modelo flexible de distribución de las distintas funciones del Estado en armonía con el principio de frenos y contrapesos asumido constitucionalmente. La inexistencia de poderes absolutos u omnímodos en el ESD legitima la posibilidad que, para el caso en concreto, tendrían los competentes para solicitar la apertura del incidente sin que ello signifique sacrificio de este principio.

Los retos que para la Constitución Económica plantea este incidente deben analizarse de cara con los principios constitutivos de la Economía Social de Mercado de estabilidad de la moneda y constancia y confianza de la política económica. Resulta claro que los derechos sociales juegan un importante papel en el Estado Social de Derecho, su realización justifica, entre otras la prioridad que se predica, constitucionalmente, respecto del gasto público social. Sin embargo, aunada a esta prioridad se encuentra la obligación que le corresponde al Estado para mantener la capacidad adquisitiva de la moneda que se ve mermada por el incremento en el gasto público, que no encuentra soporte en los ingresos de la nación, al que se liga el déficit con incremento de la deuda y aumento en la inflación.

Todas estas variables suponen afectación a la estabilidad macroeconómica y precisan intervenciones del Estado en la economía, la sostenibilidad fiscal se constituye en una de esas medidas, que no obstante su pretensión encuentra claras

desarrollado por Arango Rivadeneira (2003) aplicado a la acción de tutela y el papel que juega, sobre todo, la Corte Constitucional cuando revisa sentencias y unifica jurisprudencia.

restricciones dadas por la progresividad de los derechos sociales y la imposibilidad de afectar su núcleo esencial. La sostenibilidad y el crecimiento a largo plazo, objetivos de la sostenibilidad fiscal (Grupo Macroeconomía Banco de la República, 2006, pág. 61), podrían encontrarse afectados por el incremento insostenible del gasto, generado por altísimos gastos ordenados por sentencias judiciales. Con el fin de garantizar un equilibrio macroeconómico, la reducción de las fluctuaciones en el ciclo económico exigen que las autoridades públicas se comprometan con el logro de los objetivos de política económica con bajos índices de inflación que favorezcan ese ciclo y mantengan la capacidad adquisitiva de la moneda en beneficio del grueso poblacional. Si esto no ocurre así se producirían fenómenos de desempleo, aumentos en la inflación y afectaciones en sectores estratégicos de la economía, como el financiero, condicionando el acceso al crédito y limitando planes de consumo e inversión (Ramírez Plazas, 2012, pág. 152)

Sin embargo resulta claro comprender que no es posible condicionar la satisfacción de los objetivos del ESD a asuntos presupuestales, pues lo contrario supondría pensar en el condicionamiento de esa forma de Estado dependiendo de los recursos disponibles. La principal crítica que tiene este criterio apunta a que condiciona la efectividad del ESD a políticas presupuestales²⁴⁵: si no hay recursos suficientes no podrá materializarse el disfrute de los derechos.

Por ello, aun con la reforma del artículo 334 constitucional es posible indicar, a) el gasto público social deviene en prioritario, b) la sostenibilidad fiscal no puede condicionar el disfrute o reconocimiento de un derecho fundamental, c) se debe asegurar progresivamente que los ciudadanos puedan acceder a bienes y servicios que garanticen vivir en condiciones de dignidad (Archila, 2013, pág. 3),

²⁴⁵ Es posible identificar en este sector a Arango Rivadeneira quien fue el demandante del acto legislativo que incluyó la sostenibilidad fiscal. Ha sido uno de los críticos acérrimos frente a este criterio. Otros autores como Guerrero Vinuesa (2012) sostienen un criterio similar.

d) no son posibles, en principio, medidas regresivas respecto a derechos sociales, e) en el marco del incidente de sostenibilidad fiscal no es imperativo acceder a la solicitud de modular, condicionar o diferir los efectos de la decisión, que presente el Procurador o el Ministro del ramo, f) no se restringe la autonomía de la Rama Judicial al tratarse de un espacio de interlocución entre las altas Cortes y la Administración (C-584 de 2014); g) aunque deberá considerarse la situación fiscal, al momento de dictar una sentencia, aquella no constituirá dogma a partir del cual se condicione la materialización de los derechos en el marco de un ESD, h) en un marco de escasez de recursos la concepción de igualdad material que orienta el ESD genera la obligación de protección especial a la población más débil en el manejo y reparto de recursos, por ello el gasto público social es prioritario por lo que, i) la sostenibilidad fiscal se encuentra subordinada a la consecución de los fines del Estado propios de aquel (bienestar general y mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, visible en la solución de las necesidades básicas insatisfechas en materia de salud, educación saneamiento básico y agua potable –art. 366 C.P. —); j) el criterio en comento se constituye en uno de los condicionamientos que rigen la intervención del Estado en la economía, ligado a los señalados en los artículos 350 y 366 de la C.P.; j) la sostenibilidad fiscal no es un fin constitucional en sí mismo sino una herramienta para alcanzar los fines del Estado (C-288 de 2012) y; k) cuando las altas corporaciones judiciales profieran una sentencia, no tendrán la obligación de plantear un análisis detallado de las implicaciones fiscales de la misma pues ello excedería el marco de sus competencias.

Estas conclusiones deben reforzarse con la precisión de que, en materia judicial, frente a conquistas alcanzadas no será posible realizar retrocesos, pero frente a posteriores reconocimientos o desarrollos que pretendan ampliar el alcance o garantía de un derecho por vía jurisprudencial si existirá un condicionamiento dado por el criterio de sostenibilidad fiscal que deben considerar todos los órganos del Estado.

Es posible llegar a esta conclusión a partir de la combinación de tres supuestos, el primero de ellos, encuentra referente en el Acto Legislativo, y apunta a la imposibilidad de realizar afectaciones al núcleo esencial de los derechos fundamentales; el segundo, encuentra referente en la abundante jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre imposibilidad de adoptar medidas regresivas, salvo algunas excepciones que superen una revisión de constitucionalidad, respecto de derechos; y el restante tendría como soporte la necesidad de atender al criterio de sostenibilidad fiscal en sentencias de las altas corporaciones judiciales que tengan algún impacto fiscal, sin que este criterio, necesariamente, impida seguir adoptando medidas progresivas en materia de derechos, no solamente fundamentales, sino diversos.

2.3.4.1 Criterio de sostenibilidad fiscal y el principio constitucional de estabilidad presupuestaria en España

Aunque se hizo mención expresa en el título de esta parte que el análisis se enmarcaría en el caso colombiano, vale la pena hacer una revisión del principio estabilidad presupuestaria en España, teniendo en cuenta que si bien parecieran ser idénticas, existen claras diferencias entre ellas. Para el caso español, el artículo 135 de la Constitución española y, en el ámbito europeo, el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria (TECG) —de 2 de marzo de 2012 y ratificado mediante autorización concedida por la Ley Orgánica 3/2012, de 25 de julio— que se relaciona estrechamente con el Tratado Constitutivo del Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE)²⁴⁶ —de 2 de febrero de 2012— otorgan el marco para abordar el estudio del principio mencionado.

²⁴⁶ La finalidad de este Mecanismo, en los términos del artículo 3, será “movilizar fondos y proporcionar apoyo a la estabilidad, bajo una estricta condicionalidad, adaptada al instrumento de asistencia financiera elegido, a los miembros del MEDE que experimenten o corran el riesgo de

El Tratado de Estabilidad tiene la función, en los términos de su artículo 1, de “reforzar el pilar económico de la Unión Económica y Monetaria mediante la adopción de un conjunto de normas destinadas a promover la disciplina presupuestaria a través de un pacto presupuestario, a reforzar la coordinación de sus políticas económicas y a mejorar la gobernanza de la zona del euro, respaldando así la consecución de los objetivos de la Unión Europea en materia de crecimiento sostenible, empleo, competitividad y cohesión social”. Este tratado promueve la disciplina presupuestaria y, entre otros, obliga a los estados contratantes a informar sobre planes de emisión de deuda pública además de “presentar un programa de asociación económica y presupuestaria para los Estados en procedimiento de déficit excesivo” (Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 3/2012), en una clara manifestación del sistema evolutivo que se enmarca en la Constitución y en el Derecho de la Unión Europea que ha experimentado modificaciones sustanciales para ajustarse a los propósitos y fines comunitarios que, en materia del régimen jurídico del gasto público se reflejan en una política económica supranacional (STC 171/2004, de 23 de octubre).

El tratado tiene la pretensión de avanzar hacia una zona económica más fuerte que descansa en torno a tres pilares esenciales, a) el pacto presupuestario que promueve la disciplina presupuestaria y obliga a los Estados a registrar equilibrio o superávit en sus cuentas públicas obligándolos a adoptar mecanismos correctores, automáticamente, en caso de desviaciones significativas²⁴⁷, b) coordinación de

experimentar graves problemas de financiación, cuando ello sea indispensable para salvaguardar la estabilidad financiera de la zona del euro en su conjunto y de sus Estados miembros”.

²⁴⁷ De conformidad con el numeral 1 del artículo 3 y el artículo 4 del Tratado, los Estados contratantes deben registrar equilibrio o superávit en sus cuentas públicas que se cumplirá si el saldo estructural anual alcanza el objetivo a medio plazo (OMP) con un límite inferior máximo del 0,5% del PIB a precios de mercado (ampliado al 1% si la ratio de deuda pública se sitúa por debajo del 60% y los riesgos de su sostenibilidad son bajos). En este sentido no es posible tener un déficit superior, para ninguno de los Estados miembros, al 3% del PIB.

políticas económicas (art. 11), y c) la mejora de la gobernanza económica²⁴⁸. Estas disposiciones se adoptaron debido a la fuerte interrelación económica que registran los países dentro de la zona euro en la que los graves riesgos de inestabilidad financiera generan problemas serios para la estabilidad financiera de la zona euro en conjunto.

En armonía con estos instrumentos internacionales España –con posterioridad a Alemania que lo había hecho en el año 2009 y Suiza (que aunque no hacía parte de la UE introdujo una disposición en este sentido) en el año 2001 (Bar Cendón, 2012, pág. 62)— modificó el contenido del artículo 135 de su Constitución²⁴⁹ y aprobó la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera²⁵⁰, que “potencia el control del Estado sobre la capacidad de gasto y endeudamiento de las demás administraciones públicas (fundamentalmente sobre las Comunidades Autónomas)” (Sala Sánchez, 2014, pág. 37), amén de establecer el principio del límite del déficit estructural²⁵¹ y de la

²⁴⁸ Se genera la obligación de realizar, por lo menos, dos cumbres Euro al año

²⁴⁹ No obstante la constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria resultaba novedosa sin que el principio en sí mismo lo fuera pues ya el RD Legislativo 2/2007, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria, ya era una realidad en la normativa española.

²⁵⁰ Varias disposiciones de esta ley fueron acusadas de inconstitucionales ante el Tribunal Constitucional por el Gobierno de Canarias, al considerar que se presentaba infracción de ley orgánica por remisión a otras normas o decisiones además de vulnerar la autonomía financiera, la lealtad institucional, el principio de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad al restringir la autonomía presupuestaria y fiscal a las comunidades autónomas. Sin embargo, la acción no prosperó y la Sentencia 215/2014, de 18 de diciembre, da cuenta de ello, en ella el Tribunal señaló a partir de la competencia de que dispone el Estado respecto a la estabilidad presupuestaria y conforme en los artículos 149.1 numerales 11 (fundamentos de la ordenación del crédito), 13 (bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica), 14 (hacienda general y deuda del Estado) y 18 (bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas) que se constituyen en habilitaciones al Estado para “adoptar las medidas necesarias para cumplir con los mandatos de la Unión Europea, de cara a la reducción del déficit público y a la consecución de la estabilidad económica y la gradual recuperación del equilibrio presupuestario [...]”. Un interesante análisis de dicha decisión se puede consultar en Orón Moratal (2015).

²⁵¹ “Definido como déficit ajustado del ciclo, neto de medidas excepcionales y temporales. No obstante, en caso de reformas estructurales con efectos presupuestarios a largo plazo, de acuerdo con la normativa europea, podrá alcanzarse en el conjunto de Administraciones Públicas un déficit

deuda pública²⁵² que exige a las corporaciones locales mantener una situación de equilibrio o superávit presupuestario generando la obligación para el Estado y las comunidades autónomas de obtener autorización legal previa emisión de deuda pública o endeudamiento.

Estas disposiciones, y las reformas que ha generado para los países que hacen parte de la Unión Europea, encuentra su fundamento en un objetivo claro de coordinación pues como advierte Bárcena resulta claro que en un área “donde existe una moneda única y una política cambiaria controlada por una sola institución, el hecho de que la política fiscal sea manejada discrecionalmente por los gobiernos nacionales puede facilitar que los países incurran en déficit, déficit cuyas consecuencias se distribuirían negativamente entre todos los países miembros que comparten la zona euro, tal y como estamos teniendo oportunidad de comprobar en la actualidad” (2013, pág. 146). La necesidad entonces de adoptar esta serie de medidas, a pesar de las reacciones que pudiera generar, resultaba consistente.

Al igual que en el caso colombiano, la incorporación de este mandato genera fuertes debates en torno al desmonte del Estado Social de Derecho y que parecieran encontrar confirmación en la Exposición de Motivos de la modificación del artículo 135 constitucional que señala “la estabilidad presupuestaria adquiere un valor verdaderamente estructural y condicionante de la capacidad de actuación del Estado, del mantenimiento y desarrollo del Estado Social que proclama el artículo

estructural del 0,4 por ciento del Producto Interior Bruto nacional expresado en términos nominales, o el establecido en la normativa europea cuando este fuera inferior” (núm. 2 art. 11). Sin embargo en caso de catástrofes naturales, recesión económica grave o situaciones de emergencia extraordinaria cuyo control escape a las administraciones públicas y amenace su situación presupuestal y financiera se podrá incurrir en déficit, siempre que este no amenace la sostenibilidad fiscal a mediano plazo.

²⁵² Para las Comunidades Autónomas el límite de la deuda pública no podrá ser superior al 13%, para la administración central no podrá exceder el 44% y para el conjunto de corporaciones locales no será superior al 3%. Sumadas estas la deuda pública no podrá ser superior al 60% del PIB nacional (art. 13).

1.1 de la propia Ley Fundamental y, en definitiva, de la prosperidad presente y futura de los ciudadanos. Un valor, pues, que justifica su consagración constitucional, con el efecto de limitar y orientar, con el mayor rango normativo, la actuación de los poderes públicos”.

Como señalan Sala (2014, págs. 37-38) y Bárcena (2013, págs. 24-25) esta modificación no supone el desmonte del componente social del Estado en la medida en que economías no financiarizadas pueden generar crecimiento económico que es el que permite generar empleo y recursos necesarios para políticas sociales, tampoco determina ningún prioridad o postergación en materia de gasto social, ni mucho menos admite condicionamientos a las necesidades que en inversión demanda esta forma particular de Estado. Para otros autores²⁵³ como Rey Pérez (2011, pág. 241) la adopción de esta medida —objetivo de todo buen gobernante— supone la asunción constitucional de políticas neoliberales que minan el Estado Social de Derecho al no establecer un mínimo de gasto para satisfacer demandas sociales e impedir un incremento del nivel de endeudamiento sin precisar si este se condiciona a inversión productiva o gasto corriente. Resulta claro comprender que el componente social del Estado puede conducir a la existencia de déficit fiscales estructurales los cuáles, sin embargo, no podrán ser excesivos pues pondrían en riesgo la estabilidad misma del modelo.

²⁵³ Con ocasión de la reforma del artículo 135 de la C.E. varios académicos fueron invitados por la *Revista Española de Derecho Constitucional* a presentar sus opiniones al respecto (AA.VV, 2011). Entre ellos Álvarez Conde y Bastida Freijedo muestran su preocupación por la armonía que puede existir entre este principio y el modelo de Estado Social de Derecho (siendo, en todo caso necesario esperar hasta el 2020 cuando entra en vigor el art. 153.2 respecto a los límites de déficit estructural)), el primero de ellos va más allá y señala que “la soberanía fiscal española ha dejado de existir” (AA.VV, 2011, pág. 160) y el restante indica que la medida podría ser razonable “porque aminora el peligro de hacer recaer en las generaciones futuras un endeudamiento de difícil saldo sin ingentes sacrificios económicos” (AA.VV, 2011, pág. 173), posición que también asumen Cámara Villar (AA.VV, 2011, pág. 176) y De Carreras Serra (AA.VV, 2011, pág. 183) quien no encuentra discordancia entre esta disposición y los principios de libertad e igualdad del ESD.

Finalmente, y atendiendo a la necesidad de hacer una interpretación armónica de las disposiciones comunitarias, es posible señalar que el principio de estabilidad presupuestaria pretende materializar los objetivos de “crecimiento sostenible, empleo, competitividad y cohesión social” (art. 1 del TCEG), que deben integrarse con las disposiciones que consigna el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007 —que modifica el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Unión Europea— en sus artículos 2 y 3 numeral 3, y de Funcionamiento de la Unión Europea, consolidado en el mencionado Tratado de Lisboa, en sus artículos 9, 14 y 126, hacen factible concluir que el principio en mención no limita los presupuestos básicos del Estado social, sino que pone de presente al necesidad de optimizar los recursos públicos necesarios para la “garantía de una protección social adecuada, con la lucha contra la exclusión social y con un nivel elevado de educación, formación y protección de la salud humana”.

Como puede advertirse el principio de estabilidad presupuestaria español registra importantes diferencias y algunas semejanzas respecto al criterio de sostenibilidad fiscal colombiano.

1. En el caso colombiano este no ostenta el carácter de principio —con consecuencias normativas obligatorias— sino un criterio —una herramienta orientadora con menor valor normativo—.
2. En el caso colombiano la adopción del criterio no surge como herramienta macro económica propia de un proceso de integración consolidada a diferencia del caso español. Responde a la intención de retornar al ejecutivo el monopolio de la iniciativa del gasto que se ha visto mermada por jurisprudencia de los altos Tribunales.
3. Empero, para los dos países surge como herramienta necesaria para que los Estados conserven una disciplina económica que evite el déficit fiscal y no pongan

en riesgo las finanzas públicas obligando al Gobierno central y a las autoridades territoriales a seguir la regla fiscal en la planeación de sus presupuestos.

4. En el caso colombiano, a partir de este criterio, se incluyó el Incidente de Impacto Fiscal que le permite al Ministerio Público y al Ministro de Hacienda poder iniciar este trámite cuando la sentencia de una de las Supremas Cortes (Constitucional, Suprema de Justicia y Consejo de Estado) afecte o amenace afectar la sostenibilidad fiscal. Esta circunstancia es inexistente en el ordenamiento español.

5. Para el caso español surge como necesidad de responder a requerimientos de la Unión Europea orientados a garantizar la estabilidad presupuestaria de todos los países que la integran debido a la interdependencia económica.

6. Para los dos países la sostenibilidad fiscal emerge como una necesidad orientada a evitar altos déficits fiscales que puedan comprometer la garantía y satisfacción de los derechos de futuras generaciones.

7. En el caso colombiano el criterio en mención no obliga a las autoridades territoriales a solicitar autorización al Gobierno Central en caso de endeudamiento o emisión de deuda pública a diferencia del caso español.

8. Para Colombia es claro que este criterio no podrá atentar contra la prioridad constitucional que tiene el gasto público ni menoscabar la progresividad de los derechos.

9. En la Unión Europea surge como una disposición que pretende garantizar que todos los países que la integran mantendrán sus finanzas públicas saneadas y sus políticas presupuestarias estarán coordinadas. Aquellos que no cumplan con el objetivo fiscal planteado (déficit inferior al 3% y deuda pública superior al 60% del PIB) podrán recibir sanciones, circunstancia que no aplica en el caso colombiano.

2.3.5 El principio de la libre competencia

Señalaba Adam Smith en *La riqueza de las naciones* que “rara vez se reúnen los hombres que se dedican al mismo tráfico aun cuando sea para el entretenimiento y diversión, sin que terminen conspirando contra el público o planeando algún arbitrio para elevar los precios”. Este comportamiento, aparentemente inevitable de los operadores económicos, permite comprender la intención del constituyente de 1991 al incluir, por primera vez en una Norma Fundamental, el derecho a la libre competencia económica en su artículo 333, además de otorgar protección especial a la libertad de empresa —art. 38 C.P. —.

La libre competencia ostenta en la legislación colombiana una doble condición, puede ser comprendida como un principio rector de la economía y un derecho de contenido colectivo dotado de acciones para su protección en caso de vulneración o amenaza de afectación. Sin embargo, es posible adicionar a estas dos dimensiones una tercera que permita su reconocimiento como un motor del crecimiento social. Cuando existen mercados competitivos (no perfectamente competitivos) los consumidores encuentran diversidad de oferentes, productos y servicios entre los cuales podrán hacer selección de aquellos que satisfagan en mejor medida sus necesidades, maximizando así sus preferencias y deseos. Al restringir su funcionamiento y concentrar en unos pocos poder de mercado se coartan las libertades de los ciudadanos que no tendrán posibilidades de elección, aumentando el poder económico de unos pocos, fortaleciendo la brecha económica.

Cuando el mercado funciona bajo condiciones de libre competencia se generan estímulos para los agentes económicos que, motivadas por aumentar su participación en el mercado, tendrán incentivos para producir bienes y servicios de mejor calidad a precios razonables.

La necesidad de protección de la libre competencia emergía ya como un principio constitutivo para los ideólogos del sistema económico de Economía Social de

Mercado, además de constituir un imperativo en términos de regulación al exigir del Estado la adopción de un marco normativo que la protegiera de restricciones provenientes de cualquier agente económico. Le corresponde entonces a este abstenerse de adelantar cualquier tipo de conducta que genere limitación o violación de la competencia a partir de cualquier medida, política pública o disposición normativa, además de asumir una actitud de promoción y defensa de la economía de mercado. A su vez, asiste a los operadores económicos privados —y en general a cualquier particular— la obligación de respetar el principio y derecho en mención.

En un sistema económico de libre mercado, la libre competencia constituye el sistema de organización idóneo para incentivar la actividad económica al propiciar que los agentes económicos posean mayor libertad de acción —salvo restricciones dadas por normas de orden público o prevalencia del interés general— y a su vez propicia la protección de los consumidores. En uno y otro caso, como se ha indicado con antelación, la existencia de un marco normativo que la proteja y un conjunto de instituciones que ejerzan vigilancia resultan fundamentales para garantizar su efectividad.

2.3.5.1 Objetivos de las normas reguladoras de la libre competencia económica

Como señala Smith en la *Riqueza de las naciones* “el consumo es el fin último y propósito de toda producción; habría pues que atender al interés del productor solo en la medida en que es necesario para promover el del consumidor [...] en el sistema mercantil, el interés del consumidor se sacrifica casi de forma constante al interés del productor; y parece considerarse la producción y no el consumo como fin último y el objeto de toda la industria y el comercio” (1776). Este argumento permite introducir la idea de que toda la producción apunta al consumo y que en consecuencia la protección de la competencia económica no puede satisfacer los intereses de uno solo de los extremos de la relación comercial. Como se desarrollará con posterioridad, las normas de protección y promoción de la libre

competencia giran en torno a la protección de dos objetivos: eficiencia del mercado u objetivos sociales²⁵⁴ y aunque la cuestión pareciera ser sencilla, el debate aún se encuentra inconcluso (Soto-Pineda, 2014, pág. 355)²⁵⁵.

La promoción y defensa de la libre competencia económica no es un asunto de carácter nacional ni estrictamente doméstico, por el contrario su protección compete a todos los países del mundo que, con economía globalizadas y en proceso constante de apertura, necesitan disposiciones e instituciones que protejan el mercado, a los consumidores y a los agentes económicos que en él hacen presencia. La necesidad de rivalidad con reglas claras exige un marco normativo soportado con instituciones fuertes e independientes que, en caso de violación o vulneración, puedan adelantar acciones e imponer sanciones (Moguillansky & Silva, 2004, págs. 5-6).

Este fenómeno globalizante, con múltiples actores económicos operando en mercados internacionales, suscitó la necesidad de blindar las relaciones comerciales con reglas formales claras pro defensa de la competencia, para ello los países en el mundo han adoptado, a nivel doméstico, normativa en ese sentido²⁵⁶ y los procesos de integración económica se han caracterizado por incluir en los instrumentos internacionales que los regulan disposiciones similares.

Varias organizaciones supranacionales han tomado partido en este proceso, así la CEPAL, el Banco Mundial, la OCDE —Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo— y la UNCTAD, reconociendo la importancia de un mercado más amplio para el intercambio de bienes y servicios, con reglas más

²⁵⁴ Para Barón Barrera además de estos dos objetivos la protección del pequeño empresario también debe ser considerado (2010, pág. 67).

²⁵⁵ Respecto a la falta de acuerdo respecto a los objetivos que debe perseguir la normativa de la competencia económica es posible consultar Falla y Quintana (2003, pág. 176).

²⁵⁶ Según informe de la UNCTAD, para el 2007, 113 países en el mundo habían adoptado, o estaban en proceso de adoptar, legislación de defensa de la competencia (UNCTAD, 2007, pág. i).

uniformes que fundamenten el margen de acción de los diversos agentes económicos (Alvarez Londoño, 2006, pág. 250), han generado espacios de discusión y asesorado a diversos países para promover normativa en dicho sentido con un matiz más homogéneo a nivel internacional²⁵⁷.

No obstante esta previsión la ONU, a través de la UNCTAD, adoptó la Ley tipo de Defensa de la Competencia que señala como objetivo de la legislación en mención “fomentar y proteger la competencia en los mercados”, sin embargo, reconoce la existencia de múltiples metas adicionales que complementan este enunciado genérico y que son, a) el aumento del bienestar del consumidor, b) la eficiencia — que cobija la eficiencia en la asignación de recursos, en la productividad y la eficiencia dinámica²⁵⁸—, y c) el mantenimiento del proceso de la competencia. Esta disposición, como todas las leyes tipo o modelo, constituyen una herramienta de colaboración para los Estados miembros que podrán incorporarla en sus legislaciones internas o enriquecer las disposiciones normativas existentes. De esta ley modelo, vale la pena resaltar la mención que respecto de los objetivos de defensa de la competencia realiza, al considerar que estos tres agrupan las diversas tesis que las principales normas de competencia del mundo consignan —EE.UU. y U.E—.

Estos modelos de legislación en materia de competencia económica contemplan objetivos diversos que aparentemente resultan imposibles de armonizar, y que encuentran reflejo en sus marcos normativos que se adscriben a la tendencia de la Escuela de Chicago o la de Harvard (Navarro Suay, 2004). La Escuela de Chicago

²⁵⁷ Por ejemplo, desde el año 2003 la OCDE desarrolla el Foro Latinoamericano de la Competencia para favorecer el desarrollo de una política de competencia en toda América Latina. Este foro cuenta con el apoyo del Banco Mundial y la UNCTAD.

²⁵⁸ Estos tres conceptos de eficiencia son definidos, por la ley y señalan que la eficiencia en la asignación de recursos supone la “asignación de recursos a su uso más valioso”, la eficiencia de la productividad exige “producir bienes a un menor costo” y la eficiencia dinámica propicia “desarrollar mejores bienes y servicios por medio de la innovación” (UNCTAD, 2015, pág. 3).

—que ejerce influencia importante en la normativa antitrust estadounidense (Soto-Pineda, 2014, pág. 355)— aboga por la defensa de la eficiencia económica de los mercados y del proceso económico como fin último de esta legislación, generando “mayores riesgos de disociación del interés individual y colectivo” (Martín Urbano & Sánchez Gutierrez, 2014, pág. 87); por el contrario la Escuela de Harvard —con fuerte influencia en la Unión Europea— señala que estas reglas persiguen una función social aunada a la defensa de los intereses colectivos. Esta última escuela es la que ha permitido a Cabanellas de las Cuevas señalar que los propósitos que persigue la legislación antitrust estadounidense no son exclusivamente económicos sino también extraeconómicos entre los cuales pueden mencionarse el “asegurar la eficiencia del sistema productivo, en particular lo que concierne a la asignación de recursos entre los diversos sectores, a la incentivación de la producción, la investigación y las innovaciones y a la distribución de la riqueza entre los diversos sectores de la población” (2005, pág. 39).

Respecto a los fines de la normativa de la Unión Europea en materia de defensa de la competencia, es posible señalar que son mucho más amplios que los que señala la legislación antitrust estadounidense pues aboga, además de la búsqueda de la eficiencia económica, por “el establecimiento de un mercado único, la convergencia de las políticas económicas de los Estados miembros, promover un crecimiento armonioso y sostenible, elevar el nivel de vida de las regiones menos desarrolladas, la globalización de los mercados, la consolidación de las libertades individuales y de la ciudadanía europea, etc.” (Diez Estella, 2003). En el mismo sentido Jenny reconoce como objetivos del Derecho europeo de la competencia “por un lado, asegurar el bienestar de los consumidores y, por otro, unificar el mercado europeo eliminando las barreras en el comercio de los Estados miembros” (2006, pág. 45), señalando, sin embargo que podrá perseguir objetivos secundarios mencionando los descritos anteriormente.

Esta apertura, respecto a la búsqueda de objetivos diversos podría explicarse, en palabras de Pace (2007, págs. 62-67), a partir de la jurisprudencia de la Comisión Europea que en una primera fase —años 60— abogó por la protección de la unidad del mercado y por la inexistencia de barreras entre los Estados miembros; en una segunda fase —años 70 a 90— la pretensión del Derecho de defensa de la competencia apuntaba a lograr la competencia efectiva y eficaz sin olvidar metas sociales (sin precisar cuáles); y la tercera etapa —desde los 90 hasta hoy— apunta a la necesidad de “equilibrio entre los intereses de las empresas y de los consumidores, al considerar nuevas situaciones económicas no previstas en las normas de competencia [...] así como de promover el diálogo entre consumidores y empresas, de forma que se aumentara la confianza de los consumidores en el mercado, ya que la competencia no es un instrumento suficiente para su logro” (Comité Económico y Social Europeo, 2006).

No obstante este recorrido, podría indicarse que existen dos hilos conductores identificables a lo largo de la evolución de esta política: su contribución a la construcción de un mercado único²⁵⁹ y la contribución al bienestar de los consumidores, sin desatender los objetivos restantes expresados con antelación (Comisión Europea, 2010, pág. 4). Como indica Herrero Suárez “el derecho de la competencia comunitario surge en el marco de un proceso de creación de ese mercado único” por lo que “en pro de ese objetivo se adoptan una serie de instrumentos de tipo jurídicos, entre los que se ocupa un papel preponderante el relativo a la creación de un régimen destinado a garantizar que la competencia no

²⁵⁹ Esta noción de mercado único ha sufrido modificaciones importantes con el mercado digital. Por ello los instrumentos de la política de competencia se está adaptando rápidamente a las características específicas que tienen estos mercados constituyendo una de sus prioridades principales. En mayo de 2015 la Comisión adoptó la Estrategia para el Mercado Único Digital basada en tres pilares “mejorar el acceso de los consumidores y empresas a bienes y servicios digitales en Europa; crear condiciones adecuadas y equitativas para que prosperen las redes digitales y los servicios innovadores; aprovechar al máximo el potencial de crecimiento de la economía digital” (Comisión Europea, 2016, pág. 5).

sea falseada en el mercado común” (Herrera Suárez, 2006, pág. 111) para evitar lesión a los derechos de los consumidores, afectaciones al mercado y menoscabo del mercado único

Al hacer un análisis de los objetivos de la normativa de defensa de la competencia a partir de las dos Escuelas descritas —Chicago y Harvard—, podría indicarse que existe una pugna entre objetivos de naturaleza puramente económica y objetivos sociales. Esta discusión, sin embargo, pareciera ser estéril, en la medida en que la exclusión de variables económicas o sociales de la ecuación no resulta adecuada, por el contrario, la concurrencia de estos objetivos pudiera armonizarse sin sacrificar, de manera absoluta, ninguno de ellos —un ejemplo de ello se advierte en la postura de la Comisión Europea—.

No es posible señalar que la protección de la competencia abogue únicamente por el resguardo de los comerciantes o empresarios con el fin de evitar distorsiones en el mercado, ni mucho menos que se olvide este enfoque y se atienda solamente al consumidor y a los pequeños empresarios; todos los agentes económicos —oferentes o demandantes de bienes y servicios en el mercado— requieren de medidas que garanticen que las condiciones en que se produce el proceso de intercambio sean claras y leales. Podría concluirse, respecto a este punto, que aunque una legislación o política de competencia persiga fines economicistas no podrá apuntar a la búsqueda exclusiva de un incremento de la productividad económica pues ello supondría, en algunos casos, la lesión de derechos colectivos de los ciudadanos o la afectación de su bienestar general en procura de alcanzar el objetivo de la eficiencia del mercado.

Uno de los autores que supera esta discusión y concilia estos objetivos es Fikentscher, quien de acuerdo con los postulados de la Escuela de Friburgo —fundamental en la construcción del sistema de ESM— presenta una postura integradora que aboga por la igualdad de condiciones en el mercado —función jurídico-política—, la garantía de la justicia y la lealtad en las relaciones entre

agentes económicos —función político-económica— y la distribución equitativa de recursos en defensa del bienestar de todos los ciudadanos —función político-social— (1984).

Si una de las premisas básicas del funcionamiento de un sistema de Economía Social de Mercado es la protección de la libre competencia, ella no puede apuntar solamente a amparar el buen funcionamiento del mercado desatendiendo el objetivo social que le da su impronta característica, ni tampoco podrá convertirse en el mecanismo de defensa de grupos en condición de precariedad, pues lo anterior significaría renunciar a la búsqueda de la eficiencia de agentes económicos notables en procura de la protección de los primeros, circunstancia que sacrificaría a un sector de la población y generaría situaciones de desigualdad potenciadas por el Estado. Por esta razón este sistema aboga por la protección de la libre competencia como principio fundante que potencia el adecuado funcionamiento de los mercados, restringe comportamientos abusivos por parte de los agentes económicos y maximiza el bienestar de los consumidores, independientemente de la capacidad económica que ostenten —ya que el sistema debe garantizar que, con independencia de este factor, todos puedan concurrir al mercado para cubrir las necesidades básicas y satisfacer un mínimo vital—.

Estas razones apoyan la tesis propuesta por el profesor Lande quien ha señalado que la prioridad del derecho a la competencia es la protección de los consumidores²⁶⁰ quienes resultan ser los más perjudicados por la existencia de

²⁶⁰ En el mismo sentido y como señalaba en su momento el Tribunal de Defensa de la Competencia en España (hoy Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia), “el gran beneficiario de la competencia es el consumidor. Con la competencia los precios bajan, la calidad mejora, las empresas se vuelven exquisitas en el trato a sus clientes y, lo que es más importante, el consumidor ve incrementadas sus posibilidades de elección. Cuando hay monopolio o restricción de la competencia, al consumidor se le impone todo. Se le impone un abanico limitado de productos a elegir. Se le imponen calidades, precios y, especialmente, el trato que las empresas le dan. El monopolio hace esperar a un cliente porque sabe que no hay ninguna otra empresa que pueda suministrarle el servicio que el monopolio le niega. Pero, en el momento en que aparece un

fallos del mercado que restringen la eficiente asignación de recursos y generan barreras para que los ciudadanos participen de los beneficios que un proceso eficientemente competitivo genera [(2001) y (2012)]. Se ha considerado tradicionalmente que cuando se producen condiciones adecuadas de competencia —no mercados perfectamente competitivos sino adecuadamente competitivos— los consumidores resultan ser los más beneficiados al producirse una redistribución de los beneficios que el proceso económico genera. No obstante esta mención, resulta claro que la “utilización de la tutela de los consumidores como objetivo del Derecho de la Competencia es una metodología correcta, en tanto no se pretenda con ello excluir a otras metas que también han orientado a esa rama jurídica” (Cabanellas de las Cuevas, 2005, pág. 68).

La búsqueda de la protección de consumidor, sin embargo no debe ser confundida con la búsqueda del interés general (el del productor y el consumidor) (UNCTAD, 2015, pág. 3) y las políticas de defensa de la competencia no pueden ser equiparadas con las políticas de defensa del consumidor que, aunque compartan elementos comunes, registran diferencias significativas. Por ejemplo materias como la reglamentación de la calidad y seguridad de los productos y servicios, protección frente a información falsa o engañosa o el control respecto a prácticas abusivas en materia contractual y asimetrías en la información no encuentran asiento en las disposiciones de competencia (UNCTAD - Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia, 2012). No obstante resulta claro que aunque ambas fomentan el bienestar de los consumidores lo hacen por sendas diferentes.

La protección del consumidor como objetivo de la política de competencia sin embargo, no debe desatender la búsqueda de objetivos como la eficiencia de los

competidor, la captación y mantenimiento de un cliente se convierte en la tarea fundamental de la empresa” (1995, págs. 100-101).

mercados, la búsqueda del interés general y la protección en sí misma de la competencia que permiten desarrollar una política integral que atienda a todos los sectores involucrados en el proceso de intercambio de bienes y servicios. Es en ese sentido en el que se indica que la protección del extremo débil de la relación comercial debe ser el objetivo principal. A él se llegará una vez se garantice el funcionamiento eficaz de los mercados y se corrijan sus deficiencias (UNCTAD - Comisión de Comercio y Desarrollo, 2014, pág. 3).

La política de defensa de la competencia se orienta a la oferta del mercado y su objetivo es, desde la perspectiva de protección de los consumidores, conseguir que ellos tengan la posibilidad de elegir entre diversos oferentes las opciones que consideren adecuadas y asequibles. La política de defensa del consumidor se orienta en la perspectiva de la demanda y pretende alcanzar, respecto de los consumidores, que estos puedan ejercer, de manera real y efectiva, su capacidad de elegir. Estas dos posiciones ratifican el argumento sostenido con anterioridad que señalaba que las dos apuntan a objetivos comunes —funcionamiento del mercado en condiciones de eficiencia y satisfacción de intereses sociales—, deben coordinarse para obtener un enfoque integral del mercado y que, aunque registran perspectivas diferentes, no pueden transitar por caminos disímiles sin puntos de encuentro, en este sentido como señalan las Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor “los gobiernos deben alentar la competencia leal y efectiva a fin de brindar a los consumidores la posibilidad de elegir productos y servicios dentro del mayor surtido y a los precios más bajos” (Naciones Unidas - Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, 2003, pág. 4).

En el caso europeo vale la pena señalar que ni la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea ni otros documentos comunitarios reconocen a la libre competencia económica como un derecho, circunstancia que no riñe con el reconocimiento de otros derechos de naturaleza económica que requieren de mercados competitivos para su pleno y eficaz ejercicio, así el artículo 15 “libertad

profesional y derecho a trabajar”, el artículo 16 contempla la “libertad de empresa”, el artículo 17 el “derecho a la propiedad” y desde el artículo 27 múltiples derechos asociados a libertades laborales. El artículo 38 de la Carta en mención indica “en las políticas de la Unión se garantizará un nivel elevado de protección al consumidor”, circunstancia que es novedosa al considerar, en palabras de López Escudero que “en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no aparecen referencias sobre el derecho a la protección de los consumidores en cuanto tales ... los intereses de los consumidores solo se salvaguardan de manera indirecta mediante la protección de los derechos de los consumidores como personas” (2009, pág. 634). El artículo 38 en mención no contiene derechos subjetivos alegables de manera directa ante los tribunales pero asigna objetivos a los poderes públicos.

La teleología de dicho artículo apunta al establecimiento de un principio que sirva como guía a la actuación de todos los órganos y países miembros de la Unión Europea en desarrollo de las múltiples competencias que le han sido atribuidas. La protección del consumidor sin embargo no es un derecho, podría ser interpretado como un principio de la Unión partiendo de la premisa de que la protección de un mercado único caracterizado por la libre competencia económica es condición para que los consumidores puedan ejercer la libertad de acceder y elegir. Además los Estados miembros tienen que aceptar este principio, promoverlo activamente e incorporar en su legislación disposiciones que protejan y sancionen comportamientos o prácticas que pudieran lesionar la libre competencia económica. El mercado, en la Unión Europea, opera como una garantía institucional que restringe posibilidades de sistemas económicos de planificación y otorga a los consumidores la protección institucional que les otorga el mercado (reafirmando la imposibilidad de predicar derechos fundamentales del consumidor) y que exige libertad de acceso y libertad de elección, condiciones que solo podrán realizarse en mercado competitivos (Cidoncha Martín, 2011, págs. 122-123).

Por ello a nivel comunitario existen disposiciones normativas que protegen la libre competencia e imponen a los países miembros la obligación de desarrollar disposiciones en dicho sentido. La pretensión de estas normas apunta a la promoción y protección de la libre competencia económica y la sanción de todas aquellas conductas que en caso de ser desplegadas generan lesión a los derechos de los consumidores, de los empresarios y desestabilizan el mercado, institución esencial en la Unión Europea.

2.3.5.2 Objetivos de la normativa de promoción y protección de la competencia en la Comunidad Andina de Naciones

A pesar de que a lo largo del siglo XX numerosos países en América Latina habían adoptado normativa respecto a la libre competencia (Argentina —1919—, México —1934—, Colombia y Chile —1959— y Brasil —1962) todos ellos no suponen una tendencia de aplicación de políticas de competencia sino “más bien antecedentes legislativos de principios propios del capitalismo tales como la libre empresa o la defensa de derechos a ofertar y demandar en el mercado” (Celani & Stanley, 2003, pág. 17). En varios de esos países existían monopolios en cabeza del Estado que hacían difícil la aplicación extensiva de políticas de competencia generales, sin embargo, procesos de apertura y liberalización de la economía (desarrollados con antelación) a lo largo del continente impulsaron la adopción de disposiciones normativas de defensa de la libre competencia²⁶¹. Y aunque los objetivos de las legislaciones a lo largo del continente son diversos, encuentran puntos de aproximación dados por la tendencia que cada uno de ellos asuma —corriente economicista o social—. Los procesos de integración regional que se han producido

²⁶¹ En la actualidad la mayoría de los países latinoamericanos cuentan con normativa de defensa de la competencia y con autoridades para su vigilancia y control, así es posible mencionar a Argentina, Barbados, Brasil, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador Guatemala, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Salvador y Uruguay.

en la región han permitido unificar las corrientes en los tratados o acuerdos que les dan origen y que incorporan normas de defensa de la competencia en la medida en que buena parte de ellos pretenden la integración económica entre los países miembros, circunstancia que hace imperativa regulación en ese sentido.

Aunque se indicó que los procesos de integración económica tienen disposiciones sobre competencia, será preciso aludir a la Comunidad Andina de Naciones — CAN— por ser el acuerdo de mayor tradición para el caso colombiano²⁶². El Acuerdo de Cartagena, suscrito en 1969, dio origen a la CAN que tiene como uno de sus objetivos “promover el desarrollo equilibrado y armónico de los Países Miembros en condiciones de equidad, mediante la integración y la cooperación económica y social; acelerar su crecimiento y la generación de ocupación; facilitar su participación en el proceso de integración regional, con miras a la formación gradual de un mercado común latinoamericano” (art. 1). Uno de los instrumentos para lograr el crecimiento y desarrollo económico del bloque regional se encuentra constituido por una política adecuada de protección de la competencia (Ibarra Pardo, 2001, pág. 68). En este sentido, uno de los primeros rudimentos de la legislación andina sobre promoción de competencia se encuentra en el artículo 93 del Acuerdo de Cartagena que le confería a la Comisión competencia para adoptar normas “para prevenir o corregir las prácticas que puedan distorsionar la competencia dentro de la subregión”.

Con el objetivo de garantizar la pervivencia de este proceso de integración subregional de apertura comercial y globalización se hace necesario proteger la libre

²⁶² Los procesos de integración latinoamericanos son ALADI—Asociación Latinoamericana de Integración— que busca crear un área de preferencias económicas del cual Colombia forma parte, MERCOSUR —Mercado Común del Sur—, en el que Colombia no hace parte pero es un Estado Asociado, CARICOM —Área del Libre Comercio del Caribe— en el que Colombia actúa como Estado observador y SICA —Sistema de Integración Centro Americana— en el que ostenta la misma condición. Existen otros tantos que, no suponen procesos de integración sino de cooperación económica, social, política y cultural que no serán desarrollados.

competencia en la CAN y promocionarla a nivel de los agentes económicos con presencia en la región. Atendiendo a este mandato fue emitida la Decisión 608 de 2005 por medio de la cual se dictan normas para la protección y promoción de la libre competencia²⁶³ buscando garantizar un mercado subregional en condiciones de libre competencia (Rubio Escobar, 2007, pág. 137). La importancia de esta disposición radicó en la modernización que respecto de la regulación de acuerdos y actos restrictivos de la competencia anexó además de la incorporación de autoridades supranacionales con competencias para imponer sanciones en caso de infracciones —Secretaría General de la CAN— (Cortazar Mora, 2006). Mención expresa a sus objetivos se encuentra en el artículo 2 que, en línea con los protegidos por la normativa colombiana, persigue la “eficiencia de los mercados y el bienestar de los consumidores” (López Raigada, 2006, pág. 101).

Existe, sin embargo, una dificultad suprema en materia de aplicación de esta disposición a nivel nacional pues no es posible aplicarla sino por parte de las autoridades comunitarias, sin que exista obligación de aplicarla por parte de las autoridades nacionales de competencia —a diferencia de lo que ocurre en la Unión Europea— (Diez Canseco, 2013, pág. 14). No obstante esta mención, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina sostiene que existe un desplazamiento de la normativa interna respecto de la aplicación de la normativa comunitaria, así lo ha sostenido al indicar que “para la existencia del derecho de la integración es indispensable el reconocimiento del principio de supremacía o prevalencia sobre el derecho interno de los países miembros; (...) el tránsito de la competencia reguladora nacional hacia la comunitaria en los asuntos cuya decisión corresponde

²⁶³ No obstante esta mención las Decisiones 45 de 1971 y 230 de 1987 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena —CAC— y las Decisiones 283, 284 y 285 de 1991, de la misma Comisión, constituyen antecedentes importantes en la región respecto a la protección de la competencia, sin embargo las dos primeras nacieron condenadas al fracaso por la inexistencia de herramientas que permitieran su cumplimiento y las restantes no tuvieron la acogida ni el desarrollo esperado (Ortiz Baquero & Solano Osorio, 2016, pág. 320).

a esta última, como el desplazamiento automático de competencias, que pasan del legislador nacional al comunitario” (3-AI-96, 1997)²⁶⁴.

A pesar de esta decisión resulta claro que en Colombia existe disposición propia que regula prácticas restrictivas, actos de competencia desleal y abusos de posición que se aplican de manera preferente respecto a la disposición comunitaria cuando los efectos de los comportamientos desplegados por los agentes económicos no extiendan sus efectos fuera de las fronteras del territorio nacional.

No obstante, resulta claro que la normativa nacional en materia de protección y defensa de la competencia no contraria o viola las disposiciones de la CAN por lo que la aplicación de la regulación interna se ajusta a las obligaciones derivadas de la adhesión a dicha Comunidad. Y en caso de que algún conflicto se presentara la normativa comunitaria prevalece “en su aplicación e inaplica para el caso concreto a las normas de fuente nacional que regulen el mismo supuesto de hecho o establezcan efecto jurídico contrario” (López Raygada, 2006, pág. 83)²⁶⁵. En este sentido lo que no podría el legislador interno o cualquier autoridad es proferir normas o disposiciones que contraríen el derecho comunitario pues “ello implicaría una

²⁶⁴ En el mismo sentido la Sentencia del 3 de diciembre de 1987 que indica “el ordenamiento jurídico de la Integración Andina prevalece en su aplicación sobre las normas internas o nacionales, por ser característica esencial del Derecho Comunitario, como requisito básico para la construcción integracionista” y la Sentencia del 20 de noviembre de 2014 que reconoce “el Derecho Comunitario Andino se caracteriza porque sus normas prevalecen en relación con las normas nacionales, son de aplicación directa e inmediata y gozan de autonomía. En este sentido, tomando en cuenta que todos los órganos e instituciones de la administración pública de los Países Miembros de la Comunidad Andina deben actuar en el marco del principio de legalidad; el límite de su actuación también está determinado por el ordenamiento jurídico comunitario”.

²⁶⁵ En el mismo sentido Plata López y Yepes Ceballos manifiestan que “el Derecho comunitario no es una categoría intermedia entre la Constitución y la ley; y en caso de contradicción de una norma interna con una norma comunitaria, esta no se resolverá en términos de constitucionalidad, toda vez que no sería un supuesto de inconformidad de una norma inferior con una superior. La cuestión de jerarquía se resolverá en términos de desplazamiento o inaplicación de la norma interna contraria a la norma nacional que prevalece” (2009, pág. 219).

grave violación de las obligaciones comunitarias” (Novak Talavera, 2003, pág. 83) al tenor del artículo 4 del Tratado de Creación de la Comunidad Andina.

En estricto sentido las atribuciones que competen a la CAN en materia de aplicación de la Decisión 608 operan, exclusivamente, respecto de aquellas conductas que tienen implicaciones en el área subregional (conductas realizadas en uno de los países miembros que tengan implicaciones en otro país miembro o conductas realizadas en el territorio de un país no miembro pero que tuvieran efecto en el territorio de un país miembro —art. 5—). Por ello, no será posible señalar desplazamiento respecto de la normativa interna, puesto que la comunitaria solo aplicará en aquellos casos en que el acto tenga los efectos descritos anteriormente.

2.3.5.3. Objetivos de la normativa de promoción y protección de la competencia en Colombia

En el ámbito nacional, es preciso señalar que la libre competencia constituye la regla suprema de juego en un sistema de Economía Social de Mercado, razón que motiva la adopción de reglas formales que, bajo la modalidad de normas, otorguen un marco de protección que garantice su pervivencia. De conformidad con el Decreto 2153 de 1992 la SIC, en ejercicio de las facultades administrativas que le han sido otorgadas persigue tres finalidades: garantizar la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y mejorar la eficiencia del aparato productivo. En esta línea “el interés de los competidores, el colectivo de los consumidores y el interés público del Estado” (C-815 de 2001) constituyen objetivos primordiales de la normativa de protección del derecho en mención²⁶⁶. La realización de un estado de competencia real, libre y carente de distorsiones que

²⁶⁶ Al tenor de ello, Ibarra Pardo señala que la defensa de los intereses y el mejoramiento de la calidad de vida de los consumidores constituyen premisas esenciales del derecho de la competencia en Colombia (1994).

permita la satisfacción del ánimo de lucro, que caracteriza a los operadores económicos, y que a su vez permita a los consumidores adquirir bienes y servicios de calidad a precios justos y equitativos armoniza con los rasgos definitorios de un modelo de Economía Social de Mercado en el que el ejercicio de las libertades económicas exige un marco de competencia sana y leal.

La protección del bienestar del consumidor se ha considerado como un objetivo esencial del marco normativo de defensa de la competencia pues al mantener procesos competitivos se incentiva a los agentes económicos —oferentes— a ser eficientes —so pena de ser excluidos del mercado— con el objetivo de brindar a los consumidores —demandantes— niveles superiores de satisfacción (Zuloaga, 1998, pág. 32). También la libre competencia económica persigue la defensa de la competencia en sí misma considerada, pues además de incentivar la existencia de múltiples oferentes debe regular la relación entre ellos con el fin de evitar la integración de monopolios, abusos de posición de dominio o prácticas restrictivas de la competencia, además de actos de competencia desleal que generan fallas en el sistema de economía de mercado. Se garantizan de esta manera los intereses de los competidores, de los consumidores y el interés público del Estado. Bajo esta premisa la competencia que asiste al Estado para establecer límites y restricciones al ejercicio de estas libertades deviene en compatible con el modelo de Estado y los objetivos que constitucionalmente le han sido asignados.

Ya indicaba la Exposición de Motivos de la Ley 1340 de 2009 que “la competencia deriva en beneficios para los consumidores y la eficiencia económica”, motivo que permite ampliar sus pretensiones y desdibujarla como un mecanismo de protección de una clase —los empresarios o comerciantes— y un fin en sí mismo. La competencia es una condición del mercado, necesaria para su eficaz funcionamiento y pertinente en un proceso de intercambio que combina múltiples intereses. La norma en mención reconoce el papel que desempeña la iniciativa empresarial como herramienta para generar riqueza, ingreso y bienestar aceptando

la necesidad de que esta se desarrolle en condiciones de competencia libre que permitan alcanzar múltiples objetivos sociales y económicos.

Siguiendo en este punto a Viciano Pastor (1995, pág. 62 y ss.), es posible señalar que el marco normativo colombiano en materia de protección de la competencia corresponde a un criterio institucional en el que se reconoce el carácter instrumental que le asiste a la libre competencia económica “entendida como una situación fáctica que se desenvuelve en el mercado” (Gómez Velasco, 2003, pág. 92) y que permite superar el clásico criterio subjetivo que se concentraba en la defensa de poder concurrir al mercado como concreción de la libre iniciativa privada. Los objetivos entonces se amplían y se comprende que la libre competencia económica no es un fin en sí mismo sino un medio para alcanzar fines más profundos (Velilla, 1998, pág. 179) en el que la búsqueda de la eficiencia del mercado es esencial pero la protección de los derechos de los consumidores y la defensa del bienestar general constituyen referentes importantes.

Esta amplitud en materia de objetivos de la normativa de protección de la libre competencia puede generar dificultades “en la medida en que será discrecional del Superintendente privilegiar uno u otro propósito y llevar a resultados distintos” (Archila Peñalosa, 2010, pág. 25). Esta situación había sido puesta de presente por Soto Pineda quien señaló al respecto que la Superintendencia resuelve atendiendo a las condiciones particulares del caso, observando la obligatoriedad de la doctrina probable que prescribe la Ley 1340 de 2009, preservando el bien jurídico que experimente mayor riesgo (eficiencia del mercado o protección del consumidor), el problema, para el autor radica en aquellos casos en que no es posible armonizar estos objetivos, allí la decisión ha privilegiado la protección del consumidor (2014, pág. 398).

TERCERA PARTE

1. LA LIBERTAD ECONÓMICA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1991: DERECHO DE NATURALEZA COMPLEJA.

Como se indicó con antelación, la Constitución colombiana de 1991 introdujo profundos cambios en el sistema económico del país, de un sistema de mercado con profundos rasgos liberales evolucionó a uno de protección de mercado con una marcada tendencia social, afianzada por principios y valores que legitiman la intervención del Estado en la actividad económica (Molina Betancur, 2006, pág. 91). Dentro del amplio catálogo de libertades que incluye la Norma fundamental colombiana, la libertad económica deviene en esencial para el funcionamiento de una economía de mercado, se constituye en uno de los pilares del Derecho Constitucional económico (Aristizabal Villa, 2000, pág. 83) y dentro de ellas la libre competencia económica adquiere un carácter institucional hasta ahora desconocido. El constituyente, como se advertirá posteriormente, determinó que el ejercicio de esta libertad debía inscribirse dentro de los límites de la libre competencia, circunstancia que condiciona la forma de entender el funcionamiento del mercado.

El ejercicio de la libertad económica registra inicialmente un carácter individualista y egoísta: cada individuo concurre al mercado con el ánimo de satisfacer sus propias necesidades y obtener el mayor provecho económico. Sin embargo, la naturaleza social del Estado exige la consideración de un componente comunitario que restringe el ejercicio de esta libertad²⁶⁷. En estricto sentido se confía en el

²⁶⁷ Al respecto ha señalado la Corte Constitucional que “los derechos no se conciben en forma absoluta, por el contrario, están limitados en su ejercicio para no afectar otros derechos y propender por la prevalencia del interés general. De esta manera, el legislador en aras de proteger el derecho que le asiste la colectividad, puede limitar su acceso y prestación” (C-093 de 1996)

mecanismo de mercado, y en el sistema de oferta y demanda que lo caracteriza, pero contempla reglas de juego claras que condicionan su dinámica. Esta concepción fue la que motivo al constituyente a incorporar la acepción libertad económica y no libertad de empresa —como ocurre en el ordenamiento español— al considerarlo un término “mucho más amplio y de mayor cobertura y significación [...] adecuada al lenguaje económico de nuestro tiempo” (Chahín Lizcano, 1994, pág. 118).

La libertad económica, desde la perspectiva de la ESM., constituye un instrumento que permite a las personas procurarse su propio bienestar en un sistema en donde impera el ánimo de lucro y en el que, en principio, todos tienen posibilidades, más o menos limitadas, de acceso (González Henao, 2009, pág. 18). Un espacio “que reconoce el pluralismo en las formas de satisfacción de las necesidades humanas, sin privilegiar unas fuentes a otras por razón de su estructura específica o de su forma de propiedad” (Marulanda I. , y otros, 1991, pág. 19).

La libertad económica (art. 333 C.P.), al igual que el Régimen de la Hacienda y el Crédito público, que reconoce el Título XII de la Norma Fundamental, se encuentra condicionada por la interpretación armónica que de su clausulado debe realizarse, por lo que, a lo largo de la misma es factible encontrar reglas diversas que restringen su ejercicio, además de señalar el sentido de la actuación de los órganos y ramas del poder público (Julio Estrada, 2002-b, pág. 73), esta interpretación obedece a la naturaleza abierta e indeterminada de la libertad económica que la hace susceptible de diversas interpretaciones (C-616 de 2001). Estas restricciones se visibilizan desde la redacción misma del artículo que señala que la libertad económica y la iniciativa privada se encontrarán limitadas por el bien común (inc. 1); que la libre competencia es un derecho de todos que conlleva responsabilidades (inc.2); que la empresa tiene una función social que implica responsabilidades y; que las intervenciones del Estado en la economía se encontrarán condicionadas por mandatos precisos (inc. 4 y 5).

Esta libertad ha sido desarrollada con bastante extensión por la jurisprudencia de la Corte Constitucional que la ha definido como la “facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades con miras a crear, mantener o incrementar un patrimonio”²⁶⁸ (C-624 de 1998). Para el desarrollo de estas actividades podrá emplearse cualquier forma jurídica y el modelo patrimonial o laboral que se escoja libremente. Esta precisión que sobre la libertad económica realiza el Tribunal Constitucional permite concluir su carácter genérico que abarca todas las posibilidades de actuación en el campo económico. Es por ello que otras libertades podrían estar cobijadas en su interior constituyendo un derecho de contenido complejo que ostenta una doble faceta, una positiva que se liga al desarrollo de una actividad económica, a la creación de empresas (iniciativa privada y libertad de empresa) y al ejercicio de la competencia en el mercado (libre competencia económica) y otra negativa que supone la decisión de un agente para abstenerse de ejercer estas actividades o desarrollarlas solo en un determinado momento (T-555 de 2003). Por lo que, le está vetado al Estado, exigir de los ciudadanos la realización de determinada actividad económica, en contra de su voluntad, o condicionar, de manera absoluta, la forma en que es ejercida.

Cuando se señala la naturaleza compleja o múltiple de este derecho se hace esta calificación considerando el cúmulo de libertades y derechos que cobija y no la multifuncionalidad del derecho. Para aclarar esta diferencia es preciso señalar que no se alude a la valoración como de defensa (reaccional o de libertad) y de prestación (de organización y procedimiento o de prestación en estricto sentido) que, en palabras de Escobar Roca (2004, pág. 62), clasifica los derechos. Al indicar que la libertad económica es un derecho de contenido complejo se indica que el mismo no se agota en una sola posibilidad de acción, supone el ejercicio del

²⁶⁸ En el mismo sentido Angarita Barón ha señalado que “la libertad económica se puede definir como la facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o acrecentar un patrimonio” (1997, pág. 169)

desarrollo de la autonomía del individuo y su derecho a iniciar una actividad que implica la posibilidad de vulneración o violación no integral sino respecto de una de las libertades que comprende. Esta libertad comporta un conjunto de libertades que poseen sus propias características y, aunque comparten elementos comunes, aspectos básicos de su núcleo esencial son diversos entre sí, así, el núcleo esencial de la libertad de empresa difiere del propio de la libre competencia o la libertad sindical.

No obstante, una revisión de la jurisprudencia constitucional presenta una dificultad respecto a la diferencia entre libertad económica y libertad de empresa. Al hacer una comparación entre las dos libertades, a partir de las definiciones que de ellas ha ofrecido el Tribunal Constitucional, resulta claro que no existen divergencias significativas pues las dos comparten la mayoría de sus elementos constitutivos. A partir de una comparación en la definición que ofrece la Sentencia T-425 de 1992, respecto a la libertad económica, y la que incorpora la Sentencia C-524 de 1995, sobre la libertad de empresa —reproducidas en múltiples sentencias²⁶⁹— es posible arribar a las siguientes conclusiones, a) las dos libertades se constituyen en derechos subjetivos, b) son predicables tanto de personas naturales como de personas jurídicas, c) potencian la iniciativa privada, d) implican la posibilidad de realizar cualquier actividad de carácter económico, e) tienen implícito el ánimo de lucro, f) se ligan indefectiblemente con el derecho a la propiedad y la libertad

²⁶⁹ La Sentencia T-425 de 1992 indica que la libertad económica es la “facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar un patrimonio” (definición reproducida en las Sentencias T-425 de 1992, C-228 de 2010, C-624 de 1998, C-263 de 2011 y C-197 de 2012). La Sentencia C-524 de 1995 señala, en una cita de Bassols Coma (1985, pág. 137), que la libertad de empresa es la facultad que tienen las personas 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”. Esta definición de Bassols constituye la asumida por la totalidad de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y que puede ser visible, entre otras, en las Sentencias C-197 de 2012, C-263 de 2011 y C-830 de 2010.

contractual, g) encuentran limitaciones dadas por el bien común, la protección al medio ambiente y el patrimonio cultural de la Nación, h) esas limitaciones encuentran su referente en la ley y j) el control de constitucionalidad respecto a estas limitaciones se somete a un test débil de constitucionalidad. Sin embargo la diferencia pareciera radicar en el carácter organizacional que se otorga a la libertad de empresa y que es visible en la sentencia del año 1995 en la cual, la Corte citando a Bassols Coma (1985, págs. 137-138), indica que “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 y acometer- y el instrumental – *a través de una organización económica típica-*, con abstracción de la forma jurídica y del capital instrumental”²⁷⁰ (cursivas fuera de texto).

En este sentido, es posible señalar que la libertad de empresa es una manifestación de la libertad económica —genérica— (Correa Henao, 2009, pág. 65) y no son equivalentes²⁷¹. Esta supone un número importante de libertades que superan a aquella. En un comienzo la jurisprudencia de este Tribunal señalaba que la libertad económica cobijaba dos libertades, la libertad de empresa –o libre iniciativa privada— y libre competencia económica²⁷², sin embargo un enriquecimiento en el

²⁷⁰ Esta definición, que establece una diferencia entre libertad económica y libertad de empresa se advierte nuevamente en las Sentencias C-616 de 2001, C-228 de 2010 y C-830 de 2010. Bassols Coma se constituye en el autor que permitió a la Corte Constitucional definir la libertad de empresa y establecer el elemento que permitió a su vez diferenciarla de la libertad económica.

²⁷¹ Como sostiene Julio Estrada es posible sostener que la posición jurisprudencial que ha sostenido la Corte Constitucional ha mostrado dificultades respecto a la diferencia entre la libertad de empresa y la libertad económica ya que las desarrolla de manera equivalente (2002-b, pág. 75).

²⁷² Entre otras es posible consultar las Sentencias C-616 de 2001, C-321 de 2009, C-486 de 2009, C-228 de 2010, C-830 de 2010, C-263 de 2011, C-197 de 2012, C-618 de 2012, C-909 de 2012, C-032 de 2017 y la Sentencia del Consejo de Estado Sección Tercera 21 de febrero de 2007 Rad 76001-23-31-000-2005-00549-01(AP). A estas pueden sumarse autores que siguen la misma clasificación como Angarita (1997, pág. 165 y ss.) y Aristizabal (2000, pág. 83 y ss.). Esta posición doctrinal y jurisprudencial se aproxima a la que sostuvo la doctrina francesa con De Laubadère y Devolvé (1983) citados por Velilla (1996, pág. 102) y Julio Estrada (2002-b, pág. 74) que precisaban que la libertad económica comprendía la libertad de empresa y la libre competencia. Esta había sido la postura tradicional de la Corte que sufrió variaciones en reciente jurisprudencia.

precedente (C-365 de 2012) ha ampliado su contenido al determinar que abarca los siguientes subprincipios, a) la libertad de empresa (art. 333 C.P) que “le otorga a toda persona el derecho de ejercer y desarrollar una determinada actividad económica, de acuerdo con el modelo económico u organización institucional” que determine (C-524 de 1995); b) la libertad sindical que permite a trabajadores y empleadores constituir sindicatos sin intervención del Estado (C-466 de 2008); c) la libre competencia económica, limitada por el interés general y; d) la regulación del mercado para garantizar la prevalencia del interés general permitiendo la intervención del Estado en la economía.

Sin embargo y aunque no fueron desarrollados como subprincipios por la jurisprudencia, no es posible hacer un análisis de esta libertad sin hacer mención expresa al derecho a la propiedad y a la libertad de contratación, que se relacionan inescindiblemente con ella, al permitir a los individuos obtener los bienes que requieran para la satisfacción de sus necesidades [(C-278 de 2014) y (C-864 de 2004)].

La Corte Constitucional precisa a su vez que su ejercicio encuentra claras limitaciones dadas “por razones de seguridad, salubridad, moralidad, utilidad pública o interés social y desde el punto de vista adjetivo por toda forma de intervención del Estado en la economía y por el establecimiento de monopolios o la calificación de una determinada actividad como servicio público, la regulación del crédito, de las actividades comerciales e industriales” (C-624 de 1998), además de la protección de los derechos del consumidor (C-909 de 2012), todas estas emergen como desarrollo de la mención expresa que del “interés social, el ambiente²⁷³ y el patrimonio cultural de la Nación” se realiza respecto de la delimitación que

²⁷³ En consonancia con el artículo 80 de la C.P., puede indicarse que el ejercicio de la actividad económica debe sujetarse a las normas ambientales existentes con el fin de garantizar un “medio ambiente sano a través de un *desarrollo económico sostenible*” (Herrera Carrascal, 2006, pág. 102).

legalmente puede realizarse a esta libertad. Todas estas derivan del ejercicio de las potestades que supone la dirección que el Estado tiene respecto de la economía y que le permite —respetando el núcleo esencial de los derechos de los ciudadanos— realizar intervenciones que satisfagan las pretensiones del Estado Social de Derecho.

Para concluir el análisis de la libertad económica resulta necesario enfatizar en la posición jurisprudencial que respecto al carácter fundamental se le ha reconocido y la protección que vía acción de tutela ha recibido en diversos momentos. Se parte de la premisa de que ni la libertad económica, la libre competencia y la libertad de empresa tienen el carácter de fundamentales por varias razones: a) no se enuncian así en la Constitución²⁷⁴; b) carecen en abstracto de conexidad esencial y c) el espacio de configuración e intervención que el legislador tiene respecto de ellas es amplio (Salvamento de voto SU-182 de 1998) por lo que el análisis de constitucionalidad de una medida de intervención en dicha libertad estará sujeta a un control de constitucionalidad débil y no estricto.

Respecto a esta posición la línea jurisprudencial no registra variaciones importantes en su evolución, así en las Sentencias T-425 de 1992 no se reconoce en estricto

²⁷⁴ En este punto cabe hacer una importante aclaración respecto al carácter fundamental que puede atribuirse a los derechos, así, “1. Los derechos fundamentales no son exclusivamente los del capítulo I del título II. 2. Los criterios puramente formales para identificar los derechos fundamentales son una guía auxiliar pero no principal ni determinante, ni suficiente. Por eso, aún derechos incluidos en el capítulo I del título II podrían no ser fundamentales, como sucede con el derecho a la paz, el cual a pesar de su profundo significado, es un derecho colectivo. 3. El concepto de “derechos fundamentales” es diferente del concepto de “derechos de aplicación inmediata”, al cual se refiere el artículo 85 de la Constitución. 4. Puede haber derechos fundamentales no expresamente enunciados en la Constitución, puesto que aquellos que son inherentes a la persona humana son por su naturaleza fundamentales (art. 94 de la Constitución). 5. No todos los derechos mencionados o definidos en la Constitución son fundamentales, así esta sea ley fundamental de la República. 6. Corresponde a los jueces señalar cuáles son los derechos fundamentales. 7. Los Tratados Internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia son guía auxiliar en esta tarea doctrinaria 8. El carácter “fundamental” de un derecho no hace relación a su mayor importancia frente a otros derechos considerados no fundamentales, sino a su naturaleza jurídica y las circunstancias del tiempo, modo y lugar del caso” (Cepeda Espinosa, 1992, págs. 4-5).

sentido su carácter como derecho fundamental pero procede la acción de tutela respecto de la libertad en mención²⁷⁵; en las Sentencias T-291 de 1994²⁷⁶, SU-182 de 1998²⁷⁷, SU-157 de 1999, SU-167 de 1999²⁷⁸, T-196 de 2003²⁷⁹ y T-763 de 2005²⁸⁰ se reconoce amparo por conexidad con un derecho fundamental — al considerar que “su ejercicio” es “el instrumento para hacer efectivo” un derecho de este tipo—. En otras tantas la Corte ha sido precisa en señalar que la libertad económica no ostenta el carácter de fundamental, sin aludir a la posibilidad de que sea amparado por conexidad, así las sentencias T-021 de 2005²⁸¹, C-263 de 2011,

²⁷⁵ En esta sentencia la Corte no reconoce como fundamental la libertad económica de un comerciante al que le habían incautado unas máquinas de videojuegos, pero la concede el amparo constitucional al señalar que no pueden establecerse limitaciones a esta libertad si no encuentran un origen legal.

²⁷⁶ Se reconoce fundamentabilidad por conexidad con el derecho a la igualdad y al debido proceso que si ostentan el rango de fundamentales.

²⁷⁷ En esta sentencia, con un salvamento de voto que se aparta diametralmente de la posición mayoritaria, se reconoce la conexidad de la libertad económica, la libertad de empresa y la libre competencia económica con el derecho a la igualdad.

²⁷⁸ En estas sentencias se estudió la validez de la terminación de varias relaciones comerciales con bancos diversos de dos ciudadanos que fueron incluidos en la Lista Clinton. En ellas se reconoce la conexidad de la libertad económica con el derecho a la igualdad y el reconocimiento a la personería jurídica, sin que haya procedido amparo constitucional.

²⁷⁹ Se reconoce posibilidad de amparo constitucional de la libertad económica siempre que se encuentre en conexidad con un derecho fundamental, circunstancia que en este caso no se presentó.

²⁸⁰ Se analizó la violación a la libertad económica por su conexidad con el derecho a la igualdad y el reconocimiento a la personalidad jurídica por la negativa a acceder al servicio público bancario.

²⁸¹ Señala esta Sentencia que la libertad económica, la libertad de empresa y la libre competencia no son derechos fundamentales y no pueden ser protegidos por acción de tutela, sin señalar que, eventualmente, y en caso de conexidad procedería el amparo.

C-618 de 2012²⁸², C-909 de 2012²⁸³ y C-219 de 2015²⁸⁴ enfatizan en la imposibilidad de calificarla como derecho fundamental y la consiguiente improcedencia de acción de tutela como mecanismo de protección.

No obstante lo señalado, la Sentencia T-555 de 2003²⁸⁵ establece una variación fundamental en la línea, que, sin embargo, no puede calificarse como la posición unívoca y definitiva de la Corte Constitucional, debido a que el precedente se mantiene en la no fundamentabilidad de esta libertad. En la decisión en mención la Corte reconoció la vulneración de la faceta negativa de la libertad económica, como derecho fundamental, y concedió el amparo constitucional de esa libertad en concreto, sin acudir a argumentos de conexidad.

En segundo lugar, resulta claro que en caso de conflicto entre la libertad económica y un derecho fundamental o un principio constitucional aquella deberá ceder (C-265

²⁸² En esta decisión la Corte analizó la constitucionalidad del artículo 5 de la Ley 1474 de 2011 —por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública— que prohíbe a los contratistas del Estado y a sus parientes más cercanos celebrar contratos de interventoría con este durante el tiempo de ejecución del contrato. La decisión realizó un análisis de la libertad económica frente a la potestad de configuración legislativa.

²⁸³ Se decidió la constitucionalidad de varios artículos de la Ley 1328 de 2009 —por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones— que otorgan facultades a la Superintendencia Financiera para calificar y definir de manera previa y general, cláusulas y prácticas abusivas, de prohibida incorporación en los contratos de adhesión celebrados entre las entidades vigiladas y los consumidores financieros por ser esta una facultad exclusiva del legislador. En esta Sentencia la Corte determinó, una vez más la no fundamentabilidad de la libertad económica y su carácter no absoluto

²⁸⁴ Se decidió la exequibilidad de varios artículos del Decreto Ley 019 de 2012 —por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública— que permite al Presidente de la República trasladar, de la Superintendencia de Industria y Comercio al ONAC —Organismo Nacional de Acreditación en Colombia—, la función de acreditar a las entidades de certificación particulares, por considerar que esta competencia no desconocía el derecho a la libertad económica de estas. Se enfatiza en la naturaleza no fundamental de esta libertad y la posibilidad de limitación a su contenido.

²⁸⁵ En esta decisión la Corte tuteló la faceta negativa de la libertad económica que se había visto vulnerada por el orden emitida por un Centro Comercial que obligaba a los comerciantes que allí tenían un local comercial a prestar su actividad todos los días de la semana, sin excepción.

de 1994) sin que esta cesión implique anulación de su núcleo esencial que la haga nugatoria.

Finalmente, ha señalado la Corte respecto a las libertades y derechos que contempla la libertad económica que, dada su naturaleza abierta y flexible, su desarrollo se producirá a través de leyes sin olvidar, en todo caso, que para el ejercicio de aquella “nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley” (T-375 de 1997).

Hechas estas precisiones es necesario realizar un ejercicio de determinación de las principales características de los subprincipios que respecto de esta libertad han sido mencionados, sin aludir a la regulación del mercado e intervención del Estado en la economía que fue desarrollado *ut supra*.

1.1 Libertad de empresa

Esta libertad encuentra su reconocimiento en el artículo 333 de la C.P que señala “la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común”²⁸⁶. Aunque no existe una mención expresa a la “libertad de empresa”

²⁸⁶ Como se expresó, la Constitución de 1886, en su versión original, no contemplaba el reconocimiento formal de la libertad de empresa, fue la reforma constitucional del año 1968 la que incluyó la protección de la misma con las limitaciones propias que el bien común le imponía. Sin embargo, ya en el año 1940 la Corte Suprema de Justicia había reconocido su alcance, equiparándola con la libertad de industria, al señalar que su contenido “consiste en que cada cual tiene derecho a dedicarse a la actividad lícita y honesta que escoja. Mas semejante libertad no es absoluta, ya que existen medidas policivas y condiciones impuestas por la seguridad pública en defensa de los intereses colectivos o en amparo de terceros” (Sentencia 28 de septiembre de 1938, pág. 218). Este extracto permite determinar la existencia de claras limitaciones respecto a dicha libertad, limitando cualquier abuso en su ejercicio. En el caso español, respecto a esas limitaciones o condiciones de ejercicio, Viciano Pastor señala que pueden ser intrínsecos (economía de mercado como límite y habilitación al Estado para intervenir en la economía) y extrínsecos (exigencias de la economía general y del modelo de Estado Social, interés público, principios rectores de la política social y económica, iniciativa pública en la actividad económica, reserva de algunos sectores y planificación) (1995, págs. 169-201). Mercado Pacheco en el mismo sentido señala que desde una perspectiva comunitaria la libertad de empresa encuentra limitaciones dadas por el derecho de

en esta disposición²⁸⁷, se ha interpretado que la libre iniciativa privada y la libertad en mención son equivalentes (Consejo de Estado, Sección Tercera Rad. 25000-23-26-000-2000-01335-01 (28.505))²⁸⁸, circunstancia que no puede predicarse de la libertad económica y la libertad de empresa. La inexistencia de mención expresa a esta libertad, sin embargo, pareciera ser superada con la relación íntima que respecto del derecho fundamental de asociación encuentra. Este derecho, contemplado en el artículo 38 constitucional, constituye una derivación de la cláusula general de libertad que, entre otras, permite a los ciudadanos conformar organizaciones reconocidas por el Estado. Cuando estas organizaciones tienen ánimo de lucro o suponen la materialización de proyectos económicos se concretará la libertad de empresa (C-851 de 2013).

La empresa como actividad económica organizada “para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios” (art. 25 C.Co.) se constituye en institución con efectos relevantes en el desarrollo económico y motor del desarrollo social (C-197 de 2012). A partir de esta definición normativa es posible señalar la existencia de dos elementos que enriquecen el contenido de la libertad de empresa y que fueron recogidos por la Corte Constitucional a partir de la definición de Bassols Coma, el

información y consulta de los trabajadores (art. 27 CDFUE), el derecho de negociación colectiva (art. 18 CDFUE) y otras limitaciones genéricas derivadas del reconocimiento y protección de derechos laborales y sociales del Título IV Solidaridad de la CDFUE (2012, pág. 347).

²⁸⁷ Cuestión diferente ocurre en la Constitución Española en donde la libertad de empresa encuentra referente explícito en el artículo 38 (“se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”) que debe interpretarse en armonía con los artículos 128 y 131 constitucionales. A su vez la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) en su artículo 16 la reconoce “de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales”. Al igual que en Colombia, no es un principio absoluto sino está sometido a limitaciones varias que derivan de la protección de otros intereses sociales que son prioritarios.

²⁸⁸ En el mismo sentido Alonso Soto (2005, pág. 31) y la Corte Constitucional que en sentencia C-535 de 1997 señaló que libertad de empresa, libertad económica, actividad económica libre o libre iniciativa privada eran equiparables.

primero de ellos asociado a la libertad de emprendimiento o libre iniciativa —libertad de establecerse o instalarse— y el restante asociado a la organización que de esa iniciativa realiza el emprendedor. No obstante a estos dos deberían sumarse otros adicionales que complementan su ejercicio y permiten su desarrollo, la libertad de dirección (Sabogal Bernal, 2005, pág. 11) —o la libertad de ejercicio de la actividad empresarial— y la libertad contractual²⁸⁹.

Respecto a la libertad contractual ha sido enfática la jurisprudencia de la Corte Constitucional al indicar que aquella es condición e instrumentos para el ejercicio de varios derechos reconocidos por la Constitución, entre ellos menciona la garantía de la propiedad privada (art. 58 C.P.), el libre desarrollo de la personalidad (art. 16 C.P.), el derecho a la libre asociación (art. 39 y 39 C.P.) y los derechos y garantías a que se ha hecho mención que comprenden la libertad económica. El contrato representa el instrumento que permite a los individuos disponer de su patrimonio y obligarse respecto a otros con el fin de satisfacer sus propias necesidades (T-240 de 1993). La libertad con que cuentan los ciudadanos para suscribir contratos, atendiendo a sus propias necesidades y, en todo caso dentro de los límites del bien común y atendiendo al principio de solidaridad, emerge como una reafirmación de la Economía Social de Mercado que encuentra en la libertad contractual, y el respeto que a ella brinde el Estado, un principio estructural que permite materializar condiciones de libre competencia económica.

La empresa, como se ha indicado, como motor de la economía (C-263 de 2013), está afectada por la función social que le impone obligaciones (C-186 de 2011). En esa medida el ejercicio de su acción no se encuentra sujeto solamente a la satisfacción de necesidades individuales sino también respecto del funcionamiento

²⁸⁹ El Tribunal Constitucional español en el mismo sentido ha señalado que el derecho de contratación, la libertad de organización y la libertad de inversión constituyen vertientes de la libertad de empresa (STC 112/2006, de 5 de abril).

del mercado y la economía. Es a través de estas unidades de organización económica que se satisfacen algunas necesidades de los ciudadanos, es a través de ellas que se genera empleo y bienestar y el desarrollo de sus actividades tiene efectos importantes a nivel social y ecológico —en estrecha relación con la función ecológica que le asiste al derecho de propiedad que, lógicamente, es insumo indispensable para el desarrollo de la libertad de empresa—. Es esta simbiosis la que permite predicar de la libertad de empresa una doble condición, como libertad y como función social (T-375 de 1997) que exigen su armonización con fines, valores y principios constitucionales de rango superior. Por ello, a pesar la imposibilidad del Estado para indicar cuáles serán las estrategias, organización interna y dirección de la empresa, si podrá exigir que aquellos sean conciliados cuando se advierta un ejercicio abusivo de aquella.

La perspectiva que ofrece la jurisprudencia colombiana, en cuanto al contenido del derecho a la libertad de empresa, encuentra reflejo en lo expuesto desde la doctrina española por Font Galán, quien respecto al contenido de la libertad de empresa²⁹⁰, ha señalado que esta se descompone en tres dimensiones básicas: libertad para acceder al mercado, libertad de decisión empresarial y libertad de cesación empresarial en el mercado²⁹¹ (1995, pág. 1327). Esta última, sin embargo, debe matizarse por la existencia de limitaciones que puedan tener origen en la ley bien por la posible vulneración del orden público o el interés de terceros o “por la existencia de razones de interés general en la permanencia de la actividad

²⁹⁰ La definición del carácter de la libertad de empresa en España ha tenido una dificultad pues desde la jurisprudencia se ha indicado que es un derecho [(STC 225/1993, de 8 de julio) y (STC 227/1993, de 9 de julio)] y a la vez una garantía institucional [(STC 111/1983, de 2 de diciembre) y (STC 227/1993, de 9 de julio)]. Para Cidoncha Martín esta combinación, que hace el Tribunal Constitucional, debilita a la libertad de empresa como un derecho subjetivo (2009, pág. 157)

²⁹¹ Estas tres previsiones encuentran sustento además en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español que indica que la libertad de empresa cobija el derecho que tiene el empresario para iniciar, mantener o abandonar una actividad económica determinada (STC 84/1993, de 8 de marzo).

empresarial” (López Rodríguez, 2009, pág. 37), como ocurre, por ejemplo, en asuntos de declaratoria de insolvencia o regímenes concursales.

La existencia de este amplio catálogo de libertades permite a los individuos dictarse a sí mismos reglas —imperativas para ellos, pero no jurídicas—, tomar decisiones y generar obligaciones a partir de ellas (Díez Picazo & Gullón, 2001, págs. 369-370), se potencia la responsabilidad que respecto de su proyecto de vida les asiste y se materializa el principio de autorresponsabilidad que pregona la ESM. No obstante, el ejercicio de esta autonomía encuentra claros límites constitucionales en actividades declaradas de interés público (art. 335 y 150 núm. 19 lit. d. C.P.), otras que se constituyen en principios constitucionales —como la dignidad y la igualdad— y en aquellas que desde el derecho privado la limitan —como el respeto por normas de orden público, la moral y la ley— (Largo Taborda, 2012, págs. 26-33).

Considerando estas limitaciones es claro que esta autonomía que se otorga a los ciudadanos supone entre otras la posibilidad de determinar qué tipo de actividad se va a desarrollar²⁹², la forma jurídica en que se va a constituir, la definición de su estructura interna y dirección, la forma en que va a funcionar, además de las condiciones en que será mantenida y adelantada—la libertad de continuar con dicha actividad—en condiciones de libertad e igualdad (libre competencia económica). Bajo esta perspectiva factible es concluir que el ejercicio de esta libertad es amplio, pero atendiendo a la necesidad de procurar la defensa de otros intereses y derechos, encuentra claros condicionamientos²⁹³.

²⁹² Sin embargo el ejercicio de ciertas profesiones de tipo liberal exigen del ciudadano que decide desarrollarlas la acreditación de un título universitario y una tarjeta profesional que legitime su actividad, circunstancia que no supone la anulación del derecho sino la necesidad de controlar el ejercicio de algunas actividades que, ejercidas de manera indebida, podrían generar perjuicios al interés social.

²⁹³ Como señala Viciano Pastor, para el caso español y aplicable al caso colombiano, esta libertad no es una “libertad de autonomía” pues el Legislativo y Ejecutivo cuentan con competencias para intervenir en forma directa o indirecta en el mercado para garantizar la pervivencia del “sistema de

Estos condicionamientos deben hacerse extensivos al ámbito del Derecho Privado, —entre otras por la constitucionalización del Derecho que desde la Constitución de 1991 caracteriza al ordenamiento jurídico— pues aunque muchos individuos que ejercen la libertad de empresa se rigen por normas de derecho privado, el ejercicio de su actividad se encuentra condicionado por la función social que le asigna obligaciones. Los agentes económicos encuentran amplias potestades para determinar el tipo de actividad que van a ejercer y los mecanismos o formas jurídicas que van a asumir, lo que constituye una manifestación de la libertad de dirección que les corresponde, sin embargo la satisfacción de necesidades de la comunidad se confía a las empresas que, además constituyen cimiento importante frente a la creación de empleo y bienestar social, circunstancia que podría limitar esas amplísimas potestades y reducirlas cuando, por ejemplo, se presenten prácticas abusivas de la competencia que lesionen los derechos de otros empresarios o menoscaben derechos de los ciudadanos.

Como señaló la Corte en Sentencia T-375 de 1997, “es posible que en un caso concreto, la negativa de una empresa a contratar, por su absoluta falta de justicia, objetividad, razonabilidad y proporcionalidad, no pueda ya ampararse en el margen amplísimo de discrecionalidad que al empresario garantiza la libertad de empresa,

economía de mercado orientado al interés público” (1995, pág. 27). Por ello es que esta libertad no puede ser entendida en términos absolutos sino como “el derecho a iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial’ cuyo ejercicio está disciplinado por normas de muy distinto orden como ‘las normas sobre ordenación del mercado y de la actividad económica general” (STC 225/1993, de 8 de julio). Es por ello que autores como Rubio Llorente señalan que el núcleo esencial de este derecho estaría dado por la igualdad que tienen todos los agentes económicos que se dedican al mismo género de actividad y así ni el legislador ni los poderes públicos podrían variar el régimen de igualdad en que se encuentran las empresas que desarrollan su actividad en el mismo sector del mercado (1993, pág. 40), sin embargo esta tesis encuentra críticas porque reduce la libertad de empresa a la igualdad (Aragón Reyes, 2013, págs. 640-643). Resultaría acertada la tesis que sostiene De Juan Asenjo (1984, págs. 152-169) y el Tribunal Constitucional Español (STC 84/1993, de 8 de marzo) cuando indican que el núcleo estaría dado por la libertad de acceder, permanecer y retirarse del mercado.

y ello sin duda se presenta cuando se vulneran de manera manifiesta, como se ha dicho, valores o principios constitucionales superiores a la libertad de empresa”.

No obstante, respecto a la libertad para determinar el tipo de actividad económica que se va a ejercer, algunas encuentran restricciones (permisos previos y otros requisitos) que serán legítimas si se encuentran consignadas en una ley de la República (C-1008 de 2008). En materia financiera, bursátil y aseguradora²⁹⁴ la legislación contempla un régimen de permisos y licencias previas²⁹⁵ que condicionan su prestación por parte de cualquier interesado; para los operadores de servicios turísticos que deseen abrir un establecimiento turístico se exige la obtención del Registro Nacional de Turismo como requisito previo para ofrecer dichos servicios²⁹⁶; en el servicio de televisión el titular de la concesión otorgada por el Estado debe ser una sociedad anónima y sus acciones, en los términos del artículo 13 de la Ley 335 de 1996, deben estar inscritas en la Bolsa de Valores; para la prestación del servicio público de transporte terrestre automotor especial²⁹⁷ las empresas interesadas deberán obtener habilitación previa prestación del servicio, en los términos de los artículos 17 y 19 del Decreto 348 de 2015; entre otras tantas.

En este sentido resulta claro que las profesiones y actividades que impliquen un riesgo social y los servicios financieros, bursátiles y aseguradores requieren permiso previo para su ejercicio, circunstancia que no se predica de las demás actividades económicas ordinarias (C-176 de 1996).

²⁹⁴ Comprendida, en el sentido de los artículos 150, 189 y 335 de la C.P. como toda actividad relacionada con el “manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público” (C-1128 de 2008). Para el caso de la actividad financiera ha sido calificada como un servicio público y para las restantes como una actividad de interés público (C-860 de 2006).

²⁹⁵ Consignadas en el Decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero

²⁹⁶ Artículo 13 Parágrafo 2 de la Ley 300 de 1996, Ley General de Turismo.

²⁹⁷ El que se presta a personas “que tengan una característica común y homogénea en su origen y destino” (art. 4 Decreto 348 de 2015). Entre ellas es posible mencionar estudiantes, personas con movilidad reducida, turistas, empleados y particulares que requieran servicio expreso.

Todas ellas suponen efectividad de la dirección de la economía por parte del Estado que en materia de ejercicio de libertades económicas podrá someter a “los actores económicos a un régimen de declaración; a un régimen de reglamentación, mediante el cual se fijan condiciones para la realización de una actividad; a un régimen de autorización previa, que impide el inicio de la actividad económica privada sin que medie un acto de la autoridad pública que lo permita; a un régimen de interdicción que prohíbe ciertas actividades económicas juzgadas indeseables; y a un régimen de monopolio, mediante el cual el Estado excluye para sí ciertas actividades económicas y se reserva para sí su desarrollo sea de manera directa o indirecta según lo que establezca la ley” (C-263 de 2011).

Respecto al núcleo esencial de esta libertad la Corte ha sido enfática en señalar que comprende, entre otros, a) el derecho a un tratamiento igual y no discriminatorio entre agentes económicos que se hallen en la misma posición (T-291 de 1994), b) el derecho para concurrir y retirarse del mercado (C-524 de 1995), c) el derecho a la libre iniciativa privada (C-263 de 2011), d) la libertad de organización y la imposibilidad para el Estado para intervenir en asuntos internos de la empresa u organización del agente económico, e) la libertad para crear establecimientos de comercio, atendiendo a los requisitos que precisa la ley y f) el derecho a recibir un beneficio económico razonable. Sin embargo, respecto a este último es claro que aunque los agentes que concurren al mercado lo hacen en procura de obtener un beneficio económico, el desarrollo de la actividad lleva implícito un riesgo que, asumido por el individuo, no siempre supone la concreción de esta expectativa.

Al igual que respecto a la libertad económica, se revisará, a partir del estudio de la jurisprudencia de la Corte Constitucional el carácter no fundamental *per se* de la libertad de empresa²⁹⁸. La Sentencia fundacional es la T-475 de 1992 que no

²⁹⁸ Para el caso español el debate respecto a la fundamentabilidad del derecho a la libertad de empresa es de vieja data. En un primer momento, y siguiendo su ubicación en la Constitución

reconoce expresamente tal carácter pero reconoce su violación y concede el amparo constitucional respecto a otros derechos. En este caso resulta interesante señalar que, al hacer el análisis de la situación fáctica que origina la revisión, el Tribunal señala que la actuación de la autoridad administrativa²⁹⁹ lesiona el derecho constitucional a la libertad de empresa sin hacer mención expresa a su carácter fundamental ni indicar que procede tutela por conexidad con otros derechos. Las Sentencias SU-182 de 1998, C-486 de 2009³⁰⁰, C-909 de 2012, C-851 de 2013³⁰¹, siguen esta posición, al recordar la imposibilidad de reconocer la fundamentabilidad *per se* de la libertad en mención. Mientras que las Sentencias T-763 de 2005, C-352 de 2009³⁰² y SU-157 de 1999 (que menciona expresamente la libre iniciativa

Española, se apoyó la tesis de que no era un derecho fundamental, sino un derecho constitucional. Sin embargo al considerar que cumple con los requisitos del artículo 53.1 de la C.E. (aplicabilidad directa, reserva legal para la regulación de su ejercicio y núcleo esencial que debe respetar el legislador) se califica como fundamental [(Aragón Reyes, 2013, pág. 621), (Aragón Reyes, 1995, pág. 15), (Aragón Reyes, 1996), (Cidoncha, 2006, pág. 26), y (Rivero Ortega, 2010, págs. 10-13)], para García Vitoria tiene “una fuerte apariencia de fundamentabilidad” (2008, pág. 98). El carácter de fundamental a su vez fue reconocido por el Tribunal Constitucional en Sentencia 112/2006, de 5 de abril de 2006.

²⁹⁹ La autoridad administrativa a la que se hace alusión es la Secretaría de Planeación del municipio de Popayán que, mediante acto administrativo, suspendió la licencia de funcionamiento de un billar. En el caso la Corte advierte violación a los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de escoger profesión u oficio y al trabajo, además de los constitucionales a la libre empresa y libertad económica.

³⁰⁰ Acción pública de inconstitucionalidad en la que se demandó el contenido del artículo 8 de la Ley 1124 de 2007 que obligaba a todas las empresas del sector industrial a contar con un departamento de gestión ambiental dentro de su organización. En el caso la Corte advierte violación al derecho a la libre empresa y condicionó la norma señalando que la obligación no se extendía a micro y pequeñas empresas del sector industrial.

³⁰¹ La decisión revisaba la constitucionalidad de varios artículos de la Ley 1493 de 2011 —por la cual se toman medidas para formalizar el sector del espectáculo público de las artes escénicas, se otorgan competencias de inspección, vigilancia y control sobre las sociedades de gestión colectiva y se dictan otras disposiciones—, que, a juicio del demandante, limitan desproporcionadamente la libertad económica de las sociedades de gestión colectiva de derechos de autor y derechos conexos al ejecutivo funciones de inspección y vigilancia que no encuentran soporte en el artículo de la 189 C.P.

³⁰² En esta sentencia la Corte decidió la constitucionalidad del literal b artículo 2 de la Ley 232 de 1995 —por medio de la cual se dictan normas para el funcionamiento de los establecimientos comerciales— que establece la exigencia de varios requisitos sanitarios para el funcionamiento de establecimientos de comercio abiertos al público. El Tribunal consideró que la libertad de empresa no es un derecho absoluto y que puede encontrar limitaciones legales.

privada como elemento de la libertad de empresa) reconocen la posibilidad de ampararla, sin que le asignen el carácter de fundamental, cuando se advierta conexidad con un derecho fundamental, por lo general la libertad de asociación, el reconocimiento a la personalidad jurídica, el debido proceso y la igualdad.

En este punto resulta indispensable señalar que la posibilidad de conexidad, a la que se ha hecho mención en varias ocasiones, no deriva en la fundamentabilidad de la libertad de empresa. La conexidad permite el amparo de este derecho por estar en íntima relación con un derecho fundamental sin que le atribuya a aquel esta condición, en tal caso se protege el derecho fundamental vulnerado y esta protección permite ampliarla al derecho que no ostenta tal condición (Correa Henao N. R., 2005, págs. 81-82). Es posible predicar la protección, vía acción de tutela, de un derecho no fundamental vía conexidad cuando la vulneración de ese derecho — que no hace parte del núcleo esencial del derecho fundamental— produzca una afectación del derecho fundamental al cuál se ligan (T-799 de 1998). Esto, en estricto sentido supone el análisis de cada caso particular para determinar si en un supuesto fáctico en el que se produce violación de un derecho no fundamental — como la libertad de empresa—, esta genera vulneración del núcleo esencial de un derecho que si es fundamental.

La línea jurisprudencial permite colegir, sin variaciones importantes o modificaciones en el precedente, que la libertad de empresa no ostenta el carácter de fundamental y salvo en casos precisos de conexidad con un derecho fundamental podrá ser objeto de acción de tutela³⁰³. Esta conclusión resulta

³⁰³ A diferencia de lo que sostienen Quiroga y Ruíz quienes al hacer el análisis jurisprudencial respecto de la misma libertad señalan que la argumentación de la Corte permite predicar la iusfundamentabilidad (2012, pág. 117). Debe precisarse que la revisión hecha por los autores supone análisis de algunas sentencias que no estudian en concreto la libertad de empresa sino la libertad económica (diferentes por las razones expuestas anteriormente) y la atribución de tal carácter a partir de la conexidad no es precisa.

relevante para determinar los mecanismos de protección de esta libertad en caso de vulneración o amenaza de vulneración: no serán acciones constitucionales las procedentes sino procederán acciones judiciales o administrativas, salvo la consideración expuesta anteriormente. Sin embargo, todas las sentencias reconocen el carácter limitado de este derecho, la existencia de obligaciones a cargo de su titular —considerando la función social que le corresponde y la “consulta de los intereses públicos puestos en juego” (C-100 de 2005)— además de la posibilidad que asiste al legislador para limitarlo —o incentivarlo— cuando así lo exijan el interés social, el patrimonio cultural de la Nación y el medio ambiente.

Hasta ahora se ha indicado la posibilidad de intervención del Estado en la economía orientada a limitar, restringir o restringir la libertad económica en general, y para el caso en concreto la libertad de empresa, sin embargo, el Estado puede tener interés en potenciar algún sector o favorecer la industrialización de alguna región a través por ejemplo de “créditos de fomento, exenciones tributarias, garantías, autorizaciones especiales, facilidades crediticias y cambiarias, contratos-programa, premios, inversiones en el capital social, etc.” (C-697 de 2008) (C-254 de 1996) que, si encuentran soporte en la ley, garantizan los derechos fundamentales de las personas, la prevalencia del interés general, no suponen erogación fiscal en favor de un particular sin la obligación de contraprestación a su cargo ni generan transferencias de recursos a particulares sin posibilidad de control posterior, no supondrán violación a ningún derecho y en consecuencia se ajustarán a la Constitución.

1.2 Libertad sindical

Durante el periodo 1930–1932 Colombia experimentó los embates más fuertes de la Gran Depresión, motivando al entonces presidente Enrique Olaya Herrera (1930-1934) a adoptar una serie de medidas de orden económico —sugeridas por Edward Kemmerer— que beneficiaron a la industria colombiana, la producción local de

alimentos, los precios de la tierra, la sustitución de importaciones y a los trabajadores —todas ellas apuntaban a un enorme proteccionismo nacional—. Respecto a estos últimos la promulgación de la Ley 83 de 1931³⁰⁴ protegió el derecho que les asiste para constituir sindicatos, reforzando esta disposición con la declaratoria de la disolución de sindicatos como delito (Henderson, 2006, pág. 256). No obstante esta normativa interna fueron instrumentos internacionales los que impusieron al Estado obligaciones respecto a la protección de la libertad sindical que posteriormente fueron sustrato para la incorporación y protección de la misma en la Constitución de 1991.

En el ámbito internacional, el Convenio Número 87 de 1948 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación de la Organización Internacional del Trabajo —OIT—³⁰⁵ reconoce a la libertad sindical como un derecho fundamental que forma parte integral de la democracia. A este se suman el Convenio Número 98 sobre el derecho de sindicación y negociación colectiva³⁰⁶, el Convenio Número 151 sobre la protección del derecho de sindicación³⁰⁷ y el Convenio Número 154 sobre negociación colectiva³⁰⁸. Todos estos instrumentos reconocen la importancia de dicha libertad como herramienta para “fomentar la productividad, las medidas de compensación en los programas de ajuste y la paz laboral, y propiciar el reparto de los beneficios del crecimiento” (O.I.T., 2004).

³⁰⁴ Con antelación a la expedición de esta ley no es posible señalar que en Colombia existiese una verdadera estructura sindical, como señala Pécaut hasta 1930 solo 94 sindicatos habían sido legalmente reconocidos y de ellos muy pocos estaban en actividad y los restantes no tenían, en estricto sentido, una estructura sindical, eran más asociaciones, patronatos o sociedades, que no revestían el carácter de obreras o artesanales (2001, págs. 233-235).

³⁰⁵ Ratificado por la Ley 26 de 1976.

³⁰⁶ Ratificado por la Ley 27 de 1976.

³⁰⁷ Ratificado por la Ley 411 de 1997.

³⁰⁸ Ratificado por la Ley 524 de 1999.

Estos Convenios han sido incorporados en Colombia al bloque de constitucionalidad³⁰⁹, en desarrollo del mandato de los artículos 4, 53, 93 y 94 C.P., y enriquecen el contenido del artículo 39 de la C.P. que reconoce esta libertad al señalar que “los trabajadores y empleadores tienen derecho a constituir sindicatos o asociaciones, sin intervención del Estado”. Respecto a los Convenios 87 y 98 la Corte ha ido más allá señalando que “constituyen normas principales y obligatorias dentro del ordenamiento jurídico [...] se encuentran al mismo nivel de la Constitución, por lo que sirven de referente obligatorio en la interpretación de los derechos de los trabajadores para dar plena efectividad a las libertades sindicales, la protección de los trabajadores y el derecho al trabajo” (C-018 de 2015).

El desarrollo que ha tenido esta libertad en el ámbito jurisprudencial ha sido abundante, permitiendo a la Corte Constitucional construir una línea jurisprudencial uniforme respecto al contenido de este derecho y sus limitaciones. Se ha comprendido que la libertad sindical es la “facultad autónoma para crear organizaciones sindicales, ajena a toda restricción, intromisión o intervención del Estado que signifique la imposición de obstáculos en su constitución o funcionamiento” (C-621 de 2008). Además de ser un derecho fundamental que constituye una vertiente del derecho de libre asociación (art. 38 C.P.) se reconoce como un derecho subjetivo con un carácter voluntario (decisión de una persona para hacer parte), relacional (es un derecho subjetivo de carácter individual que se ejerce en compañía de otros individuos) e instrumental (creado bajo la base de un núcleo jurídico necesario para obtener fines determinados) (T-441 de 1992). A estas características se suma su calificación como derecho colectivo que le permite al sindicato, una vez constituido, regir su destino de manera soberana.

³⁰⁹ La incorporación de estos Convenios al bloque de constitucionalidad es visible en las Sentencias T-568 de 1999, C-401 de 2005, C-567 de 2000 y C-018 de 2015.

Estas razones han conducido a la Corte a determinar que el núcleo esencial del derecho a la libertad sindical estaría compuesto por a) el derecho de todo trabajador —sin discriminación alguna— para asociarse —afiliarse o retirarse— libremente en organizaciones que comparten y defienden intereses comunes (C-797 de 2000); b) el derecho a determinar, por parte del sindicato, sus condiciones de constitución, organización y funcionamiento —sin infringir la legalidad ni los principios democráticos— sin que el Estado pueda intervenir en ellos (se les otorga entonces la mayor autonomía posible impidiendo a las autoridades públicas adoptar determinaciones orientadas a obstaculizar el disfrute de dicho derecho) (C-674 de 2008); c) la libertad de asociación salvaguarda a la colectividad protegiéndola de los derechos subjetivos e intereses personales de los trabajadores (en caso de controversia prevalecerán aquellos) y; d) solo a través de orden judicial puede disolverse o cancelarse la personería jurídica del sindicato (art. 4 Convenio 87 O.I.T.) (C-180 de 2016).

En el sistema de Economía Social de Mercado el trabajo, como institución que dignifica — al contribuir a la realización del proyecto de vida personal—, permite al individuo percibir un salario y facilita el acceso al mercado —en donde aquel demanda bienes y servicios necesarios para la satisfacción de buena parte de sus necesidades—, se enriquece con la libertad sindical que faculta a los trabajadores —unidos en defensa de sus intereses comunes— para participar en la determinación de las condiciones en las que se desarrolla el contrato de trabajo con el fin de mejorar sus condiciones (Frescina, 2014, pág. 65). Los sindicatos, al igual que los partidos políticos y las organizaciones sociales enriquecen la democracia (Garzón, 1991, pág. 11) al permitir al extremo débil de la relación laboral participar de la gestión democrática de las empresas, involucrarse en la dirección de su propio destino y otorgarles a su vez, la responsabilidad, de informarse para poder tomar decisiones. Las discusiones amplias y abiertas que se generan al interior de estos colectivos fortalecen los procesos de desarrollo y mejora el gobierno de las empresas al potenciar el dialogo y hacer más transparentes y abiertos los procesos

de decisión. Estas asociaciones fomentan, a su vez, la solidaridad —principio característico del E.S.D. — al generar espacios en los que las personas pueden cooperar para conseguir mejoras en su condición laboral. La posibilidad de intervenir en esta gestión materializa el principio de redistribución económica del capital que socializa los beneficios de la empresa trasladando parte de ellos a los trabajadores como elemento claro de justicia social.

Como manifestación del principio de autorresponsabilidad que asiste a los individuos es posible señalar que el empoderamiento que los sindicatos otorgan a los trabajadores respecto a la necesidad de su participación en el proceso de toma de decisiones en las empresas de que hacen parte fortalece a la sociedad civil, impulsa procesos participativos y promueve el bien público; sin embargo el papel más importante que desempeñan los sindicatos en el desarrollo sostenible y equitativo está relacionado con el concepto “desarrollo social” a través del cual una sociedad “puede resolver pacíficamente los conflictos y abordar amistosamente las preocupaciones comunes cuando los intereses difieren” (Stiglitz, 1999, pág. 10), además de constituirse en fuente de poder contrarrestante respecto de los abusos de poder económico. Resulta claro que los sindicatos constituyen factores de poder al interior de la sociedad civil y deben hacer parte del proceso de toma de decisiones. La negociación colectiva, derivada de la libertad sindical, permite arribar a soluciones pacíficas aproximando a los extremos de la relación laboral.

La gobernanza del mercado laboral se fomenta con la existencia de organizaciones de trabajadores y de empleadores fuertes e independientes que, a través de procesos de negociación colectiva, alcanzan soluciones favorables en escenarios iniciales de conflicto. Para que esta situación se materialice se requiere “un entorno habilitante y propicio” que “presupone esencialmente la existencia de un marco legislativo, que brinde la protección y garantías necesarias, prevea instituciones destinadas a facilitar la negociación colectiva y resolver los conflictos que puedan presentarse, garantice una administración de trabajo eficiente y, factor de suma

importancia, potencie la existencia de organizaciones de trabajadores y de empleadores sólidas y eficaces” (O.I.T., 2008, págs. 5-6).

1.3 La libre competencia económica

Cuando se indicó que la libertad económica es un género de las libertades económicas (C-032 de 2017) se mencionó a la libre competencia como derecho de contenido económico indispensable para el ejercicio de las demás libertades y no solamente de aquellos de carácter económico. Por tratarse de un derecho y principio con características particulares su análisis será abordado a continuación.

2. LA LIBRE COMPETENCIA ECONÓMICA Y SU RÉGIMEN CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA

Como principio estructurante del sistema constitucional de Economía Social de Mercado la Norma Fundamental de 1991 reconoció expresamente su carácter como derecho que posteriormente fue ratificado por la jurisprudencia constitucional y su naturaleza jurídica ampliada para, poder ser reconocido como un principio constitucional y como un derecho individual y colectivo. Y aunque dicho reconocimiento, a diferencia del ordenamiento constitucional español, facilita su estudio su desarrollo histórico experimentó momentos diversos que serán desarrollados a continuación como prolegómeno para su estudio en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

2.1. La libre competencia económica en la legislación colombiana: Antecedentes

Hasta finales del siglo XX los países latinoamericanos habían expedido leyes de competencia en su normativa interna pero estas no habían tenido efectos relevantes debido, especialmente, a la aplicación del modelo proteccionista que había

promovido la Comisión Económica para América Latina y el Caribe —CEPAL—³¹⁰. A partir de dicho modelo la existencia de fuertes medidas arancelarias distanció a los mercados de esos países de prácticas competitivas, circunstancia que mantuvo al desarrollo industrial y empresarial distante de la cultura de la competitividad respecto de la cual estaba protegido. La pretensión de estas medidas era proteger a la economía nacional y sus productores de la competencia internacional con el fin de que la industria interna creciera antes de que se produjera un proceso de apertura o inserción en el mercado internacional.

Este modelo suponía la prestación por parte del Estado de múltiples actividades consideradas estratégicas, como los servicios públicos bajo regímenes monopolísticos que no suponían en todos los casos condiciones de eficiencia (Miranda Londoño & Márquez Escobar, 2004, pág. 86). El problema con este tipo de proteccionismo es que propició actividades de búsqueda de rentas además de una estructura económica rígida que dificultaba una reacción pronta frente a los cambios económicos internacionales, acompañada de una estructura interna de financiación del proteccionismo que privilegiaba a los actores políticos con mayor peso en desmedro de amplios sectores sociales de la población, generando marcadas condiciones de desigualdad en el ingreso (Talavera & Armijo, 2007, pág. 92).

³¹⁰ Como advierten Nahón, Rodríguez y Schorr la CEPAL, que surgió formalmente en el año 1948, “[...] asumió una decisiva gravitación en el nivel regional, no solo porque racionalizó o teorizó ciertos procesos que estaban transitando la mayoría de los países latinoamericanos, sino también, y en gran medida derivado de lo anterior, porque pasó a ser clave en la recomendación de políticas con el propósito de que los países de la región pudieran salir de la situación de atraso —en lo económico, en lo político y en lo social— en la que se encontraban” (2006, pág. 331). El tránsito del modelo cepalino de sustitución de importaciones a un modelo comercial constituía el fundamento de una política de transformación macroeconómica que exigía el fortalecimiento de los regímenes de competencia en los países de la región (Álvarez - Londoño, 2008, pág. 251).

Estas razones, aunadas al alto financiamiento externo de los años 70, contribuyeron al desequilibrio macroeconómico de la década siguiente, poniendo de presente el “desgaste e inoperante modelo de sustitución de importaciones, basado en las exportaciones y en un modelo de desarrollo centro-periferia” (Martínez Rangel & Soto Reyes Garmendía, 2012, págs. 40-41), generando para los países latinoamericanos recesión económica generada por su altísima deuda externa originada en los altos niveles de los tipos de interés³¹¹.

Ante esta situación era claro que las políticas proteccionistas y el papel preponderante del Estado en el manejo y dirección de la economía debía ser revaluado. Desde EE.UU. se impuso la tesis de la necesidad de un modelo económico estable, abierto y liberalizado, caracterizado por la apertura y la disciplina macroeconómica y en donde se revitaliza el poder de las fuerzas del mercado (Albala-Bertrand, 2006, pág. 168), conocido como el Consenso de Washington³¹².

La adopción de este modelo tuvo fuertes implicaciones en Colombia, es posible advertir que la Constitución de 1991 adoptó varios de sus postulados y se produjo

³¹¹ El detonante de esta crisis fue la declaración de México, en agosto de 1982, de moratoria de su deuda ante la escasez de sus reservas y la imposibilidad de pedir préstamos adicionales. A partir de esta declaratoria los demás países de América Latina iniciaron un periodo conocido como la “crisis de la deuda”. Argentina, Chile, Venezuela, Brasil, México, Perú y Colombia vieron crecer su deuda, entre los años 70 y 80, en promedio siete veces, mostrando el fracaso de sus modelos de desarrollo económico (Kuczynski, 2003).

³¹² El profesor John Williamson en noviembre de 1989 participó en el Instituto Internacional de Economía con la conferencia “*Latin America adjustment: how much has happened?*” que exponía las principales reformas necesarias para restablecer el crecimiento económico de los países latinoamericanos. Economistas y representantes de organismos internacionales acordaron un listado de diez instrumentos de política económica que deberían adoptar estos países para superar la difícil situación económica por la que atravesaban. Esos instrumentos fueron, 1) disciplina fiscal, 2) reordenación de las prioridades de los gastos públicos, 3) reforma tributaria, 4) liberalización de las tasas de interés, 5) tipo de cambio competitivo, 6) liberalización del comercio, 7) liberalización de la inversión extranjera directa, 8) privatización, 9) desregulación y 10) derechos de propiedad. (Williamson, 2003). Las primeras cinco medidas apuntaban a la estabilización de la economía y las restantes a una drástica reducción del tamaño del Estado.

un desarrollo nutrido de la normativa promotora de la competencia aunada a la relevancia que asumieron las instituciones encargadas de su promoción y protección. Resulta evidente que en el entorno de procesos de liberalización y apertura económica un marco normativo claro resulta prevalente para garantizar el adecuado funcionamiento del mercado, promover y proteger la competencia, brindar garantías a la inversión extranjera y proteger a los consumidores³¹³.

A partir de la política de apertura y liberalización que experimentó la economía colombiana a partir de la década de los 90³¹⁴, cobró especial importancia el marco normativo que prohíbe las prácticas restrictivas de la competencia, los actos de competencia desleal y los abusos de posición dominante como prácticas violatorias del derecho a la libre competencia económica constitucionalmente reconocido³¹⁵.

³¹³ Múltiples autores han criticado la eficacia de la implementación de las políticas del Consenso de Washington y el neoliberalismo que supuso en materia socio-económica, entre ellos es posible mencionar a Ocampo (2005), Estrada Vélez (2005) y Restrepo Botero (2003). En el caso de América Latina puede indicarse que la brecha entre pobres y ricos se ha hecho más grande llevando al mismo Williamson, en el año 1998, a hacer una revisión profunda de su versión original y plantear diez principios adicionales, 1) ajustes en la política fiscal, 2) transformación estructural de las instituciones públicas, 3) sistema tributario progresivo, 4) flexibilidad del mercado laboral, 5) creación de reservas internacionales, 6) códigos y estándares financieros, 7) apertura prudente de la cuenta de capital, 8) regímenes de tipo de cambio no intermediados, 9) *redes de seguridad social* y 10) *reducción de la pobreza* (Benecke & Nascimento, 2012). Estos dos últimos se incorporaron al reconocer que el inicial se desligó de la promoción de condiciones de equidad en buena parte de los países en que se puso en marcha (la tasa de pobreza en América Latina, para el año 2014, se situó en el 28,2% (168 millones de personas) y la tasa de indigencia alcanzó al 11,8% del total de la población (70 millones), para el 2015 la tasa de pobreza se situó en el 29,2% y la de indigencia en el 12,4% (CEPAL, 2015); los restantes apuntan al fortalecimiento de las instituciones.

³¹⁴ Durante el gobierno del presidente Virgilio Barco (1986-1990) problemas recurrentes derivados del debilitamiento de la industria cafetera, retraso de algunos sectores de la industria, economía vinculada al narcotráfico y el inusitado crecimiento del sector financiero pusieron de presente la necesidad de introducir el Programa de Modernización de la economía colombiana (1990) a través del cual se introducían lineamientos del Consenso de Washington y comenzaba, desde el punto de vista económico, una política de neoliberalismo en el país. Estos lineamientos, posteriormente, se consolidarían como política económica de Estado durante la administración de Cesar Gaviria (1990-1994) que bajo el lema de apertura económica y modernización del Estado, como indica Estrada Álvarez suponían el contraste visible en que “a una economía cerrada debía oponérsele una economía abierta, a un Estado atrasado y arcaico debía oponérsele un Estado moderno” (2006, pág. 255).

³¹⁵ Esta alusión, sin embargo, no desconoce el reconocimiento que en el marco de la Constitución de 1886 se hizo respecto del derecho a la propiedad, la libertad de escoger profesión y oficio, la

Esta normativa, sin embargo, resulta reducida en número y puede dividirse en dos periodos claramente definidos, el primero de ellos inicia con la Ley 155 de 1959³¹⁶ “por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas” y culmina con el Decreto 2153 de 1992 (art. 2, núm. 1) por el que se expiden “normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas”; el segundo se inaugura con el Decreto en mención y se prolonga hasta la actualidad (Miranda Londoño, 2016, págs. 263-264). En el interregno de estos periodos se proclamó la Constitución de 1991 que tiene una relevancia significativa al incorporar como principio y derecho la libre competencia económica reafirmando, una vez más, la materialización de la ESM como sistema económico constitucional colombiano.

Como se advirtió con antelación uno de los elementos fundamentales de un sistema de Economía Social de Mercado es la garantía de la libre competencia. “La prosperidad mediante la competencia” (Erhard L. , 1957, pág. 25) es uno de los postulados que garantizan el bienestar para todos y materializan el sistema *sub examine*. En el sistema en mención la libre competencia registra especial importancia pues confía en el mercado como institución eficiente al momento de producir intercambio de bienes y servicios y permitir que los agentes económicos — independientemente de su naturaleza— puedan concurrir a él en condiciones de igualdad, para ofrecer bienes y servicios diversos y los consumidores podrán tener libertad para escoger entre todos ellos aquel que satisfaga de mejor manera sus intereses.

libertad de asociación, la libertad de empresa y la posibilidad de intervención del Estado en la economía. La dirección general de la economía a cargo del Estado que le faculta a intervenir permite comprender la existencia de una normativa protectora de la competencia y de las libertades de contenido económico necesarias para el funcionamiento de un modelo de economía de mercado.

³¹⁶ No obstante esta mención, aceptada en general por la doctrina, Palacios Lleras y Gutiérrez Rodríguez reconocen en el Decreto 2061 de 1955 el “origen militar del derecho a la libre competencia” (2015, pág. 153). Este decreto de corta extensión (5 artículos) estableció los lineamientos generales del Derecho de la competencia que continúa hasta nuestros días.

2.1.1. Primer periodo

La adopción de la Ley 155 de 1959 constituyó la primera norma que incorporó un marco sancionador de las prácticas restrictivas de la competencia, independientemente de que la misma no estuviera reconocida como un derecho por la Constitución de 1886³¹⁷. El artículo 1 de esta disposición consigna una cláusula general de prohibición de todas las prácticas restrictivas de la competencia en una clara aproximación a la disposición general que consigna la *Sherman Act* que permite calificar a esta norma como de carácter subjetivo e intencional. Ese carácter se evidencia en el hecho de castigar la tentativa —es una norma de tipo criminal— independientemente de que el acto pueda generar un efecto anticompetitivo en el mercado (Flint, 2002, pág. 867) circunstancia que a su vez identifica el carácter *ex ante* de la norma y que propende por una aplicación ágil y preventiva de la misma sin tener que esperar la realización de efectos nocivos para la competencia y perjudiciales para los consumidores. La intención de la norma resulta promotora de los derechos e intereses generales y no de pretensiones individuales de cualquier agente económico.

Siguiendo la teleología de este primer avance normativo el Gobierno nacional —en desarrollo de las facultades extraordinarias que le otorgó el artículo 20 transitorio de

³¹⁷ Agudelo Villa, ministro de Hacienda y Crédito Público del gobierno de Alberto Lleras Camargo, propuso al Congreso el proyecto de ley en mención y en su Exposición de Motivos señaló “bien entiende el gobierno que el estatuto sobre prácticas restrictivas es imperfecto y que la discusión de él en el Congreso puede mejorarse con la incorporación de sanciones a otros hechos que se consideren lesivos de la libre competencia. El ánimo del ejecutivo es únicamente el de iniciar en el país el proceso legislativo tendente a impedir prácticas restrictivas, y a garantizar la real operancia de la fuerza competitiva, que considera de utilidad social, porque protege los intereses de los consumidores y evita los abusos de poder, emanados de las combinaciones impersonales y de las concentraciones monopolísticas, fuera de que la competencia es el más eficaz instrumento para promover el desarrollo tecnológico” (Agudelo Villa, Sin fecha).

la Constitución de 1991— expidió el Decreto 2153 de 1992³¹⁸. Para este cometido tuvo en cuenta las recomendaciones de una comisión canadiense encabezada por el Prof. Shyam Khemani, con fuerte influencia de los artículos 81 y 82 del Tratado de Roma, que no solamente reconocen una prohibición genérica de las prácticas restrictivas de la competencia sino que definen expresamente algunas conductas y señalan, no de manera taxativa, las conductas calificadas como contrarias a la libre competencia económica (prácticas restrictivas de la competencia, actos de competencia desleal y abuso de posición dominante, además de regulación para integraciones empresariales).

³¹⁸ El Decreto en mención establece las conductas y comportamientos que se consideran susceptibles de distorsionar la competencia. Un primer grupo se encuentra en el artículo 47 que señala que serán contrarios a la libre competencia, entre otros, los acuerdos que tengan por objeto o como efecto, a) fijar directa o indirectamente los precios de los bienes y servicios, b) determinar las condiciones de venta o comercialización que resulten discriminatorias para terceros, c) repartir mercados entre productores o distribuidores (u otro agente dentro de la cadena de comercialización), d) asignar cuotas de producción o suministro, e) asignar, repartir o limitar fuentes de abastecimientos de insumos productivos, f) limitar desarrollos técnicos, g) subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales que no constituyan objeto del negocio, o los acuerdos para lograr ventas atadas, h) abstenerse de producir un bien o un servicio o afectar sus niveles de producción, i) coludir en licitaciones o concursos públicos, j) impedir a terceros el acceso a los mercados o canales de comercialización; un segundo grupo se encuentra en el artículo 50 del Decreto que prohíbe el abuso que un agente económico pueda hacer de su posición de dominio en el mercado, señalando que este se producirá cuando a) se disminuyan los precios por debajo de los costos, b) se apliquen condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes, que coloquen a un consumidor o proveedor en situación desventajosa o desfavorable respecto de otro productos o consumidor en condiciones similares, c) la subordinación del suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales que no constituían objeto del negocios, d) la venta a un comprador en condiciones diferentes a las que se ofrecen a otro comprador cuando la intención sea disminuir o eliminar la competencia, e) vender o prestar servicios en alguna parte del territorio nacional a un precio diferente del ofrecido en otra, cuando la intención o efecto sea disminuir o eliminar la competencia sea en esa parte del país (siempre que el precio no corresponda a la estructura de los costos de transacción); y un tercer grupo encuentra su fuente en el artículo 48 y señala que serán contrarios a la libre competencia aquellos actos que a) infrinjan normas de publicidad contenidas en el estatuto de protección del consumidor, b) influencia a una empresa para que incremente los precios de sus productos o servicios o para que desista de su intención de rebajarlos, c) negarse a vender o prestar servicios a una empresa o discriminarla como una retaliación a su política de precios y d) obstruir o impedir a terceros el acceso a los mercados o canales de comercialización.

El Decreto en mención difiere de la Ley que lo antecede al imprimir un carácter objetivo que no obstante se aproxima a aquella al continuar con su impronta *ex ante*. El carácter objetivo establece una clara diferencia, respecto de su predecesora, al permitir que la aplicación de la norma no dependa de la acreditación de la intención de autor de la conducta por restringir la competencia.

2.1.2. Segundo periodo

A partir de comienzos de la década de los 90, como se mencionó con antelación, la política de liberalización produjo modificaciones importantes en los servicios públicos e introdujo diversidad de organismos reguladores, en sectores como agua potable y saneamiento básico, energía y gas combustible y telecomunicaciones — Ley 142 de 1994—, con atribuciones para reforzar la competencia y evitar prácticas monopolísticas, reforzados posteriormente con la creación de otras comisiones como la de salud³¹⁹. El problema con dichas comisiones reguladoras se generó al descentralizar en todas ellas la aplicación de políticas de competencia permitiéndoles aplicar sanciones por actos lesivos de la libre competencia, existía entonces dispersión en la regulación.

Esta descentralización regulatoria derivó en la necesidad de una segunda reforma, en el año 2009, con la pretensión de renovar “el sistema de protección de competencia para mejorar así la inversión y el clima empresarial del país” (OCDE - BID, 2009, pág. 7). Esta reforma se reflejó en la Ley 1340³²⁰ del mismo año que

³¹⁹ En la actualidad solo persisten las comisiones que creó la Ley 142 de 1994 aunque es posible que entre ellas puedan surgir diversos conflictos debido a “incertidumbres jurídicas, por ejemplo, como quien tiene jurisdicción o si existe una interpretación jurídica discordante entre reguladores. En ambos casos los conflictos podrían llevar a que se disponga de demasiados conocimientos especializados para manejar el asunto [...] o también podría reflejar la falta de competencia para resolverlo” (OCDE, 2014, pág. 64).

³²⁰ Esta norma se divide en seis Títulos, el primero titulado “Disposiciones Generales”, el segundo “Integraciones Empresariales”, el tercero “Prácticas restrictivas de la competencia”, el cuarto

radicó en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio —SIC³²¹— la competencia exclusiva para aplicar normas de competencia en todos los sectores, con algunas excepciones en materia agropecuaria, aeronáutica y financiera³²² — eliminando la dispersión en materia de autoridades regulatoria de la normativa anterior— e introdujo modificaciones importantes respecto a sus predecesoras³²³.

Esta unificación se produjo habida cuenta de la necesidad de agrupar en una sola autoridad esta competencia, al considerar que la protección de la libre y leal competencia económica constituye un régimen que es transversal a todos los sectores de la economía, con independencia del servicio de que se trate, circunstancia que permite evitar la aplicación de criterios jurídicos y económicos diferenciados —dependiendo de la autoridad hasta ese momento competente dependiendo de cada sector de la economía—, generando así mayor seguridad jurídica al asignar a la SIC —autoridad con un conocimiento técnico del régimen de libre competencia— la competencia exclusiva. Sin embargo, y como señala de la Cruz (2010, pág. 97), esta labor de la SIC se ejercerá con el respaldo técnico que

“Disposiciones Procedimentales”, el quinto “Régimen sancionatorio” y el sexto “Disposiciones complementarias”.

³²¹ La Superintendencia de Industria y Comercio es un organismo de carácter administrativo adscrito al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, dotado de independencia administrativa, financiera y presupuestal. Para temas de competencia cuenta con una Delegatura para la Promoción de la Competencia responsable de la protección de la competencia con competencia para investigar, corregir y sancionar las prácticas comerciales restrictivas de la competencia.

³²² En materia de control previo de operaciones de integración empresarial, en el sector financiero y de operadores aeronáuticos, la competencia le corresponde a la Superintendencia Financiera y a la Aeronáutica Civil respectivamente (Archila Peñalosa, 2010, págs. 11-13).

³²³ Entre otras es posible mencionar los mecanismos especiales de intervención estatal en el sector agricultura, la integración de las normas del régimen general de libre competencia con otros sectores que disponen de regulación específica (servicios públicos domiciliarios; sistema financiero, bursátil y asegurador; puertos y transportes y seguridad social en salud), modificó los umbrales para concentraciones empresariales, aumentó la participación de terceros en investigaciones de prácticas restrictivas de la competencia y en el trámite de concentraciones empresariales, modificó el término de la facultad para sancionar que aumentó de 3 a 5 años la capacidad sancionatoria de la SIC, incorporó un régimen de delación (beneficios por colaboración con la entidad) y clemencia, aumentó sustancialmente las sanciones a imponer y fortaleció la abogacía de la competencia y la colaboración armónica entre entidades estatales.

ofrecen las autoridades regulatorias, de control y vigilancia de sectores varios de la economía que cuenten con organismos expertos e información especializada de cada sector.

La facultad que tuvo el legislador para expedir esta disposición y permitir la unificación de autoridades encuentra soporte en la sentencia C-1344 de 2000 que al respecto señaló que “dentro del marco de la Carta el legislador es libre de establecer la autoridad pública encargada de velar por el estricto cumplimiento de las normas legales en punto de la libre y leal competencia económica. La atribución de competencias, judiciales o administrativas, en esta materia, no está predeterminada por la Constitución. Puede, por tanto, el legislador concentrar un cúmulo de competencias en un organismo público - v.g. Superintendencia de Industria y Comercio -, o según su afinidad y objeto, distribuir las entre varias autoridades. // En todo caso, la competencia económica libre y leal, como principio constitucional y legal, como objeto del derecho, tiene autonomía y admite ser tratado con independencia del régimen de los diferentes servicios o actividades económicas”

No obstante, con antelación al año 2009, el Congreso había aprobado la Ley 256 de 1996 que incluyó un completo régimen de actos de competencia desleal que perfeccionó el marco regulatorio y sancionador en materia de actos y prácticas lesivas de la libre competencia. Este esquema normativo se ha visto reforzado a nivel comunitario por la Decisión 608 de 2005 de la Comunidad Andina de Naciones —CAN— aplicable a conductas que presenten dimensión comunitaria —en un esquema similar al propio de la Unión Europea— que sanciona conductas restrictivas de la libre competencia (art. 7) y abusos de posición de dominio (art. 8).

2.1.1.1 La *rule of reason* y la regla *per se* en el marco normativo de protección de la competencia económica

La estructura normativa en materia de protección a la libre competencia permite deducir la aplicación de dos diferentes sistemas de análisis en las investigaciones que se adelantan por conductas restrictivas: la *rule of reason* y la regla *per se* o test de razonabilidad (Botero Restrepo, 2002, pág. 121). La *rule of reason* le permite a la SIC tomar en cuenta el mercado relevante³²⁴, la naturaleza, propósito y efectos de la conducta además de un balance de los efectos pro competencia y anticompetencia que la conducta pudiera haber generado con el fin de establecer si el resultado constituye una violación de la cláusula general de prohibición —en caso que la conducta a investigar no se encuentre relacionada dentro del listado específico que consigna la norma—. La regla *per se*, por el contrario, se aplica a las conductas que específicamente son descritas por la normativa y que por su tipicidad implican la acreditación de sus elementos sin miramiento alguno a factores adicionales por parte de la autoridad investigadora.

La combinación de estas dos reglas resulta pertinente para un sistema económico en el cual la protección de la libre competencia deviene en imprescindible para garantizar la eficacia del modelo de Economía Social de Mercado. Al reprimir y sancionar todas aquellas conductas que pudieran falsear o restringir la competencia considerando las condiciones de tipicidad de la norma, además de los actos que, aun sin ser típicos, pudieran enmarcarse en la cláusula general, se otorga un

³²⁴ Botero Restrepo al respecto indica que el mercado relevante es “el mercado en el que una empresa se dice que es capaz de controlar precios o restringir la competencia [...] la jurisprudencia norteamericana se centra en dos factores que generalmente definen mercado relevante: la disponibilidad de bienes y servicios sustitutos y el potencial de asegurar la oferta de otras áreas” (2002, pág. 79).

amplísimo marco de protección que cobija todas aquellas conductas o prácticas que pudieran considerarse contrarias a la leal y libre competencia.

El verdadero ejercicio del derecho a la libertad de empresa encuentra su satisfacción solo en aquellos mercados en los que la libre competencia resulta ser una constante, además el consumidor resulta ser el principal beneficiado con esta normativa³²⁵ al poder concurrir al mercado sin la presencia de agentes económicos que ejerzan abusivamente su posición de dominio, determinen las condiciones en que aquel debe funcionar, falseen la información necesaria para la toma de sus decisiones y vean limitadas sus posibilidades de elección de bienes y servicios en provecho de algunos pocos con poder de mercado. Son estas condiciones las que permiten predicar que el ejercicio del derecho a la libre competencia con un marco normativo claro e instituciones fuertes, aunado al ejercicio del derecho a la libertad de los agentes económicos para concurrir al mercado en condiciones de igualdad convergen de “modo indisoluble para propiciar escenarios de prosperidad económica” (Palma Martos, 2006, pág. 34).

Los agentes económicos que encuentran un mercado que funciona de acuerdo a leales y correctas prácticas de competencia tendrán que desplegar toda su planeación con el fin de atender a las señales que le ofrece el mercado para así responder de manera eficaz a las estrategias de las compañías rivales. Los competidores ineficientes, en el marco del principio de responsabilidad, saldrán del mercado sin necesidad de prácticas restrictivas o actos de competencia, el mercado

³²⁵ Al tenor de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo —UNCTAD— “el objetivo último tanto de la política de defensa de la competencia como de la de protección del consumidor es mejorar el bienestar de este. Ambas políticas tienen por objeto lograr que los mercados funcionen de manera eficaz y corregir sus deficiencias, pero ambas lo abordan desde perspectivas diferentes. La política de la competencia se centra en el lado de la oferta del mercado y con ella se pretende conseguir que los consumidores puedan elegir entre opciones adecuadas y asequibles, mientras que la política de protección del consumidor se centra en las cuestiones relativas al lado de la demanda y con ella se busca que los consumidores puedan ejercer de manera efectiva su capacidad de elegir” (2014).

se encargará de ejercer un proceso de “selección natural” (Petitbò Juan, 2013, pág. 28). La asunción del riesgo y el ánimo de lucro, que caracterizan el ejercicio de estas actividades, serán guías en el proceso económico.

El bienestar del consumidor —parte débil en la relación mercantil— se maximiza a partir de la eficiencia económica que pudiera predicarse de los mercados, circunstancia que motiva la restricción de cualquier tipo de limitación de los productos o servicios, merma en su calidad e idoneidad o, en general, actos o prácticas que restrinjan o limiten la garantía constitucional que se ha estado desarrollando³²⁶. La defensa de la competencia encuentra su fundamento en la creencia de que promueve el interés general y el bienestar de toda la sociedad, refuerza la libertad y la democracia al eliminar la posibilidad de que unos pocos determinen las condiciones en que debe desenvolverse el mercado y en consecuencia la economía y se constituye como fuerza motriz de un sistema de Economía Social de Mercado.

Partiendo del reconocimiento de los principios constitutivos de la Economía Social de Mercado mencionados en la primera parte de esta tesis, es posible señalar que el mercado, en principio, se erige en la institución eficiente respecto de la asignación racional de los elementos de producción con el fin de servir al bien común, a los operadores económicos y al consumidor (Cuñat Edo, 2010, pág. 11). Sin embargo,

³²⁶ La política de competencia oscila generalmente entre dos visiones “la simple protección del bienestar económico de los consumidores y un criterio de eficiencia que, por construcción, se añade al excedente económico de las empresas. Cuando se tiene en cuenta un mero criterio de eficiencia, se debe resaltar que los aspectos redistributivos, i.e., cómo se reparten los excedentes económicos entre consumidores y empresas, no hacen parte de las preocupaciones de la política de competencia. En efecto, existe el consenso de que no debe ser el papel de la política de competencia preocuparse por la repartición de los excedentes, ya que esto corresponde a las políticas públicas de los Estados [...]” (Bardey, Becerra, & Cabrera, 2013, págs. 13-14). En estricto sentido dos serían los enfoques principales en materia de legislación de defensa de la libre competencia, el excedente económico y el bienestar social, este último propio de la Escuela de Harvard que reconoce una función social, asociada a la satisfacción de intereses colectivos, a esta normativa que supera la simple argumentación económica (Soto-Pineda, 2014, págs. 355-356).

resulta claro que el mercado registra fallas y distorsiones que necesitan de la mano visible del Estado orientada, entre otras, a proteger al consumidor³²⁷. Esta intervención se justifica en el deber que le asiste al Estado para garantizar condiciones materiales de igualdad a todos los individuos, circunstancia que no se advierte evidente en las relaciones de desequilibrio que existen entre oferentes de bienes y servicios y consumidores. Sin embargo, valga la pena aclarar, no se defiende la idea de un intervencionismo del Estado fuerte en la Economía y el mercado, la intervención es necesaria —la dirección general de la economía a cargo del Estado— pero no puede suplir mecanismos de mercado. Si se permite la intervención en todos los casos, en todas las actividades y sin ningún tipo de restricciones o limitaciones, se produciría un retroceso a un sistema de economía dirigida en el que las libertades y garantías, de contenido económico, de los ciudadanos se reducirían a su mínima expresión. Esta intervención será indirecta, subsidiaria, complementaria frente a las dinámicas propias del mercado y basada en criterios objetivos que restringen intervenciones puntuales (Ariño, 1999).

Con este marco normativo y otras disposiciones especiales para otros sectores³²⁸ es posible señalar que Colombia posee una política de defensa de la competencia,

³²⁷ En el caso colombiano el Decreto 3466 de 1982 que reglamenta en Colombia la protección del consumidor, en su artículo 1 literal c) define a este como “toda persona natural o jurídica, que contrate la adquisición, utilización o disfrute de un bien o la prestación de un servicio determinado, para la satisfacción de una o más necesidades”. Esta definición deviene en amplia y su precisión ha sido tarea de la doctrina de la Superintendencia de Industria y Comercio y de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Para profundizar en el alcance del término consumidor en Colombia consultar Villalba (2009). Para el caso español, la Ley 29/2009 de 30 de diciembre, por la cual se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para mejora de la protección de los consumidores y usuarios, constituye la normativa que incorpora al ordenamiento interno el contenido de la Directiva 29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, y la Directiva 114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa.

³²⁸ Entre otras la Ley 37 de 1993 y sus decretos reglamentarios (telefonía móvil), Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios (seguridad social en salud), Decreto 663 de 1993 (Estatuto orgánico del sistema financiero), Ley 142 de 1994 (servicios públicos domiciliarios), Ley 143 de 1994 (sector eléctrico), Ley 446 de 1998 (facultades judiciales y administrativas a la SIC en materia de

con autoridades supervisoras y reguladoras específicas que cuentan con competencias claras para investigar y sancionar cualquier práctica o conducta que restrinja o pretenda restringir la libre competencia económica. La satisfacción de este ítem constituye una concreción del principio regulador propuesto por Eucken, que, resaltando la importancia basilar de la libre competencia en un sistema de Economía Social de Mercado, legitima al Estado para intervenir en el mercado con el propósito de proteger esta libertad.

Más allá de fines puramente económicos o puramente sociales, es claro que la normativa de competencia en Colombia apunta a la protección de los consumidores —sin olvidar a los demás agentes económicos y otros objetivos de tipo general— que por encontrarse en situación de desequilibrio respecto a aquellos —asimetrías de información— pueden ver vulnerado el ejercicio de sus derechos por posiciones leoninas que los privan del ejercicio propio del proceso competitivo (UNCTAD, 2004, pág. 4). En caso de permitir a través de comportamientos violatorios de la libre competencia el favorecimiento de un grupo de productores u operadores económicos, resulta claro que se menoscaba la estabilidad de los consumidores que no contarán con posibilidades reales de acceso en condiciones de igualdad, ni mucho menos otros competidores que, menguados en su capacidad, encontrarán mercados falseados en los cuales no podrán hacer ejercicio del derecho a acceder y mantenerse en aquel en condiciones de mínima igualdad material.

El cumplimiento de estos mandatos se encuentra reforzado a su vez por un sistema normativo que sanciona a los agentes económicos en caso de inobservancia, así la Ley 1480 de 2011 establece un régimen de calidad, idoneidad y seguridad de los productos ofrecidos, un sistema de garantía en los bienes y servicios disponibles en

competencia desleal y protección al consumidor) y el Decreto 1687 de 2000 (estructura de la SIC y funciones de sus dependencias).

el mercado, protección en caso de información y publicidad engañosa, responsabilidad por productos defectuosos, regulación del comercio electrónico, sanciones en caso de cláusulas contractuales abusivas, entre otras. Todas ellas responden a la necesidad de proteger a los consumidores de la asimetría de información respecto de los productores, distribuidores y expendedores de la cadena de producción y que establece multas de hasta 2.000 salarios mínimos legales mensuales (art. 61 num.1 Ley 1480 de 2011).

2.2 La constitucionalización de la libre competencia en Colombia

En Colombia las disposiciones constitucionales de defensa de la competencia resultan ser recientes, aunque como se reseñó con antelación existen antecedentes normativos desde mediados del siglo XX orientados a proteger la libre competencia, solo hasta la Constitución de 1991 se produjo una mutación de la naturaleza de esta normativa que previamente había sido reconocida como un derecho de clase —para los comerciantes— orientado a resguardar a los agentes económicos de ataques provenientes de individuos asociados al ejercicio de actividades similares. Sin embargo esta situación varió y es posible indicar que funciones diversas le han sido asignadas y que en la actualidad permiten calificarla como un “derecho de ordenación del mercado” (Menéndez Menéndez, 1988, pág. 100 y ss.) que protege la competencia económica como condición necesaria para el funcionamiento del mercado —en el marco de una Economía Social de Mercado— y defiende los derechos de los competidores, consumidores y el interés público.

Esta mutación puede comprenderse a partir de la nueva condición que al Estado le atañe —*Social de Derecho*— y que lo enriquece respecto a la protección de objetivos e intereses mucho más amplios. El análisis de las ponencias y debates que se produjeron en el seno de la Comisión Quinta —Temas económicos, sociales y ecológicos— de la Asamblea Nacional Constituyente permite aclarar la intención que asistió al incorporar la libre competencia como un derecho y principio rector de

la economía y marca un derrotero respecto a las consideraciones que debe tener en cuenta el legislador al desarrollarlo.

El proceso de aprobación de la versión final del artículo 333 Superior supuso varias propuestas, radicales en un comienzo, que culminaron con una disposición que armoniza competencia económica con intervención estatal en la economía. Así, el 7 de marzo de 1991, los constituyentes Horacio Serpa, Eduardo Verano y Guillermo Perry, presentaron el proyecto N°. 59 sobre el “Régimen económico y servicios públicos” que en su artículo 1 prescribía:

La actividad económica es libre dentro de los límites del bien común, pero la dirección general de la economía estará a cargo del Estado. // Se garantiza el derecho a la competencia económica leal y equitativa. // El legislador expedirá normas que impidan prácticas, actos o hechos que obstruyan o restrinjan la libertad y la competencia económica, regulará los monopolios de hecho y el abuso de posición dominante. // Con todo, el Estado podrá establecer monopolios, en virtud de ley, para la prestación de servicios públicos y para la protección del patrimonio cultural y ecológico.

La Exposición de Motivos de esta disposición apuntaba a la necesidad de conseguir un “desarrollo económico y social más vigoroso y equitativo, una economía más dinámica y competitiva” (Serpa, Verano, & Perry, 1991, pág. 7). Parte del reconocimiento de la libre actividad económica con claros límites dados por el respecto a la libertad económica de los demás y con protección especial para los pequeños productores y productores solidarios afectados en mayor medida por prácticas que pudieran lesionar la competencia. Califica a la competencia como un derecho individual y colectivo que protege de forma principal a los consumidores y usuarios de bienes y servicios de poderes monopólicos y abusos de posición dominante, además de ratificar el papel que asiste a la libre competencia económica en el mercado como un derecho que “conduce a la eficiencia en la asignación de

los recursos escasos y a maximizar el bienestar general” (Serpa, Verano, & Perry, 1991, pág. 8).

Uno de los puntos que merece especial consideración en esta propuesta se halla en la posibilidad que se otorga a los ciudadanos para concurrir en la defensa y protección de ese derecho, planteando la posibilidad de diseñar una acción popular para tal fin. Finaliza la propuesta con el mandato al legislador para diseñar un marco normativo que reprima actos violatorios de la competencia y corrija fallos del mercado como monopolios y abusos de posición dominante.

Posteriormente, el 6 de abril de 1991 la Subcomisión Primera de la Comisión Quinta presentó un proyecto adicional respecto al artículo transcrito previamente en el que indicaba:

La actividad económica es libre dentro de los límites del bien común y *de la competencia*, y se puede emprender sin permiso previo cuando no lo impida la ley. // La empresa tiene una función social que implica obligaciones. La empresa privada, solidaria y estatal concurren a la promoción del desarrollo con idénticos derechos y deberes, cuando la ley no hace excepciones. El Estado fortalecerá la economía solidaria. // La competencia económica es un derecho de todos. // El Estado, por mandato de ley, impide que se obstruya o restrinja la libertad económica y la competencia, regula o pone fin a los monopolios y controla cualquier forma de dominio de mercado que perjudique a la comunidad. // El Estado, mediante ley, puede reservarse actividades o servicios de interés público, previa compensación de las personas que en virtud de ella queden privados del ejercicio de una actividad lícita. Así mismo, la ley puede delimitar el alcance de la libertad económica cuando lo exijan el interés social, la salud pública, el medio ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

El texto del artículo resulta ser mucho más amplio respecto de su predecesor y hace especial hincapié en la competencia como marco de la actividad económica, como un derecho y como institución de especial protección a cargo del Estado. La primera

particularidad se desarrolla en la Exposición de Motivos al indicar que la libre competencia es “condición fundamental de existencia” (Marulanda I. , y otros, 1991, pág. 8) de la libertad económica. Reconoce la existencia de tres pilares de un sistema de mercado —reconocido como propio de la Constitución— que deben funcionar sin desnaturalización alguna: propiedad privada, libre empresa y libertad de competencia.

Insiste en el reconocimiento de la libre competencia como un derecho colectivo y señala que su protección tiene como objetivo la defensa de los intereses de los consumidores y el conjunto de la colectividad. Incorporó la función social de la empresa al reconocerla como una institución que armoniza los derechos y deberes de los sujetos “cuyas energías integran una verdadera comunidad de trabajo, de innegable significación en la economía pero no menos en el devenir ordenado de los seres humanos” (Marulanda I. , y otros, 1991, págs. 12-13). Finalmente, y a diferencia de su predecesor, el artículo no menciona a los monopolios, por el contrario indica que el Estado puede reservarse algunas actividades por motivos de conveniencia nacional.

La discusión sobre el artículo continuó y en el informe de ponencia sobre Régimen Económico, Libertad de Empresa, Competencia Económica, Monopolios e Intervención del Estado, del 15 de abril de 1991 se incluyó una disposición relacionada con la libertad objeto de esta investigación: “El Estado, por mandato de la Ley, impide que se obstruya o restrinja la libertad económica y la competencia, regula o pone fin a los monopolios y controla cualquier forma de dominio de mercado que perjudique a la comunidad”. Como advierte Miranda Londoño se trata de una posición rígida respecto a los monopolios al permitir al Estado terminar con cualquier forma de monopolio o dominio del mercado que afecte a la comunidad (1997, pág. 10), volviendo a la clásica prohibición *per se* que en el derecho norteamericano castigaba los monopolios. Sin embargo en la Exposición de Motivos se moderó esta posición al indicar que solo tendrían este destino aquellos que perjudicaran

manifiestamente a los intereses de la comunidad, pudiendo pervivir aquellos que no cumplieran esta condición (Marulanda I. , y otros, 1991, pág. 7).

Subsiguientemente, en informe de ponencia presentado el 20 de mayo de 1991 por la misma Comisión Constitucional, el texto sufrió modificaciones importantes aproximándose al que finalmente fue incluido en la Norma vigente, así

La actividad económica y la iniciativa privada son libres dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, no se podrán exigir permisos previos ni requisitos sin autorización de la ley. // La libre competencia económica es un derecho de todos que presupone responsabilidades. // La empresa tiene una función social que implica obligaciones. Salvo las excepciones de ley, las empresas privadas, solidarias y estatales concurren a la promoción del desarrollo con idénticos derechos y deberes. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias. // El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso de posición dominante en el mercado. // La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el medio ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

Este texto, recomendado por la Comisión, tiene como pretensión “ampliar el ámbito de la libertad económica y perfeccionar los elementos propios de la economía de mercado” (Marulanda I. , y otros, 1991, págs. 5-6) enfatizando en la responsabilidad que asiste al Estado como director de la economía para el logro de propósitos comunes y de equidad social. Reconocen, una vez más, que la competencia cualifica la libertad económica y precisan la importancia que su funcionamiento efectivo supone en un sistema de economía de mercado que protege el derecho a la propiedad y la libertad de empresa en el marco del Estado Social de Derecho. Finaliza la exposición con una referencia expresa a la lucha contra la inequidad en la distribución del poder económico y social que no solo encuentra escenario en la política sino también en la economía, reconociendo el papel que el ejercicio de la

libre competencia realizable supone para una asignación más equitativa de los recursos económicos.

Finalmente fue aprobado el texto del artículo 351 constitucional —posteriormente 333 en la versión final de la Comisión Codificadora— por 49 votos en la Plenaria (Asamblea Nacional Constituyente, 1991), con el siguiente tenor literal,

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 presupone 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 evitara o controlará cualquier abuso que una persona o una empresa haga 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.

2.3. Libre competencia en la Asamblea Nacional Constituyente

Como una evolución, respecto a su antecesora, el constituyente encontró acertado consolidar el principio de libertad económica —y no simplemente el de libertad de empresa, reducido en su contenido, como evolución del antiguo artículo 32—, relativizándolo al señalar que deberá ejercerse dentro de los límites del bien común y armonizándolo con la responsabilidad que asiste al Estado como director general de la economía quien deberá participar en la conducción de la economía —sin alterar las condiciones del mercado— para obtener satisfacción de intereses comunes y búsqueda de equidad social, una clara manifestación del sistema de ESM. Sin embargo la disposición normativa reconoce autonomía en el ejercicio de la libertad económica —no se requerirán permisos previos ni requisitos o solemnidades, salvo aquellas que encuentren sustento en la ley y por las razones

señaladas en el último inciso del artículo— aboliendo las trabas y obstáculos burocráticos que dificultan su realización sin que procedan justificaciones que encuentren sustento en la ley, otorgando así mayor seguridad jurídica a los empresarios. Los agentes económicos encontrarían seguridad respecto a la imposibilidad que le asiste a otros funcionarios de niveles diversos para establecer requisitos o regulaciones arbitrarias que constituían trabas para el desarrollo autónomo y libre de su iniciativa productiva³²⁹.

Y aunque este punto constituye un avance importante la novedad principal de la disposición en mención se encuentra dada por el reconocimiento expreso de la libre competencia económica *como un derecho de todos* y un elemento que califica la libertad económica y el sistema de mercado reconocido materialmente por la Constitución. La mención como un *derecho de todos* se traduce en la posibilidad que desde la Constitución se reconoce a todas las personas para que puedan desarrollar cualquier tipo de actividad económica —lícita— de forma libre y con la posibilidad real para cualquiera de concurrir en el mercado y rivalizar; se produce una democratización —formal por lo menos— del mercado al reconocerlo como un escenario abierto a cualquiera que tenga intención de concurrir en él. El sistema de mercado —con la impronta social que le impone en nuevo modelo de Estado— necesita de la libre competencia como escenario para el disfrute de las libertades de los individuos y condición necesaria para la satisfacción del bienestar social, al respecto ha señalado la Corte Constitucional que “las garantías constitucionales propias de la libertad de empresa encuentran su verdadero sentido cuando se les

³²⁹ En esta línea la Comisión señaló que “al establecer que el ejercicio de esa libertad no requiere permiso previo ni requisitos, salvo en casos taxativamente enunciados en la ley por razones de interés social, salud y seguridad públicas, medio ambiente y patrimonio cultural de la Nación (excepciones consagradas en el último inciso del artículo), la consolida y la hace expedita al abolir las vallas y obstáculos de carácter puramente burocrático que hoy dificultan su plena realización, sin que medien justificaciones apropiadas vinculadas con la defensa del interés general” (Marulanda I. , y otros, 1991, pág. 19)

comprende, no como prerrogativas sin límite y exclusivamente destinadas a la maximización del beneficio de los participantes en el mercado, sino cuando son entendidas en el marco de la protección del interés social. Ello en el entendido de que existe una cláusula general a favor del Estado, que le permite intervenir en la economía con el fin de proteger los bienes y valores constitucionales que se concretizan en las operaciones de intercambio de bienes y servicios” (C-228 de 2010).

Resulta claro que cuando la competencia económica no es libre se produce un efecto colateral que no solo perjudica a los competidores de un sector del mercado sino a los consumidores y al conjunto de la colectividad, garantizar la libre competencia permite al mercado ser eficiente y proveer beneficios ingentes para la comunidad³³⁰. Sin embargo, como se ha reconocido la necesidad de intervención estatal es ineludible ante la existencia de fallas y problemas en el mercado, por ello, en materia de protección de la competencia el artículo supone un mandato claro al legislador para que elabore un marco normativo que permita reprimir conductas que obstruyan o limiten esta libertad y sancionen a quienes hagan uso abusivo de su poder de dominio.

Y aunque en materia de defensa de la competencia la responsabilidad principal se radica en el Estado la Norma otorga el poder a los ciudadanos para que promuevan acciones en su defensa, por ser un derecho colectivo, generando un empoderamiento en los ciudadanos respecto a la vigilancia y seguimiento de las condiciones de competencia que se desarrollan en el mercado. Esta atribución

³³⁰ Resalta la Comisión Quinta que “cuando la competencia económica no es libre o es desleal o injusta se produce un daño que afecta no solo a determinados productores de bienes y servicios o a los consumidores respectivos, sino también al conjunto de la colectividad. Por el contrario, cuando la competencia no adolece de estas fallas, es decir, cuando es libre, leal y justa, el mercado, mediante la acción de las fuerzas de la oferta y la demanda, se toma eficiente y provee grandes beneficios a la comunidad” (Marulanda I. , y otros, 1991, pág. 19)

puede entenderse como una materialización del principio de autorresponsabilidad que compete a los individuos respecto a la realización de su proyecto de vida; si se comprende que las condiciones en que se desarrolle el mercado condicionan el disfrute y satisfacción de sus derechos e intereses resultará indispensable que colaboren en el proceso de control de aquellos que, abusando de su poder, afectan el normal desarrollo del mercado.

Todas estas consideraciones permiten dilucidar que el proceso de redacción del artículo 333 de la Constitución por parte de la Asamblea Nacional Constituyente colombiana en materia de competencia económica, reconoce su importancia como institución que permite el ejercicio de múltiples libertades de contenido económico, además de constituir el escenario necesario para el desarrollo de un sistema económico de economía de mercado, con un cariz social que la cualifica. Se advierte el carácter polifacético que pregonaron los constituyentes respecto a la libertad en mención, es un principio y es un derecho —individual y colectivo que genera responsabilidades para su titular— que impone al Estado la obligación de generar normas y crear instituciones encargadas de su promoción, protección y sanción, en caso de violación.

Finalmente, de la lectura de las Gacetas e Informes de ponencia es posible desvelar la influencia que el proceso de apertura económica —que se profundizó en los primeros años de la década del 90— tuvo en la incorporación de la libre competencia como principio rector de la economía. Aunque su referencia resulta ser breve (Marulanda I. , y otros, 1991, pág. 9), reconoce la necesidad de que este proceso se desarrolle sobre bases de equidad y conveniencia nacional otorgando protección a los agentes económicos —con un marco normativo de competencia del legislador— frente a conductas y prácticas que puedan lesionar su participación en el mercado y que obedezcan a comportamientos desleales o abusivos.

3. LA LIBRE COMPETENCIA ECONÓMICA Y LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO

3.1. Diferencia entre competencia económica y libre competencia económica

Es preciso hacer hincapié, previo a desarrollar este principio, en la diferencia que existe entre libre competencia y competencia económica. Para hacer esta distinción se acudirá, una vez más, a la jurisprudencia constitucional que indica que la libre competencia ocurre “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 y servicios. La libertad de competencia supone la ausencia de obstáculos entre una pluralidad de empresarios en el ejercicio de una actividad económica lícita” (C-616 de 2001). Mientras que la acepción de competencia económica alude a la actuación de varias personas que rivalizan o luchan “buscando cada uno mejorar su posición” (Pascual y Vicente, 2014). Sin embargo y como reconoce Font Galán, la competencia es un concepto pluridimensional que acoge perfiles diversos³³¹.

En esta línea argumentativa, cuando se mencione competencia económica³³² se aludirá a una característica del mercado, una estructura del mismo, y cuando se

³³¹ Menciona el autor una dimensión estructural que la concibe como “relación de una pluralidad de sujetos económicos que actúan en el marco de un determinado mercado [...] otra dimensión dinámica o competitiva [...] conforme a la cual la competencia se concibe como un proceso de actuaciones a través del cual aquella pluralidad de personas luchan entre sí por conseguir la misma meta económica [...] y, finalmente, existe también una dimensión ideológica [...] para la cual la competencia conforma un particular sistema institucional de vida social dentro del cual se ordenan las actividades de los sujetos económicos” (Font Galán, 1987, págs. 32-33)

³³² Respecto a competencia económica vale la pena diferenciarla respecto de otra categoría que se usa de forma idéntica de forma equivocada: la concurrencia económica. Sería posible, como indica Broseta que “efectivamente, pueden concurrir dos o más empresarios en el mercado habiéndose puesto previamente de acuerdo para eliminar su competitividad (la lucha entre ellos), en cuyo caso no habría verdadera competencia. Habría concurrencia pero no competencia” (1985, pág. 112). Circunstancia que permite concluir que la concurrencia supone la pluralidad de agentes económicos en el mercado ofertando bienes y servicios diversos, mientras que la competencia supone la lucha o

mencione libre competencia se hablará de una de las especies de la libertad económica (Moreno, 2012), de las garantías que deben concurrir para poder predicar que esta es independiente, además de las exigencias de lealtad y probidad para los agentes económicos, una cualificación de la competencia, un atributo de la misma. Sin embargo, a pesar de la diferencia planteada, resulta absolutamente claro que las dos transitan por la misma senda y el buen funcionamiento de cada una de ellas resulta ser esencial para el devenir adecuado del mercado. La libre competencia puede ser interpretada desde ángulos diversos, registrando un contenido garantista e institucional que, como se advertirá constituye piedra angular del sistema de Economía Social de Mercado.

A la vez, resulta adecuado precisar que cuando se alude a competencia económica no se describe una situación teórica del mercado en la que existe pluralidad de oferentes y ninguno de ellos se encuentra en situación de influir sobre las cantidades disponibles ni sobre los precios de los bienes o servicios —ninguno posee poder de mercado, los bienes y servicios carecen de homogeneidad y tienen carácter sustituible—, que se fijan de acuerdo al libre juego de la oferta y la demanda (Cabanellas de las Cuevas, 2005, pág. 47). En esta teórica situación, los consumidores son soberanos y la dinámica del mercado sanciona o premia a los oferentes dependiendo de su eficiencia o ineficiencia. Estas circunstancias obedecen a una situación idílica de competencia que no se produce por la inexistencia de fallas del mercado y otras circunstancias sociales que propician la intervención del Estado en la economía. Por estas razones cuando se alude a competencia económica se hará referencia a “competencia imperfecta practicable u operativa” (Broseta Pont & Martínez Sans, 2001, págs. 160-161). En este sentido se indica que el objetivo de las normas de protección, promoción y defensa de la

la rivalidad entre aquellos agentes por conseguir el mayor número de unidades vendidas, una porción más amplia del sector, una posición de dominio o poder de mercado, fidelidad de los consumidores, entre otras. Gacharná sostiene posición idéntica a la del profesor Broseta (1982, págs. 16-17).

competencia no apuntan a la realización de un sistema de competencia perfecta sino a una competencia realizable en la que se reconocen limitaciones del mercado respecto de las cuales se adelantan medidas para eliminar o por lo menos atenuar los obstáculos artificiales³³³ al libre juego de la competencia.

Hecha esta aclaración se ha de enfatizar en la confrontación política y económica que se ha producido entre los dos sistemas económicos imperantes en los últimos dos siglos: la economía de mercado y la economía dirigida. Al producirse el colapso de este último (aún perviven algunos países con este sistema) y con las profundas críticas sociales que suponía el primero, el sistema de economía de mercado —con el componente social que lo caracteriza y que se incorporó a mediados del siglo XX— registró un auge importante. Como se mencionó en la primera parte de esta tesis el sistema de ESM parte de la premisa fundamental de dejar a las fuerzas económicas, mediadas por el libre juego de la oferta y la demanda, la regulación de los precios de los diversos bienes y servicios que circulan en el mercado. Este proceso libre, en principio, genera un precio que resulta ser favorable para el consumidor o usuario, por ello este sistema aboga por la inexistencia de injerencias externas que puedan, de manera artificial, suponer una determinación adulterada de los precios. Y para que este sistema opere de manera eficiente, se hace indispensable la competencia tanto a nivel vertical como a nivel horizontal entre todos los agentes económicos que permita y apoye el triunfo de aquellos que ofrezcan las mejores condiciones a los consumidores respecto de los bienes y servicios (Illescas Ortíz, 2006, pág. 726).

³³³ Se habla de obstáculos artificiales pues algunos de ellos pueden emerger como naturales, como las denominadas barreras de entrada naturales en las que condiciones propias de un sector imposibilitan la competencia. Respecto a estas barreras naturales existen posibilidades del Estado para, a través de medidas de intervención, reducirlas y fomentar la competencia, sin embargo en algunos casos estas resultan inocuas y la competencia se imposibilita.

Un mercado competitivo, en estos términos, promueve una asignación eficiente de recursos, regula la actuación de las empresas (Lema Devesa & Fernández-Calero Fernández, 2013, pág. 235) y respecto de los consumidores produce la fijación de precios más bajos y productos de mejor calidad. Si se sigue la línea argumentativa que se planteó, es posible señalar que la competencia —la rivalidad entre agentes económicos— fuerza a las empresas a adelantar acciones para satisfacer a los consumidores, generar confianza y garantizar lealtad de los clientes que le permita continuar en el mercado³³⁴. Estas acciones estarán orientadas a reducir los costos de producción sin desmejorar la relación calidad–precio de los productos innovando y empleando tecnologías eficientes (Gutierrez & Padilla, 2005).

El problema con este argumento es que, como se ha indicado, los mercados no son capaces, por sí solos, de promover una asignación eficiente de los recursos ni de lograr de los competidores competencia practicable o comportamientos leales³³⁵. Las distorsiones del mercado son una realidad y muchas de ellas son ocasionadas por los propios agentes económicos. Al no alcanzarse esta asignación eficiente de los recursos resulta pertinente la intervención del Estado, siempre que, en la lógica de las medidas conformes al mercado propias de la Economía Social de Mercado, este no suplante la competencia ni distorsione en mayor medida el funcionamiento de los mecanismos competitivos. El papel del Estado estará orientado a proteger el marco institucional necesario para que el mercado se desenvuelva en condiciones de competencia realizable (Alarcón Peña, 2016, págs. 119-122). La protección de

³³⁴ Como bien indica Fernández Novoa “el triunfo de los mejores es el principio que debe presidir todo género de competición y, descendiendo a nuestro tema, la competencia económica” (1965, pág. 33).

³³⁵ “La sociedad ha perdido su fe optimista en la mecánica autorregulación de la economía en virtud de las leyes económicas del mercado casi equiparadas a las leyes naturales que regulan los fenómenos de la naturaleza. El reconocimiento de una pluralidad de centros de poder económico, que compiten en el libre mercado de bienes y servicios, esforzándose por elevar la calidad de sus prestaciones para captar la clientela y desplazar al competidor, no ha evitado que se produzcan crisis, desequilibrios, desigualdades y concentración de poder económico que, a su vez, han segregado desequilibrios, inquietudes e injusticias sociales” (Duque, 1977, pág. 59).

la libre competencia requerirá de un marco normativo con principios sustantivos claros y órganos o autoridades con funciones precisas que puedan actuar con autonomía e independencia respecto de los diversos intereses económicos en juego.

Sin embargo, esta dinámica del mercado no satisface objetivos sociales que son inherentes al modelo de Estado Social de Derecho. Se ha acreditado que el libre juego de oferta y demanda acarrea graves problemas sociales debido, entre otras, a las restricciones que tienen sectores de la población para concurrir al mercado y demandar bienes y servicios que satisfagan sus necesidades esenciales, además de las dificultades que para algunos agentes económicos se presentan cuando otros, fortalecidos por su poder de mercado, falsean la competencia a través de prácticas o actos con graves consecuencias para los consumidores y para la dinámica en sí del mercado. Por esta razón se advierte que la intervención del Estado en la economía deviene en esencial y matiza la libertad con que funciona este (Soto-Pineda, 2014).

La importancia de la competencia entonces resulta ser fundamental en la medida en que, sin hacer aún mayor análisis, su restricción o falseamiento reporta ineficiencia, perjuicios al consumidor y a los pequeños empresarios, menor cantidad de productos, mercados ineficientes, entre otras tantas. El fenómeno de la competencia, visible en todos los escenarios de la vida económica, tiene la capacidad de afectar, directa o indirectamente, múltiples intereses, los de los empresarios, los de los consumidores que sufren las consecuencias de la falta de competencia (incremento en precios, limitadas cantidades de bienes y servicios, baja calidad, restricciones en la capacidad de contratación) y respecto de la economía en general, como sistema que exige, en el marco de una Economía Social de Mercado, una competencia practicable.

Por esta razón un marco normativo que prohíba y sancione prácticas restrictivas de la competencia y actos de competencia desleal³³⁶ encuentra justificación plena³³⁷. No tanto como un mecanismo excesivo de intervención del Estado en la economía, sino justamente como una de las herramientas con que este cuenta para garantizar el adecuado funcionamiento del mercado. No se trata de sancionar y perseguir a aquellos agentes económicos que son eficientes —ejemplo de ello lo encontramos respecto a la posición de dominio que en la legislación colombiana no es reprimida *per se*— sino de reprimir a aquellos que valiéndose de comportamientos desleales y fraudulentos logran ser más eficientes. La libre competencia en este sentido dirige y limita el poder económico de aquellos que concurren al mercado con la intención de ejercer su libertad económica y posibilita la concreción del derecho fundamental de la libertad del individuo.

La protección de la libre competencia económica tendría entonces dos pretensiones, la primera de ellas resguarda a los ciudadanos (al permitirles “libertad de decisión y realización de la voluntad en la pretensión de ventajas económicas que el sistema competitivo garantiza” (Abanto Vásquez, 1997, pág. 27), al colectivo y al sistema del abuso que de su libertad económica realiza un agente³³⁸; la segunda

³³⁶ Las prácticas restrictivas de la competencia tienen la pretensión de eliminar la concurrencia al mercado, mientras que los actos y hechos de competencia desleal, en los términos del artículo 7 de la Ley 256 de 1996 son los “que se realice en el mercado con fines concurrenciales, cuando resulte contrario a las sanas costumbres mercantiles, al principio de buena fe comercial, a los usos deshonestos en materia industrial o comercial, o bien cuando esté encaminado a afectar o afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor, o el funcionamiento concurrencial del mercado”.

³³⁷ Este marco normativo debe tener la garantía de la generalidad en su aplicación para garantizar equidad, igualdad y evitar tratos discriminatorios ante la ley. La existencia de exenciones o excepciones respecto a este podrá ser necesaria para “reducir el riesgo y la incertidumbre, facilitar la innovación, la recopilación y divulgación de información, y equilibrar un poder de negociación desigual” (Khemani, 2002, pág. 37), sin embargo estas no deben ser permanentes y su concesión está condicionada por el “análisis de sus efectos en la eficiencia económica y el bienestar del consumidor y, en función de los costos y beneficios, se determinen los “ganadores” y “perdedores”, y si realmente hay ventajas importantes para los consumidores o los intereses económicos más generales” (Khemani, 2002, pág. 38).

³³⁸ Como señala Bercovitz, uno de los mayores enemigos del sistema de libre competencia son los empresarios que logran acuerdos para no competir y simplemente concurrir o de manera

protege el derecho que asiste a todos los ciudadanos para emprender una actividad económica con miras a obtener un aprovechamiento³³⁹. Así, se armoniza el objeto de la protección de la competencia libre al considerarla esencial para el individuo y para el colectivo. En el caso de la Constitución colombiana la primera pretensión encontraría soporte en los artículos 88 y 333 que prescriben que la libre competencia es un derecho colectivo y la restante en el artículo 333 que señala que la libertad económica es libre dentro de los límites del bien común.

No obstante lo anterior, la libertad económica y de competencia emergen como realización del libre desarrollo de la personalidad. Si se entiende este derecho como la posibilidad real que tiene la persona para tomar cualquier decisión que incida en su evolución “en las etapas de la vida en las cuales tiene elementos de juicio suficientes para tomarla. La escogencia de estudios, la integración de una familia, las inclinaciones religiosas, políticas, culturales, sexuales, familiares y profesionales, son parte del desarrollo de la personalidad” (T-542 de 1992).

Todas estas esferas comprenden la definición del plan de vida que tiene cada individuo. Uno de los elementos de ese proyecto de vida se encuentra en la esfera económica que se desarrolla en el mercado y que amerita la existencia de varias condiciones que, en caso de no encontrarse dadas de forma natural, exigen la intervención del Estado. Al indicar que la competencia resulta esencial para la Economía Social de Mercado se parte de la base de que cuando esta se realiza potencia el proyecto de vida de los individuos que podrán tomar decisiones respecto a que actividad económica ejercer, bajo que modalidad, en qué condiciones y cómo desarrollarla (Häberle, 2008); desde el punto de vista de la demanda este ejercicio

conscientemente paralela siguen pautas de mercado que restringen la rivalidad entre agentes económicos. Estas lesionan el sistema de economía de mercado y principalmente a los consumidores (2006, pág. 291).

³³⁹ Este argumento encuentra soporte en las palabras de Garrigues quien señalaba que “se defiende la libertad limitando la libertad” (1964, pág. 145)

podrá extrapolarse para señalar que los individuos tomarán decisiones³⁴⁰ relacionadas con qué demandar, en qué cantidad, respecto a que agente económico, entre otras³⁴¹.

Cuando existen restricciones o limitaciones frente a estas posibilidades se coartaría la realización del plan de vida. Respecto al mercado, la libertad puede ejercerse cuando el ciudadano tiene la posibilidad de determinar en qué condiciones actuar sin que el Estado le indique como debe hacerlo (sin obviar las limitaciones y consideraciones que el interés general, motivos de orden público y otras le impone).

Entonces, la ausencia de competencia o cualquier tipo de práctica que la restrinja supone para el individuo la imposibilidad de adoptar una decisión que incida en la elección de su proyecto de vida, restringiendo su capacidad de autodeterminación y limitando su autonomía personal. La protección que respecto de la libertad otorga la libre competencia, no solo respecto de aquellos que participan de un proceso de intercambio, se extiende al resguardo de las opciones de elección que tienen todos los demás sujetos (Sen, 2000, pág. 16). La libre competencia económica garantiza

³⁴⁰ Las decisiones que toman los consumidores obedecen a una manifestación del ejercicio de su autonomía que, en algunas ocasiones, podrá corresponder con la búsqueda de su bienestar, sin embargo el individuo, en ejercicio de su autonomía puede tomar decisiones de consumo diversas impulsado por motivaciones diversas que no siempre se acompasan con la búsqueda de su propio bienestar (Anderson, 1998, págs. 20-21).

³⁴¹ Esta afirmación, sin embargo, debe ser matizada por fenómenos como el consumismo en el que el individuo —*homo consumens*— no necesariamente demanda aquello que necesita y las razones que lo llevan a concurrir al mercado suponen la satisfacción ya no de necesidades esenciales sino superfluas, por ello es necesario abogar por un consumidor responsable (Rodríguez Díaz, 2012). En este sentido debe comprenderse que la soberanía del consumidor, que este presuntamente ostentaba en el mercado capitalista, ha ido mermando por la situación de inferioridad e indefensión que experimentan aquellos y que impide que puedan seguir el papel que tradicionalmente les había sido asignado “el que actúa como árbitro, el que da el éxito a los competidores, puesto que es él, con su elección el que adquiere los productos o servicios de uno u otro empresarios que participan en el mercado” por ello era considerado “el rey del mercado” (Bercovitz Rodríguez-Cano, 1992, pág. 20). Hoy se entienden como extremos débiles de las relaciones de intercambio, entre otras por la internacionalización del mercado, la globalización, el dominio por grandes conglomerados empresariales y la asimetría en la información, que ameritan marcos normativos que los tutelen y salvaguarden su libertad de elección, por ello se aboga por un cambio en la concepción clásica del consumidor.

la libertad de acción, que, en el marco de una Economía Social de Mercado, encontrará límites dados por el respeto a los derechos de otros y la solidaridad.

Sin embargo, la competencia no es un fin en sí mismo sino es un principio que potencia la libertad individual, actúa como un regulador de las relaciones de todos los agentes económicos en el mercado al operar como regla de juego y limitar el actuar de algunos agentes con poder de mercado. Su protección deviene en cardinal pues además de proteger la libertad de todos aquellos que concurren al mercado —independientemente de su capacidad económica todos acuden a él en mayor o menor medida— tiene importantes repercusiones en el proceso democrático. La posibilidad que tienen las personas para desarrollarse de manera libre y autónoma, en cualquier esfera de su desarrollo, califica a un régimen como democrático, en consecuencia, la posibilidad real y efectiva con que cuentan los individuos para poder concurrir al mercado en condiciones de igualdad para desarrollar cualquier actividad económica, emerge como una realización de la democracia. Cuando el individuo tiene la posibilidad de tomar este tipo de decisiones cuenta con la opción de realizar autónomamente su plan de vida, por ello, le corresponde al Estado, garantizar las condiciones para su realización —sin que ello implique la garantía de su resultado—.

3.2 Naturaleza jurídica

3.2.1 Una visión desde el derecho español

Teniendo en cuenta la influencia que el ordenamiento constitucional español tiene en el colombiano resulta acertado revisar el tratamiento que la libre competencia registra en aquel para identificar diferencias y puntos de aproximación. En el caso colombiano la libre competencia económica ostenta una doble condición: es un derecho y es principio rector de la economía. A diferencia de esta situación, en el caso español las circunstancias son diversas pues la libre competencia no es un

derecho —aunque su interpretación se halle ligada a un derecho— y no encuentra referente expreso en la Constitución³⁴², circunstancia que obliga a abordar su estudio desde una perspectiva diversa.

Su análisis procede a través de una interpretación del contenido del artículo 38 constitucional que parte del reconocimiento manifiesto de la economía de mercado como marco para el ejercicio de la libertad de empresa. Esta mención a la economía de mercado solo puede entenderse a partir del elemento que la caracteriza e identifica que es la competencia económica (Bercovitz Rodríguez-Cano, 2006, pág. 289). Aunque como se enfatizó con antelación respecto a la controversia para calificar a la economía de mercado como sistema económico español, la mención que de ella se hace respecto al disfrute de la libertad de empresa obliga a señalar que el sistema económico en mención no puede ser comprendido sin la dimensión objetiva que del artículo se desprende que es la competencia económica.

La competencia es el rasgo que define un sistema de mercado, sin ella se produce un viraje hacia la planificación económica o la economía centralmente dirigida que, por razones obvias, no constituye características del sistema económico español (Cidoncha, 2006, pág. 139). Como se indicó previamente aunque la CE reconozca la competencia que asiste al Estado para intervenir en la economía, ello no permite calificar al sistema económico como de economía dirigida pues ello anularía la mención que se hace de la economía de mercado y las libertades económicas

³⁴² Nieto de Alba solicitó el retiro de la enmienda 755 propuesta por la Unión de Centro Democrático —UCD— que incluía de manera expresa la mención de la competencia económica y los métodos de defensa, por considerar que “la competencia es un elemento esencial de la economía de mercado, no solo en su dimensión y eficacia económica en cuanto supone fomentar la innovación y el progreso técnico, sino también en cuanto a su eficacia social” [...] “en fin, por entender que, al constitucionalizarse la economía de mercado, los métodos de defensa de la competencia, es decir, las leyes especiales antimonopolio y antitrust, las comisiones de investigación, los tribunales especiales de la competencia están implícitamente constitucionalizados” (Cortes Diario de Sesiones del Senado Comisión de Constitución No. 51, 1978, pág. 2448). En el mismo sentido De Juan Asenjo sostiene que la libre competencia es una característica tan esencial de la CE que puede comprenderse implícita (1984, pág. 145).

asociadas a ella. Dicha intervención se encuentra condicionada, como ocurre en el caso colombiano, a que permita el desarrollo de un sistema de mercado competitivo, en el mismo sentido cuando se produzca una intervención que suponga limitación a algunas libertades de contenido económico deberá verificarse que aquellas resulten necesarias, razonables y proporcionadas.

El artículo 38 superior reconoce en un primer plano la libertad de empresa como un derecho (Título I, Capítulo Primero, Sección 2ª .De los derechos y deberes de los ciudadanos) que desde el punto de vista de su dimensión subjetiva asegura a los ciudadanos el desarrollo de su autonomía para emprender una actividad económica con fines lucrativos, sin injerencias indebidas de los poderes públicos —cuando estas se producen deben ser razonables y proporcionadas—, y en un segundo plano consigna un mandato para esos poderes orientado a satisfacer el ejercicio de la libertad referida en un escenario de libre competencia. En estricto sentido el artículo 38 contempla un derecho subjetivo —libertad de empresa—, a la vez que garantía institucional —la economía de mercado y el mercado— [(Aragón Reyes, 2013, págs. 630-631) y (Aragón Reyes, 1995, pág. 9)] y un mandato a los poderes públicos que, para satisfacer el ejercicio de aquella, deberán proteger la economía de mercado caracterizada por la competencia económica (Arroyo Jiménez, 2011, pág. 377). No obstante esta relación, no puede indicarse que la libre competencia es sinónimo de libertad de empresa, la primera es una condición necesaria para que la segunda pueda desarrollarse.

Esta se comprende como centro de gravedad del sistema económico y preside el desarrollo de la actividad patrimonial (Porfirio Carpio, 2002, pág. 32). La competencia en este sentido necesita un análisis macro, como condición para el ejercicio de otras libertades que se desarrollan en el mercado, se encuentra integrada por las libertades económicas —que en palabras de Font Galán serían la

de establecimiento y de circulación de personas, bienes, servicios y capitales³⁴³ (1987, pág. 61)— y otras libertades jurídicas necesarias para el ejercicio de la libertad de empresa —contratación, organización e inversión (STC 112/2006, de 5 de abril), libre autonomía de la voluntad y libre iniciativa económica (Díez Picazo, 1970, pág. 44)—.

Sin embargo esta conjunción de libertades no permite calificar a la competencia como un derecho, y mucho menos como uno de contenido complejo, se trata de un fundamento del sistema económico necesario para el ejercicio de la libre empresa³⁴⁴, un principio ordenador del orden público constitucional económico [(Preámbulo de la Ley de Competencia Desleal —LCD) y (Bercovitz Rodríguez-Cano, 2006, pág. 293)] y una libertad *sub lege* (Font Galán, 1987, pág. 113), esto último al considerar que los agentes económicos encuentran claras restricciones en el ejercicio de las actividades económicas que emprenden.

Estas restricciones son justamente las que permiten cualificar a la competencia con un plus, debe ser libre. Esta libertad alude a la posibilidad que se otorga a cualquier agente para acceder al mercado en condiciones de igualdad, desarrollar una actividad económica con ánimo de lucro, rivalizar por obtener un beneficio económico y mayor participación en el mercado y contar con medidas de protección en caso de actuaciones contrarias a la competencia efectiva y leal. Todas estas condiciones deben estar garantizadas por el Estado pues como se advirtió el mercado, en que se ejerce la competencia, se encuentra afectado por fallos que justifican la intervención que a aquel le compete.

³⁴³ Estas son a la vez las libertades económicas comunitarias a las que, en palabras de Mercado Pacheco habría que añadir la libertad de competencia (2012, pág. 342).

³⁴⁴ Ruiz-Rico Ruiz señala que la libre competencia es un elemento del núcleo de la libertad de empresa (1995, pág. 240). Esta apreciación sin embargo no se comparte al considerar que si constituyera elemento del derecho en caso de violación o vulneración procedería alguna acción jurisdiccional que en ningún caso es procedente.

Esta condición genera un compromiso de protección del mercado³⁴⁵ y de la libre competencia por parte de los poderes públicos (Viciano Pastor, 1995, pág. 27). Si el sistema de economía de mercado se encuentra afectado por prácticas o comportamientos que puedan lesionar, falsear o restringir la competencia, la libertad de empresa no podría desarrollarse de manera efectiva y en consecuencia otras libertades y derechos podrían verse afectados, amén de la negación que podría generarse respecto de una característica esencial de la Constitución Económica española. La libertad de empresa exige su realización en un ámbito de efectiva y leal competencia entre agentes económicos que encuentren reglas para esos procesos de rivalidad. Por ello, la defensa de la competencia resulta indispensable y no “como una restricción, de la libertad de empresa y de la economía de mercado, que se verían amenazadas por el juego incontrolado de las tendencias naturales de éste” (Sentencia TC 88/1986, de 1 de julio). En este sentido es posible comprender que la protección que se predica de la libre competencia no se realiza en abstracto (es decir como un fin en sí misma que permite hablar de concurrencia y rivalidad entre agentes económicos diversos) sino como instrumento necesario para evitar problemas en la asignación de recursos —eficiencia— con consecuencias sociales que amenazan los fines del modelo de Estado constitucional —equidad—.

La libre competencia no ostenta el carácter de derecho subjetivo pero cuenta con un marco normativo que la refuerza y protege (además de constituir un tipo de

³⁴⁵ Para Aragón Reyes el mercado es una garantía institucional en el orden constitucional económico (1995, pág. 10). Respecto a la garantía institucional es posible consultar De Otto (1988, pág. 31) y la Sentencia del Tribunal Constitucional Español 32/1981, de 28 de julio. Como garantía institucional el mercado encuentra protección en la Constitución Española en dos sentidos, el primero de ellos implica la salvaguarda del mismo al prohibir que pueda ser abolido y sustituido por un sistema de planificación estatal, el restante supone la protección de su contenido esencial, que genera la obligación para el Estado de garantizar un espacio de libertad para que los ciudadanos fijen las condiciones en que se produce el intercambio de bienes y servicios y, si se encuentra habilitado para intervenir, debe garantizar el mantenimiento de las condiciones esenciales del mercado (Cidoncha, 2006, págs. 153-155).

intervención normativa en el mercado³⁴⁶) —LDC y LCD— y constituye un elemento esencial del ordenamiento jurídico y de la Constitución Económica —al permitir el funcionamiento de la economía de mercado—. Podría indicarse que es una garantía institucional que avala la continuidad histórica —independientemente de la intención del legislador por vaciarla o anularla— de esta estructura social —mercado y economía de mercado— ligada al disfrute de varios derechos y garantías (Estrada Alonso, Rodríguez Magdaleno, & Fernández Chacón, 2011, pág. 23). Su titularidad no corresponde a un sujeto particular —por ello no es posible hablar de un derecho a la libre competencia económica como si ocurre en la normativa colombiana— sino a la colectividad, en la medida en que las pretensiones del marco normativo que la protege extiende sus efectos a los empresarios, consumidores y al libre y leal mercado, además de la eficiencia económica (Ossa Bocanegra, 2014, pág. 199).

Su protección deviene entonces primordial y se constituye en un límite frente a la actividad del legislativo. Este, en el marco de la cláusula general de competencia que le asiste, podrá regularla pero no vaciarla o eliminar los elementos que la caracterizan, su respeto apunta a garantizar que el marco normativo incluirá disposiciones que refuercen su protección³⁴⁷ y que no será posible eliminar sus rasgos esenciales [pluralidad de agentes económicos que con independencia de su

³⁴⁶ Este marco normativo que constituye una forma de intervención del Estado en la economía se encuentra sujeta a la Constitución en los precisos términos del artículo 103 apartado 1 que señala “la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación con sometimiento pleno a la Ley y el Derecho”.

³⁴⁷ Como ha señalado el Tribunal Constitucional, esta normativa “comprende toda la legislación ordenada a la defensa de la libertad de competencia, mediante la prevención y, en su caso la represión, de situaciones que constituyan obstáculos creados por decisiones empresariales para el desarrollo de la competencia en el mercado” siendo su objetivo la “defensa de los empresarios contra prácticas, acuerdos, conductas o actuaciones atentatorias de la libertad de competencia” (STC 71/1982). No debe, sin embargo, entenderse esta actuación como tendente a la eliminación de cualquier tipo de interferencia entre empresas, lo que a la postre destruiría la posibilidad misma de competir en el mercado, sino, más bien, la de prevenir y, en su caso, corregir situaciones que afecten a la estructura del mismo” (STC 88/1986, de 1 de julio).

estructura jurídica, económica o social tengan capacidad de decisión en relaciones mercantiles de competencia (García Pelayo, 1979, pág. 42)]. Este marco normativo no pretende solamente proteger la defensa de la libertad de competir en cabeza de operadores económicos —si ello fuera así cualquier tipo de rivalidad o lucha estaría permitida— sino además proteger la posibilidad de competir en condiciones leales y lícitas, es por ello que frente a la primera perspectiva existe un subsector denominado Derecho de la Libre Competencia y respecto de la segunda otro subsector denominado Derecho sobre la Competencia Desleal (Otero Lastres, 2006, pág. 36).

Estas normas constituyen el *modus operandi* de los agentes económicos en el ejercicio de actividades económicas (Font Galán, 1987, pág. 34). Y ellas, a su vez, deben satisfacer el mandato constitucional del artículo 51 en sus apartados 1 y 3 que atribuye a los poderes públicos la defensa de los usuarios y consumidores, lo que se traduce en que “las medidas protectoras de la libre competencia funcionen también como garantía de los consumidores, y el que medidas adoptadas para la protección de estos no dejen de tener incidencia en el desarrollo de la libre competencia” (STC 88/1986, de 1 de julio), en una clara manifestación de la intención que asiste al marco normativo en cuestión para proteger el sistema de economía de mercado.

La protección directa de este principio, en el caso español, encuentra su origen en las disposiciones comunitarias que permean e inciden en el ordenamiento interno y que abogan por la protección de las condiciones en que se desarrolla el Mercado Común Europeo³⁴⁸. Estas disposiciones gozan de primacía respecto al Derecho nacional de los Estados miembros, circunstancia que les obliga a adecuar su normativa interna a las normas de Derecho Comunitario (Ortíz Blanco, Maíllo

³⁴⁸ La política de competencia ha sido una de las políticas más activas desde la constitución de la Comunidad Europea (Velasco San Pedro, 2005, pág. 41).

González.Orús, Ibáñez Colomo, & Lamadrid de Pablo, 2008, pág. 22), y en materia de defensa de la competencia generó un cúmulo de obligaciones orientadas a reprimir y sancionar todos aquellos comportamientos que lesionaran la competencia económica y pusieran en riesgo el proceso de consolidación de ese mercado común.

En estos términos el TCCE en su artículo 3 literal g. aboga por “un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado interior”, disposición que desvela el fin principal de este régimen y que apunta a la protección de la competencia frente a cualquier tipo de falseamiento. Sin embargo la competencia no es un fin en sí mismo en la Unión Europea sino una condición necesaria para que el mercado funcione y contribuya a la búsqueda del bienestar económico general y la asignación eficiente de recursos en la economía, por esto las normas de defensa de la competencia no protegen solamente a los empresarios o agentes económicos privados sino a los consumidores y al mercado en sí mismo considerado.

El artículo 3 encontró materialización en los artículos 81 y 82 del mismo Tratado (hoy artículos 101 y 102 del TFUE). Esta normativa del derecho de defensa de la competencia establece dos tipos de medidas, las primeras orientadas a proscribir cualquier limitación a la libre competencia por lo que la prohibición de prácticas colusorias, abusos de posición dominante³⁴⁹ y actos de competencia desleal, resultan consistentes con el fin general (art. 101 y 102 del TFUE y art. 1, 2 y 3 de la LDC); las restantes consignan medidas de vigilancia y autorización para evitar que

³⁴⁹ Como señala Montero Pascual “la disciplina de defensa de la competencia es proclive a las situaciones de dominio del mercado cuando estas son fruto de la eficiencia, pero, por el contrario, se opone a ellas cuando éstas se generan a consecuencia de operaciones ajenas a la lógica de una mayor eficiencia y, por tanto, a los intereses de los usuarios” (2013, pág. 95). Lo que se condena no es la posición de dominio sino el ejercicio abusivo de aquella, en idéntica forma al tratamiento que recibe en Colombia.

cualquier decisión de un agente público o privado pueda producir distorsiones o limitaciones a la competencia —control de las concentraciones económicas cuando superan cierto umbral— (art. 7 a 9 LDC y el Reglamento 139 de 2004 en la Unión Europea), y la vigilancia sobre las ayudas públicas (art. 107 y s.s. TFUE) (Medina González, 2008, pág. 363).

Con el mandato de armonización de su legislación en pos de los objetivos comunes comunitarios que impone para España su pertenencia a la Unión Europea la promulgación de normas de defensa de la competencia resultó primordial. Es factible encontrar los antecedentes de normativa de defensa de la competencia en la Ley 110/1963, de 20 de julio, de Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia. Posteriormente y en vigencia de la Constitución de 1978, al incluirse el derecho a la libertad de empresa en la Norma Fundamental, se modificó la Ley en mención y se promulgó la Ley 16/ 1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, que considera esta salvaguarda como una función pública en la medida en que la competencia es “el principio rector de toda economía de mercado” por medio de la cual “se manifiesta la libertad de empresa”, siendo necesaria la garantía de “[...] la existencia de una competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque contrario al interés público, siendo asimismo compatible con las demás leyes que regulan el mercado conforme a otras exigencias jurídicas o económicas, de orden público o privado”.

Esta disposición ha sido reformada en varias ocasiones, así la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia se enriqueció posteriormente con la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia —vigente en la actualidad— que reforzó los mecanismos que existían en materia de protección de este principio al dotarlo de instrumentos y una estructura institucional acorde para proteger la competencia practicable en los mercados. La LDC, en armonía con lo preceptuado por la norma de 1989 ratifica la importancia que registra la competencia

efectiva como un elemento indispensable de la economía de mercado, además de constituir regla de juego para los empresarios y favorecer el proceso de reasignación de los recursos productivos que favorece al consumidor e incrementa el bienestar de la sociedad.

Esta disposición normativa desde el Preámbulo indica que la defensa de la libertad de empresa es la que origina la necesidad de establecer un sistema que “permita contar con los instrumentos adecuados para garantizar el buen funcionamiento de los procesos del mercado”, buscando resguardar los derechos de todos los sujetos que concurren al mercado. Se entiende así que la libre competencia permite el adecuado discurrir de aquel y constituye sustrato esencial para el desarrollo de la libertad de empresa y el funcionamiento del sistema de economía de mercado. Armoniza lo anterior con la concepción que de ella se tiene, comprendiéndola como un elemento de la política económica que promueve la competitividad y la productividad³⁵⁰. Del contenido de esta disposición pareciera inferirse una finalidad economicista del Derecho de la Competencia español (siguiendo la posición de la Escuela de Chicago) en el que sus preceptos se orientarían a garantizar la pluralidad e independencia de los operadores económicos para que ese derecho pudiera operar correctamente; sin embargo, sus objetivos resultan ser más amplios y cobijan pretensiones sociales y políticas: la defensa de la democracia como principio rector de la vida política y económica además de la protección de las condiciones de una economía de mercado (Gómez Segade, 2013, pág. 20).

³⁵⁰ Este marco normativo interno encuentra refuerzo en la normativa comunitaria visible en Reglamento CE núm. 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre Control de las concentraciones entre empresas y en el Reglamento núm. 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, entre otras tantas Comunicaciones, Reglamentos, Decisiones y Directivas y Directrices relacionadas con la materia (Palomar Olmeda, 2015, págs. 64-68). Respecto a los fines que persigue la normativa de libre competencia es posible revisar lo descrito en el epígrafe 1.3 de esta investigación.

Este cúmulo de disposiciones normativas de origen nacional y comunitario no hace mención directa a la “libre competencia” sino a la “competencia”. Como bien indica Viciano Pastor esta alusión se explica por el “carácter multifuncional atribuido a estas normas que no permite la defensa exclusiva de derechos subjetivos” (1995, pág. 203), es decir no se encuentra asociado a la protección de los derechos de los competidores sino a la tutela de los derechos e intereses de los consumidores, del sistema de mercado y de exigencias de la política económica en general. Por ello se indicaba con antelación el carácter omnicompreensivo que tiene este principio, lo que permite explicar también la evolución que de los propósitos de esta normatividad se ha producido con el tiempo.

Sin embargo estas normas resultarían inocuas sin instituciones que velaran por su cumplimiento, para el caso comunitario la Comisión Europea —órgano encargado de velar por el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado comunitario—, el Tribunal de Primera Instancia y el Tribunal de Justicia —ante quienes es posible recurrir las decisiones de la Comisión— son competentes para aplicar el Derecho comunitario de la competencia —cuando las actuaciones tuvieran relevancia transfronteriza y afectaran el mercado común—, y a nivel nacional la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia actúa en coordinación con las instituciones competentes en materia de defensa de la competencia en las Comunidades Autónomas —cuando las conductas o prácticas que lesionen este principio tuvieran efectos en el mercado interno o de una de esas Comunidades—.

Respecto a la normativa sobre competencia desleal (como se advirtió previamente la rivalidad entre operadores económicos debe darse en condiciones de lealtad), es posible encontrar la Ley 29/2009, de 30 de diciembre³⁵¹, por la que se modifica el

³⁵¹ La Ley en mención en palabras de Leñena e Iraculis subdivide el derecho contra la competencia desleal en dos grupos: actos de competencia desleal de carácter general (con independencia de sus destinatarios) y prácticas comerciales desleales con los consumidores o usuarios, circunstancia que

régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios³⁵². La ley en mención constituye una herramienta adicional que ratifica el carácter omnicomprendivo de la defensa de la competencia: protege al competidor, al consumidor y al mercado.

Para finalizar es viable indicar que en el derecho constitucional español la libre competencia económica:

1. No encuentra referente expreso en la Norma a diferencia de la Constitución colombiana (art. 333)
2. Su fuente se origina en una interpretación del artículo 38 constitucional que se enriquece con disposiciones comunitarias que abogan por la protección de la competencia efectiva como sustrato esencial del mercado común,
3. Se encuentra íntimamente ligada con el disfrute de la libertad de empresa, sin embargo esta es un derecho y la de competencia una institución que emerge de la economía de mercado,
4. El mercado caracterizado por la libre competencia no hace parte del núcleo esencial del contenido de la libertad de empresa, simplemente es el escenario que permite su ejercicio,

rompe la unidad del ordenamiento pues dependiendo del destinatario es posible adecuar la conducta y además implica el sometimiento de determinadas prácticas a un doble régimen jurídico (2012, pág. 19)

³⁵² Es claro que en el caso español son dos las regulaciones legales aplicables, la normativa europea y la legislación nacional, razón por la que se hace mención expresa a normativa de la UE. La mención que se predica respecto del TFUE y la LDC española es pertinente, sin embargo, como señala Arroyo Aparicio cuando la restricción de la competencia tenga la posibilidad de afectar el comercio entre Estados miembros se aplicará el Derecho comunitario (art. 101 a 109 del tratado en mención y Reglamento Comunitario 1/2003), y en aquellos casos en que esa afectación se produzca en el ámbito nacional, se aplicará la norma restante (2013, pág. 37).

5. La libre competencia económica se relaciona con la dimensión objetiva de la libertad de empresa pero no constituye su dimensión objetiva, tampoco hace parte de su núcleo esencial,
6. La economía de mercado, marco para el ejercicio de la libertad en comento, exige la protección de la libre competencia económica,
7. La competencia económica, ligada al mercado como garantía institucional, se encuentra protegida y no puede ser anulada o suprimida por el legislador y el resto de los poderes públicos,
8. La competencia cumple en una economía de mercado la “función de conseguir que los bienes privados se conviertan en virtudes públicas” (Pascual y Vicente, 2014, pág. 46),
9. Es un principio rector de la economía,
10. Al ser un principio y estar ligado a una garantía institucional no considera exclusivamente intereses subjetivos (empresarios) sino que incluye la referencia a fines sociales de rango superior y a la satisfacción de objetivos generales de raigambre constitucional y comunitaria,
11. No es absoluta, de conformidad con el inciso 2 del artículo 38 C.E., se encontrará protegida pero ligada a la capacidad que tiene el Estado para planificar la economía general (art. 131 CE) —pudiendo reservarse ciertas actividades económicas excluyéndolas del régimen de competencia—, restringida por la prohibición de prácticas que atenten en su contra, limitada por exigencias de la política económica y por la iniciativa económica pública prevista en el artículo 128 C.E., entre otras.
12. Las disposiciones de competencia económica, tanto a nivel nacional como comunitario, suponen formas de intervención de la Unión Europea y el Estado en la economía, y

13. Un escenario de competencia efectiva permite trasladar beneficios económicos a los consumidores.

Hechas estas precisiones respecto a la libre competencia económica en España, el siguiente epígrafe se ocupará de su tratamiento en el caso colombiano a partir, de un análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana.

3.3. La libre competencia económica en la jurisprudencia constitucional colombiana

Desde el diseño constitucional, la libre competencia económica se ha considerado como el mecanismo que garantiza el mejor uso, en términos de eficiencia, de los recursos en una economía, por ello su protección deviene en esencial y garantiza la supervivencia de la Economía Social de Mercado. Sin competencia aquella sería un sistema acéfalo, carente de sentido y con naturaleza viciada.

Esta apreciación inicial sobre la libre competencia permite señalar que además de la dimensión individual y subjetiva que le asiste, podría ser calificada como garantía institucional en la medida en que deviene en fundamental para el funcionamiento del sistema de mercado que reconoce la Constitución (C-1125 de 2008), no existen posibilidades de anularla o suprimirla sin afectar el sistema constitucional económico y se considera “base del desarrollo económico y social y [...] garantía de una sociedad democrática y pluralista” (C-277 de 2006). Predicar de ella su condición como elemento estructurante de la Constitución Económica y el sistema económico por ella reconocido genera para el legislador absoluta imposibilidad para suprimirla, desconocerla, alterarla o vulnerar su núcleo esencial, cualquier disposición que pretenda desarrollarla estará condicionada por el respeto de su naturaleza jurídica, es allí en donde radica su matiz de garantía institucional.

Sin embargo predicar su reconocimiento como garantía institucional supondría la mitigación de su naturaleza como un derecho, debido a que las dos condiciones no

pueden ser predicadas a la vez pues, como ocurre en el caso español respecto de la libertad de empresa, su reconocimiento como garantía merma su alcance como derecho, condición que en Colombia resultaría improbable debido a la condición que del mismo predica el artículo 333 superior.

Pensar en términos de garantía institucional supondría la imposibilidad de otorgarle una acción constitucional que pueda ser esgrimida en caso de violación, circunstancia que, por mandato constitucional colombiano, sí puede predicarse respecto de la libre competencia. Es por ello que, en el caso colombiano, aunque pudiera predicarse que la libre competencia registra matices que pudieran asociarla a tal condición jurídica, su naturaleza resulta más amplia pudiendo predicar de la misma el calificativo de principio y derecho —individual y colectivo—.

Tal como se manifestó al desarrollar los antecedentes y características del sistema de Economía Social de Mercado, la confianza en el mercado como institución más acertada para que se produzca el juego de la oferta y la demanda constituye el rasgo esencial de este sistema, sin embargo para que este proceso pueda cumplirse en condiciones de eficiencia se requiere de la libre competencia económica como institución que permite a los agentes económicos interesados concurrir en pie de igualdad a ofertar bienes y servicios, y en consecuencia cualquier comportamiento, con independencia del sujeto que lo propicie, que este orientado a falsear o restringir las condiciones de competencia en que debe desenvolverse ese proceso debe ser reprimido y sancionado (C-263 de 2011). La protección y promoción de la libre competencia no es un asunto que pueda confiarse al mercado, por ello tal función corresponde al Estado (C-186 de 2011) y, en virtud del mandato constitucional, corresponderá también a los ciudadanos como titulares del derecho individual y colectivo referenciado (C-620 de 2016).

La Constitución Política, como se ha expresado en múltiples oportunidades, reconoció de manera expresa esta libertad en su artículo 333, señalando las principales líneas a considerar por parte del Legislador —que desarrolla a través de

leyes su contenido—, del Ejecutivo —que desarrolla políticas y programas que la dinamizan y ponen en marcha—, de otros órganos y agentes del Estado —con funciones específicas en el campo económico— y en particular de los ciudadanos que, como principales agentes económicos despliegan el ejercicio de su libertad económica en el mercado.

Este artículo de la Constitución contempla la libre competencia como un derecho que puede ser alegado por los ciudadanos en caso de vulneración y además incorpora un enfoque garantista ligado a la función que al Estado le ha sido asignada como director general de la economía que le impone la obligación de intervenir cuando advierta que cualquier agente económico despliega o pretenda desplegar cualquier acto, conducta o práctica que pueda menoscabar sus elementos esenciales (Sabogal Bernal, 2005). Esta precisión se hace partiendo del reconocimiento de que el ejercicio de las libertades económicas que contempla la Constitución necesita un escenario de competencia libre que les permita a los ciudadanos desplegarlas.

La Corte Constitucional ha reconocido que la libre competencia no es un derecho absoluto [(C-915 de 2002), (C-623 de 2004), (C-869 de 2010) y (C-263 de 2013)], esto implica que este derecho tiene límites, que guardan coherencia con el principio de prevalencia del interés general en el marco de las facultades de del Estado para intervenir en la economía en forma proporcionada y razonable a través de la regulación, vigilancia y control (T-368 de 1995).

A pesar de este desarrollo, para el objeto de la presente investigación y a partir del reconocimiento de la Economía Social de Mercado como sistema propio del ordenamiento constitucional colombiano, registra especial atención el tratamiento que la libre competencia ha tenido en sede jurisdiccional de la Corte Constitucional. Al fungir como interprete suprema de la Norma Fundamental sus sentencias constituyen referente primordial para comprender la naturaleza jurídica que a la libertad en mención le asiste y su desarrollo brinda herramientas de análisis en la

definición de las pautas o reglas de juego que los ciudadanos —agentes económicos públicos o privados, competidores, consumidores, usuarios, etc.— deben tener en cuenta al momento de concurrir al mercado.

La elaboración de este epígrafe, parte de la identificación de un problema jurídico que pretende resolver la línea jurisprudencial, metodología escogida para la selección y abordaje de la abundante jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de estudio de medidas de intervención del Estado en la economía que tienen impacto en el ejercicio de la libre competencia económica. No se advierten sentencias que aborden, de manera específica, el análisis del derecho a la libre competencia como problema jurídico central, por ello la identificación de la jurisprudencia se hizo a partir de la individualización de sentencias que abordarán examen de la constitucionalidad de medidas legislativas con el enfoque inicialmente señalado.

Las sentencias se concentran en mayor medida en establecer lineamientos respecto a las condiciones y reglas que deben cumplir y tener en cuenta agentes económicos en el mercado; el estudio del derecho y principio *sub examine* se produce al revisar las posibles limitaciones que esas condiciones generan para la libre competencia. A pesar de esta abundante producción jurisprudencial no existen cambios importantes en la concepción o naturaleza jurídica del derecho y principio en mención, se trata de decisiones en las que la argumentación es reiterativa y recurrente sin que se adviertan saltos argumentativos o variaciones importantes en la posición de la jurisprudencia.

Para el presente caso el problema jurídico a resolver es si en un sistema de Economía Social de Mercado la libre competencia económica, a la luz de la jurisprudencia constitucional, ostenta el carácter de derecho fundamental. Los polos a partir de los cuales se construye la línea son a) la libre competencia económica como condición estructurante de la ESM es un principio de la Constitución Económica y un derecho colectivo, pero no un derecho fundamental y el polo b) la

libre competencia económica no es un derecho fundamental y en consecuencia no es susceptible de acción de tutela en caso de violación o vulneración.

La sentencia arquimédica es la C-263 de 2011, que aunque no es la última respecto al tema en la cual la Corte aborda el problema en mención, consigna un análisis importante del derecho a la libre competencia a partir del cual es factible construir la línea. No se hará diagramación de esta pues la totalidad de las sentencias se mantienen fieles al polo a), es decir reconocen la naturaleza jurídica de la libre competencia económica como un principio y un derecho pero no de carácter fundamental. En este sentido es posible señalar que el precedente se mantiene uniforme y no podría decirse que el mismo se encuentra en construcción sino que se advierte consolidación en la posición jurídica que sostiene la Corte, es decir, hay balance constitucional propio de una línea jurisprudencial sólida.

Al tenor del contenido del artículo 333 superior, la libre competencia económica es un “derecho de todos que supone responsabilidades”, circunstancia que permitiría predicar su carácter colectivo (C-649 de 2001), sin embargo su naturaleza trasciende esa condición y se cualifica ostentando una triple condición: es derecho individual, colectivo y principio rector de la economía (C-616 de 2001) —con un cariz de garantía institucional—, por esta razón se atribuye al legislador la facultad de delimitar el alcance del ejercicio de las libertades económicas para armonizarlo cuando circunstancias varias lo exijan, entre ellas el interés social (C-560 de 1994). Se comprende entonces que las limitaciones establecidas respecto al derecho a la libre competencia no atentan contra ella como elemento fundamental de sistemas económicos que protegen la institución del mercado, por el contrario pretenden compaginar su ejercicio con los intereses de los consumidores, los empresarios y el interés general que podrían verse afectados si se tolerara el uso de cualquier tipo de estrategia que tuviera la pretensión de restringirla, falsearla o eliminarla (C-032 de 2017).

Esta descripción inicial de la naturaleza de la libertad en mención se suma a la doble dimensión que de ella puede predicarse, de un lado, desde la “perspectiva del derecho que tienen las empresas como tales” (C-389 de 2002) y del restante desde la perspectiva de los consumidores o usuarios que son los más beneficiados con un mercado caracterizado por una competencia efectiva o realizable (C-332 de 2000). Sin embargo, el análisis resulta más profundo y su tratamiento registra particularidades diversas.

Respecto a su significado ha considerado la Corte Constitucional que la libre competencia se presenta cuando “cuando un conjunto de empresarios, en un marco normativo de igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos, factores empresariales y de producción, en la conquista de un mercado determinado, bajo el supuesto de la ausencia de barreras de entrada o de otras prácticas restrictivas que dificulten el ejercicio de una actividad económica lícita” (C-815 de 2001)³⁵³.

3.4. Requisitos que exige la libre competencia económica

En esta línea es claro que la libre competencia supone por lo menos cinco condiciones que son reiteradas por la jurisprudencia constitucional³⁵⁴, así:

a. Pluralidad de empresarios (C-815 de 2001)

Uno de los requisitos de la competencia es la pluralidad de aspirantes a una misma meta (Font Galán, 1987, pág. 27), si este no se acredita una falla en el mercado se haría visible y generaría la obligación del Estado para intervenir con miras a

³⁵³ Esta definición se reproduce en las Sentencias C-616 de 2001, C-992 de 2006 y C-263 de 2011.

³⁵⁴ La jurisprudencia inicialmente señaló tres condiciones “(i) la posibilidad de concurrir al mercado, (ii) la libertad de ofrecer las condiciones y ventajas comerciales que se estimen oportunas, (iii) la posibilidad de contratar con cualquier consumidor o usuario” (C-263 de 2011). Sin embargo, es posible agregar otras que son indispensables para el ejercicio eficaz de dicha libertad y que se extraen de otras sentencias.

superarla y generar condiciones materiales de competencia, consideración hecha de aquellos bienes y servicios que por condiciones de eficiencia económica no permiten competencia (servicios públicos domiciliarios que funcionan como monopolios naturales). Resulta claro, en este sentido, que en algunas circunstancias la no pluralidad de oferentes obedece a condiciones propias del mercado en las cuales no será posible generar competencia³⁵⁵, en otras lo serán condiciones del bien o servicio las que generen esta condición y en restantes obedecerá al actuar oportunista de los competidores el que generará restricciones tales en la competencia que situaciones de monopolio se harán presentes.

En todo caso la libre competencia económica debe promover la existencia de diversidad de competidores que permitan la materialización del derecho que tienen los consumidores o usuarios a la libre elección. Un ejemplo claro de esta condición se encuentra en la Ley 1340 de 2009 que prevé que en casos de integración empresarial la operación podrá estar condicionada por la enajenación de activos a un tercero independiente que se encuentre en capacidad de competir con el ente integrado³⁵⁶.

b. Condiciones materiales de igualdad (C-263 de 2011)

³⁵⁵ Como señala Posner se presentan condiciones de monopolio natural en las cuales “es más barato que la empresa existente provea las unidades adicionales, no porque esa empresa sea más eficiente en el sentido en que su curva de costo se encuentre por debajo de las curvas de costo de otras empresas [...] sino porque una empresa puede proveer toda la producción demandada a un costo menor que más de una empresa” (2000, pág. 326)

³⁵⁶ Como señala Belmont en nueve casos de control previo a integraciones empresariales conocidas por la SIC se condicionó la operación sometida a estudio a la enajenación a competidores para garantizar competencia económica y evitar así concentraciones indebidas en el mercado. Los casos que analiza la autora en mención son “Nestle SA - Pfizer Inc.; Essilor Optica International Holding y Servioptica S.A.S. - Superlens S.A.S; Almacenes Éxito S.A. - Caja de Compensación Familiar CAFAM; Productora de Jugos S.A. - Gaseosas Posada Tobón S.A.; Almacenes Éxito S.A. – Carulla Vivero S.A.; Grupo Argos, Cementos Andino S.A. y Concrecem S.A.; Editorial Televisa Colombia S.A. - Editora Cinco Cultural S.A. - Editora Cinco Recreativa S.A.; Meals Mercadeo de Alimentos de Colombia S.A. - Productos Lácteos Robin Hood S.A.; y DSM N.V. - Roche Vitaminas Colombia S.A” (2013, pág. 111)

La igualdad que se predica respecto de los empresarios reconoce condiciones de desigualdad —poder de mercado, capacidad instalada, capacidad ociosa, posición de dominio, entre otras— que, no obstante no impiden que se produzcan condiciones de rivalidad y competencia, por ello se reconoce que los empresarios podrán desplegar todas sus estrategias para conquistar un determinado mercado de bienes y servicios amparados en “un marco normativo, de igualdad de condiciones” (C-815 de 2001). Estas condiciones no suponen, de manera alguna, la obligación del Estado para otorgar a todos los operadores económicos condiciones iguales para concurrir al mercado y rivalizar en él. La obligación que le asiste está circunscrita a que el mercado en que se produce esa rivalidad tenga condiciones que permitan que, independientemente de las circunstancias de cada operador económico, esta se produzca en escenarios equivalentes, con independencia de los resultados económicos, por ello se reafirma la noción de que no solo debe garantizarse la posibilidad de concurrir al mercado (C-432 de 2010) sino que una vez se concurra el ejercicio de la competencia debe producirse en condiciones de libertad e igualdad (SU-182 de 1998).

Será justamente el actuar de cada empresario, las decisiones de mercado que adopte, el nivel de innovación, la estrategia de precios y otros factores similares los que permitirán determinar el resultado de esa rivalidad y, como ocurre en sistemas de economía de mercado, producir señales para los consumidores y otros agentes económicos que premien o castiguen al empresario ineficiente. La mención que se hace de la defensa de la competencia y la concurrencia en condiciones de igualdad de oportunidad de acceso no puede ser confundida con la defensa de la ineficiencia económica, lo que se asegura por la normativa de defensa de la competencia es el acceso al mercado y no el éxito de los emprendimientos privados de los agentes económicos. Esta normativa no se encarga de garantizar la igualdad de los resultados que, finalmente, tenga una actividad empresarial sino que se encarga de igualar las oportunidades de acceso eliminando las barreras que, de manera artificial, pudieran registrarse.

Respecto a la igualdad que debe existir como condición para el ejercicio de la libre competencia debe considerarse que el Estado no podrá alterar, sin justificación, la condición inicial de igualdad que debe predicarse de los agentes económicos para obtener autorizaciones, licencias o concesiones para la explotación o ejercicio de una actividad económica determinada, pues un proceder en tal sentido restringiría el núcleo esencial de la libre competencia pues ella “no solo supone la igualdad en la competencia, sino también la libre concurrencia en condiciones de igualdad” (T-291 de 1994).

En consecuencia, para que pueda predicarse igualdad en el ejercicio de la libre competencia para los agentes económicos en el mercado no será posible establecer prerrogativas o beneficios —que no surjan de forma natural en el mercado— que “sin ninguna justificación de interés colectivo” les permitan gozar de “prerrogativas o beneficios que de suyo implican ventajas en la comercialización de bienes y servicios” (C-1262 de 2000).

c. Ausencia de barreras de entrada injustificadas (C-228 de 2010)

La libertad de acceso al mercado no puede comprenderse como un derecho absoluto, sino que corresponde al legislador determinar condiciones para salvaguardar otros bienes jurídicos. Como indica García Vitoria “el Estado configura el acceso al mercado de formas muy diversas, exigiendo diferentes títulos para el ejercicio de la industria y el comercio” (2008, pág. 250). Como se indicó de manera previa en algunas ocasiones es necesario obtener autorización previa o tramitar permisos, licencias o habilitaciones para acceder el mercado, circunstancias que aunque pueden ser interpretadas como restricciones al ejercicio de la libre competencia no serán inconstitucionales *per se* si satisfacen los criterios que respecto a la intervención del Estado en la economía han sido previstos anteriormente. Además, resulta claro que, aquel agente económico que obtenga el permiso o cumpla los requisitos señalados por la ley tendrá derecho a concurrir al

mercado sin que sea posible, en principio, establecer condiciones de discriminación (C-616 de 2001).

Esta posibilidad de concurrencia alude entonces a la posibilidad que asiste a un agente económico para acceder o ingresar a un sector del mercado en el cual otros sujetos están ejerciendo la actividad que ese concurrente pretende desarrollar. Para que esta posibilidad se satisfaga —y que constituye un elemento del núcleo esencial del derecho— no deben existir barreras de entrada o restricciones que impidan la concurrencia de un nuevo competidor (C-359 de 2016).

En materia de permisos o requisitos previos para el ejercicio de cualquier actividad económica —y con el fin de garantizar la igualdad en la concurrencia— estas deberán tener soporte legal y suponen una medida de intervención conformativa en la cual se exige de los agentes económicos el cumplimiento de requisitos de existencia, formalización y funcionamiento (C-150 de 2003). Para el caso de permisos estos condicionan la prestación de la actividad al exigir del empresario el cumplimiento de condiciones objetivas del servicio o bien que va a ofertar y la posterior decisión administrativa que reconoce esta situación y autoriza al interesado para el desarrollo de la actividad (C-1078 de 2002). Respecto a los requisitos estos suponen condiciones necesarias para su realización que, en caso de no presentarse, no permiten al agente económico emprenderlas y mucho menos continuarlas (C-352 de 2009), circunstancia que obliga al operador económico no solamente a cumplir con estos requisitos de manera previa al inicio de la actividad sino que debe mantenerlos durante el ejercicio de dicha actividad.

Lo que resulta esencial en el análisis de este mandato es que, en principio el desarrollo de la libertad de empresa no estará sujeto a permisos previos ni requisitos, y cuando estos sean necesarios su fuente deberá estar en la ley —que definirá sus elementos básicos— y sujetarse a los límites que han sido determinados vía jurisprudencia constitucional (C-263 de 2011).

d. Rivalidad entre los competidores (C-228 de 2010)

Si no se produce rivalidad entre los empresarios se presentarían condiciones de concurrencia pero no competencia, circunstancia que desdibuja las condiciones necesarias para el funcionamiento de una Economía Social de Mercado. Los agentes económicos deben desplegar su sana rivalidad en la arena económica, buscando mejoras permanentes en la eficiencia que se traduzcan en la conquista de mayores porciones del mercado y mejores beneficios económicos —móvil principal de aquellos—.

e. Comportamiento leal, transparente y responsable de los competidores (C-992 de 2006)

f. Libertad de ofrecer las condiciones y ventajas comerciales que se consideren adecuadas (C-263 de 2011)

g. La posibilidad de contratar con cualquier consumidor o usuario (C-616 de 2001)

Esta libertad puede analizarse desde dos perspectivas que suponen garantías tanto para los competidores como para los demandantes —consumidores—, para estos resulta ser importante esta garantía pues les permite contratar con el comerciante que ofrezca las mejores condiciones, dentro del marco legal, en términos de precio y calidad de los bienes y servicios que demanda (C-197 de 2012). Para los competidores les permite concurrir al mercado para ofrecer sus bienes y servicios a todos los demandantes que se encuentren en el mercado, obligándolos a observar un comportamiento leal y

3.5. La libre competencia económica como principio rector de la economía

La interacción que al interior del mercado se produce entre oferentes y demandantes resulta ser una constante. Y una de las características que supone esa interacción es la tensión que se presenta entre los diversos intereses de quienes

allí concurren. Entre los competidores esa tensión es permanente por lo que la definición de reglas claras que determinen las condiciones generales en que deberá producirse esa rivalidad deviene en esencial para que el sistema de mercado no se falsee y los derechos de oferentes y demandantes no se vean lesionados. La libre competencia económica determina las condiciones en que deberá producirse esa interacción y las reglas de juego a tener en cuenta por parte de los empresarios que pretenden obtener un provecho económico. Es por ello que el ejercicio de la libertad económica y las libertades a ella asociadas encuentran límites dados por la libre competencia (C-313 de 2013).

La libre competencia, lejos de la visión clásica que buscaba la protección de los empresarios, ahora se orienta a la defensa del interés público (C-332 de 2000) que encontrará materialización en el provecho que la comunidad percibe al encontrar bienes y servicios de mayor calidad y a menor precio, como se ha indicado, el reconocimiento de esta libertad en favor de los empresarios también puede considerarse como una garantía para los usuarios o consumidores, principales beneficiados con una economía caracterizada por la competencia efectiva o realizable en que tengan la posibilidad de contratar con quien ofrezca condiciones favorables en términos de precios y calidad (C-815 de 2001). Es justamente esa pretensión amplia de defensa de intereses y derechos de todos los participantes en el mercado y de el en sí mismo considerado la que sustenta la normativa de competencia en Colombia (C-313 de 2013).

Por esta razón se ha comprendido que la libre competencia no puede entenderse como un obstáculo a la intervención del Estado en la economía y que por el contrario se puede considerar en dos perspectivas, la primera de ellas apunta al derecho que asiste a los agentes económicos para concurrir al mercado en condiciones de igualdad y poder desarrollar su actividad sin restricciones y la restante respecto a los ciudadanos en general que son los principales beneficiarios de un sistema de mercado altamente competitivo y eficiente (C-389 de 2002).

El reconocimiento material de un sistema de Economía Social de Mercado como el propio del ordenamiento constitucional económico pone a la libre competencia como principio rector de la actividad económica (C-398 de 1995) con un carácter que no apunta solamente a la protección de los empresarios sino que extiende sus efectos a los consumidores y la mercado en sí mismo considerado (C-432 de 2010). Por esto, puede el legislador prohibir —y en algunos casos excepcionales autorizar— cualquier tipo de comportamiento, conducta, acuerdo o práctica que falsee, restrinja, obstaculice o limite la libre competencia en cualquier sector del mercado (T-240 de 1993).

Además de la inclusión de un marco normativo que reprima y sancione las prácticas restrictivas de la competencia, los actos de competencia desleal y los abusos de posición dominante, es potestad del legislador establecer reglas que deberán tener en cuenta todos los agentes económicos pertenecientes a un sector específico — que por su relevancia o importancia se encuentre íntimamente relacionado con los fines del Estado— cuando pretendan concurrir al mercado, concurren al mercado, compitan en el mercado y deseen retirarse del mismo (C-869 de 2010). Cuando estas restricciones satisfacen los supuestos que condicionan la intervención del Estado en la economía se encontrarán ajustadas a la Constitución.

Partiendo de la base de que un principio tiene fuerza normativa, es una pauta de interpretación obligatoria y tiene toda la fuerza de la primacía constitucional resulta claro que no puede ser desconocido por ninguna norma —con independencia de su rango—. No resulta complejo, para el ordenamiento colombiano, discutir la naturaleza jurídica que como principio registra la libre competencia, la jurisprudencia constitucional ha sido abundante en la determinación de tal carácter (C-398 de 1995, C-535 de 1997, C-228 de 2010, C-186 de 2011 y C-032 de 2017)).

Como principio constitucional, la protección de la libre competencia resulta esencial para la estabilidad del sistema de Economía Social de Mercado y las libertades económicas que a él se encuentran asociadas, cuando se destruye la competencia

o se distorsiona de manera arbitraria o unilateral se debilitan esas libertades y la realización de otros derechos (Amador Cabra, 2011, pág. 527) —no necesariamente de contenido económico— resultan afectados —por ejemplo el libre desarrollo de la personalidad como germen para la libertad de empresa y la libre iniciativa privada— (C-183 de 1998).

La protección que de ella se deriva encuentra una orientación clara en el texto del artículo 333 superior, allí el constituyente determinó que en condiciones de competencia realizable —no perfecta— agentes económicos podrían tener posición de dominio en el mercado, restringiendo sí la posibilidad de que abusen de esa condición. La posición de dominio ha sido entendida como el poder de mercado de que goza un competidor y que le permite, dentro de un grado amplio, poder actuar con independencia respecto de sus competidores (T-375 de 1997), circunstancia que reduce los mecanismos de mercado y que impone a quien goza de dicha posición la obligación de no abusar de la misma. Como se señaló con antelación, el juego de la oferta y la demanda premia a aquellos que, de manera eficiente, transparente e irreprochable, ofrecen mejores productos y servicios, con mejor calidad y a menores precios y sanciona a aquellos que no logran dicho cometido; aquellos que resultan premiados en el mercado advertirán como su poder de mercado se extiende y el Estado deberá intervenir para evitar su abuso (SU-1193 de 2000).

Es por ello que las normas de competencia al prohibir actos, conductas y prácticas con efectos negativos en la eficiencia de los mercados pretende evitar concentraciones y en consecuencia posiciones de dominio. No obstante no es pretensión de la norma reprimir buenas prácticas comerciales que generen condiciones de eficiencia y desemboquen en posiciones de dominio, por el contrario y partiendo del reconocimiento de la mengua en la competitividad que esta situación genera se pretende evitar abuso de esta posición que restrinja el nivel de competencia a un mayor nivel.

La normativa de protección de la libre competencia tiene un carácter preventivo y no solamente sancionador, al comprender su naturaleza jurídica pensar en un marco normativo con pretensión sancionatoria o naturaleza *ex post* supondría un retorno a los principios de la economía de mercado en los que el Estado solo intervenía cuando el funcionamiento eficiente del mercado se veía alterado por actuaciones de privados, el sistema constitucional económico que prevé la Norma exige del Estado una adopción de medidas que prevengan situaciones que afecten el disfrute de la libertad económica y otros derechos a ella asociados.

En este sentido se ha pronunciado la Corte al señalar que si la intervención del Estado tuviera una pretensión sancionatoria o *ex post* “el aparato estatal provocaría un déficit de protección del derecho a la libre competencia, puesto que diferiría su salvaguarda efectiva a la comprobación de una conducta constitutiva de abuso de posición dominante. En últimas, lo que propone el cargo es que el Estado retroceda en su facultad constitucional de intervención en el mercado, adoptando una posición propia del liberalismo económico clásico. Esta postura, como ya se ha analizado, es incompatible con el modelo económico adoptado por el Constituyente” (C-263 de 2011)

Por ello y atendiendo al carácter preventivo que tiene la normativa de protección de la competencia corresponde al Estado, regular la posición dominante que pueda tener cualquier agente económico en el mercado con el fin de evitar que cualquiera de ellos prevaliéndose de su supremacía pueda hacer uso de aquella para eliminar a los competidores —actuales o potenciales— (C-228 de 2010), y para ello podrá hacer uso “de una serie de controles e instrumentos de intervención, que están orientados a evitar las siguientes conductas o prácticas contrarias a la honestidad y lealtad comercial: a) Imponer precios, b) limitar la producción, c) aplicar en la relaciones contractuales condiciones desiguales y d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias” (C-616 de 2001), además de todas aquellas prácticas colusorias entre empresarios para restringir la

competencia, cualquier abuso de posición de dominio o acto de competencia desleal entre empresarios. Todas estas prácticas, que pueden tener asiento en sectores diversos del mercado, ponen en riesgo la eficiencia del mismo, restringen el disfrute del derecho a la libre competencia, minan la efectividad de la Economía Social de Mercado y lesionan uno de los principios del modelo de Estado constitucionalmente acogido.

Todas las disposiciones que desde la ley se establecen y complementan con reglamentación de la misma respecto al mercado se hacen indispensables para garantizar la libre competencia, base del modelo constitucional económico que, sin intervención o regulación alguna por el Estado genera comportamientos oportunistas y desleales que perjudican intereses y derechos de todos los ciudadanos que al mercado concurren. La necesidad de garantizar la eficiencia del sistema productivo, evitar distorsiones en el libre intercambio de bienes y servicios y propiciar la concurrencia económica —además de la competencia— emergen como pretensiones de la legislación, aunada a la protección de la libre competencia.

Como principio constitucional resulta necesario indicar que la libre competencia económica:

1. Establece un deber específico: La dirección que le ha sido atribuida al Estado respecto de la economía genera para este la obligación de garantizar que el sistema de Economía Social de Mercado mantenga realizables sus presupuestos, y uno de ellos se encuentra constituido por la protección de la concurrencia económica y la competencia realizable en el mercado. En cumplimiento del deber que conlleva genera para el Estado la obligación de reforzar su protección y promoción con un sistema de normas, reglas e instituciones. Además, resulta claro que en caso de desconocimiento se desdibujaría el sistema de ESM generando consecuencias importantes para la efectividad del modelo de ESD.

Para los agentes económicos particulares, a su vez, establece el deber de actuar leal evitando la realización de prácticas restrictivas de la competencia, actos de competencia desleal y abusos de posición dominante, que, en caso de presentarse vulnerarían el núcleo esencial de la faceta que como derecho asume la libre competencia. En consecuencia, su condición como principio establece reglas de comportamiento, parámetros

2. Posee eficacia directa: No es una disposición de carácter programático que sólo podrá ser realizable mediante disposición o desarrollo legislativo o normativo diverso. Por el contrario su naturaleza estructurante del sistema constitucional económico reivindica el carácter obligatorio y vinculante de su mandato, generando obligaciones precisas para cualquier agente económico.

3. Permite solventar circunstancias concretas: El mandato que consigna la libre competencia permite a los operadores judiciales y a las autoridades administrativas resolver situaciones particulares en las que se advierte conflicto entre diversas libertades y derechos, además de permitir determinar la razonabilidad de una medida de intervención del Estado en la economía. No es por tanto una simple declaración con contenido programático sino que encuentra materialización en supuestos de hecho precisos y determinados.

4. Sirve para autointegrar el ordenamiento jurídico: Al partir de la consideración de la necesidad de interpretación integral y sistemática del texto constitucional, el subsistema constitucional económico precisa de la libre competencia como libertad económica que permite el desarrollo de otras garantías y derechos, además de la exigencia de su protección como engranaje constitucional del sistema de ESM.

5. Vincula a los poderes públicos: Al no tener un carácter programático sino normativo genera obligaciones de observancia para los órganos y ramas del poder público, además de los particulares.

6. Caracteriza al sistema jurídico: Partiendo de la consideración de que se ha producido una aceptación material de la adopción del sistema de ESM por parte de la jurisprudencia constitucional uno de los principios constitutivos o estructurantes del mismo se encuentra dado por la libre competencia económica. Este caracteriza al sistema jurídico —considerando que la Constitución Económica es elemento integral de la Norma Fundamental y no un elemento aislado— y constituye un “elemento esencial para la armonización e identificación de la fisonomía del sistema” (Guastini, 2010, pág. 75).

3.6. La libre competencia como derecho

En primer lugar es claro que la libre competencia emerge como elemento esencial de la libertad económica (T-425 de 1992), que en la línea expuesta previamente es calificada como un derecho de contenido complejo que alude a la facultad que tiene todo individuo para realizar cualquier actividad de carácter económico, con miras a crear, mantener o incrementar su patrimonio (C-624 de 1998). La libre competencia surge en la Constitución como un derecho que no se desarrolla de manera aislada sino que precisa de otras garantías y libertades de contenido económico para poder desarrollarse, por lo que cualquier limitación o restricción respecto a estas redundaría en el despliegue de aquella.

Su reconocimiento como derecho subjetivo individual se encuentra limitado por la función social que debe satisfacer (C-616 de 2001) que combina dos exigencias, la que se predica respecto del Estado para garantizar su ejercicio libre y la que se reclama de los ciudadanos para que en su ejercicio atiendan a esa función social que la asiste.

La primera exigencia se advierte materializada en el reconocimiento del Estado como director general de la economía que le permite adoptar medidas —a través de los órganos y autoridades competentes— para establecer un marco normativo

que proteja la libre competencia y reprima y sancione todo acto que tenga, por objeto o como efecto, falsear o restringir la libre competencia. La segunda se predica de los particulares para que, en ejercicio de la libertad económica que les asiste se abstengan de adelantar actos que lesionen el derecho en mención (C-620 de 2016).

Este reconocimiento se comprende desde la perspectiva subjetiva que del derecho se predica (C-870 de 2003) y que permite calificarlo como esencial para el orden jurídico-político, con una doble condición: es considerado como un derecho individual —que entraña tanto facultades como obligaciones (C-321 de 2009)— y un derecho colectivo (C-815 de 2001), objeto de limitaciones, que comporta derechos y obligaciones y con un amplio margen de competencia del legislador para regularlo y restringirlo. Resulta claro que la libre competencia no ostenta una naturaleza jurídica absoluta [(C-068 de 2009) y (C-949 de 2001)] y en consecuencia, para el específico caso los sujetos titulares de este derecho deben abstenerse de realizar o desplegar comportamientos que pretendan o alcancen la restricción de la concurrencia de otros agentes económicos, realizar su actividad económica de manera leal y acatar las disposiciones que establecen condiciones de acceso, prestación, calidad, permanencia y demás. El actuar de una manera contraria supondría un abuso del derecho —la libertad económica y todas aquellas que comprende— que es objeto de sanción (C-228 de 2010).

El reconocimiento de la libre competencia como un derecho no absoluto, no se predica solamente de esta libertad sino, en general, de todas las libertades de contenido económico, que a partir del mandato que asiste al Estado como director de la economía, pueden ser limitadas para entre otras, remediar las fallas del mercado y promover desarrollo con equidad (C-263 de 2011). En materia de limitación de estas libertades es necesario recordar que, por mandato expreso de la Constitución, solo podrá producirse la restricción por motivos de interés social, medio ambiente y patrimonio cultural de la Nación.

Además, de cara a los principios de igualdad y razonabilidad que gobiernan la actividad del legislador, cualquier limitación de las libertades económicas deberá obedecer a alguna de las finalidades expresamente señaladas por el artículo 334 de la Constitución, respetar el núcleo esencial de las libertades económicas —y de cualquier otra libertad o derecho involucrado—, obedecer al principio de solidaridad y, finalmente, observar criterios de razonabilidad y proporcionalidad. No obstante esta mención, en materia de control de constitucionalidad de medidas de intervención económica el juicio de proporcionalidad es débil³⁵⁷ y supone la identificación de dos condiciones, la primera de ellas supone la identificación de una finalidad constitucional de la norma y la restante supone la idoneidad del instrumento escogido por el legislador para la obtención del fin señalado (C-191 de 2016), es decir, se determina si el fin perseguido y el medio empleado se encuentran constitucionalmente permitidos y el medio escogido es idóneo para alcanzar el fin propuesto.

Sin embargo, en este punto es indispensable hacer una precisión metodológica, aunque la Corte ha sostenido que en materia económica, tributaria o de política internacional el test a aplicar es débil (C-015 de 2014), en materia de restricciones a la libre competencia el test que se aplica debe ser intermedio (C-179 de 2016)³⁵⁸, que procede cuando se advierte la existencia de un indicio de arbitrariedad que puede afectar la libre competencia económica o se puede afectar un derecho no fundamental. En este test se analizan dos aspectos, el primero de ellos verifica si el fin perseguido es legítimo e importante en la medida en que “promueve intereses

³⁵⁷ La mención genérica que del test débil se predica en materia económica sin embargo no constituye una camisa de fuerza al momento de analizar la constitucionalidad de una medida de intervención del Estado en la economía, es claro que cuando esta suponga afectación de un derecho fundamental, establezca un beneficio o privilegio o constituya discriminación en los términos del artículo 13 superior, el test podrá ser intenso.

³⁵⁸ En materia de aplicación de test intermedio cuando se advierta indicio de arbitrariedad que pueda afectar la libre competencia las Sentencias C-183 de 1998, C-673 de 2001, C-354 de 2009, C-830 de 2010 y C-015 de 2014 siguen la postura planteada.

públicos valorados por la Constitución o por la magnitud del problema que el legislador busca resolver” (C-673 de 2001), y el restante verifica que el medio es adecuado y “efectivamente conducente” para alcanzar el fin propuesto (C-354 de 2009)³⁵⁹.

De la misma manera, es posible indicar que la libre competencia genera beneficios importantes para los sujetos titulares del derecho en mención pues en un régimen económico caracterizado por competencia realizable los individuos tienen la posibilidad de elegir con libertad entre varios competidores que, apremiados por la necesidad de obtener una mayor porción de mercado, tendrán incentivos para ofrecer mayor calidad y mejores tarifas en los productos y servicios ofrecidos (C-389 de 2002). Como indica Agudelo Villa al respecto “la ley no debe proteger solo el proceso del mercado, sino que debe también garantizar la existencia de un orden competitivo ... al prevenir la ociosidad y animar la iniciativa e incrementar el bienestar del consumidor al permitirle el libre escogimiento de sus bienes y abastecedores” (1999, pág. 27).

En estricto sentido podría predicarse que la finalidad de este derecho apunta a que cualquier agente económico, en condiciones de competencia realizable, obtendrá posibilidades de lucro individual, circunstancia que los motiva para destinar parte de su patrimonio para el ejercicio de una actividad y para los consumidores y usuarios la posibilidad de elegir entre diversos oferentes aquel que ofrezca el mejor producto, con la mejor calidad y al mejor precio.

Desde una perspectiva objetiva, el derecho en mención, es una “pauta o regla de juego superior con arreglo a la cual deben actuar los sujetos económicos y que, en

³⁵⁹ El test intermedio, como se deduce de lo planteado, involucra elementos adicionales que lo hacen más exigente que el débil, así requiere que el fin no solamente sea legítimo sino también constitucionalmente importante y además que el medio no solo sea adecuado sino efectivamente conducente (Dueñas Ruíz, 2004, pág. 44).

todo momento, ha de ser celosamente preservada por los poderes públicos, cuya primera misión institucional es la de mantener y propiciar la existencia de mercados libres” (C-535 de 1997). Esta regla de juego, que condiciona el papel de los agentes en el mercado, debe ser aplicada en forma igualitaria a todos aquellos que concurren al mercado con independencia de que sean empresas particulares o surjan de la actuación del Estado en la actividad económica, independientemente de la naturaleza jurídica que asuman —por ejemplo empresas industriales o comerciales o sociedades de economía mixta— (C-352 de 1998).

Como derecho, el objeto tutelado por la Constitución Económica colombiana es el proceso mismo de competencia, por ello la libre competencia no es un fin en sí mismo considerado, un objetivo al cual deberá arribarse o un propósito a realizar a largo plazo por los agentes económicos, por el contrario la competencia como característica esencial del mercado, y de la Economía Social de Mercado es una realidad que debe materializarse a diario con independencia del tamaño de los competidores. Es por ello que, el marco normativo reprime y sanciona todos los comportamientos que pretendan lesionar, falsear o restringir las condiciones de libre competencia y competencia leal.

La libre competencia, sin embargo, no es un derecho fundamental (T-375 de 1997)³⁶⁰, y en consecuencia no es susceptible de protección vía acción de tutela. Puede presentarse el caso de que una persona, invocando la protección de alguna libertad económica que si ostente tal carácter, pueda obtener por vía indirecta la protección de la libre competencia, pero su protección no será la pretensión procesal de la acción en mención sino consecuencia del amparo de una libertad económica fundamental.

³⁶⁰ Afirmación que se reafirma en las Sentencias C-535 de 1997, SU-182 de 1998, C-616 de 2001, T-021 de 2005, C-263 de 2011, C-197 de 2012.

El contenido esencial del derecho a la libre competencia no encuentra definición expresa y permanente sino que dependiendo de las circunstancias podrá enriquecerse o limitarse (Aragón Reyes, 2013, pág. 627), correspondiendo a la Corte Constitucional determinarlo en cada momento. Es por ello que se reconoce que el núcleo esencial de este derecho supone un límite material, un contenido esencial que supone un límite a la actividad del legislador y los órganos del poder que no se encuentra determinado de forma anticipada sino que es determinado por la Corte Constitucional. No obstante esta mención, resulta claro que la jurisprudencia de la Corte ha sido sólida y uniforme al sostener que el núcleo esencial de la libertad en mención se encuentra constituido por la “la posibilidad de acceso al mercado por parte de los oferentes sin barreras injustificadas” [(C-228 de 2010) y (C-032 de 2017)].

Es claro que el Estado debe garantizar la pluralidad de oferentes y demandantes a través de la prohibición de los monopolios y en algunos casos protegerlos, de manera excepcional, cuando razones del mercado lo motiven. Debe prohibir la especulación y el acaparamiento de productos en circunstancias generales y asegurar a los agentes la elección libre que puedan hacer de productos y servicios en el mercado a través de la promoción y provisión de información clara y suficiente sumado a la correspondiente sanción en los casos en que se presenten violaciones a estas condiciones.

3.7. Limitaciones a la libre competencia

Una vez determinada la naturaleza jurídica y posibilidades que permite la libre competencia económica en el ordenamiento constitucional y normativo colombiano se advierte la necesidad de equilibrio entre este derecho y la facultad de intervención del Estado en la economía. Como principio del sistema constitucional económico colombiano resulta necesario lograr la armonía entre estas dos categorías para evitar poner en riesgo libertades individuales.

Como se ha manifestado de manera reiterada, la intervención del Estado en la economía puede modularse de diversa forma dependiendo del sector económico sobre el cual recaiga. Algunas actividades o servicios públicos, por su condición estratégica o por la estrecha relación que tienen con el alcance de los fines del Estado Social de Derecho, pueden tener una intervención muy intensa limitando algunas libertades económicas —como la iniciativa privada— mientras que otros sectores o servicios tienen un menor grado de intervención en el que los agentes económicos interesados solo deberán cumplir con algunos permisos, licencias o autorizaciones previas—siempre con fuente en la ley— y en algunos sectores restantes este condicionamiento no se hace evidente, operando la libre iniciativa sin permisos previos como regla general.

Frente a los dos primeros escenarios (intervención muy intensa o menor grado de intervención) podría advertirse que existen dos limitaciones o especies de intervención de la ley en el ejercicio de la libertad económica. La primera de ellas tiene un carácter garantista y apunta a la protección que otorga a los ciudadanos para que puedan concurrir al mercado. La segunda intervención tiene un carácter corrector y se produce cuando al interior del mercado se registran circunstancias que afectan las condiciones de competencia, por ello “se inscribe en el propósito de restablecer materialmente la autodeterminación de los sujetos y la libre competencia en los mercados” (T-240 de 1993).

Es en desarrollo de estas limitaciones que el legislador tiene competencia para prohibir—y en algunos casos autorizar— conductas o prácticas que tengan la pretensión —independientemente de que sus efectos logren materializarse o no— de impedir, falsear o restringir la libre competencia en cualquier sector del mercado (C-032 de 2017). A su vez, le asiste competencia a este órgano para expedir leyes que determinen condiciones y criterios que deberán tener en cuenta los agentes económicos que ofrezcan bienes y servicios cuando estos se encuentren ligados a la satisfacción de los objetivos que le competen al Estado, es por ello que en algunos

sectores el ejercicio de la competencia registra pocas reglas y restricciones y en otros los contextos de acceso, prestación, permanencia y salida suponen reglas de acción que condicionan la actividad desempeñada. Obviamente estas reglas pueden imponer cargas o limitaciones respecto de los derechos de los agentes económicos participantes, que, si no restringen el núcleo esencial del derecho, son razonables y proporcionadas a las finalidades públicas que persiguen, no resultaran contrarias a la Constitución.

La batuta de la intervención del Estado en el ejercicio de la libre competencia económica corresponde al legislador que, a través de estas disposiciones, podrá incidir en la conformación y sostenibilidad de mercados eficientes que logren materializar el principio de la libre competencia y su carácter de derecho individual y colectivo. Es esta facultad la que le ha permitido configurar el marco normativo que protege la libre competencia en Colombia y otorgar competencias a órganos de la administración para cooperar en labores de promoción y protección.

A su vez, la labor de protección de la libre competencia debe articularse con la naturaleza jurídica de ciertas actividades y servicios que, por su relación estrecha con los objetivos del Estado, resultan inherentes a la finalidad social que a este le asiste y en consecuencia legitiman un mayor grado de intervención y una restricción mucho más amplia que la que podría predicarse de otra actividad económica (C-389 de 2002).

No obstante lo anterior, resulta claro que en materia de libre competencia existen límites generales que son predicables de cualquier actividad económica, el primero de ellos responde a la responsabilidad social que implica el ejercicio de la libertad de empresa y que irradia sus efectos a la libre competencia económica —de la que también se predica responsabilidad social— y el restante está íntimamente relacionado con la protección de la competencia en sí misma considerada, atendiendo a la necesidad de regular las imperfecciones del mercado que restringen la posibilidad de hacer efectivo el núcleo esencial del derecho (C-535 de 1997).

Esta última limitación es la que ha permitido señalar que la libre competencia ostenta una naturaleza relacional cuya garantía está ligada al equilibrio que debe existir entre el ejercicio de las libertades de contenido económico individuales de los agentes económicos e individuos que participan del mercado, y en donde “la satisfacción de la misma depende del ejercicio de funciones de inspección, vigilancia y control de las actuaciones de los agentes que concurren al mercado, con el objeto de evitar que incurran en comportamientos abusivos que afecten la competencia o, una vez acaecidos estos comportamientos, imponer las sanciones que prevea la ley” (C-228 de 2010). Y es justamente esta naturaleza relacional la que permite explicar la necesidad de normas que sancionen actos de competencia desleal, abusos de posición dominante y prácticas restrictivas de la competencia orientadas a corregir todas aquellas desigualdades derivadas del ejercicio abusivo de dicha libertad, o de cualquier libertad de contenido económico, por ello el Estado “debe evitar y controlar todo aquello que se oponga a la libertad económica, dentro de lo cual está aquello que pueda constituir una restricción de la competencia” (C-616 de 2001).

Esta labor que le corresponde al Estado, derivada de la función que como director general de la economía le asiste, permite explicar porque el catálogo normativo que promueve y protege la libre competencia no tiene solamente un carácter *ex post*, que solo responde a violaciones y vulneraciones, sino además un carácter *ex ante* que armoniza con el sistema económico que reconoce la Constitución y que tiene por objeto la salvaguarda efectiva de este derecho.

En el marco de la dirección general de la economía a cargo del Estado, y ratificando que la libre competencia económica no es un derecho absoluto, se desarrollarán a continuación algunas limitaciones que respecto al derecho en mención consigna la normativa colombiana.

3.7.1. Servicios públicos domiciliarios

El artículo 365 de la Constitución ha determinado que “los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional”, estableciendo así un marco que denota la importancia de la prestación de este tipo de bienes de cara a la consecución de los objetivos del Estado. Esta disposición se articula con el numeral 23 del artículo 150 constitucional que atribuye al legislador la competencia para expedir leyes que regulen la prestación de los servicios públicos, además de la potestad reglamentaria que en esta materia asiste al Presidente de conformidad con el numeral 22 del artículo 189 constitucional sumada a las facultades de policía administrativa que le son asignadas de conformidad con el 370 de la misma norma. A estos mandatos se agrega la disposición del artículo 367 superior que indica que “la ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios su cobertura, calidad y financiación y el régimen tarifarios”.

Estas disposiciones, analizadas en conjunto, brindan claridad respecto a la intención que asistió al constituyente “de someter a un régimen legal singular los servicios públicos domiciliarios bajo el entendido que precios, calidad y servicios son quizás las formas más relevantes que toma la competencia en el mercado” (Sánchez Luque, Pacheco de León, & Alvarado Rincón, 2002, pág. 27)

Aunque el artículo inicialmente mencionado alude a los servicios públicos en general, la jurisprudencia de la Corte ha hecho hincapié en los que tienen la naturaleza de domiciliarios³⁶¹.

³⁶¹ Para profundizar en las diferencias que existen entre los servicios públicos y los servicios públicos domiciliarios ver Palacios Mejía (1997). Sin embargo, ha definido la Corte los servicios públicos domiciliarios como aquellos que “se prestan a través de sistemas de redes físicas o humanas con

El mandato de esta disposición sienta las bases de un alto grado de intervención del Estado en desarrollo de esta actividad que, de entrada, advertirá limitaciones importantes al ejercicio de la libre competencia, en algunos casos por la naturaleza misma del sector —algunos funcionan mejor en condiciones de monopolio natural— en otras por la necesidad de garantizar la satisfacción de su prestación en zonas que no son rentables para operadores económicos privados, y, finalmente en las restantes por la necesidad de garantizar que la prestación del servicio llegue a todos de manera eficiente. La necesidad de la intervención se encuentra dada por la estrecha relación entre estos y la satisfacción de derechos fundamentales de las personas, el principio de calidad de vida y dignidad humana (C-263 de 2013), además de la necesidad por parte del Estado de remover cualquier obstáculo que impida el funcionamiento de este sector del mercado corrigiendo “los errores de un mercado imperfecto y delimitar el ejercicio de la libertad de empresa, así como para preservar la sana y transparente competencia, con el fin de lograr una mejor prestación de aquéllos” (C-172 de 2014).

Amparado en esta atribución constitucional, el legislador expide normas básicas relacionadas con la naturaleza, extensión y cobertura del servicio público, los sujetos encargados de su prestación, las condiciones que deben cumplir y aquellas necesarias para asegurar la regularidad, permanencia, calidad y eficiencia en su prestación, el régimen de protección de los usuarios, sus deberes y derechos, las formas en que podrán participar de la gestión y control de las sociedades que presenten el servicio público, el régimen de tarifas³⁶² y la forma en que el Estado

puntos terminales en las viviendas o sitios de trabajo de los usuarios y cumplen la finalidad específica de satisfacer las necesidades esenciales de las personas” [(T-578 de 1992) y (C-205 de 1995)]. Son servicios públicos domiciliarios la energía eléctrica, distribución de gas combustible, acueducto, alcantarillado y aseo, telefonía básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural.

³⁶² En el sector de servicios públicos domiciliarios la fijación de las tarifas no se hace, en líneas generales, dependiendo del libre juego de la oferta y la demanda —por las condiciones socioeconómicas de los usuarios— sino que debe considerar criterios de costos, solidaridad, redistribución de ingresos, en armonía con los principios de eficiencia económica, neutralidad,

ejerce las labores de inspección, vigilancia y control para garantizar el mandato del artículo 365 mencionado [(C-284 de 1997) y (C-263 de 1996)].

Con independencia de la regulación que al respecto pudiera desarrollarse las leyes 142 y 143 de 1994 se empeñan en estimular la competencia para conseguir el valor de la eficiencia e incrementar la productividad (Atehortúa Ríos, 2007, págs. 75-76). Se ha comprendido que aunque se parte de la noción de servicio público, este obedece a un modelo competitivo en el que hay intervención y libertad a la vez; un modelo en el que se reconoce la eficiencia en la prestación de los servicios, como bien jurídico protegido, con independencia de que la prestación se haga por un monopolista —como ocurre por ejemplo en las áreas de servicios exclusivas— o por competidores, previniendo y sancionando abusos de posición dominante y garantizando la prestación de servicios de calidad (Miranda Londoño, 1998, pág. 194).

Este modelo competitivo es en principio la regla general, sin embargo el artículo 40 de la Ley 142 de 1994 ha previsto, de manera excepcional, las áreas de servicio exclusivo para los “servicios públicos de acueducto y alcantarillado, saneamiento ambiental, distribución domiciliaria de gas combustible por red y distribución domiciliaria de energía eléctrica” por motivos de interés social y con el propósito de obtener la prestación universal de los mismos a las personas de menores ingresos en el territorio nacional (C-741 de 2003).

suficiencia financiera, simplicidad y transparencia que garanticen un sistema tarifario justo de cara a los fines estatales de bienestar general, cobertura universal, solidaridad y mejoramiento en la calidad de vida asociados a la prestación de estos servicios (C-389 de 2002), por ello las Comisiones de Regulación —Agua potable y Saneamiento básico, Energía y Gas combustible y Telecomunicaciones— establecen criterios para la fijación de tarifas, dependiendo de las condiciones del mercado, que, en términos de la Ley 142 de 1994 podrá ser de libertad vigilada, libertad regulada o simple libertad. Esta sentencia resulta relevante pues determina que “no le compete al legislador de manera directa fijar las tarifas por la prestación de los servicios públicos, como lo cree erróneamente el demandante, sino determinar las entidades competentes para fijarlas”.

Se ha comprendido que estos servicios por razones de soberanía o interés social el Estado puede reservarse su prestación, aunque de conformidad con el artículo 365 las comunidades organizadas o los particulares podrán concurrir a ese sector del mercado (C-1162 de 2000), teniendo en cuenta que la prestación de aquellos no es un deber exclusivo del Estado, su deber se encuentra condicionado a asegurar su funcionamiento continuo, permanente y eficiente.

Para este caso específico resulta interesante reconocer como por mandato expreso de la Ley 142 de 1994 la intervención del Estado estará orientada a promover la libre competencia y evitar el abuso de posición de dominio, en una clara manifestación de la tendencia proteccionista del usuario de servicios públicos domiciliarios —de los nueve fines de intervención que la ley en mención señala (art. 2) respecto de los servicios públicos domiciliarios, ocho van dirigidos a la protección del usuario—. Esta ley establece que la libre competencia y el libre acceso a la prestación de servicios públicos domiciliarios respecto de todo aquel que desee hacerlo —en la forma que prevé la ley— constituyen pilares del régimen mixto de prestación que los caracteriza (art. 10 y 22 Ley 142 de 1994). Respecto de los usuarios, el régimen en mención que proclama un esquema competitivo, gira en torno a tres premisas: mayor transparencia en el sistema de costos, mayor transparencia en el sistema de tarifas y calidad y eficiencia en la prestación del servicio (Buitrago Restrepo, Osorio Vanegas, & Conde Parra, 1998, pág. 223).

Para evitar el abuso de posición dominante —que, en los términos del artículo 14.13 de la Ley 142 de 1994 se predica cuando un solo agente económico “sirve al 25% o más de los usuarios que conforman el mercado”— el Estado cuenta con un amplísimo poder de intervención que entre otras le permite respecto de las empresas que tienen posición de dominio señalar libremente las tarifas de los servicios públicos que prestan, quedando sometidas a una régimen de libertad vigilada o regulada para evitar abusos y desprotección del usuario (C-389 de 2002).

3.7.2. Espectro electromagnético

El artículo 75 constitucional consigna la voluntad que asistió al constituyente respecto al espectro electromagnético, concebido como un “bien público inenajenable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado”, al permitir a los particulares participar de su emisión. El uso del espectro electromagnético se encuentra asociado al derecho fundamental que asiste a los ciudadanos para fundar medios masivos de comunicación (art. 20 C.P), sin embargo el acceso al espectro electromagnético encuentra claras restricciones dadas por el carácter de bien público que ostenta y que legitima la intervención del Estado con el fin de “garantizar el pluralismo informativo y la competencia y con el objeto de preservar y desarrollar las finalidades sociales inherentes a los servicios televisivos” (C-093 de 1996). Cuando los ciudadanos, amparados en el derecho que les otorga el artículo 20 superior, deciden fundar un medio masivo de comunicación que hará uso del espectro electromagnético el tratamiento jurídico será especial, siendo obligatorio ceñirse a las disposiciones regulatorias que en condiciones de igualdad, determine e legislador respecto al acceso y ejercicio del servicio público asociado a este bien público.

El uso del bien en mención no es libre en consecuencia, pero al Estado le corresponde garantizar la igualdad de oportunidades en el acceso y uso y la supresión de cualquier tipo de comportamiento monopólico —con independencia de quien provenga— que limite la libre competencia. Por ello, la gestión del espectro electromagnético se encuentra sujeta a especial regulación por parte del Estado, “dentro de la cual no rige, de manera absoluta, el régimen de libre iniciativa, cuya limitación se justifica en aras de garantizar la igualdad en el acceso y evitar las prácticas monopolísticas en el uso de este bien público” (C-555 de 2013). En este sentido, resulta claro resaltar que la jurisprudencia constitucional ha sido enfática al señalar que con independencia de la libertad que asiste al legislador para regular el servicio de telecomunicaciones —y el acceso al espectro electromagnético— no

podrá establecer disposiciones que, de alguna manera, establezcan posiciones que favorezcan la concentración de los medios o monopolios, por el contrario la garantía en la igualdad para acceder al uso de este bien público asegura bienes constitucionales como el pluralismo informativo, la libertad de expresión e información [(C-403 de 2010) y (C-815 de 2001)].

Respecto al acceso resulta claro que el uso y emisión en el espectro requiere autorización previa del Estado a través del sistema de concesión³⁶³ por lo que el ejercicio de la libre competencia encuentra restricciones dadas por el carácter social que le asiste a los servicios televisivos (T-081 de 1993) como un servicio público (C-815 de 2001). Sin embargo, ha sido reiterativa la jurisprudencia constitucional en reconocer que el Estado tiene la obligación de adoptar medidas orientadas a evitar la concentración de recursos en la utilización del espectro por parte de particulares y evitar prácticas monopolísticas (C-711 de 1996). Por ello, además, cuando se está en el proceso de asignación de la concesión, al Estado le corresponde verificar un proceso de asignación objetiva que asegure “la libre competencia entre quienes cumplan las condiciones para tener la calidad de adjudicatario” (C-359 de 2016).

³⁶³ La concesión ha sido definida por el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, como un contrato “que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden”. Resulta claro que la concesión supone una limitación a la libre competencia económica en la medida en que se otorga una actividad económica a un concesionario, de manera exclusiva, para que este la desarrolle por un término de 20 años prorrogables (sin que las mismas puedan ser sucesivas y automáticas pues ello si supondría violación de la libertad de empresa y libre competencia), sin embargo este mecanismo jurídico ha sido avalado por la Corte Constitucional “como instrumento de gestión que promueve la participación de los particulares en la prestación de servicios públicos” (C-068 de 2009) y que, debido a los altísimos costos que supone para aquellos exige un amplio periodo de exclusividad que permita amortizar la inversión realizada, obtener un retorno de la inversión y lograr una justa remuneración.

El sistema de concesiones consigna un término de vigencia de diez años —para los contratos de concesión de servicios y actividades de telecomunicaciones— debido a la naturaleza del contrato y el interés público que como servicio público le asiste, contrato que podrá ser prorrogado —no automáticamente³⁶⁴— para garantizar a otros oferentes, que cuenten con capacidad técnica y financiera para la prestación de los servicios y actividades ligadas al campo de las telecomunicaciones que hacen uso del bien público en mención (C-949 de 2001), igualdad de oportunidades en el acceso a su uso. Sin embargo, en materia de espacios de televisión pública en Sentencia C-350 de 1997 la Corte señaló que no podrían prorrogarse los contratos de concesión en aquellos “sin permitir la libre competencia por los espacios para un nuevo período de adjudicación” al considerar la limitación que en materia de frecuencias y espacios existe aunada a la imposibilidad para que todos puedan acceder a un bien que por naturaleza es escaso (C-555 de 2013).

3.7.3. Seguridad social en salud

La salud es considerada como un servicio público que, por mandato del artículo 48 constitucional se “prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado”. Mediante posterior desarrollo legislativo, y después de múltiples sentencias en que se predicó su fundamentabilidad por conexidad, el legislador mediante Ley 1751 de 2015 reconoció expresamente el carácter fundamental que del derecho a la salud se predica —con carácter irrenunciable— (C-313 de 2014) además de su faceta como servicio público vigilado por el Estado (T-121 de 2015).

Al ser un servicio público, en los términos del artículo 365 superior, podrá ser prestado por el Estado, “directa o indirectamente, por comunidades organizadas o

³⁶⁴ Si la prórroga se produjera automáticamente otros oferentes, potenciales competidores, resultarían excluidos automáticamente de la posibilidad de ingresar al mercado.

por particulares”. Mediante la Ley 100 de 1993, en línea con la disposición en mención se definió el concepto de la libre competencia y la libre escogencia en el mercado de los servicios de salud por parte de los ciudadanos, posteriormente el Gobierno Nacional mediante el Decreto 1663 de 1994 reafirmó el régimen de libre competencia que debe caracterizar el mercado de los servicios de salud (Miranda Londoño, 1997, pág. 14), complementándose con la Ley 1438 de 2001 —que en su artículo 3 reconoce la libertad de escogencia entre los prestadores del servicio de salud por parte de los usuarios—.

El decreto en mención consigna un catálogo de prácticas restrictivas de la competencia, actos de competencia desleal y abusos de posición dominante, para el sector salud en particular, que permiten señalar que este no se encuentra ajeno a actos que restrinjan o falseen la libre competencia o concurrencia a este sector del mercado. No obstante la promoción que de la libre competencia se hace para el sector salud, resulta claro que el ejercicio del derecho en mención —y de otras libertades económicas— “solo puede darse dentro del ámbito que el legislador haya previsto para el efecto³⁶⁵, y, dentro de las rigurosas condiciones de regulación, vigilancia y control que se derivan de la responsabilidad constitucional que el Estado tiene en este sector social” [(C-616 de 2001) y (C-978 de 2010)].

La protección de este derecho en el sector en mención parte de la premisa de que la libre competencia en este sector del mercado garantizaría la prestación eficiente

³⁶⁵ En materia de servicios públicos, y para el asunto *sub examine* —sector salud— corresponde al legislador regular, entre otros “(i) competencia, (ii) responsabilidades relativas a su prestación, (iii) cobertura, (iv) calidad y financiación, (v) régimen tarifario; (vi) deberes y derechos de los usuarios, (vii) régimen de protección, (viii) formas de participación en la gestión y fiscalización de las empresas estatales que presten el servicio; y finalmente, (ix) lo concerniente a las facultades del Presidente de la República, a quien corresponde señalar, con sujeción a la Ley, qué políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios deben aplicarse; así como ejercer por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los prestan” (C-263 de 2013).

del servicio de salud ya que las ganancias de los oferentes —prestadores del servicio— estarían sujetas a un mayor número de afiliados, circunstancia que los incentivaría a contratar una mejor red de prestadores para la elección de sus afiliados, razón por la que, cualquier comportamiento que persiga o consiga falsear, restringir o lesionar la libre y leal competencia económica estará sujeto a sanciones.

Ha indicado la Corte que el legislador, guiado por el propósito de garantizar la universalidad en la cobertura y calidad de los servicios planteó un sistema mixto con participación del Estado y los particulares que, en todo caso estará condicionada por los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, integralidad, unidad y participación (C-171 de 2012). Se trata entonces de un sector que no encuentra excepciones al principio de libre competencia y competencia para cualquier operador económico interesado, siempre que esta iniciativa privada se canalice al cumplimiento de “objetivos de interés social y que las ventajas de la libre competencia y la racionalidad en la asignación de los recursos propia de un esquema de libre empresa, se traduzcan en ampliación de la cobertura y mejoramiento en la calidad de los servicios” (C-974 de 2002).

La intención que asistió al constituyente al establecer una intervención reforzada del Estado en este sector (C-675 de 2008) responde a la necesidad de superar la tensión que existe entre los agentes privados que prestan este servicio y la finalidad social e interés general que lo caracterizan (C-1041 de 2007) además de la obligación de garantizar la prestación efectiva y eficiente del servicio de salud (C-260 de 2008) ligada a la garantía de la realización efectiva de los postulados mínimos del Estado Social de Derecho.

En el mismo sentido se ha sostenido que la posibilidad de concurrencia de agentes privados y públicos (bajo la modalidad de Empresas Sociales del Estado) encuentra límites constitucionales claros que encuentran su fuente en la naturaleza fundamental que se predica del derecho a la salud y de la responsabilidad que, por mandato del artículo 365 superior, le asiste al Estado respecto a la supervisión,

vigilancia y control respecto de las condiciones en que este servicio público es prestado.

Resulta claro, sin embargo que en la prestación de este servicio, condiciones diversas se presentan y lo hacen diverso respecto de otros sectores del mercado. Como ocurre en cualquier otro escenario, los operadores económicos consideran la sostenibilidad y racionalidad de su inversión, sin embargo en el servicio público de salud la racionalidad de la inversión es diversa de la que podría predicarse en materia pública, en la medida en que en esta al Estado le corresponde concurrir a la prestación de todos los servicios que requiera la colectividad, independientemente de que los mismos registren un bajísimo o nulo margen de rentabilidad. Es por ello que en materia de salud al Estado le corresponde adoptar medidas que permitan conciliar el interés privado con las necesidades públicas a través de variadas medidas de supervisión, vigilancia y control.

Por ello se ha reconocido que el ejercicio de la libertad económica y la libre competencia en este específico sector “solo puede darse dentro del ámbito que el legislador haya previsto para el efecto, y dentro de las rigurosas condiciones de regulación, vigilancia y control que se derivan de la responsabilidad que el Estado tiene en este sector social” (C-616 de 2001), por ello la intervención que el Estado tiene, en el servicio público de salud, se hace mucho más intensa, permitiendo limitaciones a la libertad económica (art. 333 y 334 C.P.), además de la reglamentación e inspección de profesiones (art. 26 C.P), intervención en servicios públicos en general (art. 365 C.P.) y, finalmente, la atención en salud en particular (art. 48 y 49 C.P).

Esto, en líneas generales, permite colegir que aunque el Estado tiene la competencia para intervenir en el servicio público de la salud, su regulación y control no puede llevarse a cabo de manera desproporcionada o ilimitada, en condiciones que anulen la posibilidad de concurrencia de agentes económicos privados pues tal actuar resultaría, a todas luces, contrario a la Constitución.

3.7.4 Circunstancias específicas de la Ley 1340 de 2009

Además de las circunstancias previstas para servicios públicos existen otras que de manera específica, fueron incorporadas por la Ley 1340 de 2009. Como se desarrolló con antelación el proceso de apertura económica que se materializó en Colombia a comienzos de la década de los 90 trajo grandes retos para la industria nacional, y sobre todo para sectores que hasta la fecha habían experimentado poca competencia debido a la existencia de medidas proteccionistas. Con el fin de proteger ciertos sectores de la economía, en el marco del proceso de apertura económica, el Gobierno Nacional diseñó una política que le permitió resguardarlos estableciendo medidas diversas como salvaguardas, cuotas de importación y patrocinio económico a ciertas empresas. Todas ellas suponen barreras a la competencia que no surgen de factores internos del mercado, no responden a las señales propias que ofrece el mercado sino obedecen a la capacidad de regulación de la economía que le asiste al Estado.

Frente a estas medidas comerciales proteccionistas resulta claro que el derecho de competencia económica encontrará ciertas restricciones que encuentran su fuente en el artículo 31 de la Ley 1340 de 2009 que dispone que “el ejercicio de los mecanismos de intervención del Estado en la economía, siguiendo el mandato previsto en los artículos 333 y 334 de la Constitución Política, constituye restricción del derecho a la competencia en los términos de la intervención. Son mecanismos de intervención del Estado que restringen la aplicación de las disposiciones de la presente ley, los Fondos de estabilización de precios, los Fondos Parafiscales para el Fomento Agropecuario, el Establecimiento de precios mínimos de garantía, la regulación de los mercados internos de productos agropecuarios prevista en el Decreto 2478 de 1999, los acuerdos de cadena en el sector agropecuario, el Régimen de Salvaguardias, y los demás mecanismos previstos en las Leyes 101 de 1993 y 81 de 1988”.

Esta disposición consigna una excepción, en los casos expresamente señalados, respecto a la posibilidad de aplicar las disposiciones de protección de la libre competencia —restringiendo la capacidad de aplicación del régimen de competencia por parte de la SIC—, sin embargo la redacción del artículo resulta clara al prescribir que los instrumentos de política pública allí señalados no podrán desviarse o desbordar el propósito que los originó. Es decir, existen circunstancias que permiten generar restricciones a la libre competencia, sin que ellas puedan atentar en contra de la intención que motivó su redacción.

En el mismo sentido el artículo 32 de la misma disposición reconoce que “el Estado podrá intervenir cuando se presenten situaciones externas o ajenas a los productores nacionales, que afecten o distorsionen las condiciones de competencia en los mercados de productos nacionales. De hacerse, tal intervención se llevará a cabo a través del Ministerio del ramo competente, mediante la implementación de medidas que compensen o regulen las condiciones de los mercados garantizando la equidad y la competitividad de la producción nacional”.

El problema con estas medidas es que, a diferencia de las condiciones que prevé el sistema de Economía Social de Mercado, estas tienen el carácter de permanentes, generan condiciones de distorsión en el mercado y establecen trato discriminatorio respecto a otros sectores. Resulta clara la intención del legislador al incluirlas pero su vocación de permanencia propicia situaciones proteccionistas que lesionan los derechos de potenciales consumidores y no generan para los agentes de los sectores específicos previstos en la norma incentivos para mejorar en tecnología, innovación y calidad.

3.8. La libre competencia económica: mecanismos de protección como derecho colectivo

A partir del análisis de la abundante jurisprudencia que la Corte Constitucional ha dictado respecto a la libre competencia económica se advierte que la responsabilidad en la protección y promoción de la misma se ha concentrado de manera prevalente a cargo del Estado —a través de los órganos previamente mencionados y mediante acciones administrativas—. Poca participación han tenido los ciudadanos en esta cuestión, y al hacer esta referencia no se alude a los empresarios que, por motivos obvios, tienen interés en evitar que conductas o prácticas que lesionen la competencia generen efectos importantes en el mercado, se hace mención de los ciudadanos como afectados directos por este tipo de actuaciones, como titulares del derecho colectivo a la libre competencia y como perjudicados directos de cualquier actuación que tenga por objeto o como efecto falsear las condiciones en que opera el mercado.

Como se señaló con anterioridad tres son los sujetos legitimados para iniciar acciones orientadas a la protección de la libre competencia, a) los ciudadanos que de manera individual encuentren afectación a sus derechos e intereses por las prácticas restrictivas de la competencia y abusos de poder de mercado que cualquier agente económico despliegue en el sector económico en que aquel se desenvuelve; b) el Estado que podrá perseguir, oficiosamente o a solicitud de parte, cualquier conducta o acto que vulnere la libre competencia y; c) la colectividad, titular del derecho en mención (Vélez, 1992, pág. 156)³⁶⁶.

³⁶⁶ No se hace mención en este epígrafe de las acciones que por actos de competencia desleal pueden iniciar los empresarios afectados por cualquiera de las acciones consignadas en la Ley 256 de 1996 pues en tal acción (preventiva o de prohibición y declarativa y condena) la legitimación queda radicada en cabeza de “cualquier persona que participe o demuestre su intención para participar en el mercado, cuyos intereses económicos resulten perjudicados o amenazados por los

Esta legitimación parte de la comprensión de que la competencia en los mercados se protege porque “impone presión a las empresas para que sean más eficientes y provean productos de mayor calidad y variedad a precios más bajos” (Angel & Estrada, 2011) y actúa como un incentivo efectivo para que los empresarios inviertan en mejorar lo que ofrecen para captar más demandantes y pervivir en el mercado, resultando castigados aquellos empresarios ineficientes que canalizarán sus recursos a actividades más productivas. Esos incentivos se relacionan directamente con la innovación y el crecimiento económico, traducidos en forma directa en beneficios para los consumidores. Las condiciones de competencia en que se desenvuelve el mercado generan efectos para los comerciantes, consumidores y para el mercado como elemento esencial de la Economía Social de Mercado, circunstancia que permite reconocer su legitimación.

3.8.1. Superintendencia de Industria y Comercio como promotora y protectora de la libre competencia

La política de competencia como instrumento cardinal del sistema económico señalado “se estructura con el objetivo de garantizar que la actividad económica propiamente dicha sea puesta en marcha, en exclusiva, en escenarios de lealtad y libertad” (Soto Pineda, 2014, pág. 318), por ello la articulación del derecho de la competencia se ha organizado en torno a dos vertientes, la primera de ellas controla y reprime conductas que puedan tener incidencia en el equilibrio el mercado — abusos de posición dominante, prácticas concertadas o conscientemente paralelas, prácticas restrictivas de la competencia, concentraciones empresariales y ayudas

actos de competencia desleal” (art. 21) y eventualmente podrá ser impetrada por asociaciones, cuya finalidad estatutaria sea la protección del consumidor, siempre que acrediten “que el acto de competencia desleal perseguido afecte de manera grave y directa los intereses de los consumidores”, intereses que podrán ser diversos y no tienen que apuntar a la protección de la libre competencia.

estatales o públicas³⁶⁷— (Uribe Piedrahita & Castillo Cadena, 2005, págs. 236-245), la restante disciplina a los comerciantes que, contrariando el principio de buena fe y lealtad mercantil, incurran en actos de competencia desleal. La segunda vertiente no tiene la pretensión *per se* de proteger la libre competencia sino la competencia leal.

Estas vertientes tienen relación directa con las acciones que contempla la legislación colombiana y que se ajustan a las condiciones estructurales de una Economía Social de Mercado que exige un marco normativo que permita la protección de la competencia económica. La Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y la Ley 1340 de 2009 designan a la Superintendencia de Industria y Comercio como la autoridad nacional competente para conocer, de forma exclusiva y a través de acciones administrativas —no incluye potestades jurisdiccionales (C-537 de 2010)— de las conductas que impliquen restricción o limitación por parte de los participantes en el mercado a la libre competencia³⁶⁸.

El Decreto 3523 de 2009 —modificado por el Decreto 1687 de 2010— radica en cabeza del organismo en mención la función de “velar por la observancia de las disposiciones en esta materia en los mercados nacionales” (art. 8 núm. 2) además de tramitar las investigaciones preliminares e investigaciones de actos que “impliquen restricciones o limitaciones por parte de los participantes en el mercado al derecho constitucional a la libre competencia” (art. 8 núms. 3 y 5) y que “sean significativas, para alcanzar en particular, los siguientes propósitos: la libre

³⁶⁷ Respecto a este tipo de ayudas y su posible afectación al mercado y la competencia es posible consultar el análisis de Flórez Linero (2011).

³⁶⁸ En materia de protección de la competencia la SIC también se encarga de promoverla a través de la “abogacía por la competencia”, que le permite a) asesorar al gobierno en el diseño de medidas que fomenten la libre competencia en los mercados, b) adelantar estudios de mercado para identificar fallas en la competencia, c) promoción de la competencia por medio de actividades de socialización y educación y d) rendir concepto previo respecto a los proyectos de regulación estatal que pudieran tener incidencia en la competencia (OCDE, 2015, pág. 25).

participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica” (art. 1 núm. 3). Estas investigaciones podrán adelantarse por la solicitud que presente un tercero—cuya identidad podrá mantenerse en reserva en caso de que pudiera sufrir represalias comerciales—, por solicitud o traslado que realice otra entidad o de oficio cuando la SIC advierta que existe una conducta que lesiona el principio en mención.

En el mismo sentido la Ley 1340 de 2009 asignó a la SIC la competencia para imponer multas a personas naturales y jurídicas por violación de normas de protección de la competencia. Las multas que podrán imponerse a personas jurídicas ascienden a los 100.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes y, en caso de que fuera mayor, hasta un 150% de la utilidad derivada de la conducta del infractor (art. 25); respecto de personas naturales que “colaboren, faciliten, autoricen, ejecuten o toleren” conductas que menoscaben la competencia, la multa ascenderá hasta a 2.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

El altísimo monto de la multa —que impone la SIC en ejercicio del derecho administrativo sancionador (C-228 de 2010)³⁶⁹—, resulta ser un elemento con pretensiones disuasorias para que los agentes económicos se abstengan de incurrir en violaciones a la normativa de protección de la competencia³⁷⁰, circunstancia a la

³⁶⁹ Respecto a las facultades jurisdiccionales que en esta materia competen a la SIC, la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, en su artículo 24 atribuyó funciones jurisdiccionales al organismo en mención para conocer de tres asuntos, 1) violación a los derechos del consumidor, 2) violación a las normas relativas a la competencia desleal y 3) infracción de derechos de propiedad industrial. Todos aquellos asuntos adicionales a los tres mencionados se tramitarán por vía administrativa y no jurisdiccional.

³⁷⁰ Con el fin de hacer más altas las multas e incentivar de manera negativa a los empresarios para que se abstengan de incurrir en este tipo de conductas el Proyecto de Ley 38 de 2015 prevé un incremento significativo en el monto de aquellas que podrá ascender hasta el 10% del patrimonio de empresa o los ingresos operacionales que esta tuviera en el año fiscal anterior, hasta el 30% del valor del producto o servicio involucrado en la conducta sancionada y hasta el 30% del valor del contrato estatal, en casos de colusión en licitaciones públicas, además cuando fuere posible cuantificar las utilidades percibidas por el infractor derivadas de la conducta la sanción podrá

cual se suma la atribución del carácter de doctrina probable al sentido de tres decisiones ejecutoriadas sobre el mismo asunto (art. 24) que otorga mayor seguridad jurídica y establece un claro precedente respecto al mantenimiento de la línea decisional de la Superintendencia en materia de protección de la libre competencia (C-819 de 2006), además de “evitar los abusos en que podía incurrir la autoridad” —que podría variar sin miramientos su doctrina— (Cámara de Representantes, 2009, pág. 19), debido a la generalidad de la norma.

Este precedente, aunque administrativo y no judicial, responde a la protección de los principios de seguridad, igualdad jurídica, buena fe y confianza legítima. Resulta acertada esta disposición en la medida en que como se advirtió al señalar las características de la ESM una de las condiciones esenciales para su buen funcionamiento se encuentra constituida por la constancia y estabilidad del marco normativo y de las decisiones de los encargados de administrar normas que tuvieran impacto en el mercado.

Las multas mencionadas se imponen en el marco de un procedimiento que observa las reglas de debido proceso —y culmina con un acto administrativo y no una sentencia—, cuyo trámite se adelanta ante la Delegatura de la Promoción de la Competencia de la SIC, que una vez surtido aquel (estudio de admisibilidad de la queja, apertura de investigación preliminar, investigación y práctica de pruebas, apertura de investigación formal —si hay méritos—, notificación, posibilidad de ofrecer garantías, intervenciones de terceros —que acrediten un interés directo e individual—, práctica de pruebas) elabora un informe motivado al Superintendente de Industria y Comercio que es puesto en consideración de los intervinientes para que presenten alegaciones y posteriormente se profiera decisión contra la que

ascender hasta el 300% del valor de la utilidad (cuando este porcentaje sea mayor al señalado en los eventos anteriores).

procede recurso de reposición. Como ocurre con los actos de la administración este fallo será susceptible de control ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

La existencia de este trámite, con claras reglas procedimentales, enfatiza en la relevancia que la protección de la libre competencia ostenta en el sistema económico colombiano. La legitimación en cabeza de sujetos diversos —no necesariamente empresarios— manifiesta la intención del legislador de permitir a cualquier interesado en su defensa contar con una acción expedita ante un organismo especializado que cuenta con el conocimiento suficiente y recursos adecuados para adelantar estas investigaciones. Respecto a la Superintendencia competente en estos asuntos vale la pena resaltar que la ley en mención potenció el campo de actuación y le otorgó herramientas adicionales en las acciones que adelanta en casos de violación a la competencia, sin embargo como señala la OCDE “debería tener una mayor independencia política, y así podría operar de manera más eficaz” (2015, pág. 29)³⁷¹.

³⁷¹ Atendiendo a varias recomendaciones reservadas de la OCDE el Gobierno Nacional presentó el Proyecto de Ley No. 38 de 2015 “por la cual se introducen modificaciones al régimen de protección de la competencia, a las funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, y se dictan otras disposiciones”. Este Proyecto, tal como señala su Exposición de Motivos, pretende “reforzar el régimen colombiano de tal forma que se desincentive la comisión de prácticas restrictivas de la competencia; otorgar a la Autoridad Nacional de Competencia herramientas efectivas para la investigación y represión de carteles, abusos de posición de dominio, y otras prácticas anticompetitivas; fortalecer el régimen de beneficios por colaboración para incentivar compañías a delatar carteles empresariales; hacer más transparente el régimen de competencia de cara a los consumidores y las empresas; y en general, alinear el régimen colombiano a los estándares internacionales y mejores prácticas”. A pesar de la pretensión de la iniciativa, a la fecha, no ha sido promulgada como ley de la República.

3.8.2. Acciones populares y de grupo como alternativa de protección a la libre competencia

Concomitante con la competencia que asiste a la SIC para adelantar acciones administrativas orientadas a proteger la libre competencia merece especial consideración la opción que la Norma constitucional otorga a los individuos, titulares del derecho colectivo a la libre competencia económica, para adelantar acciones populares o de grupo³⁷² orientadas a la defensa de este derecho. Podría indicarse en este aspecto que es necesario potenciar la facultad que le asiste a la SIC de “adelantar actividades de divulgación, promoción y capacitación, en las materias de competencia de la entidad” (art. 1 núm. 65 Decreto 4886 de 2011) con el fin de promover la comprensión pública y apreciación de los beneficios de la competencia. Los esfuerzos que, en este aspecto, ha hecho la entidad resultan importantes (OCDE, 2016, págs. 128-129)³⁷³, sin que sea posible señalar que en el país existe una cultura ciudadana de protección de la competencia. Hasta ahora, y como reconocen Sánchez e Ibáñez el derecho de la competencia en Colombia ha tenido un mayor desarrollo doctrinal desde las acciones que por competencia desleal

³⁷² El artículo 88 de la C.P. consagra las acciones popular y de grupo para la defensa y protección de intereses y derechos colectivos como la moral administrativa, el patrimonio, el espacio público, la seguridad y la salubridad públicos, el medio ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza. Las acciones populares sin embargo persiguen la protección de intereses y derechos colectivos y las de grupo protegen colectivamente intereses y derechos individuales que se encuentren afectados de manera colectiva (Guayacán Ruíz, 2005, pág. 37).

³⁷³ En el informe de la OCDE de 2016 que se referencia en la cita esta organización menciona que desde el año 2009 la SIC ha revisado su estrategia de comunicación para lograr mayor conciencia pública en materia de protección de la competencia. Para ello publica comunicados de prensa para anunciar el inicio y culminación de todas las investigaciones de competencia, celebra conferencias de prensa, estableció una oficina para responder consultas y solicitudes de los ciudadanos y participan activamente en las reuniones y conferencias de los principales gremios y asociaciones comerciales del país. En el año 2014 lanzó el programa “SIC móvil” para propiciar el acercamiento de la entidad con los dirigentes de los entes territoriales, los ciudadanos y empresarios y el programa de televisión SIC TeVe complementa la estrategia de comunicación y divulgación.

adelantan los empresarios que “desde la visión del mercado y la iniciativa económica como derecho colectivo” (2007 A, pág. 340).

Las acciones populares y de grupo, elevadas a rango constitucional por el constituyente de 1991, sentaron las bases para una nueva justicia colectiva en que los ciudadanos participan de manera activa en la protección y defensa de “derechos colectivos o de solidaridad” en donde el riesgo de lesión afecta no solamente el interés de una persona sino el de varios individuos que persiguen un interés común (Londoño Toro, Figueredo Medina, & González Acosta, 2009, pág. 22). Para el caso del derecho a la libre competencia económica ha quedado claro a lo largo de esta investigación que conductas y prácticas que la tergiversen o lesionen generan perjuicios importantes para el bienestar de los consumidores —todos los ciudadanos son consumidores—, para la eficiencia económica de los empresarios y para el funcionamiento adecuado del sistema de Economía Social de Mercado. Los consumidores tienen derecho a que la pugna o rivalidad que caracteriza al mercado se produzca de manera libre y leal y que como consecuencia de ella el precio que pagan por un bien o servicio corresponda al producto de la interacción de la oferta y la demanda (Archila Peñalosa, 2004, pág. 3) y no al resultado de artimañas o artificios en beneficio de algunos agentes económicos con poder de mercado.

Son varias las sentencias que en el marco de acciones populares han llegado al Consejo de Estado vía recurso de apelación, y en ellas se advierte continuidad respecto al precedente establecido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional en lo que atañe a la naturaleza jurídica del derecho³⁷⁴. A su vez hacen precisión en

³⁷⁴ Entre otras las Sentencias de la Sección Quinta. Rad 54001-23-31-000-2000-1749-01(AP-124) 24 de agosto de 2001 M.P. Darío Quiñones Pinilla (de especial atención por cuanto el análisis realizado se limitó a señalar que la violación a la libre competencia que invocaba el autor no podía acreditarse pues aquel no había señalado cuál conducta de la Ley 256 de 1996 generaba la infracción, consideración errónea a juicio de la autora pues libre competencia económica no es

la imposibilidad de calificarlo como un derecho fundamental absoluto (siendo imposible solicitar su protección vía acción de tutela) sino como un derecho que encuentra límites claros en el bien común y en la prevalencia del interés general sobre el particular. Reconoce además la jurisprudencia la posibilidad que asiste al Estado para establecer limitaciones para su ejercicio, habida consideración de los requisitos de necesidad y razonabilidad de la medida.

Como punto especial el Consejo de Estado es enfático al señalar la imposibilidad de exigir condición especial en el accionante que solo deberá confirmar que invoca la protección del derecho colectivo (C-215 de 1999) tantas veces mencionado y acreditar que la vulneración no se predica solamente respecto de un agente económico —por la conducta que otro u otros despliegan en el mercado— sino de una colectividad determinada o determinable, es decir se hace imperativo evidenciar la dimensión colectiva y no individual que se alega.

A pesar de este recuento resulta claro que la aplicación de las normas que promueven y protegen la libre competencia económica se ha concentrado en las

idéntica a competencia desleal); Sección tercera. 13 de agosto de 2008 Rad. 25000-23-27-000-2004-00888-01(AP). C.P. Correa Palacios, Luz Stella (en esta decisión resulta interesante la postura que sostiene el Consejero Fajardo al señalar que la Sala en su argumentación amplió el contenido de los derechos colectivos que señala la Constitución al incluir la libertad de empresa y la libertad económica que no se encuentran taxativamente mencionados en el artículo 88 C.P. además de proteger la libre competencia y no la libre competencia económica); de la Sección Tercera 17 de mayo de 2007 C.P. Saavedra Becerra, Ramiro; de la Sección Tercera Tercera 21 de febrero de 2007 Rad 76001-23-31-000-2005-00549-01(AP) M.P. Hernández Enriquez, Alier Eduardo; de la Sección Primera 26 de noviembre de 2009 Rad. núm. 25000232700020040204901, C.P. Ostau De Lafont, Rafael (relevante por cuanto acude de manera directa a la normativa comunitaria para explicar el concepto de agente económico y conductas contrarias a la libre competencia; como se indicó con antelación esa normativa no es aplicable directamente por autoridades nacionales y solo procede cuando el acto tenga efectos en la Comunidad Andina, circunstancia que en el caso no procedía); Sala Plena 24 de marzo de 2009 Rad 25000-23-25-000-2004-00739-02 C.P. Torres Cuervo, Mauricio); y Sección Tercera 26 de noviembre de 2015 Rad. 85001-23-31-000-2010-00094-01 (AP) C.P. Andrade Rincón, Hernán.

autoridades administrativas y no en los ciudadanos³⁷⁵. Al hacer una revisión de la normativa en cuestión resulta claro que no establece incentivos o recompensas a aquel que inicie la acción —salvo en el caso de las acciones de grupo en la cual deberá acreditarse el monto del perjuicio para obtener indemnización pero no se recompensa la actividad en sí misma—, circunstancia que desestimula a los ciudadanos para movilizar el aparato jurisdiccional (en caso de acciones populares y de grupo) o administrativo (si la queja se dirige a la SIC) y obtener la defensa del derecho colectivo tantas veces mencionado.

Al respecto, la existencia de estímulos que motiven a los ciudadanos a iniciar este tipo de acciones encontró un duro revés con la Ley 1425 de 2010 que eliminó el incentivo económico que reconocía la Ley 472 de 1998 en su artículo 39 al ciudadano, o ciudadanos, que hubieren iniciado la acción popular —entre 10 y 150 salarios mínimos legales mensuales vigentes— cuyas resultas fueren favorables. Como señala Pinzón Camargo el legislador en el año 2010 eliminó los efectos negativos del incentivo económico³⁷⁶ mencionado suprimiéndolo, pensando en que

³⁷⁵ “La aplicación de la normativa de competencia en Colombia, ha dependido casi en su totalidad, de la actividad e iniciativa de la autoridad de competencia, ya que el ordenamiento jurídico no ofrece a las víctimas directas de las conductas anticompetitivas, herramientas específicas o incentivos económicos importantes para buscar la aplicación del Derecho de la Competencia y obtener la indemnización de los perjuicios ocasionados por la realización de las prácticas restrictivas de la competencia, como sucede en otras latitudes” (Miranda Londoño, A., 2011)

³⁷⁶ La pretensión que motivó al Gobierno a impulsar la aprobación de esta disposición en el Congreso obedeció a la perversión que los incentivos habían generado en la administración de justicia: altísima congestión judicial y afectación del erario de las entidades demandadas (Monroy Cely & Pinzón Camargo, 2012, pág. 14), debido al actuar oportunista de algunos accionantes que interpusieron acciones por doquier motivados solamente por el incentivo y no por la protección del derecho en sí mismo considerado. Sin embargo y como señaló la Corporación Excelencia en el caso de acciones populares el incentivo promueve el uso de la acciones, el problema respecto del incentivo se presentaba para aquellos casos en que el derecho colectivo era la moralidad administrativa en la que el incentivo —15% del valor de recupere la entidad pública— si tenía efectos perversos que podrían haberse superado equiparándolo con el de las acciones populares —10 a 150 salarios mínimos—, reduciendo el monto de los incentivos en casos reiterados, incluyendo sanciones específicas cuando se advierta temeridad del accionante y exigiendo una participación activa respecto de aquel en el desarrollo del proceso como condición para otorgar el incentivo (Corporación

la simple existencia del mecanismo constituiría motivación para el ciudadano para proveer la protección de sus derechos colectivos, no obstante esta motivación, “en ausencia de incentivos el mercado de protección de derechos colectivos se caracteriza por su exceso en la demanda del servicio mencionado” (2013, pág. 84), dejando la labor principal de protección en las autoridades gubernamentales y en los empresarios afectados por conductas desleales. Esta circunstancia genera la necesidad de diseñar incentivos adicionales —no necesariamente económicos— que motiven a los ciudadanos a accionar cuando adviertan vulnerado su derecho colectivo (Monroy Cely & Pinzón Camargo, 2012, pág. 42), además del fortalecimiento de una cultura de promoción de la competencia en los ciudadanos.

La otra posibilidad de protección colectiva del derecho a la libre competencia se encuentra en las acciones de grupo —su diferencia respecto a las acciones populares radica en la pretensión indemnizatoria que aquella persigue (art. 3 Ley 472 de 1998)³⁷⁷—, sin embargo no se encuentran datos que permitan acreditar su procedencia en casos de vulneración de la libre competencia económica ante el Consejo de Estado.

No obstante esta circunstancia vale la pena resaltar cuatro casos emblemáticos en la doctrina de la Superintendencia que permitirían enfatizar en la procedencia de este tipo de acciones frente a la violación flagrante del derecho a la libre competencia económica con consecuencias importantes para sectores específicos

Excelencia en la Justicia, 2008). No obstante estas consideraciones no fueron tenidas en cuenta y el incentivo, en todos los casos se eliminó.

³⁷⁷ Señala la ley en mención en su artículo 46 que para que la acción proceda se requiere la concurrencia de por lo menos 20 personas que reúnan condiciones uniformes respecto de la causa que esgrimen, sin embargo esta alusión al número mínimo de personas debe interpretarse al tenor de lo manifestado por la Corte Constitucional en Sentencia C-116 de 2008 “en el entendido de que para la legitimación activa en las acciones de grupo no se requiere conformar un número de veinte personas que instauren la demanda, pues basta que un miembro del grupo que actúe a su nombre señale en ella los criterios que permitan establecer la identificación del grupo afectado”.

de la comunidad, que afectan en forma directa su capacidad adquisitiva y lesionan de manera importante segmentos definidos del mercado a los que se asocia el crecimiento económico y la productividad.

Los sectores que sufrieron afectación importante fueron el de pañales desechables, el del azúcar, el de papeles suaves y el de los cuadernos escolares. En el primer caso la SIC mediante Resolución N° 43.218 de 2016 sancionó a las empresas Tecnoquímicas, Productos Familia S.A. y Colombiana Kimberly Colpapel S.A. y a 16 personas naturales a pagar multas por valor de \$208.907.222³⁷⁸ por haber incurrido durante el periodo 2001-2012 en una conducta concertada, continuada y coordinada para fijar artificialmente el precio de los pañales desechables para bebe en detrimento de los derechos de los consumidores, especialmente los más vulnerables pertenecientes a los estratos socioeconómicos 0,1 y 2. En el segundo caso la SIC mediante Resolución N° 103.652 de 30 de diciembre de 2015 (que confirmó la Resolución N° 80.847 de 7 de octubre de 2015 con una disminución en el valor de las sanciones) impuso multa por valor de \$260.091.233³⁷⁹ a ASOCAÑA, CIAMSA, DICSA y 12 ingenios azucareros, además de doce directivos por cartelización empresarial en que incurrieron al concertar la obstrucción y restricción de importaciones de azúcar a Colombia con el ánimo de evitar aumento en la oferta y reducción de precio al consumidor y otros agentes económicos que requieren este insumo en sus procesos productivos.

En el tercer caso la Superintendencia en mención sancionó a Kimberly, Familia, Papeles Nacionales y Cartones y Papeles del Risaralda y a 21 personas naturales mediante la Resolución N° 31.739 del 26 de mayo de 2016 a pagar una multa

³⁷⁸ La multa impuesta, según la SIC, no supera el 8% de los activos de las empresas ni el 7% de sus ingresos operacionales anuales. Esta decisión fue confirmada mediante Resolución 86.817 de 2016.

³⁷⁹ Al igual que en el caso anterior, señala la SIC que el monto de la multa no supera en ningún caso el 7% del valor de los activos o ingresos operacionales anuales de las empresas sancionadas.

equivalente a \$185.417.201³⁸⁰ por haber incurrido en cartelización para fijar artificialmente el precio de los papeles suaves (papel higiénico, servilletas, toallas de cocina y pañuelos de manos y cara) en el país. En el cuarto caso la entidad sancionó a Colombiana Kimberly, Colpapel y Scribe Colombia además de a doce directivos con una multa equivalente a \$43.000.000 mediante Resolución N° 54.403 de 18 de agosto de 2016 al comprobar que las empresas en mención fijaron artificialmente el precio de los cuadernos, coordinaron políticas de comercialización y mercadeo y restringieron el abastecimiento del producto.

En todas estas decisiones la Superintendencia señaló que este tipo de comportamientos generan consecuencias importantes para el desarrollo del mercado, afectando la situación de diversos sectores productivos, empresariales y de consumidores, precisando que la defensa de la competencia constituye la esencia de la normativa de protección de este derecho. En todos los casos el actuar de los operadores económicos falseó las condiciones en que se produce el juego de la oferta y la demanda generando precios por encima de los que en condiciones de competencia realizable se habrían producido generando perjuicios para todos los participantes en cada uno de los sectores del mercado por tratarse de bienes de primera necesidad, de consumo masivo, que no encuentran sustitutos en el mercado y respecto de los cuales la demanda no presenta fluctuaciones importantes ante incrementos de precios resultando ser inelástica.

En la totalidad de ellos los carteles que constituyeron las empresas involucradas generaron costos adicionales que fueron asumidos por los ciudadanos generando para algunos de ellos —sobre todo los de ingresos económicos menores— menor demanda del producto o imposibilidad de demanda, a su vez los perjuicios para el mercado resultaron ser abultados debido a la presión que sobre la inflación generó

³⁸⁰ La multa no supera el 15% de los ingresos operacionales anuales de las compañías.

este tipo de conductas que perjudicaron a otros empresarios de sectores diversos que ante el elevado precio y la necesidad de demanda de los productos distribuidos por los carteles advirtieron como la demanda de sus productos se vio en descenso.

Estos cuatro casos ponen de presente los efectos nocivos que prácticas contrarias a la competencia libre generan respecto al bienestar social y reafirman la necesaria intervención del Estado en la economía y la imposibilidad del mercado, por sí mismo, para generar condiciones de equidad en ausencia de intervención y regulación. Es evidente que en sectores estratégicos de la economía con productos con demanda inelástica los competidores tendrán incentivos fuertes para falsear la competencia, restringir el acceso de nuevos oferentes al mercado, aumentar su posición de dominio y aumentar artificialmente los precios. Es allí donde la regulación debe ser fuerte y la normativa contemplar sanciones ejemplares que desestimulen este tipo de conductas además de contar con autoridades competentes con un altísimo grado de autonomía e independencia.

Aunque el monto de las multas parece ser elevado, no representa un porcentaje que ponga en riesgo la estabilidad en el mercado de las empresas sancionadas, sin embargo, constituye un incentivo negativo importante que podrá tener incidencia respecto de otros sectores del mercado y otros agentes económicos.

Por ello era procedente la viabilidad de acciones populares y de grupo en todos los casos mencionados, sin embargo todas ellas tuvieron trámite diverso y en ninguna se produjo indemnización de los perjuicios causados a los consumidores que, por la naturaleza de los productos, resultaban evidentes para amplios sectores del mercado que durante años pagaron precios entre el 15% y el 30% por encima del que en condiciones de competencia se habrían producido (para el caso de pañales). Esta circunstancia puede obedecer a la inexistencia de asociaciones de consumidores o ciudadanos fuertes que los organicen y promuevan este tipo de acciones en defensa de sus derechos, también podría deberse a la falta de

conocimiento de la procedencia de estos mecanismos por parte de los ciudadanos o la dificultad de acopiar información especializada que permita impetrar la acción (estudios de mercado, análisis de impacto económico, etc.) y que no siempre están al alcance del ciudadano del común³⁸¹.

Sin embargo, y como señala la UNCTAD en la Ley Modelo de Competencia las acciones de grupo en materia de competencia deberían potenciarse por dos razones, a) “cada demanda individual puede ser demasiado pequeña y no justificar una acción individual y un procedimiento judicial posiblemente largo” y b) “la acción colectiva puede reducir considerablemente los costos de la acción para los demandantes” (2015, pág. 3). La posibilidad con que cuentan los ciudadanos, consumidores y empresarios afectados para iniciar este tipo de acciones permitiría potenciar economías de escala al evitar el litigio individual y permitir acciones que representen múltiples intereses comunes.

El actuar colectivo de los individuos a la vez transmitiría a los posibles de la normativa una señal de que su comportamiento en el mercado está siendo vigilado y que ante circunstancias irregulares en él, procederán a movilizar el aparato jurisdiccional para buscar la protección de su derecho colectivo y en algunos casos la reparación de los perjuicios que pudieran haberseles ocasionado (Carballo Piñeiro, L. 2007, pág. 467), es quizás por esta razón que se estima que las acciones de grupo que impetran los ciudadanos logran ponerlo en una condición de mediana igualdad respecto a agentes económicos que “no lo consideraba o no lo tenía en cuenta: reflejan el valor de la frase popular según la cual la unión hace la fuerza”

³⁸¹ Este ítem podría verse compensado por la opción de amparo de pobreza que ofrece el artículo 19 de la Ley 472 de 1998 que traslada los costos de peritajes al Fondo para la Defensa de Derechos e Intereses Colectivos. El artículo 30 de la norma en mención, señala a su vez que cuando la práctica de pruebas técnicas y estudios que permitan acreditar la violación no pudiera ser asumida por el demandante, el juez adoptará las decisiones para suplir esta deficiencia y obtener las pruebas necesarias para lo cual solicitará esas pruebas a la entidad pública cuyo objeto esté relacionado con el tema materia de debate.

(Bermudez Muñoz, 2007, pág. 15), condición que podría predicarse respecto de empresarios que, ante el actuar de otros competidores con mejor posición en el mercado, lograrían ponerse en pie de igualdad. Esta posibilidad armoniza el interés público que asiste respecto a la defensa de la libre competencia y el interés privado que asiste a aquel que registra afectación directa en sus derechos o intereses económicos además.

Respecto a las acciones populares resulta claro que el interés que motiva al accionante no se encuentra en la pretensión de obtener una indemnización, en ella la protección del derecho colectivo resulta primordial; en el caso de las acciones de grupo el interés que motiva a los accionantes es la búsqueda de reparación del perjuicio que generó la actuación contraria a la normativa de competencia. No obstante este énfasis el resultado satisface al colectivo que advertirá protegido su derecho a la libre competencia —al producirse un ajuste en las condiciones en que funciona el mercado— con independencia de que el beneficio económico —reparatorio— percibido por otros no se le haga extensivo.

CONCLUSIONES

1. La necesidad de garantizar condiciones materiales que permitieran el funcionamiento del mercado y la consagración de las libertades necesarias para su normal devenir (propiedad, libertad de empresa, libre iniciativa económica y libre competencia) generaron el debate respecto a la necesidad del Estado para regular e intervenir —o no— en el mercado. Concepciones clásicas ligadas a este como una institución natural provista de sus propias reglas y dinámicas se enfrentaban a otras que, ante la precarización de amplios sectores de la población, exigían medidas que permitieran predicar no solamente la promoción de la eficiencia económica sino también de la equidad.

2. A lo largo de la historia, y respondiendo a esta circunstancia, es posible advertir el debate que entre dos sistemas económicos antagónicos se ha producido: economía dirigida o planificada y economía de mercado. Los dos plantean formas y estrategias diversas que condicionan el funcionamiento del mercado y el papel que el Estado asume bien como garante del funcionamiento de dicha institución, bien como corrector de las desigualdades y problemas sociales que al interior de este se generan.

3. Cuando en el desarrollo del constitucionalismo se plantea la necesidad de proveer a la Constitución de un valor normativo y no simplemente programático, surge el debate de si aquella Norma, orientada inicialmente a limitar el ejercicio del poder y contemplar un catálogo de derechos, podía incluir disposiciones que sirvieran como marco para el funcionamiento de un sistema económico determinado.

4. La relación existente entre Norma Fundamental y economía condiciona todo el análisis de la intervención del Estado en el mercado. Este no puede interpretarse como un espacio ajeno a la esfera de actuación de aquel sino que entre ellos se establece una relación simbiótica en la que los órganos y ramas del Estado, establecen condiciones y límites mínimos en que se producen los procesos de

intercambio, condicionando, en consecuencia, el actuar de los ciudadanos. La determinación de estas reglas deviene en esencial y determina el funcionamiento de todo el engranaje que supone el mercado, escenario en el que los ciudadanos buscan satisfacción de buena parte de sus necesidades.

5. El fracaso del sistema de economía liberal de mercado abrió el debate para que los Estados modificaran su posición respecto al mercado y la satisfacción de condiciones mínimas de los ciudadanos variando su naturaleza, generando una nueva concepción de burocracia, una renovada función de asistencia social (subsidiaria) y una tecnocracia ligada a la planeación económica.

6. La Economía Social de Mercado emerge como una tercera vía, con fuerte influencia de las ideas de la Escuela de Friburgo y de los ordoliberales, en la que la confianza irrestricta en el mercado se matiza —aunque se considera que es la institución más eficiente para garantizar el proceso de intercambio económico—, los ciudadanos deben ser responsables por su propio desarrollo, se refuerza el principio de solidaridad y el Estado asume funciones económicas antes incomprensibles.

7. La competencia que corresponde al Estado en materia de intervención en el mercado se encuentra ligada a la imposibilidad de adoptar medidas contrarias a su dinámica (fijación de precios, medidas de protección económica constantes y permanentes en favor de algunos sectores, favorecimiento de algún sector, subsidio a agentes económicos ineficientes, entre otras), al establecimiento de condiciones que permitan al mercado funcionar en condiciones de competencia económica leal y libre, a la garantía de un sistema de seguridad social y a la existencia de un sistema normativo fuerte que proscriba cualquier práctica que atente contra el mercado reforzada por instituciones autónomas e independientes que puedan vigilar a los agentes económicos.

8. Al producirse una modificación en la naturaleza del Estado y su papel respecto a la economía, es necesario modificar la concepción constitucional económica

clásica. Hasta ese momento histórico las constituciones se caracterizaban por la escasez de cláusulas económicas que ratificaba además la carencia de valor normativo de aquellas que, en todo caso, necesitaban de la mediación del legislador —y eventualmente otras autoridades— para que sus disposiciones abandonaran su contenido simplemente programático y se convirtieran en reglas con carácter obligatorio. En consecuencia, toda regulación, ordenación y desarrollo de la vida económica del país requería de leyes, normas y mandatos con pretensión similar. Y para el caso de las escasas libertades de contenido económico su desarrollo se producía mediante su incorporación a leyes.

9. Para el caso colombiano la ordenación constitucional de la economía no ha sido una constante en la historia del constitucionalismo. Buena parte de las constituciones de la era republicana en Colombia consignaban cláusulas generales que hacían viable el funcionamiento de un sistema de economía de mercado —con independencia del surgimiento tardío del capitalismo en el país—, garantizaban el ejercicio de la libre iniciativa privada, determinaban el sistema tributario y de finanzas públicas pero limitaban de manera importante las posibilidades de intervención del Estado en la economía y el reconocimiento de otras libertades de contenido económico en favor de los ciudadanos. Esta característica no se predica en exclusiva del sistema constitucional colombiano, la tendencia propia del siglo XIX y parte del XX reconocía la necesidad de permitir al mercado funcionar bajo sus propias reglas y dinámica, considerando que cualquier intervención resultaba nociva y contraria a las normas propias de aquel.

10. Las reformas constitucionales de los años 1936 —conquista del liberalismo— y 1968— que constitucionalizó las doctrinas económicas de Keynes— produjeron una modificación relevante respecto a la relación entre Estado y economía; la introducción de la función social de la propiedad, el mandato constitucional de intervención de aquel en el mercado y la posibilidad de asistencia pública como función del Estado incorporaban medidas que suavizaban su hasta ahora escasa

injerencia en la economía. Aunque estas reformas —sumadas a otras que incluían esos actos legislativos— plantearon una concepción diversa de relación entre Estado y mercado, fue necesario esperar hasta la Constitución de 1991 que, dotada ahora de valor normativo y fuerza vinculante, recogió estos avances —excepción hecha de las barreras a la libre iniciativa privada (salvo algunos sectores específicos)— y los convirtió en elementos fundamentales de la Constitución económica.

11. A pesar del reconocimiento que el constituyente de 1991 hizo respecto a los avances que su antecesora alcanzó en materia económica, la deuda social que el Estado tenía con algunos sectores de la población era evidente. Por ello se produjo una mutación importante en el papel del Estado como agente de justicia social— en armonía con el mandato del Estado Social de Derecho— en el cual el gasto social se prioriza para cambiar el objetivo de búsqueda de simple eficiencia económica, complementándolo con equidad y rentabilidad social.

12. La definición de las condiciones generales en que se produce el proceso de intercambio de bienes y servicios no puede darse en el marco de cualquier forma política ni económica. El Estado constitucional al consignar reglas claras y vinculantes dota de seguridad al mercado al generar mayores niveles de confianza. La Constitución como límite y premisa fundamental de la política económica permite que la intervención del Estado en la economía obedezca a elementos jurídicos y no a vaivenes políticos, habida consideración del carácter interesado que puede predicarse del poder político. Y a pesar de que estos límites resultan claros, tienen una estructura abierta y flexible que permite armonizarlos y ajustarlos a coyunturas económicas, sociales y políticas determinadas que, en todo caso, deben respetar las libertades económicas.

13. La Constitución de 1991, al adquirir valor normativo, incorporó multiplicidad de disposiciones de contenido económico —caracterizadas por su dispersión terminológica— que, en todo caso, deben interpretarse en torno a dos pilares

básicos, el primero de ellos constituido por el Estado Social de Derecho y el restante la Economía Social de Mercado, sistema constitucional económico que emerge en la jurisprudencia constitucional como el propio de la Constitución económica colombiana.

14. La diversidad de principios, valores y normas de contenido económico armonizan claramente con un sistema de Economía Social de Mercado en el que el reconocimiento del mercado como institución indispensable juega un papel fundamental pero la intervención general del Estado en la economía se establece como premisa esencial de la actuación estatal. Se considera entonces que este mandato permitirá corregir fallas, propiciar el desarrollo económico equitativo y garantizar la supremacía del bien común. Se comprende que la protección del mercado es relevante, pero no es el fin único a perseguir. Así, pretender que funcionará adecuadamente de acuerdo a sus propias reglas no corresponde al modelo de Estado ni a los fines que este persigue. Un Estado abstencionista en materia económica no se compagina con un Estado Social de Derecho, por el contrario este estará ampliamente integrado en la vida socioeconómica para lograr materializar la teleología constitucional.

15. El sistema de Economía Social de Mercado parte del reconocimiento del mercado como la institución más eficiente para permitir el proceso de intercambio y redistribución de la riqueza, sin embargo, es consciente de que, sin límites ni regulación clara, aquel no podrá garantizar que ese proceso se produzca en condiciones de equidad, sacrificando los principios del Estado Social de Derecho. Por ello se exigen reglas claras de intervención con dos perfiles: uno garantista y otro corrector. El primero de ellos reconoce la necesidad de proteger y promover libertades económicas necesarias para el funcionamiento de un sistema de mercado (propiedad privada, libre iniciativa privada, libre competencia) y el restante acentúa el papel del mercado como instrumento que permite alcanzar el bienestar social e individual a través de principios como la igualdad, la dignidad, la solidaridad

y la justicia social, siendo necesaria la adopción de un marco normativo que reprima y sancione comportamientos que restrinjan o lesionen las libertades económicas que articulan el sistema constitucional económico. Se reconoce entonces que el mercado sin intervención ni regulación podrá garantizar crecimiento económico y eficiencia, pero no necesariamente equidad.

16. El mercado en el sistema constitucional económico posee una fuerza dinamizadora que, incapaz de autorregularse en forma plena, exige instituciones fuertes que corrijan las múltiples fallas que en su seno se producen. En consecuencia, proteger las libertades asociadas al mercado, con mención especial de la libre competencia, constituye condición esencial para el funcionamiento del sistema. El Estado, como director general de la economía, puede desplegar acciones de defensa en contra de cualquier agente que despliegue comportamientos que vulneren o pretendan vulnerar la libre competencia económica. Todas esas acciones o medidas se ajustarán al mercado y en consecuencia al sistema constitucional económico si no resultan arbitrarias, innecesarias e irrazonables, no persiguen fines ilegítimos, se extiendan a sectores no autorizados o lesionen el núcleo esencial de algún derecho.

17. El sistema de Economía Social de Mercado que reconoce la Constitución, manteniéndose fiel a la línea ideológica que concurrió cuando fue formulado, prioriza la libertad individual, la libertad de mercado —con todos los derechos y garantías necesarias para su funcionamiento—, la solidaridad y la subsidiariedad. En el sistema mencionado los individuos tienen un papel fundamental como responsables de su propio desarrollo, como protagonistas de su plan de vida. Se reconoce la necesidad de medidas por parte del Estado destinadas a garantizar la justicia social, la convivencia, el disfrute de los derechos individuales y colectivos, pero se ratifica la necesidad de empoderar a los ciudadanos en torno a la responsabilidad por su propio bienestar, correspondiendo al Estado un papel subsidiario.

18. Es necesario identificar aquellas condiciones de necesidad estructural que justifican medidas de intervención económico-social en favor de grupos poblacionales específicos. El Estado tiene la obligación de respetar el margen de acción privado que tiene cada individuo (libertad individual) pero con la comprensión de que en aquellos casos en que el ciudadano se encuentre en condición de imposibilidad o incapacidad estructural le corresponderá “*subsidiariamente*” prestar asistencia. Así quien este en capacidad de procurar la satisfacción de sus propias necesidades se encuentra en la obligación de hacerlo, cualquier medida que pretenda subsidiar a población que no se encuentra en situaciones estructurales sino individuales resultará contraria al orden del mercado.

19. El constituyente partió del reconocimiento de la condición de desigualdad en que se encuentran los ciudadanos, circunstancia que condiciona su acceso al mercado y el disfrute real de las múltiples opciones que este ofrece. La solidaridad emerge como valor esencial para contribuir a la superación de las condiciones de desigualdad a partir del reconocimiento de que aquellos que se encuentran en mejores condiciones en la sociedad están llamados a colaborar con aquellos que están en estado de vulnerabilidad, indefensión, desprotección o marginación. Por ello algunos sectores poblacionales asumen cargas públicas mayores, no por ello irrazonables, que permiten a sectores en condición de necesidad estructural su incorporación progresiva al goce de los múltiples beneficios que otorga el desarrollo y progreso. El modelo de Estado Social de Derecho exige el despliegue de múltiples facultades para garantizar a todos los ciudadanos condiciones de vida dignas que no podrán limitarse a evitar interferencias o recortes en las libertades de los individuos, sino que corresponde el impulso de acciones positivas orientadas a contrarrestar las desigualdades sociales existentes para ofrecer a todos oportunidades que les permitan desarrollar su propio plan de vida.

20. El Estado en el sistema de Economía Social de Mercado asume la obligación de promover la libre competencia y la libertad económica en los términos del art.

333 C.P.; reconoce a la empresa y a la iniciativa privada como motores de la economía (art. 333 C.P.); consigna medidas que le permiten limitar, razonable y proporcionalmente las libertades económicas, para cumplir los propósitos constitucionales; promueve la protección del interés general; y considera la realización personal de los individuos como fin último de la actividad estatal.

21. Respecto a la libre competencia económica la Constitución reconoce su relevancia y su condición de principio estructurante o constitutivo del sistema constitucional económico tantas veces mencionado. En desarrollo de este reconocimiento existe un marco normativo que la proteja, que prohíba y sancione los comportamientos que los individuos despliegan en el mercado orientados a restringir condiciones de competencia libre o promover abusos de su posición de dominio en el mercado, actos de competencia desleal y prácticas restrictivas de la competencia.

22. A pesar de la consagración constitucional y posterior reconocimiento —por vía jurisprudencial— de múltiples garantías y derechos de contenido económico, resulta clara la imposibilidad de predicar de cualquiera de ellos su carácter absoluto. Si como se ha señalado todos ellos deben interpretarse de manera armónica y sistemática con los pilares del modelo de Estado y el sistema económico, limitaciones y restricciones dadas por la configuración misma del derecho o su posterior desarrollo legislativo pueden ser de recibo, siempre que su núcleo esencial se mantenga incólume.

23. La capacidad que le ha sido atribuida constitucionalmente al Estado para influir en las variables macroeconómicas es uno de los principales instrumentos con que cuenta este para el logro de sus fines esenciales y encuentra su justificación en la necesidad de armonizar los intereses de los agentes económicos que concurren al mercado y el interés general de la comunidad. El Estado a través de facultades de autorización, vigilancia, supervisión y reglamentación —sujetas a principios de legalidad y observancia plena de la Constitución y la ley— garantiza la realización

efectiva de los postulados mínimos del Estado Social de Derecho. En todo caso, el poder de dirección e intervención en la economía exige el cumplimiento de tres condiciones: a) esta se produce por mandato de la ley, b) recae sobre una serie de actividades expresamente señaladas y c) debe perseguir objetivos concretos y puntuales.

24. Una de las premisas básicas del funcionamiento de un sistema de Economía Social de Mercado es la garantía y protección de la libre competencia, que en todo caso no persigue en exclusiva la satisfacción del eficiente funcionamiento del mercado, sino que apunta a su vez a la garantía de la justicia y la lealtad en las relaciones entre agentes económicos, al fomento de la distribución equitativa de recursos en defensa del bienestar de todos los ciudadanos y la protección al consumidor. Por ello este sistema propende a la protección de la libre competencia como principio constitutivo que permite el adecuado funcionamiento del mercado al restringir y sancionar comportamientos abusivos por parte de los agentes económicos y potencia el bienestar de los consumidores y usuarios al crear condiciones de mercado en las que, en principio, todos puedan concurrir para cubrir las necesidades básicas y satisfacer un mínimo vital.

25. La protección del consumidor en todos los sistemas jurídicos de protección de la libre competencia económica es un objetivo esencial que se compagina con la protección de los empresarios, de la competencia en sí misma y del mercado. Sin embargo, en estos marcos de protección normativa los derechos de los consumidores no ostentan la categoría de fundamentales y la protección de aquellos se produce a través de la protección de derechos subjetivos.

26. Al considerar que los ciudadanos concurren al mercado en procura de la satisfacción de sus necesidades múltiples libertades de contenido económico son reconocidas en instrumentos normativos: la libertad de propiedad, la libertad de empresa, la libertad de establecimiento, la libertad de trabajo, la libertad sindical, entre otras tantas. Todas ellas exigen mercados competitivos que permitan su

desarrollo, por ello es obligación del Estado proteger esta condición del mercado para evitar lesión de dichos derechos.

27. En el caso colombiano la libertad económica emerge de la redacción del texto constitucional como una libertad de contenido complejo, de carácter genérico, que abarca todas las posibilidades de actuación en el campo económico y que no registra la condición de derecho fundamental. Cuando se alude a su contenido complejo se indica que otras libertades pueden estar cobijadas en su interior: libre iniciativa privada, libertad de empresa, libertad sindical y libre competencia económica. A su vez, ostenta una doble faceta, la primera de ellas de carácter positivo y que se liga a la posibilidad de desarrollar una actividad económica — independientemente de la modalidad jurídica que se escoja— y ejercer la competencia en el mercado; y la restante de índole negativo que apunta a la facultad que le asiste a cualquier agente para abstenerse de desplegar estas libertades o desarrollarlas en un momento determinado.

28. Todas las libertades de contenido económico que consigna la Constitución encuentran límites claros dados por razones de seguridad, salubridad, moralidad, utilidad pública o interés social, por el establecimiento de monopolios o la calificación de una actividad como servicio público, la regulación del crédito, de las actividades comerciales e industriales, de la protección de los derechos del consumidor, el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

29. La libre competencia económica emerge como un derecho colectivo al tenor de la Norma Fundamental. Sin embargo, a partir de la línea jurisprudencial que ha construido la Corte Constitucional es posible predicar su naturaleza amplia y que permite calificarla como un principio constitutivo o estructurante del sistema constitucional económico colombiano, además de un derecho. Se ha evidenciado al respecto la posible naturaleza que como garantía institucional le asiste, es un bien jurídico indispensable en el diseño del sistema de ESM que se articula con los valores, principios y derechos de contenido económico que permiten estructurarlo,

que no podría ser eliminada o suprimida del ordenamiento constitucional so pena de desintegración o desarticulación del mismo. Sin embargo, reconocer este carácter le disminuiría eficacia como derecho y lo desproveería de las acciones constitucionales que para su protección le han sido reconocidas —acción popular y acción de grupo— restándole en consecuencia relevancia a su vertiente subjetiva.

30. Como derecho subjetivo la libre competencia es una prerrogativa reconocida constitucionalmente a sus titulares y de la cual es posible derivar atributos y facultades jurídicas determinadas. Sin embargo, no es posible manifestar su naturaleza como derecho fundamental y en consecuencia hacerlo susceptible de protección vía acción de tutela. Aunque algunas sentencias de tutela han protegido dicha libertad lo han hecho amparadas en la conexidad que este derecho registra con un derecho fundamental.

31. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido reiterativa respecto a la construcción de una definición del derecho a la libre competencia económica, por lo que es factible indicar que el precedente al respecto se encuentra consolidado. Para que el derecho pueda ejercerse en debida forma es preciso que exista pluralidad de empresarios, condiciones materiales de igualdad, ausencia de barreras de entrada injustificadas, rivalidad entre los competidores (sin ella habría concurrencia pero no competencia), comportamiento leal, transparente y responsable de los competidores, libertad de ofrecer las condiciones y ventajas comerciales que se consideren adecuadas y finalmente, la posibilidad de contratar con cualquier consumidor o usuario. En este contexto es posible indicar que el núcleo esencial del derecho a la libre competencia se encuentra dado por la posibilidad real de cualquier agente económico para concurrir al mercado en condiciones de igualdad y sin barreras injustificadas.

32. La libre competencia como principio rector de la actividad económica, como un derecho individual y colectivo —con visos de garantía institucional—, apunta a la protección de los derechos y garantías de los diversos agentes económicos que

concurrir al mercado, así los empresarios que destinan parte de su patrimonio y los consumidores o usuarios que acuden al mercado a demandar bienes y servicios precisan que aquel no se encuentre falseado, restringido, limitado u obstaculizado por cualquier comportamiento, acto, conducta, acuerdo o práctica que atente contra la libre competencia económica. Por ello, constituye mandato para el legislador, diseñar un marco normativo que reprima y sancione las prácticas restrictivas de la competencia, los actos de competencia desleal y los abusos de posición dominante, establecer reglas que todo agente económico tenga en cuenta cuando pretenda concurrir al mercado, concurra al mercado, compita en el mercado y desee retirarse del mismo. Cuando estas restricciones satisfacen los supuestos que condicionan la intervención del Estado en la economía (intervención por mandato de la ley, sobre una serie de actividades expresamente señaladas y que persiga objetivos concretos y puntuales) se encontrarán ajustadas a la Constitución.

33. La libre competencia como derecho tiene dos dimensiones, la primera de ellas es subjetiva y permite predicar que la finalidad de este derecho apunta a que los competidores, en el marco de una competencia realizable, obtendrán un lucro individual que los motiva para destinar parte de su patrimonio al ejercicio de una actividad —sin que esta consecuencia esté garantizada por el Estado— y para los consumidores y usuarios la posibilidad de elegir entre diversos oferentes aquel que ofrezca el mejor producto, con la mejor calidad, en las mejores condiciones y al mejor precio. Desde una faceta objetiva este derecho se constituye en regla de juego que condiciona el actuar de los agentes económicos imponiendo pautas para todo aquel que concurra al mercado en aras de garantizar la satisfacción de objetivos superiores.

34. Existe una relación complementaria entre la libre competencia económica y el ejercicio de otras libertades y derechos. Si se parte de la premisa de que los ciudadanos —con independencia de su capacidad económica— concurren al mercado para demandar bienes y servicios —y satisfacer buena parte de sus

necesidades— cuando ese escenario se encuentra viciado por el comportamiento de algunos agentes, las posibilidades de concurrencia disminuyen y la capacidad para actuar con libertad e independencia se reducen, restringiendo el disfrute de otros derechos y menoscabando la teleología constitucional.

35. El ejercicio de la libre competencia económica se desarrolla en armonía con diversos derechos y libertades —no todos ellos de contenido económico—. Es claro que el derecho de propiedad, la libertad de empresa, la libre iniciativa privada, el derecho al trabajo, el derecho a la organización sindical, entre otros se ejercen en el mercado en ocasiones de manera simultánea por lo que la violación de la libre competencia puede generar restricciones importantes en el disfrute de los demás derechos mencionados y a la inversa. Ello permite explicar porque en varios casos analizados la jurisprudencia de la Corte Constitucional protegió la libertad inicialmente mencionada en el marco de acciones de tutela sin que fuera un derecho fundamental. A su vez, resulta claro que el derecho a la libre competencia es un instrumento importante respecto al libre desarrollo de la personalidad en la medida en que la falta de autonomía y libertad económica incide en forma negativa en el disfrute del resto de libertades, reduciendo las alternativas del individuo para diseñar y desarrollar un plan de vida.

36. El marco normativo de protección de la libre competencia ostenta una doble condición: carácter preventivo y sancionador. Si se considera que el Estado es el director general de la economía su capacidad para acompañar el funcionamiento eficiente del mercado le obliga a adoptar medidas que prevengan situaciones que afecten el disfrute de la libertad económica y otros derechos a ella asociados. En desarrollo de esa condición preventiva el Estado cuenta con la capacidad de sancionar cualquier abuso de posición dominante que algún agente económico pueda desplegar en el mercado pudiendo en consecuencia imponer precios, limitar la producción, aplicar en las relaciones contractuales condiciones desiguales y

subordinar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias.

37. Aunque el papel del Estado como director general de la economía le permite adoptar medidas de intervención económica diversas orientadas a garantizar el normal funcionamiento del mercado, todas ellas deberán someterse a un control débil de constitucionalidad que exige la verificación de dos condiciones, la primera de ellas exige identificar la finalidad constitucional de la medida y la restante apunta a la confirmación de la idoneidad del instrumento escogido por el legislador para la obtención del fin señalado. Sin embargo, cuando las medidas de intervención a adoptar restringen la libre competencia económica el test que debe aplicarse es el intermedio que se emplea cuando se advierta la existencia de indicios de arbitrariedad que puedan afectar al derecho en mención o se pueda afectar un derecho no fundamental. A diferencia del test débil, en el test intermedio debe verificarse que el fin no solamente sea legítimo sino también constitucionalmente importante y además que el medio no solo sea adecuado sino efectivamente conducente.

38. La libre competencia es un derecho constitucional de aplicación inmediata, a tenor de su consagración expresa constitucional, y a la vez emerge como un derecho de configuración legislativa que al ser desarrollado exige respeto por su núcleo esencial. Como derecho subjetivo otorga a sus titulares prerrogativas ligadas a su disfrute e impone deberes y mandatos a los órganos del poder público para que desplieguen acciones orientadas a garantizar las condiciones materiales que permitan su ejercicio. Se trata en consecuencia de un derecho que encuentra claros condicionamientos, respecto a su desarrollo, dados por la capacidad que tenga el Estado para garantizar que el mercado funcione en condiciones de eficiencia. Se trata a su vez de una libertad positiva que otorga a su titular una facultad pero a su vez implica un ámbito de no interferencia en caso de que aquel no desee hacer ejercicio del derecho o disponga hacerlo posteriormente. Además, es un derecho

de libertad pero contempla exigencias institucionales y organizativas orientadas a garantizar el funcionamiento correcto del mercado.

39. La libre competencia se reconoce como un derecho del que pueden ser titulares las personas naturales y las jurídicas, con independencia de que ellas sean particulares o personas de Derecho Público. Se ha reconocido que el Estado puede concurrir al mercado, en condiciones de igualdad, para ejercer libertades económicas, entre ellas la libertad mencionada.

40. Aunque existen acciones constitucionales orientadas a obtener la protección de la libre competencia como derecho colectivo, no se advierte en los ciudadanos —ni individualmente considerados ni como colectividad— ánimo o voluntad para emprender acciones que persigan la protección de ese derecho, circunstancia que podría obedecer al desconocimiento de las mismas, a la debilidad de las asociaciones de consumidores, la necesidad de activos importantes para realizar estudios, entre otras. Ha sido la Superintendencia de Industria y Comercio la que, en ejercicio de facultades administrativas, y no en el marco de acciones constitucionales, ha investigado y sancionado agentes económicos que han lesionado el derecho en mención, además de múltiples derechos de los consumidores. Es claro que acciones colectivas permitirían obtener reparación de perjuicios para miles de ciudadanos (considerando que en los años 2015 y 2016 agentes económicos de cuatro sectores del mercado fueron sancionados por formación de carteles, sin que las sanciones contemplaran indemnizaciones para los consumidores), potenciarían economías de escala y generarían mayores incentivos negativos para aquellos que, ahora, reportan importantes beneficios económicos ligados a comportamientos que lesionan la libre competencia económica.

41. Finalmente y a partir del análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional es posible concluir respecto al principio y derecho en mención:

- a. La libre competencia es principio estructurante del sistema de Economía Social de Mercado y principio rector de la economía.
- b. La libre competencia económica es un derecho individual que supone responsabilidades. Sin embargo no es un derecho fundamental.
- c. Es un derecho de todos los agentes económicos, que exige aplicación igual respecto de personas naturales y jurídicas, públicas y privadas.
- d. Como derecho colectivo permite el libre acceso al mercado fomentando la igualdad de oportunidades para todos los agentes económicos.
- e. Encuentra restricciones y limitaciones dadas por el bien común, la función social que debe cumplir, la responsabilidad social de ejercer la libertad de empresa y por la necesidad de proteger la competencia económica en sí misma.
- f. Como todo derecho permite la intervención del Estado, siempre que ella sea razonable y proporcionada.
- g. A pesar de ser un principio rector de la economía, algunos agentes económicos pertenecientes a determinados sectores pueden encontrar restricciones para el ejercicio de la libre competencia.
- h. El núcleo esencial “*consiste en la posibilidad de acceso al mercado por parte de los oferentes sin barreras injustificadas.*” (Sentencia C-228/10).
- i. El Estado, como director general de la economía, no actúa solo como garante de los derechos económicos individuales, sino que le compete corregir las desigualdades sociales que emergen como consecuencia del ejercicio arbitrario que agentes hacen de sus libertades económicas.
- j. La defensa de la libre competencia tiene como objeto la protección de los empresarios, de los consumidores y del mercado en sí mismo considerado. No le

competite al Estado solamente proteger la competencia como fin último sino impulsar la pluralidad de actores que materialicen el derecho de elección de los consumidores con el fin de evitar monopolios, prácticas restrictivas de la competencia y abusos de posición dominante.

k. La libre competencia exige la concurrencia de pluralidad de agentes — excepciones hechas de algunos sectores específicos— que en condiciones de igualdad podrán ejercer el derecho en mención generando beneficios para los consumidores que, en un régimen de competencia realizable, pueden acceder a mayor variedad de productos —de mejor calidad— y a un mejor precio.

l. La intervención del Estado se orienta a promover y preservar la libre competencia —medidas *ex ante*— y sancionar aquellos comportamientos identificados como restrictivos (prácticas restrictivas de la competencia, actos de competencia desleal y abusos de posición dominante).

m. En un Estado Social de Derecho, el Estado asume variadas responsabilidades en materia económica —racionalización de la economía, mejoramiento de la calidad de vida de los ciudadanos, promoción de la productividad y la competitividad y orientación de la política económica para garantizar el desarrollo armónico de las regiones— que exigen que las libertades económicas sean atemperadas —incluida la libre competencia— para que no se conviertan en barreras infranqueables para la intervención del Estado en la economía.

n. Dada la naturaleza colectiva que del derecho se puede predicar, en caso de vulneración cuenta con una acción específica que permite invocar protección, la acción popular —sin pretensiones indemnizatorias— y la acción de grupo —con pretensión indemnizatoria—.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV. (Septiembre-Diciembre de 2011). La reforma del artículo 135 C.E. *Revista Española de Derecho Constitucional*(93), 159-2010.

Abanto Vásquez, M. (1997). *El derecho de la libre competencia*. Lima: San Marcos.

Adams, J. (1998 (1989)). Economía institucional y economía de la elección social: Aspectos comunes y conflictos. *Cuadernos de Economía Institucional*, XVII(29), 249-265.

Agudelo Villa, H. (1999). *De los monopolios a la democracia económica. Una política para controlar la concentración del poder económico*. Bogotá: Ariel Economía.

Agudelo Villa, H. (Sin fecha). *Obras selectas Ideas económicas Tomo II*. Bogotá: Cámara de Representantes.

Aguiló Regla, J. (2004). *La Constitución del Estado Constitucional*. Lima-Bogotá: Palestra-Temis.

Alarcón Peña, A. (2011). Los juristas frente a los mercados: herramientas de análisis económico del derecho. *IUSTA*, 125-136.

Alarcón Peña, A (2016). La libre competencia económica en el derecho colombiano: una revisión desde la Economía Social de Mercado y sus implicaciones normativas. *Prolegómenos* (37) 109-124.

Albala-Bertrand, J. M. (Abril de 2006). Cambio de la estructura productiva en Chile, 1986-1996: producción e interdependencia industrial. *Revista de la CEPAL*(88), 167-181.

Albertí Rovira, E. (2000). La Constitución Económica. Tendencias a los 20 años de la Constitución. En G. (Trujillo, L. M. López Guerra, & P. J. González-Trevijano

Sánchez, *La experiencia constitucional (1978 - 2000)* (págs. 125 - 158). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Albertí Rovira, E. (2004). La constitución económica de 1978 (Reflexiones sobre la proyección de la Constitución sobre la Economía en el XXV aniversario de la Constitución Española). *Revista Española de Derecho Constitucional*(71), 123 - 159.

Alcaide Guindo, C. (Noviembre de 2005). La evolución de la política de defensa de la competencia. *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*(826), 245-257.

Almonacid Sierra, J. J., & Garcia Lozada, N. G. (1998). *Derecho de la competencia: abuso de la posición dominante, competencia desleal, uso indebido de información privilegiada*. Bogotá: Legis.

Alonso Soto, R. (2005). El interés público en la defensa de la competencia. En S. Martínez Lage, & A. (Petitbò Juan, *La modernización del Derecho de la Competencia en España y en la Unión Europea* (págs. 31-46). Madrid: Marcial Pons.

Álvarez - Londoño, L. F. (Enero-Junio de 2008). Últimas tendencias en derecho de la competencia en América Latina. *Universitas*(115), 248-262.

Alvarez Carreño, S. M. (2000). La inesperada funcionalidad de un derecho constitucional: el derecho de petición de la primera enmienda estadounidense y la defensa de la libre competencia. En F. (Sosa Wagner, *El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Prof. Dr. Ramon Martin Mateo* (pág. 2766). Valencia: Tirant lo blanch.

Alvarez Conde, E. (2005). *Curso de derecho constitucional. Volumen I. El estado constitucional, el sistema de fuentes, los derechos y las libertades* (Vol. I). Madrid: Tecnos.

Alvarez Conde, E. (2006). *Curso de Derecho Constitucional. El Estado Constitucional El sistema de fuentes Los derechos y libertades* (5 ed., Vol. t. 1). Madrid: Tecnos.

Alvarez Londoño, L. F. (Enero-Junio de 2006). Últimas tendencias en Derecho a la competencia en América Latina. *Universitas*, 247-262.

Alviar García, H. (2002). Constitución y Economía. *Precedente*, 177-188.

Amador Cabra, L. E. (2010). Regulación, fallas del mercado y eficiencia económica en el sector del saneamiento básico. En C. Blanco Barón, A. Guerra Barón, M. Pinzón Camargo, A. Palacios Lleras, & L. E. Amador Cabra, *Colección Enrique Low Murtra Derecho Económico* (Vol. VII, págs. 299 - 363). Bogotá: Publicaciones Universidad Externado de Colombia.

Amador Cabra, L. (2011). *Los servicios públicos frente a las reformas económicas en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado.

Anderson, E. (1998). Soberanía del consumidor vs soberanía de los ciudadanos. Algunos errores en la economía clásica del bienestar. *Isegoria*(18), 19-46.

Angarita Barón, C. (1997). La libertad económica en la jurisprudencia de la Corte Constitucional: una aproximación fugaz. En AA.VV, *Constitución Económica colombiana*. Bogotá: Navegante.

Angel, P., & Estrada, L. (Enero-Junio de 2011). La protección del derecho a la libre competencia mediante la acción de grupo: una lección aún por aprender. *Revista de Derecho Privado*, 2-27. Recuperado el 15 de Noviembre de 2016, de https://derechoprivado.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derecho_privado/pri62.pdf

Anzola, M. (2007). Corte Constitucional y economía de mercado. En C. M. Molina Betancur, *Corte Constitucional y Estado Social de Derecho* (págs. 125-137). Medellín: Universidad de Medellín.

Aragón Reyes, M. (1993). Constitución y modelo económico. En AA.VV, *Simposio Internacional sobre Derecho del Estado. Homenaje a Carlos Restrepo Piedrahita*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Aragón Reyes, M. (1995). *Libertades económicas y estado social*. Madrid: McGraw - Hill.

Aragón Reyes, M. (1996). Constitución económica y libertad de empresa. En AA.VV, *Estudios en homenaje al profesor Aurelio Menendez (I) Introducción y título valor*. Madrid: Civitas.

Aragón Reyes, M. (1998). *Estudios de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Aragón Reyes, M. (2013). *Estudios de Derecho Constitucional* (3a. ed.). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Aragón Reyes, M. (2002). La Constitución como paradigma. En M. (Carbonnell, *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos* (págs. 109-122). México: Editorial Porrúa-UNAM.

Arango Rivadeneira, R. (2003). La jurisdicción social de la tutela. En C. M. Molina Betancur, *Corte Constitucional 10 años. Balances y perspectivas* (págs. 107-128). Bogotá: Universidad del Rosario.

Arango Rivadeneira, R. (2011). Sustitución del estado social de derecho por un Estado fiscal. *Revista Zero Universidad Externado de Colombia*, 27(13), 70-72.

Arango Rivadeneira, R. (Enero-Junio de 2012). Derechos y fines políticos. *Revista Jurídicas*, 9(1), 13-31.

Archila Peñalosa, E. J. (2004). Editorial: El derecho de la competencia es de todos. *Contexto*(17), 2-3.

Archila Peñalosa, E. J. (2010). Novedades de la Ley 1340 de 2009 para el Régimen de Protección de la Competencia. *Contexto*, 7-45.

Archila Peñalosa, E. J. (Julio-Diciembre de 2013). El dilema de la sostenibilidad fiscal. *Contexto*(40), 3-4.

Arenal. C. (1924) *La cuestión social vol. I. Cartas a un obrero*. Madrid: Editorial Victoriano Suárez.

Ariño Ortiz, G. (2003). *Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Ariño Ortiz, G. (1979). La iniciativa pública en la Constitución. Delimitación del sector público y control de su expansión. *Revista de la Administración Pública*, 55-106.

Ariño Ortiz, G. (1993). *Economía y reforma. Crisis y reforma del sector público*. Madrid: Marcial Pons.

Ariño Ortiz, G. (1999). *Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*. Granada: Comares.

Aristizabal Villa, J. (Octubre-Diciembre de 2000). Aproximación al marco jurídico de la libertad económica en Colombia. *Revista Estudios gerenciales*, 16(77), 83-90.

Arroyo Jiménez, L. (2011). *Libre empresa y títulos habilitantes*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Asamblea Nacional Constituyente. (25 de Julio de 1991). Informe de la Sesión Plenaria del día 4 de Julio de 1991. Bogotá.

Asenjo, O. d. (1984). *La constitución económica española Iniciativa económica pública "versus" iniciativa económica privada en la Constitución española de 1978*. Madrid: Centro de estudios constitucionales.

Atehortúa Ríos, C. A. (2007). *Servicios públicos domiciliarios, proveedores y régimen de controles*. Bogotá: Universidad Externado .

Atienza, m., & Ruíz Manero, J. (1996). La regla de reconocimiento y el valor normativo de la Constitución (una aproximación desde la teoría del derecho). *Revista Española de Derecho Constitucional* (47), 29 - 53.

Auping Birch, J. (2004) Economía y derechos humanos: de los neoclásicos a la Economía Social de Mercado. En J. Auping Birch, *El análisis económico de los derechos humanos* (pág. 59-100) México D.F: Plaza y Valdés editores

Ayala Espino, J. (Octubre-Diciembre de 2001). Instituciones para mejorar el desarrollo en México. *Revista venezolana de gerencia*, 6(16), 527-552.

Arroyo Aparicio, A. (2013). Consumidores y normativa protectora de la libre competencia: algunos antecedentes y las recientes iniciativas sobre "acciones por daños". En M. J. Vásquez Pena, *El derecho de la libre competencia como instrumento de progreso económico a favor de las empresas y de los consumidores* (págs. 31-54). Valencia: Tirant lo blanch.

Balaguer Callejón, F. (2007). *Manual de Derecho Constitucional* (9a ed., Vol. I). Madrid: Tecnos.

Baquero Cruz, J. (2004). La protección de los derechos sociales en la Comunidad Europea tras el Tratados de Amsterdam. *Revista de Derecho Comunitario europeo*(4), 639-666.

Bar Cendón, A. (2012). La reforma constitucional y la gobernanza económica de la Unión Europea. *Teoría y Realidad Constitucional*(30), 59-88.

Barba. (Abril de 2004). Los enfoques latinoamericanos sobre la política social: más allá del Consenso de Washington. *Espiral. Estudios sobre Estado y Sociedad*, 11(31), 85-130.

Barbosa Delgado, F. (Julio-Diciembre de 2014). La sostenibilidad fiscal: Desafío al Estado Social de Derecho en Colombia. *Revista de Derecho Público Universidad de los Andes*(33), 3-23.

Bárcena, J. (2011). *El gobierno de la economía europea. Crisis e indeterminación institucional* (Vol. 3). Barcelona: JMBosch Editor.

Bárcena, J. (Julio-Diciembre de 2013). La reforma constitucional y la nueva gobernanza de la Unión Europea. *Estudios de Deusto*, 61(2), 135-171.

Bardey, D., Becerra, A., & Cabrera, P. (2013). *Análisis económico de la normativa de libre competencia en Colombia*. Bogotá: Fedesarrollo.

Barker, R. S. (2010). Jurisdicción Constitucional y judicial review: La experiencia de los Estados Unidos. En V. (. Bazan, *Derecho Procesal Constitucional americano y europeo* (págs. 691-698). Buenos Aires: Abeledo - Perrot S.A.

Barón Barrera, G. A. (2010). *El derecho de la competencia en los grupos empresariales*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez.

Barrero Ortega, A., (2013) Derechos sociales y descentralización política. *Revista jurídica de los derechos sociales Lex Social*. III(1) (págs. 25-33)

Bassols Coma, M. (1985). *Constitución y sistema económico*. Madrid: Tecnos.

Baurmann, M. (1998). *El mercado de la virtud. Moral y responsabilidad social en la sociedad liberal*. Barcelona: Gedisa.

Becker, G. (1993). Nobel Lecture: The economic way of looking at behavior. *The Journal of Political Economy*(101), 385-409.

Bejarano, J. A. (1988). El despegue cafetero (1900-1928). En J. Ocampo, *Historia económica de Colombia* (págs. 173-207). Bogotá: Siglo Veintiuno Editores de Colombia-Fedesarrollo.

Bejarano, J. A. (1999). El análisis económico del Derecho: Comentarios sobre textos básicos. *Revista de Economía Institucional*(155-167).

Bellmont, G.B., (2013) Control previo a las integraciones empresariales: Doctrina de la Superintendencia de Industria y Comercio (tesis de maestría). Universidad Nacional. Bogotá, Colombia.

Benecke, D.W. (Abril de 2003). *Fundación Konrad Adenauer*. Obtenido de http://www.kas.de/wf/doc/kas_15526-1522-1-30.pdf?090122192940

Benecke, D.W. (2015) Economía Social de Mercado ¿puede imitarse el modelo alemán en América Latina En *Economía Social de Mercado Una respuesta humanista que supera disyuntiva entre Estado y mercado* (pag. 17-46) Santiago de Chile: JC Sáez editor.

Benecke, D.W., & Nascimento, R. (Diciembre de 2012). El consenso de Washington revisado. *Serie Economía Social de Mercado*(4), 7-22.

Benítez, J., Cuevas, T., Garzón, A., Guerreo, G., Marulanda, I., Perry, G., . . . Yepes Parra, M. (1991). *Asamblea Nacional Constituyente. Informe-Ponencia para primer debate en plenaria. Finalidad Estado Social de Derecho y la Seguridad Social. No. 78 - Mayo*. Bogotá: Gaceta Constitucional.

Benítez, J., Cuevas, T., Garzón, A., Guerrero, G., Marulanda, I., Perry, G., . . . Yepes, M. A. (Mayo 1991). Gaceta Constitucional No. 78 Informe-Ponencia para Primer Debate en Plenaria Asamblea Nacional Constituyente. *Finalidad Social del Estado y la Seguridad Social*. Bogotá.

Bercovitz Rodríguez-Cano, A. (1992). La competencia desleal. *Derecho de los negocios*(20), 1-12.

Bercovitz Rodríguez-Cano, A. (2006). *Apuntes de Derecho Mercantil*. Navarra: Aranzadi.

Bermudez Muñoz, M. (2007). *La acción de grupo: normativa y aplicación en Colombia*. Bogotá: Universidad del Rosario.

Berzosa, C. (1999). Mercado, estado y economía mundial. *Revista de economía mundial*, 29-50.

Biglino Campos, P. (2011). La Constitución como norma por ser pacto federal. *Teoría y realidad constitucional* , 179 - 204.

Binder, K., & Dürr, E. (2004). La Economía Social de Mercado. En C. Botero Marino, & G. M. (Coord), *Economía Social de Mercado y Tratados de Libre Comercio en Colombia. Análisis y propuestas sobre el impacto del TLC en la pobreza, los derechos laborales y la pequeña y mediana industria* (págs. 57-66). Bogotá: Fundación Social-Fundación Konrad Adenauer Stiftung.

Blanco Valdés, R. (1996). *Instituto de Ciencias Políticas y Sociales ICPS de la Universidad Autónoma de Barcelona*. Recuperado el 11 de Mayo de 2016, de http://www.icps.cat/archivos/workingpapers/wp_i_117.pdf?noga=1

Blanco Valdés, R. (2006). *El valor de la Constitución. Separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal* (3 ed.). Madrid: Alianza Editorial.

Blanco Valdés, R. (2010). Francia o la Constitución hecha ley. *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del Estado, Derecho público e historia constitucional. Ejemplar dedicado a: Conceptos de Constitución en la historia*(6), 85-122.

Botero Marino, C. (1991). La intervención del Estado en la economía. Colombia 1880-1936. *Revista de Derecho Privado*(9), 5-103.

Botero Marino, C., & Guardo Martínez, A. C. (2004). Estado Social de Derecho y Economía Social de Mercado en Colombia: algunas ideas preliminares sobre la relación entre la Constitución y la política económica. En C. Botero Marino, & A. (. Gurdo Martínez, *Economía Social de Mercado y Tratado de Libre Comercio en Colombia. Análisis y propuestas sobre el impacto del TLC en la pobreza, los derechos laborales y la pequeña y mediana industria* (págs. 11-56). Bogotá: Fundación Social-Konrad Adenauer Stiftung.

Botero Restrepo, C. (2002). *El Derecho antitrust o de la libre competencias en los Estados Unidos*. Medellín: Librería Señá Editora.

Botero, S. (2006). La reforma constitucional de 1936, el Estado y las políticas sociales en Colombia. *Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura*(33), 85-109.

Broseta Pont, M. (1985). *Manual de Derecho Mercantil* (6a. ed.). Madrid: Tecnos.

Broseta Pont, M., & Martínez Sans, F. (2001). *Manual de Derecho Mercantil* (18a. ed., Vol. I). Madrid: Tecnos.

Buitrago Restrepo, C. M., Osorio Vanegas, G. E., & Conde Parra, H. (1998). El derecho a la libre competencia: su doble connotación colectiva e individual. *Pensamiento jurídico*(10), 213-224.

Bullard, A. (2015). Análisis económico del derecho. Entre el funcionalismo y la esquizofrenia jurídica. En J. L. Fabra Zamora, & A. (Nuñez baquero, *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho* (Vol. I, págs. 737-766). México: Instituto de Investigaciones jurídicas UNAM .

Burke, M. (2011). *Estudios críticos del neoliberalismo* (2 ed.). La Paz: Plural editores.

Caballero, F. d. (1952). Codeterminación económica y gestión paritaria de empresas en alemania. *Arbor*, 365 - 381. Recuperado el 25 de Abril de 2016

Cabanellas de las Cuevas, G. (2005). *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia* (Vol. I). Buenos Aires: Heliasta.

Cabrillo Rodríguez, F. (Marzo-Abril de 2013). Unidad de mercado y competencia regulatoria. *Revista ICE: Información Comercial Española*(871), 25-33.

Calvo Hornero, A. (2014). *Organización monetaria y financiera de la Unión Europea*. Madrid: Editorial universitaria Ramón Areces.

Cámara de Representantes. (19 de Mayo de 2009). Cámara de Representantes, Proyecto de Ley No 333 de 2008, 195 Senado, Ponencia para Segundo Debate de la Cámara. *Gaceta del Congreso No. 335*.

Carballo Piñeiro, L. (2007). Derecho de competencia, intereses colectivos y su proyección procesal: observaciones a propósito del artículo 6 del Reglamento Roma II. *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 466-495.

Carbonell, M. (2005). Marbury vs Madison: regreso a la leyenda. *Lex, difusión y análisis*(120), 66 - 73.

Castellà Cuesta, J. M. (2015). Los principios constitucionales. En J. M. Castellà Cuesta, *Derecho constitucional básico* (2a ed., págs. 73-89). Barcelona: Huygens Editorial.

Celani, M., & Stanley, L. (2003). *Política de competencia en América Latina*. Santiago de Chile: Naciones Unidas - Cepal.

CEPAL. (2015). *Panorama social de América Latina*. http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/39965/1/S1600227_es.pdf.

Cepeda Espinosa, M. J. (1992). *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991*. Bogotá: Temis.

Cepeda Espinosa, M. J. (2005). *Polémicas constitucionales*. Bogotá: Legis.

Chahín Lizcano, G. (1994). La cuestión económica en el constitucionalismo colombiano. Propiedad - planeación - intervención. En AA.VV, *Constitución Política y Reorganización del Estado* (págs. 71-142). Bogotá: Universidad Nacional.

Chahín Lizcano, G. (1998). *Elementos básicos del régimen constitucional y legal de los servicios públicos domiciliarios*. Bogotá: Publicación de la Empresa de Energía de Bogotá.

Cidoncha Martín, A. (2004). La libertad de empresa en el marco de la economía de mercado: el artículo 38 de la Constitución española. Madrid, España.

Cidoncha Martín, A. (2009). Garantía institucional, dimensión institucional y derecho fundamental: balance jurisprudencial. *Teoría y Realidad Constitucional*(23), 149-188.

Cidoncha Martín, A. (2011). La posición constitucional de los consumidores. *Revista de estudios políticos*, (153), 113-150.

Cidoncha Martín, A. (2006). *La libertad de empresa*. Madrid: Thomson-Civitas.

Clavijo, S. (Abril de 2011). *Estructura Fiscal de Colombia y Ajustes Requeridos (2010-2020)*. Obtenido de <http://www.fedesarrollo.org.co/wp-content/uploads/2011/08/Anif-Fiscal0411.pdf>

Coase, R. (2000 (1960)). El problema del costo social. En A. (Roemer, *Derecho y Economía: Una revisión de la literatura* (pág. 629). México: Fondo de Cultura Económica.

Coase, R. (2009 (1937)). La naturaleza de la empresa. En Roemer, *Derecho y Economía: Una revisión de la literatura* (págs. 558-575). México: Fondo de Cultura Económica.

Colom González, F. (Enero - Abril de 1992). La "izquierda schmittiana" en el debate constitucional de la república de Weimar. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*(11), 317 - 359.

Comanducci, P. (2002). Modelos e interpretación de la Constitución. En M. (Carbonell, *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos* (págs. 123-154). México: Editorial Porrúa-UNAM.

Comisión Europea. (2010). *Informe sobre la política de competencia 2010*. Bruselas. Recuperado el 2 de Noviembre de 2016, de <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011DC0328&from=ES>

Comisión Europea. (2016). *Informe sobre la política de competencia 2015 - Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones*. Bruselas. Recuperado el 2 de Noviembre de 2016, de http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/2015/part1_es.pdf

Comité Económico y Social Europeo. (16 de Diciembre de 2006). Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «Regulación de la competencia y consumidores». *Diario oficial de la Unión Europea*. Recuperado el 2 de Noviembre de 2016, de <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52006IE0949&rid=8>

Comité Técnico Interinstitucional (Banco de la República, Ministerio de Hacienda, DNP). (2010). *Regla fiscal para Colombia*. Bogotá: Banco de la República.

Corporación Excelencia en la Justicia. (Agosto de 2008). *Balance de los 10 años de las acciones populares y de grupo*. Recuperado el 19 de Noviembre de 2016, de <http://www.cej.org.co/index.php/biblioteca/publicaciones/item/balance-de-los-10-anos-de-las-acciones-populares-y-de-grupo/705>

Correa Henao, M. (2009). *Libertad de empresa en el Estado Social de Derecho*. Bogotá: Universidad Externado.

Correa Henao, N. R. (2005). *Derecho procesal de la acción de tutela* (2a ed.). Bogotá: Universidad Javeriana.

Cortazar Mora, J. (Enero-Diciembre de 2006). Decision 608 de la Comunidad Andina: un paso adelante para el sistema antimonopolios de la region. *Revista CEDEC de Derecho de la Competencia*, 2(2), 123-152.

Cortes Diario de Sesiones del Senado Comisión de Constitución No. 51. (7 de Septiembre de 1978). Obtenido de http://www.congreso.es/public_oficiales/L0/SEN/DS/S_1978_051.PDF

Cortes Nieto, J., Ospina Duque, E., & Dueñas, O. J. (2009). Derechos económicos, sociales y culturales. En AA.VV, *Itinerario De La Jurisprudencia Colombiana De Control Constitucional Como Mecanismo De Protección De Los Derechos Humanos* (págs. 203-352). Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.

Cortés Zambrano, S. (2009). El Estado, la Constitución y la Economía de Mercado. *Revista Virtual Via in viniendi et iudicandi*, 1-44.

Corwin, E. (Diciembre de 1928). The "higher law" background of American Constitution. *Harvard Law Review*, XLII(2), 149-185.

Coscolluela Montaner, L., & López Benitez, M. (2011). *Derecho Público Económico* (4 ed.). Madrid: Iustel.

Cotino Hueso, L (2007) *Derecho constitucional II. Derechos fundamentales. Materiales docentes de innovación educativa*. Valencia: Publicaciones de la Universidad de Valencia, Col·leccio Laboratori de Materials.

Cuellar, M. M. (Primer semestre de 2005). La prueba de razonabilidad y la estabilidad de las reglas de juego. *Revista de Economía institucional*, 7(12), 13-42.

Cuevas, H., & Pérez Salazar, M. (Marzo de 2001). La economía política de la Constitución de 1991. *Revista Opera - Universidad Externado de Colombia*, 1(1), 249-262.

Cuñat Edo, V. (2010). *Competencia desleal y protección de los consumidores*. Valencia: Universidad de Valencia.

Currie, L. (1993) UPAC Veinte años después. *Cuadernos de economía*(18-19), (268-280)

D'Elia, V. V. (Julio-Diciembre de 2009). El sujeto económico y la racionalidad en Adam Smith. *Revista de Economía institucional*, II(21), 37-43.

de Juan Asenjo, O. (1984). *La constitución económica española*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

de la Calle Lombana, H. (2004). *Contra todas las apuestas: historia íntima de la Constituyente de 1991*. Bogotá: Planeta.

de la Calle Lombana, H. (2011). Reflexiones sobre la sostenibilidad fiscal. *La sostenibilidad fiscal como principio constitucional* (págs. 19-20). Bogotá: Fedesarrollo- Konrad Adenauer Stiftung. Recuperado el 13 de Septiembre de 2016

de la Cruz Camargo, D. M. (2010). Excepciones y exenciones particulares a la aplicación de la ley de protección de la competencia por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio. *Contexto*, 97-113.

de la Torre Vargas, David (2014). “Fallos del mercado y Regulación Económica en los servicios públicos domiciliarios. Aproximaciones a una disciplina poco entendida por los juristas”, en *Revista Digital de Derecho administrativo*, nº 12. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 45-62.

de Lojendio, I. M. (1977). Derecho constitucional económico. En L. (Sanchez Agesta, *Constitución y economía (La ordenación del sistema económico en las constituciones occidentales)* (pág. 519). Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

de Otto, I. (1988). *Derecho Constitucional: Sistema de fuentes* (2a. ed.). Barcelona: Ariel.

De Otto, I. (1999 (1987)). *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes* (2a ed. 7a reimpresión ed.). Barcelona: Ariel.

del Aguila Tejerina, R. (Enero-Febrero de 1982). La transición a la democracia en España: Reforma, ruptura y consenso. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Epoca)*(25), 101-127.

Díaz Arenas, P. A. (1993). *La Constitución Política Colombiana (1991) Proceso, estructuras y contexto*. Bogotá: Temis.

Díez Canseco, L. (2013). Acuerdos regionales de competencia en América Latina y el Caribe (working paper). Banco Interamericano de Desarrollo. Recuperado el 1 de Noviembre de 2016, de http://www.crcal.org/guias-y-estudios/otros-documentos/doc_download/25-acuerdos-regionales-de-competencia-en-america-latina-y-el-caribe

Díez Estella, F. (Marzo-Abril de 2003). Los objetivos del derecho antitrust. *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*(224), 32-52.

Díez Picazo, L. (1970). *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*. Madrid: Tecnos.

Díez Picazo, L., & Gullón, A. (2001). *Sistema de Derecho Civil* (10a. ed., Vol. I). Madrid: Tecnos.

Díez-Picazo, L. (1977). Propiedad y Constitución. En L. Sanchez Agesta, *Constitución y Economía (La ordenación del sistema económico en las Constituciones Occidentales)* (págs. 41-47). Madrid: Editorial Revista de Derecho Prrivado.

Doménech Pascual, G. (Septiembre-Diciembre de 2014). Por qué y cómo hacer Análisis Económico del Derecho?. *Revista de Administración Pública*, 99-133.

Donges, J. (1977). Sistema económico y Constitución alemana. En L. (Sanchez Agesta, *Constitución y Economía (La ordenación del sistema economico en las Constituciones Occidentales)* (págs. 131-142). Madrid: Editorial Revista de Derecho privado.

Dueñas Ruíz, O. J. (2004). *Elementos de hermenéutica jurídica* (2a. ed.). Bogotá: Universidad del Rosario.

Duque Dominguez, J. (1979). Constitución Económica y Derecho Mercantil. En AA.VV, *La reforma a la legislación mercantil* (págs. 63-110). Madrid: Civitas - Fundación Universidad Empresa.

Duque, J. (1977). Iniciativa privada y empresa. En L. (Sánchez Agesta, *Constitución y Economía. La ordenación del sistema conómico en las Constituciones occidentales* (págs. 49-78). Madrid: Centro de Estudios y Comunicación Económica.

Durán i LLeida, J (2015). La Economía Social de Mercado. Una respuesta humanista al poder de los mercados en *Economía Social de Mercado. Una respuesta humanista que supera disyuntiva entre Estado y mercado* (pág. 47-71). Santiago de Chile: JC Sáes editores.

Dürr, E. (1976). Condiciones y premisas para el funcionamiento de una Economía Social de Mercado. En F. U. Empresa (Ed.), *Condiciones y premisas para el funcionamiento de una economía social de mercado* (pág. 22). Madrid: Fundación Universidad - Empresa.

Dürr, E. (1979). La actuación del estado en una economía de mercado. *La actuación del estado en una economía de mercado* (pág. 15). Madrid: Universidad Alcalá de Henáres.

Dworkin, R. (1984). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.

Echeverri Uruburu, A. (2002). *Teoría Constitucional y Ciencia Política* (6a ed.). Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.

Echeverri Uruburu, A. (2012). La Constitución de 1991. De una democracia restringida y bloqueada a una democracia social y participativa. En AA.VV, *Historia Constitucional colombiana* (2a ed., Vol. II, págs. 439-488). Bogotá: Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia Colección Investigaciones.

Echeverry, J. C. (2004). Es posible una Economía Social de Mercado en Colombia. En C. Botero Marino, & A. Guardo Martínez, *Economía Social de Mercado y Tratados de Libre Comercio en Colombia. Análisis y propuesta sobre el impacto del*

TLC en la pobreza, los derechos laborales y la pequeña y mediana industrial (págs. 67-76). Bogotá: Fundación Social- Fundación Konrad Adenauer Stiftung.

Ehmke, H. (Enero-Junio de 2006). Economía y Constitución. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*(5), 329 - 380.

Enciso Vanegas, Camilo Alberto (2007). La igualdad compleja de Michael Walzer y los fallos económicos de la Corte Constitucional. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.

Engra Moreno, J. C., & Rodríguez Encinas, A. (2006). El sistema de control de concentraciones en la Unión Europea. *Ekonomiaz: Revista vasca de economía*(61), 108-135.

Entrena Cuesta, R. (1981). El principio de libertad de empresa. En F. (Garrido Falla, *El modelo económico en la constitución española* (pág. 311). Madrid: Instituto de Estudios Económicos.

Erhard, L. (1957). *Bienestar para todos*. Valencia: Fundación Ignacio Villalonga.

Erhard, L (1968). *Nacimiento de la economía de mercado libre*. Disponible en http://biblio3.url.edu.gt/publiclg/lib/2016/milg_econ/cap/01.pdf

Erhard, L. (1994). *Economía social de mercado. Su valor permanente* (Primera ed.). (I. Miralbell, J. García, & A. Bohmer, Trads.) Madrid: Ediciones Rialp S.A.

Erhard, L., & Müller-Armack, A. (2011 (1983)). Formas y contenido (de la economía social de mercado). En A. Muller-Armack, L. Erhard, B. Herzog, D. H. Ernste, W. Eucken, M. Marktanner, . . . N. Kloten, *Una mirada a la teoría, a los modelos económicos y a la economía social de mercado. Reflexiones teóricas para Bolivia* (págs. 21-36). La Paz: Fundación Konrad Adenauer Stiftung.

Ernste, D. H. (2011 (2006)). Economía social de mercado desde una perspectiva ordoliberal. En A. Muller-Armack, L. Erhard, B. Herzog, D. H. Ernste, W. Eucken, M. Marktanner, . . . N. Klotten, *Una mirada a la teoría, a los modelos económicos y a la economía social de mercado* (págs. 53-70). La Paz, Bolivia: Fundación Konrad Adenauer Stiftung.

Escobar Roca, G. (2004). *Introducción a la teoría jurídica de los Derechos humanos*. Alcalá: Cicode+trama editorial.

Estrada Alonso, E., Rodríguez Magdaleno, R. I., & Fernández Chacón, I. (2011). *Apertura de grandes superficies comerciales y libertades comunitarias*. Madrid: Reus S.A.

Estrada Alvarez, J. (2005). *Intelectuales, tecnócratas y reformas neoliberales en América Latina*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Estrada Alvarez, J. (2006). Las reformas estructurales y la construcción del orden neoliberal en Colombia. En A. E. Ceceña, *Los desafíos de las emancipaciones en un contexto militarizado* (págs. 247- 284). Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales CLACSO.

Eucken, W. (1963 (1948)). El problema político de la ordenación. En W. Eucken, A. Müller-Armack, H. Von Stackelberg, W. Röpke, F. Machlup, & F. A. Lutz, *La economía de mercado* (J. Cerezo, Trad., Vol. I, págs. 25-80). Madrid: Sociedad de estudios y publicaciones.

Eucken, W. (1968 (1950)). Técnica, concentración y ordenación de la economía. En *La economía de mercado* (J. Cerezo, Trad., Vol. I, págs. 149-174). Madrid: Sociedad de estudios y publicaciones.

Eucken, W. (2011 (1952)). Las fuerzas influyentes: El Estado. En A. Muller-Armack, L. Erhard, B. Herzog, D. H. Ernste, W. Eucken, M. Marktanner, . . . N. Klotten, *Una*

mirada a la teoría, a los modelos económicos y a la economía de mercado. Reflexiones teóricas para Bolivia (págs. 77-90). La Paz, Bolivia: Fundación Konrad Adenauer Stiftung.

Falla, A., & Quintana, E. (2003). Construyendo una estrategia común: el Derecho de la competencia en la Comunidad Andina. *Themis*(47), 175-193.

Fals Borda, O. (Septiembre-Diciembre de 1991). La accidentada marcha hacia la democracia participativa en Colombia. *Análisis político*, 46-69.

Fernandois Vohringer, A. (2011). *Derecho Constitucional Económico. Garantías económicas Doctrina y Jurisprudencia* (2 ed., Vol. I). (E. U. Chile, Ed.) Santiago de Chile.

Fernández Novoa, C. (Enero-Marzo de 1965). Reflexiones preliminares sobre la empresa y sus problemas. *Revista de Derecho Mercantil*(95), 7-40.

Fernández Rojas, G. (Diciembre de 2003). La administración por agencias independientes en los Estados Unidos de América. *Universitas*(106), 177-205.

Fernández Segado, F. (2011). El trasfondo político y jurídico de la "Marbury v. Madison Decision". *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 139-224.

Fikentscher, W. (1984). Las tres funciones del control de la Economía (Derecho antimonopolio). *Revista de derecho mercantil*, I(172-173), 459-486.

Fix-Zamudio, H. (1985). El Estado Social de Derecho y la Constitución mexicana. En *La Constitución mexicana: rectoría del Estado y economía mixta* (págs. 77-120). México: UNAM-Porrúa.

Flint, P. (2002). *Tratado de defensa de la libre competencia*. Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.

Flórez Linero, D. B. (2011). La empresa colombiana: ¿una víctima del Estado? Las ayudas del Estado a las empresas y el debate sobre la libre competencia. *Revista de Derecho Privado*(45), 2-36.

Font Galán, J. I. (1987). *Constitución Económica y Derecho de la competencia*. Madrid: Tecnos.

Font Galán, J. I. (1995). Legitimación constitucional del Derecho Mercantil y desafío ético del ordenamiento del mercado competitivo. En AA.VV, *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont* (Vol. I, págs. 1311-1337). Valencia: Tirant lo Blanch.

Font Galan, J. I. (Julio-Septiembre de 2014). Apogeo de racionalidad económica y disenso constitucional. *Revista de Fomento Social*(275), 249-283.

Franco García, J. M. (Febrero de 1967). Una interpretación económica de los orígenes del Derecho Constitucional de los Estados Unidos. *Arbor*, 159-170.

Fundación Konrad Adenauer Stiftung. (2011). Principios rectores para el bienestar, la justicia social y una economía sostenible. En A. Muller-Armack, L. Erhard, B. Herzog, D. H. Ernste, W. Eucken, M. Marktanner, . . . N. Kloten, *Una mirada a la teoría, a los modelos económicos y a la economía social de mercado* (págs. 71-76). La Paz, Bolivia: Ediciones Fundación Konrad Adenauer Stiftung - Oficina Central Berlín.

Gacharná, M. C. (1982). *La competencia desleal*. Bogotá: Temis.

García Cuadrado, A.M. (2002) *El ordenamiento constitucional. Un enfoque histórico y formal de la teoría de la Constitución y de las fuentes del Derecho*. Alicante: Editorial Club Universitario.

García de Enterría, E. (1981). La Constitución como norma jurídica. En E. y. García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas.

García de Enterría, E. (1982). *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional* (2 ed.). Madrid: Civitas.

García de Enterría, E. (2003). *La Constitución española de 1978 como pacto social y como norma jurídica*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública - INAP.

García Echeverría, S. (1978). El orden económico en la Constitución. *Libre empresa: Nueva revista nacional de economía*(8), 7-58.

García Lozada, N., & Almonacid Sierra, J. j. (1999). La Constitución Económica de 1991: instrumento jurídico para la democratización de la economía colombiana. *Pensamiento Jurídico. Revista de Teoría del Derecho y Análisis Jurídico*(10), 135-170.

García Pelayo, M. (1979). Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución . En M. Ramírez, *Estudios sobre la Constitución española de 1978*. Zaragoza: Libros Pórtico.

García Pelayo, M. (1991). Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución. En M. García Pelayo, *Obras completas* (Vol. III). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

García Pelayo, M. (1991). Derecho Constitucional Comparado. En M. García Pelayo, *Obras completas* (Vol. t. 1, pág. 1031). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

García Ramírez, S. (1969). Tres textos precursores en el constitucionalismo social. *Boletín Mexicano de Derecho comparado*(2-3), 469-480.

García Villegas, M., Rodríguez, C. (2001) La acción de tutela En *El caleidoscopio de las justicias en Colombia: análisis socio-jurídico*. (pág. 423-454) Bogotá: Siglo del hombre editores-Universidad de los Andes (vol. 1)

García Villegas, M. (Primer semestre de 2004). No solo de mercado vive la democracia. El fenómeno del (in)cumplimiento del Derecho y su relación con el desarrollo, la justicia y la democracia. *Revista de Economía Institucional*, 6(10), 95-134.

García Vitoria, I. (2008). *La libertad de empresa: ¿un terrible derecho?* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Garrigues & Díaz-Cañabate, J. (1964). *La defensa de la competencia mercantil*. Madrid: Tecnos.

Garreton, M.A., Cavarozzi, M., Cleaves, P., Gereffi, G. & Hartlyn, J. (2004). *América Latina en el siglo XXI: hacia una nueva matriz sociopolítica*. Santiago de Chile: Lom Editores

Garrorena Morales, A. (2014). *Derecho Constitucional. Teoría de la Constitución y sistema de fuentes* (3a. ed.). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Garzón, A. (1991). *Gaceta Constitucional N° 11, miércoles 27 de febrero de 1991. Proyecto No. 16. Propuestas laborales para la Nueva Constitución*. Bogotá.

Gómez García, J. M. (1995). El Estado de bienestar y el reto de la solidaridad. *Análes de estudios económicos y empresariales*(10), 255-276.

Gómez Segade, J. A. (2013). Concepto e finalidades do dereito de defensa da competencia: especial referencia á promocion da competencia en tempos de crise. En M. J. Vázquez Pena, *El derecho de la libre competencia como instrumento de*

progreso económico a favor de las empresas y de los consumidores (págs. 17-30). Valencia: Tirant lo blanch.

Gómez Velasco, X. (2003). Los derechos de propiedad intelectual como restricción a la competencia económica. *Foro Revista de Derecho UASB*(1), 85-121.

González Henao, D. M. (2009). *Análisis dinámico de los pronunciamientos de la Corte Constitucional colombiana sobre: la libertad de empresa, la libre competencia y la libertad económica a través de la construcción de líneas jurisprudenciales (1992-2007)*. Tesis de maestría, Cali. Recuperado el 20 de Octubre de 2016, de [http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/1123/1/T824-MDE-](http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/1123/1/T824-MDE-González-Análisis%20dinámico%20de%20los%20pronunciamientos.pdf)

[González-](http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/1123/1/T824-MDE-González-Análisis%20dinámico%20de%20los%20pronunciamientos.pdf)

[Análisis%20dinámico%20de%20los%20pronunciamientos.pdf](http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/1123/1/T824-MDE-González-Análisis%20dinámico%20de%20los%20pronunciamientos.pdf)

González, J.I. (2011). La sostenibilidad fiscal y la regla fiscal: un duo perverso. *Foro Revista de Derecho* (74), 115-121.

Gordillo Pérez, L. I., & Canedo Arrillaga, J. R. (2013). La constitución económica de la Unión Europea. Bases de un modelo en constante evolución. *Cuadernos de derecho transnacional*, 5(1), 163 - 183.

Grau, L. (2011). *El constitucionalismo americano*. Madrid: Dykinson.

Grupo Macroeconomía Banco de la República. (Diciembre de 2006). *La economía colombiana: situación actual frente a los noventa y sus perspectivas*. Obtenido de <http://www.banrep.gov.co/docum/ftp/borra429.pdf>

Guastini, R. (2001). *Estudios de teoría constitucional*. México: Doctrina Jurídica Contemporánea.

Guastini, R. (2010). *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Madrid: Trotta. 2 ed.

Guayacán Ruíz, J. C. (2005). La acción popular, la acción de grupo y las acciones colectivas. *Revista de Derecho Privado Universidad Externado*(9), 35-56.

Guerrero Vinuesa, A. P. (2012). Sostenibilidad fiscal y principios en el Estado Social de Derecho. *Criterio jurídico*, 12(1), 79-126.

Guerrero Yoacham, C., & Guerrero Lira, C. (1998). *Breve historia de los Estados Unidos*. Santiago de Chile: Editoria Universitaria.

Gutierrez, I., & Padilla, A. J. (2005). Economía de la competencia. En (Beneyto Pérez, & (. Mailo González Orús, *Tratado de Derecho de la Competencia - Unión Europea y España* (Vol. 1, págs. 1-58). Barcelona: Bosch.

Häberle, P. (1997). Incursus. Perspectiva de una doctrina constitucional del mercado: siete tesis de trabajo. *Revista Pensamiento Constitucional*, 4(4), 13-29.

Häberle, P. (2008). Siete tesis para una teoría constitucional del mercado. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla* (21). 23-42.

Häberle, P. (2015). Palabras clave para el constitucionalismo de hoy - una perspectiva alemana. *Themis Revista de Derecho*(67), 15-22.

Hamilton, A., Madison, J., & Jay, J. (2001). *El Federalista*. México: Fondo de Cultura Económica.

Hart, H.L.A. (1995) *El concepto de Derecho*. Buenos Aires. Abeledo-Perrot.

Harvey, D. (2007). *Breve historia del Neoliberalismo*. Madrid: Ediciones Akal.

Harvey, D. (2008). El Neoliberalismo como destrucción creativa. *Apuntes del CENES*, 27(45), 10-34.

Hasse, R. H., Schneider, ., & Weigelt, K. (2004). *Diccionario Economía Social de Mercado. Política económica de la A a la Z*. Ciudad de México: Fundación Konrad Adenauer.

Hayek, F. A. (1963 (1954)). Economía de mercado y política económica. En F. A. Hayek, D. Villey, K. Popper, W. Röpke, F. Machlup, & M. Friedman, *La Economía de mercado* (Vol. I, págs. 11-32). Madrid: Sociedad de estudios y publicaciones.

Hayek, F. A. (1963 (1955)). Historia económica y pensamiento político. En F. A. Hayek, D. Villey, K. Popper, W. Röpke, F. Machlup, & M. Friedman, *La economía de mercado* (L. Beltran, Trad., Vol. I, págs. 33-62). Madrid: Sociedad de estudios y publicaciones.

Hayek, F. A. (1978 (1944)). *Camino de servidumbre*. (J. Vergara Doncel, Trad.) Madrid: Alianza Editorial.

Hayek, F. A. (1982 (1973)). Liberalismo. *Revista Ciencia Política*, 4(2), 122-151.

Heller, H. (1977). *Teoría del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica.

Heller, H. (1985). *Escritos políticos*. Madrid: Alianza Universidad.

Henderson, J. (2006). *La modernización en Colombia: los años de Laureano Gómez 1889-1965*. Medellín: Editorial Universidad de Antioquia.

Herrera Carrascal, G. (2006). La función ecológica de la propiedad y de la empresa. Análisis normativo y jurisprudencial. En B. Londoño Toro, G. A. Rodríguez, & G. (Herrera Carrascal, *Perspectivas del Derecho Ambiental en Colombia* (págs. 96-131). Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.

Herrera R. de Miñon, M. (1988). La Constitución Económica. En E. (Alvarez Conde, *Diez años de régimen constitucional*. Madrid: Tecnos.

Herrera Suárez, C. (2006) *Los contratos vinculados (tying agreements) en el derecho de la competencia*. Madrid: La ley.

Herrero de Miñón, M. (Septiembre-Diciembre de 1999). Constitución Económica: Desde la ambigüedad a la integración. *Revista Española de Derecho Constitucional*(57), 11-32.

Herzog, B. (2011 (2009)). 60 años de economía social de mercado: Pasado, presente y futuro. En A. Muller-Armack, L. Erhard, B. Herzog, D. H. Ernste, W. Eucken, M. Marktanner, N. Kloten, *Una mirada a la teoría, a los modelos económicos y a la economía social de mercado. Reflexiones teóricas para Bolivia* (págs. 37-52). La Paz: Konrad Adenauer Stiftung.

Hesse, K. (1983). *Escritos de Derecho Constitucional*. (P. C. Villalón, Trad.) Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Hesse, K. (2012). *Escritos de derecho constitucional* (Primera reimpresión ed.). Madrid: Fundación Coloquio Jurídico y Europeo y Centro de Estudios Constitucionales.

Hinojosa Martínez, L. M. (2009). A favor del análisis económico del Derecho internacional y de la renovación metodológica. En A. M. Badia Martí, A. Pigrau i Solé, & A. (Olesti Rayo, *El Derecho internacional ante los retos de nuestro tiempo. Homenaje a la Profesora Victoria Abellán Honrubia* (págs. 407-426). Madrid: Marcial Pons.

Hobbes, T. (2004 (1651)). *El Leviatán. O la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. México: Fondo de cultura económica.

Humboldt, W. v. (1988 (1792)). *Los límites de la acción del Estado*. (J. Abellan, Trad.) Madrid: Tecnos.

Humblebaek, C. (2004). La Constitución de 1978 como lugar de memoria en España. *Historia y Política: Ideas, procesos y movimientos sociales*,(12), 187-210.

Hurtado, J., & Mesa, S. (Primer trimestre de 2010). Sobre “el sujeto económico y la racionalidad en Adam Smith”: Confusiones y lugares comunes. *Revista de Economía Institucional*, 12(22), 277-286.

Ibarra Pardo, G. (1994). Legislación de promoción de la competencia y regulación antidumping en Colombia. *Revista de Derecho Privado*(14), 223-238.

Ibarra Pardo, G. (2001). La política de competencia en la Comunidad Andina de Naciones. En AA.VV, *Colección Derecho Económico. Homenaje a Enrique Low Murtra*. (Vol. III, págs. 65-92). Bogotá: Universidad Externado.

Illescas Ortíz, R. (2006). Derecho de la competencia: la libre competencia. En G. (Sánchez Jiménez, *Derecho Mercantil* (11a. (actualizada) ed., Vol. I, págs. 725-742). Barcelona: Ariel.

Jaramillo Uribe, J. (1980). Etapas y sentido de la historia de Colombia. En AA.VV, *Colombia hoy* (6a ed.). Bogotá: Siglo XXI Editores.

Jeleztcheva Jeleztcheva, M. (2010). Génesis de la Federal Trade Commission y breve análisis de los objetivos del derecho antitrust norteamericano y europeo. *Revista de Estudios Jurídicos UNESP*, 14(19), 67-88.

Jellinek, G. (2000). *Teoría general del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica.

Jenny, F. (Primer cuatrimestre de 2006). Razón de ser del Derecho de la competencia y misiones encomendadas a las autoridades. *Ekonomiaz*(61), 40-55.

Joerges, C. (Enero - Abril de 2005). ¿Qué tiene de social - demócrata la Constitución Económica europea? *Revista Española de Derecho Constitucional (Nueva época)*(73), 9 - 53.

Jolls, C., Sunstein, C. R., & Thaler, R. (1998). A behavioral approach to law and economics. *Stanford Law Review*, 50(5), 1471-1550.

Julio Estrada, A. (2002-a). Economía y ordenamiento constitucional. En AA.VV, *Teorías jurídicas y económicas del Estado* (págs. 171-198). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Julio Estrada, A. (Mayo de 2002-b). La libertad económica a la luz de la jurisprudencia constitucional. *Revista de jurisprudencia administrativa*(2), 73-80. Recuperado el 20 de Octubre de 2016, de http://www.uexternado.edu.co/derecho/pdf/derecho_administrativo/J_Administrativa_2.pdf

Kalmanovitz, S. (. (2010). *Nueva historia económica de Colombia*. Bogotá: Taurus-Universidad Jorge Tadeo Lozano.

Kalmanovitz, S. (1997). *Las instituciones, la ley y el desarrollo económico. Serie Borradores de Economía No. 69*. Bogotá: Banco de la República.

Kalmanovitz, S. (27 de Mayo de 2001). Obtenido de <http://www.banrep.gov.co/sites/default/files/publicaciones/archivos/cmodelo.pdf>

Kalmanovitz, S. (2001). *Las instituciones y el desarrollo económico en Colombia*. Bogotá: Norma.

Kalmanovitz, S. (2003). *Economía y Nación: una breve historia de Colombia* (2 ed.). Bogotá: Norma.

Kalmanovitz, S. (2003). El neoinstitucionalismo como escuela. *Revista de Economía institucional*, 5(9), 189-212.

Khemani, S. (2002). *Aplicación de las leyes sobre la competencia: excenciones y excepciones*. New York - Ginebra: Naciones Unidas. Recuperado el 7 de Noviembre de 2016, de Naciones Unidas - UNCTAD: http://unctad.org/es/Docs/ditcclpmisc25_sp.pdf

Kocka, J. (2014) *Historia del capitalismo*. Barcelona. Crítica

Kuczynski, P. P. (2003). Explicando el contexto. En P. P. Kuczynski, & J. (Williamson, *Después del Consenso de Washington. Relanzando el crecimiento y las reformas en América Latina* (págs. 45-58). Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

Lajuide, J. (1960). *Los sistemas económicos*. Buenos Aires. Ed. Universidad de Buenos Aires. Cuaderno No. 22

Lande, R. (2001). Consumer Choice as the Ultimate Goal of Antitrust. *University of Pittsburg Law Review*, 2(63), 503-525.

Lande, R. (2012). Consumer Choice as the Best Way to describe the Goals of Competition Law. *University of Baltimore School of Law Legal Studies Research Paper*, 1-13.

Largo Taborda, A. (2012). *Tensión entre autonomía y buena fe en la contratación privada contemporánea*. Medellín: Universidad de Antioquia.

Lasalle, F. (1984). *Qué es una constitución*. Barcelona: Ariel.

Le Roy Miller, R., & Meiners, R. (1994). *Microeconomía* (Tercera ed.). Barcelona: Mc Graw Hill.

Leguizamon Acosta, W. (2000). *Derecho Constitucional económico*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez.

Leñena Mendizabal, E., & Iraculis Arregui, N. (2012). La reforma del derecho español en materia de competencia desleal, protección de los consumidores y comercio minorista por la ley 29/2009. En AA.VV, *Defensa de la competencia* (págs. 13-65). Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.

Lema Devesa, C., & Fernández-Calero Fernández, P. (2013). La represión de la competencia desleal. En G. Jiménez Sánchez, & A. (Díaz Moreno, *Derecho Mercantil* (15a. ed., Vol. II, págs. 235-256). Madrid: Marcial Pons.

Lemeitre Ripoll, J. (2011). *La Paz en cuestión: la guerra y la paz en la Asamblea Constituyente de 1991*. Bogotá: Universidad de los Andes.

Lindarte Middleton, E. (Segundo semestre de 2015). ¿Hacia una verdadera economía política de las instituciones? *Revista de Economía institucional*, 17(33), 385-401.

Lizarazo Rodriguez, L., & Philippe, d. L. (2001). El monopolio de licores en Colombia: un análisis jurídico-económico. En AA.VV, *La Constitución por construir. Balance de una década de cambio institucional* (págs. 345-374). Bogotá: Universidad del Rosario.

LLuch Frechina, E (2014) Cómo avanzar hacia una Economía Social de Mercado. en *Razon y fé* (págs. 59-69) t.270 n. 1389.1390.

Locke, J. (1997 (1690)). *Ensayo sobre el gobierno civil*. Madrid: Editorial Alva.

Loewenstein, K. (1982). *Teoría de la Constitución* (2 ed. reimpr. ed.). Barcelona: Ariel.

Loma-Osorio, D., & González-Panizo Tamargo, A. (2013). Marco normativo e institucional del Derecho de la Competencia. En D. (Loma-Osorio, *Tratado de Derecho de la Competencia* (págs. 33-85). Pamplona: Aranzadi.

Londoño Toro, B., Figueredo Medina, G., & González Acosta, A. (2009). Balance de la Universidad del Rosario. ¿Progresividad o regresividad en la protección de los derechos colectivos como derechos humanos? En B. (Londoño Toro, *Justiciabilidad de los derechos colectivos. balance de la ley de acciones populares y de grupo (Ley 472 de 1998) en sus primeros 10 años 1998-2008* (págs. 21-50). Bogotá: Universidad del Rosario.

Londoño, F. (1998). Significado o no del derecho a la competencia. En M. A. Velilla, *Derecho de la competencia* (págs. 377-389). Bogotá: El Navegante editores.

López Camargo, J. (2003). Derechos del consumidor: consagración constitucional en Latinoamérica. *Revista e-mercatoria*, 2(2). Obtenido de <http://www.emercatoria.edu.co/paginas/volumen2/pdf02/derechos.pdf>

López Camargo, J. (2010). Constitución económica Mercado y derecho del consumo. (U. E. Colombia, Ed.) *Contexto*(10), 24 - 30.

López Escudero. M. (2009). Título IV Solidaridad En A. Mangas Martín (coord.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea Comentario artículo por artículo* (pág. 473-641). Madrid: Fundación BBVA

López Garrido, D. (Mayo - Agosto de 1993). Apuntes para un estudios de la Constitución Económica. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*(15), 79 - 96.

López Medina, D. E. (2006). *Interpretación constitucional* (2da ed.). Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura.

López Obregon, C. (2005). *Economía de los derechos* (1 ed.). Bogotá: Universidad del Rosario-Biblioteca Jurídica Dike.

López Raigada, P. S. (2006). La integración en la Comunidad Andina y su sistema de protección y promoción de la libre competencia: aspectos institucionales y procesales. *Revista de la competencia y la propiedad intelectual*, 2(2), 72-102.

López Rodríguez, C. (2009). *Defensa de la competencia*. Montevideo: La Ley.

López y López, A. M. (2008). La Constitución Económica entre Derecho Público y derecho privado: Crónica de una dualidad. En E. Peces-Barba, *Varios* (Vol. I, págs. 811 - 832). Madrid: Dykinson.

Lucas Verdú, P. (1978). La singularidad del proceso constituyente español. *Revista de Estudios Políticos*, 9-27.

Lutz, F. (1963 (1953)). Objeciones al orden de la competencia. En *La economía de mercado* (Vol. I, págs. 263-296). Madrid: Sociedad de estudios y publicaciones.

Machado, A. (2001). El café en Colombia a principios del siglo XX. En G. Misas Arango, *Desarrollo económico y social en Colombia. Siglo XX Cátedra Manuel Ancizar* (págs. 77-97). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Maestro Buelga, G. (Enero-Junio de 2000). Constitución Económica y derechos sociales en la Unión Europea. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*(7), 123-154.

Maestro Buelga, G. (2002). Constitución económica e integración europea. *Revista de Derecho Político*(54), 33-111.

Mankiw, G. (2012). *Principios de Economía* (6a ed.). México: Cengage Learning Editores.

Marktanner, M. (2011). The social market economy - Conception and misconceptions. En *Una mirada a la teoría, a los modelos económicos y a la economía social de mercado. Reflexiones teóricas para Bolivia* (págs. 235-257). La Paz, Bolivia: Fundación Konrad Adenauer Stiftung.

Marktanner, M., & Winterberg, J. M. (2011 (2009)). Consenso de Washington vs. Economía social de mercado. En A. Muller-Armack, L. Erhard, B. Herzog, D. H. Ernste, W. Eucken, M. Marktanner, . . . N. Kloten, *Una mirada a la teoría, a los modelos económicos y a la Economía Social de Mercado. Reflexiones teóricas para Bolivia* (págs. 101-127). La Paz, Bolivia: Fundación Konrad Adenauer Stiftung.

Martín Urbano, P., & Sánchez Gutierrez, J. I. (2014). La política de competencia, crecimiento y globalización. *Contabilidad y negocios*, 9(17), 83-99.

Martínez Caballero, A. (2007). Los ejes del cambio constitucional en la estructura del Estado colombiano. En R. M. (Edit), *El Derecho Administrativo en los albores del siglo XXI* (1 ed., pág. 736). Bogotá: Universidad del Rosario.

Martínez Rangel, R., & Soto Reyes Garmendía, E. (2012). El Consenso de Washington: la instauración de las políticas neoliberales en América latina. *Política y cultura*, 35-64.

Martín-Retortillo Baquer, S. (1991). *Derecho Administrativo Económico* (Vol. I). Madrid: La Ley.

Marulanda, I., Perry, G., Benítez, J., Cuevas, T., Garzón, A., & Guerreño, G. (6 de Abril de 1991). Régimen económico. Libertad de empresa, competencia económica, monopolios e intervención del Estado. Articulado propuesto Comisión Quinta Subcomisión Primera. Bogotá. Recuperado el 13 de Noviembre de 2016, de <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/ANC/brblaa883497.pdf>

Marulanda, I., Perry, G., Benítez, J., Cuevas, T., Garzón, A., & Guerrero, G. (20 de Mayo de 1991). Informe de Ponencia Comisión Quinta. Régimen Económico. Libertad de empresa, competencia económica, monopolios e intervención del Estado. Bogotá. Recuperado el 13 de Noviembre de 2016, de http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/ANC/brblaa883864_330.122_R34a.pdf

Marulanda, I., Perry, G., Benítez, J., Cuevas, T., Garzón, A., & Guerrero, G. (23 de Mayo de 1991). Ponencia para primer debate en Plenaria del articulado sobre "Libertad de empresa, competencia económica, monopolios e intervención del Estado". *Gaceta Constitucional No. 80*. Bogotá.

Marulanda, I., Perry, G., Benitez, J., Cuevas, T., Garzón, A., & Guerrero, G. (1991). *Régimen Económico. Libertad de empresa, competencia económica, monopolios e intervención del estado. Informe de ponencia - Comisión Quinta*. Bogotá: Secretaría General Asamblea Nacional Constituyente.

Marulanda, I., Perry, G., Benítez, J., Cuevas, T., Guerrero, G., & Garzón, A. (23 de Mayo de 1991). *Gaceta Constitucional No. 80*. Bogotá.

Marulanda, I., Perry, G., Benítez, J., Garzón, A., Cuevas, T., & Guerrero, G. (15 de Abril de 1991). *Gaceta Constitucional No. 46 Régimen Económico, Libertad de Empresa, Competencia Económica, Monopolios e Intervención del Estado*. Bogotá.

Medina González, S. (2008). La política de la competencia. En E. (. Linde Paniagua, *Políticas de Unión Europea* (5a. ed., págs. 361-434). Madrid: Colex.

Mejía Quintana, O., & Galindo Poblador, C. (2005) La tercera Corte Constitucional. Tensiones y desplazamientos. El giro de la jurisprudencia social a la neoliberal en la Constitución del 91 en J. Estrada, *Intelectuales, Tecnócratas y Reformas Neoliberales en América Latina*. (pág. 383-406) Bogotá: Universidad Nacional.

Mejía Quintana, O. (21 de Octubre de 2010). *La constitucionalización de la mentira. Dominación y exclusión en la Constitución del 91*. Obtenido de http://www.espaciocritico.com/sites/all/files/artcls/a0049_om-a02.pdf

Menéndez Menéndez, A. (1985). Constitución, sistema económico y Derecho Mercantil. *Hacienda Pública Española*(94), 47-77.

Menéndez Menéndez, A. (1988). *La competencia desleal*. Madrid: Civitas.

Mercado Pacheco. (2012). Libertades económicas y derechos fundamentales. La libertad de empresa en el ordenamiento multinivel europeo. *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*(26), 341-372.

Miccù, R. (Enero-Junio de 2010). El mercado en la doctrina de la Constitución comon ciencia de la cultura: la aportación de Peter Haberle. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*(13), 165-188.

Miralbell, I. (1994). Presentación al libro Economía social de mercado. Su valor permanente. En L. Erhard, *Economía social de mercado. Su valor permanente* (págs. 9-19). Madrid: Ediciones Rialp S.A.

Miranda Londoño, A. (1997). El régimen general de la libre competencia. Características generales. *Segundo congreso Iberoamericano de Derecho empresarial. Formas de control, colaboración, competencia empresarial y propiedad industrial*. Bogotá. Recuperado el 13 de Noviembre de 2016, de <https://centrocedec.files.wordpress.com/2011/07/1-rc3a9gimen-general-de-la-libre-competencia-aml.pdf>

Miranda Londoño, A. (1998). El derecho de la competencia en el sector de las telecomunicaciones. En AA.VV, *Colección Seminarios* (Vol. 8). Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

Miranda Londoño, A. (Sin fecha). *Origen y evolución del derecho de la competencia. La ley 155 de 1959 y su legado*. Obtenido de <https://centrocedec.org/articulos/>

Miranda Londoño, A., & Gutierrez Rodriguez, J. D. (Enero-Diciembre de 2006). Fundamentos económico del derecho de la competencia: los beneficios del monopolio vs. los beneficios de la competencia. *Revista Derecho de la Competencia*, 2(2), 269-400.

Miranda Londoño, A., & Márquez Escobar, C. P. (2004). Intervención pública, regulación administrativa y Economía: elementos para la definición de los objetivos de la regulación. *Universitas*, 72-117.

Miranda Londoño, Alfonso. (Mayo de 2011). Obtenido de <https://centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/control-jurisdiccional-uniandes-2011.docx>.

Miranda Londoño, A. (2016). Competition Law in Colombia. En J. Peña, & M. (Calliari, *Competition law in Latin America. A practical guide* (págs. 263-297). Alphen aan den Rijn : Wolters Kluwer.

Moguillansky, G., & Silva, V. (2004). *Creando condiciones para el desarrollo productivo: políticas de competencia*. Santiago de Chile: Naciones Unidas - Cepal.

Molina Betancur, C. M. (2006). Constitución y competencia. En O. A. Delgado Sánchez, *Ideas políticas, filosofía y derecho: El Maestro. Liber amicorum en homenaje a Alirio Gómez Cobo* (págs. 91-113). Bogotá: Universidad del Rosario.

Molina Betancur, C.M. (2007). El rol institucional de la Corte Constitucional. *Revista Derecho Universidad del Norte*. (28). <http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/rt/printerFriendly/2672/4277>

Molina Betancur, C. M. (Enero-Diciembre de 2010). Protección de derechos sociales y economía. *Revista de la Maestría en Derecho Económico*, 6(6), 387-424.

Molina Cano, J., & Guillamón Ayala, J. (2015). Realismo en la economía ¿es la hora de la economía humana de Wilhelm Röpke? *Revista europea de Economía política*, XII(1), 177-200.

Monroy Cely, D. A., & Pinzón Camargo, M. (2012). Análisis económico de los derechos colectivos y su mecanismo de protección jurisdiccional en Colombia: el papel de los incentivos, la acción colectiva y la provisión de bienes públicos. *Contexto*(36), 11-58.

Montenegro, S. (2007) El surgimiento de la industria textil en Colombia. En Ocampo, J.A. & Montenegro, S. (2007) *Crisis mundial, protección e industrialización*. (págs. 149-241). Bogotá: Grupo Editorial Norma.

Montero Pascual, J. J. (2013). Regulación económica y derecho de la competencia. En A. (Ruiz Ojeda, *Fundamentos e regulación y competencia (el dialogo entre derecho y economía para el análisis de las políticas públicas)* (págs. 81-111). Madrid: Iustel.

Mora Toscano, O. (II Semestre de 2010). Los dos gobiernos de Alfonso López Pumarejo: Estado y reformas económicas y sociales en Colombia (1934-1948) (1942-1945). *Apuntes del CENES*, XXIX(50), 151-171.

Moreno Collado, J. (1984). El capítulo económico de la Constitución. En J. Carpizo, & J. (Madrazo, *Memoria del III Congreso Nacional de Derecho Constitucional* (págs. 511-529). México: Universidad Autónoma de México- UNAM.

Moreno, L. F. (2000). Teorías de la constitución económica. *Contexto*(7), 57 - 61.

Moreno, L. F. (2012). *Regulación del mercado de energía eléctrica en América Latina: la convergencia entre libre competencia e intervención estatal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Müller-Armack, A. (1963 (1948)). Las ordenaciones económicas desde el punto de vista social. En W. Eucken, A. Muller-Armack, H. von Stackleberg, W. Röpke, F. Machlup, & L. Friedrich, *La economía de mercado* (J. Cerezo, Trad., Vol. I, págs. 81-147). Madrid: Sociedad de estudios y publicaciones.

Müller-Armack, A. (1963). *Economía dirigida y economía de mercado*. (E. Hernandez Esteve, Trad.) Madrid: Sociedad de Estudios y publicaciones.

Müller-Armack, A. (2011 (1956)). Economía social de mercado. En A. Muller-Armack, L. Erhard, B. Herzog, D. H. Ernste, W. Eucken, M. Marktanner, . . . N. Klotten, *Una mirada a la teoría, a los modelos económicos y la economía social de mercado* (pág. 328). La Paz: Fundación Konrad Adenauer Stiftung.

Muñoz Machado, S. (1993). *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*. Madrid: Alianza Editorial.

Muñoz Machado, S. (2013). *Sobre la pobreza y el Derecho. Discurso de investidura como Doctor "Honoris causa" por la Universitat de Valencia*. Valencia: Universidad de Valencia.

Naciones Unidas - Departamento de Asuntos Económicos y Sociales. (2003). *Directrices de las Naciones Unidas para la protección del consumidor (en su versión ampliada de 1999)*. Recuperado el 1 de Noviembre de 2016, de http://www.consumersinternational.org/media/33875/consumption_sp.pdf

Nahón, C., Rodríguez Enríquez, C., & Schorr, M. (2006). El pensamiento latinoamericano en el campo del desarrollo del subdesarrollo: trayectoria, ruptura, continuidades. En F. Beigel, A. Falero, J. G. Gandarilla Salgado, N. Kohan, L. Landa Vásquez, C. E. Martins, . . . M. Schorr, *Crítica y teoría en el pensamiento social latinoamericano* (págs. 327-388). Buenos Aires: CLACSO.

Naranjo Mesa, Vladimiro (2006). Procesos de paz en la Colombia contemporánea: aspectos jurídicos y constitucionales. En *Teoría constitucional: liber amicorum en homenaje a Vladimiro Naranjo Mesa* (pág. 27-40). Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.

Navarro Suay, M. d. (Julio-Septiembre de 2004). La promulgación de la Sherman Act: factores históricos, económicos y legislativos. *Revista de Derecho Mercantil*(253), 1085-1118.

Neumann, F. (1987). On the preconditions and the legal concept of an economic constitution. En A. & Unwin, *Social democracy and the rule of law* (págs. 44-65). Londres.

Nipperdey, H. C. (1953). La ley alemana de constitución de empresas. *Cuadernos de Política Social*(17), 7 - 42.

Noejovich, H. (Enero-Junio de 2011). Ordoliberalismo: ¿alternativa al neoliberalismo? *Economía*, XXXIV(67), 203-2011.

North, D. (1969 (1966)). *Una nueva historia económica. Crecimiento y bienestar en el pasado de los Estados Unidos*. Madrid: Tecnos.

North, D. (1992). Institutions, ideology and economic performance. *Cato Journal*, 11(3), 477-488.

North, D. (1995 (1990)). *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*. México: Fondo de Cultura Económica.

Novak Talavera, F. (2003). La Comunidad Andina y su ordenamiento jurídico. En A.-R. Brewer Carías, *Derecho Comunitario Andino* (págs. 57-100). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

Nuñez Trujillo, A. J. (2000). Antecedentes y principios fundamentales de Análisis Económico de la ley. En *Colección de Derecho Económico. Homenaje a Enrique Low Murtra* (Vol. II, págs. 61-123). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

O.I.T. (2004). *Informe Global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo 2004*. Recuperado el 18 de Octubre de 2016, de Oficina Internacional del Trabajo: http://ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_decl_fs_11_es.pdf

O.I.T. (2008). *La libertad de asociación y la libertad sindical en la práctica: lecciones extraídas*. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Conferencia internacional del trabajo 97a. reunión, Ginebra.

Ocampo, J. A. (2004). *Entre las reformas y el conflicto. Economía y Política en Colombia*. Bogotá: Norma.

Ocampo, J. A. (2005). *Más allá del Consenso de Washington: una agenda de desarrollo para América latina*. México D.F.: Publicación de las Naciones Unidas.

Ocampo, J. A., Bernal, J., Avella, M., & Errázuriz, M. (1988). La Consolidación del Capitalismo Moderno. En J. A. Ocampo, *Historia económica de Colombia*. Bogotá: Siglo Veintiuno Editores de Colombia - Fedesarrollo.

OCDE - BID. (2009). *Derecho y política de la competencia en Colombia - Examen interpartes*. París: Ocdepublishing.

OCDE. (2014). *Estudio de la OCDE sobre política regulatoria en Colombia. Más allá de la simplificación administrativa*. París: Ocdepublishing. doi:<http://dx.doi.org/10.1787/9789264201965-es>

OCDE. (2015). *Competencia y estudios de mercado en América Latina. Los casos de Chile, Colombia, Costa Rica, México, Panamá y Perú*. Santiago de Chile. Recuperado el 16 de Noviembre de 2016, de <http://www.oecd.org/daf/competition/competencia-y-estudios-de-mercado-en-america-latina%202015.pdf>

OCDE. (2015). *Estudios económico de la OCDE Colombia*. Recuperado el 16 de Noviembre de 2016, de [http://www.andi.com.co/Ambiental/Documentos%202015/INFORME%20EC%C3%93NOMICO%20COLOMBIA%20\(OCDE\).pdf](http://www.andi.com.co/Ambiental/Documentos%202015/INFORME%20EC%C3%93NOMICO%20COLOMBIA%20(OCDE).pdf)

OCDE. (2016). *Colombia: assessment of competition law and policy*. Recuperado el 16 de Noviembre de 2016, de <http://www.oecd.org/daf/competition/Colombia-assessment-competition-report-2016.pdf>

Ochoa Cardich, C. (1985). Constitución y economía de mercado. *Revista Facultad de Derecho PUCP*(39), 229-267.

Ojeda Marin, A. (1990). *El contenido económico de las constituciones modernas*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.

Olano García, H. A. (Diciembre de 2004). Tipología de nuestras sentencias constitucionales. *Universitas*(108), 571-602.

Orón Moratal, G. (2015). Sobre la constitucionalidad de la Ley Orgánica de estabilidad presupuestaria y la ausencia de valoración del art. 153 C.E. *FORO. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época*, 18(1), 395-407.

Ortiz Baquero, I., & Solano Osorio, D. (Enero-Junio de 2016). La aplicación pública de las normas de libre competencia en la Comunidad Andina y sus países integrantes. *Universitas*, 311-348.

Ortíz Blanco, L., Maíllo González.Orús, J., Ibáñez Colomo, P., & Lamadrid de Pablo, A. (2008). *Manual de Derecho de la Competencia*. Madrid: Tecnos.

Ossa Bocanegra, C. E. (2014). Fundamentos de la aplicación pública del derecho de la competencia en Colombia. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas Universidad Pontificia Bolivariana*, 44(120), 181-219.

Otero Lastres, J. M. (2006). Organismos de promoción y protección de la libre competencia. En R. (Badell Madrid, *Congreso Internacional de Derecho Administrativo en homenaje al prof. Luis H. Farias Mata* (págs. 31-62). Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.

Papa Juan Pablo II. *Centesimus annus* (1 de Mayo de 1991). *Vatican.va*. Obtenido de http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/es/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_01051991_centesimus-annus.html#%246

Pace, L. F. (2007). *Derecho europeo de la competencia. Prohibiciones antitrust, control de las concentraciones y procedimientos de aplicación*. Madrid: Marcial Pons.

Paine, T. (1984). *Derechos del hombre: Respuesta al ataque realizado por el Sr. Burke contra la Revolución Francesa*. Madrid: Alianza.

Paine, T. (1990 (1776)). *El sentido común y otros escritos*. Madrid: Tecnos.

Palacios LLeras, A., & Gutierrez Rodríguez, J. D. (Enero-Diciembre de 2015). Una nueva visión sobre los orígenes del Derecho de la Competencia colombiano. *Revista Derecho de la Competencia*, 11(11), 137-176.

Palacios Mejía, H. (1997). Los servicios públicos domiciliarios en la Constitución. En AA.VV, *Constitucion Económica* (pág. 328). Bogotá: Navegante Editores.

Palacios Mejia, H. (1999). *La Economía en el Derecho Constitucional Colombiano*. Bogotá: Derecho vigente.

Palacios Mejia, H. (Junio de 2007). Notas acerca de la facultad de regular la economía en la Constitución de 1991. *Revista de Derecho Público*, 39-55.

Palacios Rozo, M. (2011). *¿De quién es la tierra? Propiedad, politización y protesta campesina en la década de 1930* (1 ed.). Bogotá: Universidad de los Andes - Fondo de Cultura Económica.

Palley, T. I. (2005). Del keynesianismo al neoliberalismo: paradigmas cambiantes en Economía. *Revista Economía UNAM*, 2(4), 138-148.

Palma Martos, L. A. (2006). Fundamentos económicos y claves de aplicación de la política de Defensa de la Competencia. *Cuadernos de Administración*(34), 31-59.

Palomar Olmeda, A. (2015). El derecho de la competencia. En A. B. Campuzano, A. Palomar Olmeda, & C. Calderón, *El derecho de la competencia* (págs. 21-312). Valencia: Tirant lo Blanch.

Papier, J. J. (1996). Ley fundamental y orden económico. En M. B. Benda, *Manual de Derecho Constitucional* (págs. 561 - 612). Marcial Pons.

Pardo Schlesinger, C. (2006) La reforma de la Constitución política En *Teoría constitucional: liber amicorum en homenaje a Vladimiro Naranjo Mesa* (pág. 27-40). Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.

Parejo Alfonso, L. (1989). El sistema económico en el ordenamiento español. *Revista de Derecho Público*(37).

Parejo Alfonso, L. (2011). La ordenación de la economía. En L. (Parejo Alfonso, *Lecciones de Derecho Administrativo. Orden económico y sectores de referencia* (2a ed., págs. 17-61). Valencia: Tirant lo Blanch.

Parra, J. F. (2005). Liberalismo: nuevo institucionalismo y cambio político. *Política y cultura*(24), 31-61.

Pascual y Vicente, J. (2014). Mercado, competencia y Unión Europea. En M. Pedraz Calvo, & D. (Ordoñez Solís, *El Derecho Europeo de la Competencia y su aplicación en España. Liber amicorum en homenaje a Santiago Martínez Lage* (págs. 29-56). Madrid: La Ley.

Paul, J. R. (2006). *¿Es realmente libre el libre comercio?* Bogotá: Siglo del hombre Editores; Universidad de los Andes- Facultad de Derecho; Pontificia Universidad Javeriana-Instituto Pensar.

Pécaut, D. (2001). *Orden y violencia. Evolución socio-política de Colombia entre 1930 y 1953*. Bogotá: Grupo Editorial Norma.

Pérez Escobar, J. (2004). *Derecho Constitucional colombiano* (7a ed.). Bogotá: Temis.

Pérez González-Rubio, J. (1991). Ponencia para Segundo Debate. "Régimen económico, libre empresa e intervención del Estado". *Gaceta Constitucional*. Bogotá.

Pérez Pérez, G. (Segundo semestre de 2006). Ciudadanía social, neoliberalismo y crisis del Estado de Bienestar. *Revista Veredas*(12), 95-112.

Perloff, J. (2004). *Microeconomía*. Madrid: Pearson Addison Wesley.

Perry, G. (21 de Junio de 2011). *Foco Económico*. Recuperado el 21 de Junio de 2016, de <http://focoeconomico.org/2011/06/21/la-constitucion-de-1991-y-el-desarrollo-economico-y-social/>

Persky, J. (1995). Retrospectives the ethology of homus economicus. *The journal of economic perspectives*, 9(2), 221-231.

Petitbò Juan, A. (2013). La defensa de la competencia: Derecho y Economía. En R. O. (direct), *Fundamentos de regulación y competencia (el dialogo entre Derecho y Economía para el análisis de las políticas públicas)* (1a ed., págs. 25-79). Madrid: Iustel.

Pfaller, A. (1997). *Friedrich Ebert Stiftung Library*. Obtenido de <http://library.fes.de/fulltext/stabsabteilung/00074.htm#10>:

Pfaller, A. (29 de Octubre de 2015 (1997)). *Fundación Friedrich Ebert, Bonn*. Obtenido de <http://library.fes.de/pdf-files/stabsabteilung/00074-20100705.pdf>

Pindyck, R., & Rubinfeld, d. (2001). *Microeconomía*. Madrid: Pearson Educación.

Pinzón Camargo, M. (2010). *Aproximaciones al Análisis Económico del Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Pinzón Camargo, M. (Julio-Diciembre de 2013). Los derechos colectivos y las acciones populares: elementos para una comprensión de un mercado. *Contexto*(40), 59-86.

Polanyi, K. (1944). *La gran transformación. Los orígenes políticos y económicos de nuestro tiempo*. México: Fondo de Cultura Económica.

Polanyi, K. (2013). Nuestra obsoleta mentalidad de mercado en Ruiz Sanjuán (ed) *La esencia del fascismo seguido de Nuestra obsoleta mentalidad de mercado* (pág. 83-104) Madrid: Escolar y Mayo editores.

Polo Rosero, M. E. (2004). Sobre la Comisión de Regulación de Comunicaciones. *Revista de la Maestría en Derecho Económico*, 57-112.

Porfirio Carpio, L. J. (2002). *La discriminación de consumidores como acto de competencia desleal*. Madrid: Marcial Pons.

Posner, R. (2000). *El análisis económico del derecho*. México D.F.: Fondo de cultura económica.

Posner, R. (2002). El movimiento del Análisis Económico del Derecho: desde Bentham hasta Becker. *Themis*, 37-54.

Quinche Ramírez, M. F. (2009). *Derecho Constitucional colombiano. De la Carta de 1991 y sus reformas*. Bogotá: Universidad del Rosario.

Quiroga Natale, E. A., & Ruíz Hernández, A. F. (2012). Prohibición de la reciprocidad de capitales y derecho a la libertad de empresa. Una mirada desde el derecho comparado español y colombiano. *Revista Estrategia organizacional*, 113-124.

Radke, D. (1995). *Economía Social de Mercado ¿una opción para los países en transición y en desarrollo?* Buenos Aires: Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano.

Ramírez Plazas, J. (2012). Sostenibilidad Fiscal en Colombia. *Revista Piélagus Universidad Surcolombiana*, 11(11), 149-165.

Ravassa Moreno, G. J. (2004). *Derecho mercantil internacional. Normas y principios*. Bogotá: Doctrina y Ley.

Recio, E. M. (13 de Mayo de 2013). *CEES: Centro de Estudios Económicos y Sociales*. Obtenido de <http://www.ceesocials.org/wp-content/uploads/2013/05/Eugenio-Recio-ordoliberalismoyesm05-2013.pdf>

República-DNP, P. d. (1990). *Portal Web DNP*. Recuperado el 8 de Junio de 2016, de <http://cdim.esap.edu.co/BancoMedios/Documentos%20PDF/lasestrategiasdelplanp arteuno.pdf>

Resico, M. (2009). Economía social de mercado: Una opción económica para Latinoamérica. En M. Marktanner, J. M. Winterberg, J. Rodríguez Grossi, & M. Resico, *Serie Economía Social de Mercado* (Vol. 3, págs. 47-64). Guatemala, Guatemala: Instituto de Investigaciones económicas y sociales (IDIES) y Fundación Konrad Adenauer Stiftung.

Resico, M. (2010). *Introducción a la economía social de mercado* (Primera ed.). Buenos Aires: Fundación Konrad Adenauer Stiftung.

Resico, M., Velásquez, I., Varas, P., Román, L. I., Ávila, R., Spiritto, F., & Yáñez, E. (2015). *Economía Social de Mercado en América Latina: realidad y desafíos*. Santiago de Chile: Fundación Konrad Adenauer - Programa Regional Políticas Sociales en América Latina (SOPLA) .

Restrepo Botero, D. (2003). De la falacia neoliberal a la nueva política. En D. (. Restrepo Botero, *La falacia neoliberal. Críticas y alternativas* (págs. 17-40). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Restrepo Salazar, J. C. (2007). El principio de progresividad en la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional. En C. M. Molina Betancur, *Corte Constitucional y Estado Social de Derecho* (págs. 139-152). Medellín: Universidad de Medellín.

Rey Pérez, J. L. (2011). La reforma del artículo 135: una alteración del Título Preliminar (Estado Social) por la puerta de atrás. *Revista jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*(24), 231-245.

Rivero Ortega, R. (2009). *Derecho Administrativo Económico*. Madrid: Marcial Pons.

Rivero Ortega, R. (febrero de 2010). *La libertad de comercio*. Obtenido de https://previa.uclm.es/centro/ceuropeos/aepda/pdf/congresos/VCongreso_Ponencia_2.pdf

Rodríguez Bereijo, A. (2014). Gasto público, estado social y estabilidad presupuestaria - El gasto público en perspectiva constitucional: de la Constitución de 1978 a la reforma constitucional de 2011. *XVIII Jornadas de Presupuestación, contabilidad y control público. Contabilidad, Transparencia y Responsabilidades Públicas* (págs. 121-140). Madrid: Ministerio de hacienda y Administraciones Públicas - IGAE. Recuperado el 29 de Octubre de 2016, de <http://www.pap.minhap.gob.es/sitios/140aniversario/Documents/CONFERENCIAAIvaroRodriguezBereijo.pdf>

Rodríguez Díaz, S. (2012). Consumismo y sociedad: una visión crítica del *homo consumens*. *Nomadas: Revista crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*(34). Recuperado el 7 de Noviembre de 2016, de <http://www.redalyc.org/pdf/181/18126057019.pdf>

Röpke, W. (1989 (1966)). *La teoría de la Economía*. Madrid: Unión Editorial.

Rubio Escobar, J. (2007). *Derecho de los mercados*. Bogotá: Legis.

Rubio Llorente, F. (Enero - Abril de 1988). La jurisdicción constitucional como forma de creación del Derecho. *Revista Española de Derecho Constitucional*(22), 9 - 51.

Rubio Llorente, F. (1993). La reforma del mercado de trabajo. En E. (Borrajo Dacruz, *La reforma del mercado de trabajo* (págs. 25-40). Madrid: Actualidad.

Ruiz-Rico Ruiz, G. J. (1995). La libertad de empresa en la Constitución Económica Española: especial referencia al principio de libre competencia. *Revista de Derecho Mercantil*(215), 223-258.

Rürup, R. (1992). Génesis y fundamentos de la Constitución de Weimar. *Ayer (Asociación de historia contemporánea)*(5), 125 - 158.

Russell, B. (1967 (1951)). *El impacto de la ciencia en la sociedad*. Madrid: Aguilar Ediciones.

Sabogal Bernal, L. F. (2005). Nociones generales de la libertad de empresa en Colombia. *Revista e-mercatoria*, 4(1), 18. Recuperado el 24 de Octubre de 2016, de <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/2104/1881>

Sáchica, L. C. (1991). Título XII Del Régimen económico y de la Hacienda pública. En L. C. Sáchica, & J. Vidal Perdomo, *Aproximación crítica a la Constitución de 1991* (págs. 147-160). Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá.

Sáchica, L. C. (2012). La Contrarrevolución restauradora de 1886. En J. Vidal Perdomo, & A. (. Trujillo Muñoz, *Historia Constitucional de Colombia* (2a ed., Vol. I, págs. 323-385). Bogotá: Ediciones Académia Colombiana de Jurisprudencia Colección Investigaciones.

Sala Sánchez, P. (2014). La garantía constitucional de los derechos económicos y sociales y su efectividad en situaciones de crisis económica. *Revista española de control externo*, 16(46), 11-121.

Samper, J. M. (1951). *Historia del Derecho constitucional colombiano, desde 1810 hasta 1886*. Bogotá: Biblioteca Popular de Cultura Colombiana.

Samuelson, P., & Nordhaus, W. (2002). *Economía*. Madrid: McGraw-Hill/Interamericana de España S.A.U.

Sánchez Agesta, L. (1977). El orden económico y social en el constitucionalismo español. En L. (Sanchez Agesta, *Constitución y economía (la ordenación del sistema económico en las constituciones occidentales)* (pág. 519). Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

Sánchez Feriz, R. (2000). *El Estado constitucional y su sistema de fuentes*. Valencia: Tirant lo blanch.

Sánchez Ferriz, R. (1993). *Introducción al Estado Constitucional*. Barcelona: Ariel.

Sánchez Luque, G., Pacheco de León, H., & Alvarado Rincón, Y. (2002). Del carácter singular del derecho de la competencia en los servicios públicos domiciliarios. *Contexto*(13), 22-37.

Sánchez Torres, C. A. (2001). El modelo económico y el debilitamiento del poder presidencial en Colombia. Constitución Política de 1991. En AA.VV, *La Constitución por construir. Balance de una década de cambio institucional* (págs. 285-297). Bogotá: Universidad del Rosario.

Sánchez Torres, C. A. (2007). *Constitución Económica* (1a ed.). Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura.

Sánchez Torres, C. A., & Ibáñez Parra, O. (2007 A). El TLC, el derecho colectivo de la competencia y las acciones populares. En E. Rincón Cárdenas, E. Santamaría Ariza, & J. (Calderón Villegas, *El tratado de libre comercio, la integración comercial y el derecho de los mercados* (págs. 339-392). Bogotá: Universidad del Rosario.

Santaella Quintero, H. (Diciembre de 2001). El modelo económico en la constitución de 1991. *Derecho del Estado*(11), 85-93.

Schmitt, C. (1998). *La defensa de la Constitución* (Segunda ed.). Madrid, España: Tecnos.

Schmitt, C., Kelsen, H., (2009) La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus Quién debe ser el defensor de la Constitución?. Madrid: Tecnos

Schneider, H. P. (1991 (1974)). La Constitución. Función y estructura. En H. P. Schneider, *Democracia y Constitución* (págs. 35 - 52). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Schneider, H. P. (1991 (1983)). Aplicación directa y eficacia indirecta de las normas constitucionales. En H. P. Schneider, *Democracia y Constitución* (págs. 71 - 115). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Seijas Villadangos, M. E. (2015). La historia del constitucionalismo español y la Constitución de 1978. En J. M. Castellà Andreu, *Derecho constitucional básico* (2a ed., págs. 51-72). Barcelona: Huygens Editorial.

Sen, Amartya; (2000). El desarrollo como libertad. *Gaceta Ecológica* (55), 14-20.

Copiar

Sendín García, M. A. (2003). *Regulación y servicios públicos* (Primera ed.). Granada: Comares.

Serpa, H., Verano, E., & Perry, G. (7 de Marzo de 1991). Proyecto No. 59 sobre el “Régimen económico y servicios públicos”. Bogotá. Recuperado el 13 de Noviembre de 2016, de http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/ANC/brblaa883870_330.986_P37r.pdf

Serrano Pérez, M. (2013). La Constitución Económica Europea y la gobernanza económica. La Sentencia Pringle: desde la coordinación de la política económica al mecanismo de estabilidad presupuestaria. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 43(118), 61 - 116. Recuperado de <https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/1941/1783>

Smith, A. (1776). *La riqueza de las naciones*. Madrid,

Smith, A. (2012 (1776)). *La mano invisible*. Madrid, España: Taurus.

Sols Lucia, J., Florensa Giménez, A., & Camprodón, M. (Enero-Marzo de 2009). Medio siglo de Economía Social de Mercado. *Revista de Fomento Social*(253), 79-102.

Soto Pineda, J. A. (Enero-Junio de 2014). La defensa de la competencia y el alcance de las ayudas públicas en el marco de los tratados de libre comercio. *Universitas*(128), 315-355.

Soto-Pineda, J. A. (Diciembre de 2014). La protección al consumidor como finalidad primordial de la defensa de la competencia: la experiencia de Estados Unidos, la Unión Europea y Colombia. *Dikaion*, 23(2), 351-421.

Spencer, M. (1993). *Economía contemporánea* (Tercera ed.). Barcelona: Reverte.

Stiglitz, J. (1999). Participación y desarrollo: perspectivas desde el paradigma integral de desarrollo. *Conferencia sobre Democracia, economía de mercado y desarrollo*. Seúl. Recuperado el 19 de Octubre de 2016, de http://datateca.unad.edu.co/contenidos/102023/Unidad_3._Negociacion_Internacional/Impacto_socio_economico.pdf

Stiglitz, J. (2000). *La Economía del Sector Público*. Barcelona: Antoni Bosch.

Stöber, R. (1992). *Derecho administrativo económico* (1 ed.). (S. Gonzalez - Varas Ibáñez, Trad.) Madrid: Ministerio para las administraciones públicas.

Stuart Mill, J. (1951). *Principios de economía política*. México: Fondo de Cultura Económica

Suárez Montoya, A. (2002). *Modelo del FMI. Economía colombiana 1990-2000*. Bogotá: Ediciones Aurora.

Suárez, F. (1977). Los derechos sociales en las constituciones. En L. Sanchez Agesta, *Constitución y Economía (La ordenación del sistema económico en las constituciones occidentales)* (págs. 203-213). Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

Subcomisión Tercera Comisión Quinta Asamblea Nacional Constituyente. (10 de Abril de 1991). Exposición de Motivos "Finalidad social del Estado". Bogotá.

Suescún, R. (Mayo de 2011). La sostenibilidad fiscal como pilar de la estabilidad macroeconómica. (F. -K. Stiftung, Ed.) *Debates de coyuntura económica y social*(86), 9-14.

Susín Beltrán, R. (2000). *La regulación de la pobreza: el tratamiento jurídico-político de la pobreza: los ingresos mínimos de inserción*. Logroño: Universidad de la Rioja, Servicio de publicaciones.

Talavera, P., & Armijo, M. (Segundo semestre de 2007). Instituciones y desarrollo: reformas de segunda generación en América Latina. *Apuntes del CENES*, 89-112.

Tena Piazuelo, V. (2000). Unidad económica, autonomía política, diversidad administrativa. Perspectiva histórica y constitucional. En F. (Sosa Wagner, *El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI* (pág. 2766). Valencia: Tirant lo blanch.

Tezuka, M. (2002). The economic reconstruction plan of Alfred Müller-Armack: what is the Social Market Economy? En S. (Yuichi, *The German Historical School* (págs. 202 - 214). Routledge, Taylor and Francis Group.

Therborn, G. (1989). Los retos del Estado de Bienestar. La contrarrevolución que fracasa, las causas de su enfermedad y la economía política de las presiones del cambio. En R. M. (Comp), *Crisis y futuro del estado del bienestar* (págs. 81-100). Madrid: Alianza Editorial.

Tomás y Valiente, F. (1994). La resistencia constitucional y los valores. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*(15-16), 635-650.

Torres Avila, J. (2012). *El mandato del Estado social de derecho en la Constitución colombiana: los derechos sociales y el mínimo vital* (1 ed.). Bogotá: Universidad Santo Tomás.

Torres del Moral, A. (2004). *Principios del Derecho Constitucional Español* (Vol. t. 1). Madrid: Universidad Complutense de Madrid.

Tribunal de Defensa de la Competencia. (1995). Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios. En Tribunal de Defensa de la Competencia Europea, *La defensa de la competencia en España y Europa. Informes del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Comisión Europea* (págs. 86-312). Barcelona: La Caixa.

Trujillo Alfaro, J.L. (2007) *Presupuesto: una aproximación desde la planeación y el gasto público*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario

UNCTAD - Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia. (9-12 de Julio de 2012). *Ley tipo de Defensa de la Competencia Capítulo VIII revisado*. Recuperado el 31 de Octubre de 2016, de http://unctad.org/meetings/es/SessionalDocuments/ciclpL5_sp.pdf

UNCTAD. (2004). Manual para la formación y aplicación de las leyes de competencia. (pág. 174). ONU.

UNCTAD. (2007). UNCTAD Guidebook on competition systems (UNCTAD/DITC/CLP/2007 /2). *Posibles elementos sustantivos de una ley de defensa de la competencia, comentarios y enfoques alternativos en las legislaciones vigentes*. Ginebra. Recuperado el 30 de Octubre de 2016, de http://unctad.org/es/Docs/tdrbpconf5d7rev3_sp.pdf

UNCTAD. (6-10 de Julio de 2015). *Examen de la aplicación y ejecución del Conjunto de Principios y Normas Ley Tipo de defensa de la Competencia*. Recuperado el 30

de Octubre de 2016, de Séptima Conferencia de las Naciones Unidas Encargada de Examinar todos los Aspectos del Conjunto de Principios y Normas Equitativos Convenidos Multilateralmente para el Control de las Prácticas Comerciales Restrictivas :

http://unctad.org/meetings/es/SessionalDocuments/tdrbpconf8I1_es.pdf

UNCTAD. (2015). Examen de la aplicación y ejecución del Conjunto de Principios y Normas. Ley tipo de Defensa de la Competencia 2015 Capítulo I revisado. *Séptima Conferencia de las Naciones Unidas Encargada de Examinar todos los Aspectos del Conjunto de Principios y Normas Equitativos Convenidos Multilateralmente para el Control de las Prácticas Comerciales Restrictivas* (pág. 13). Ginebra: Naciones Unidas. Recuperado el 2016 de 31 de Octubre, de http://unctad.org/meetings/es/SessionalDocuments/tdrbpconf8I1_es.pdf

UNCTAD. (6-10 de Julio de 2015). *Ley Tipo de Defensa de la Competencia (2015) – Capítulo XIII revisado Séptima Conferencia de las Naciones Unidas Encargada de Examinar Todos los Aspectos del Conjunto de Principios y Normas Equitativos Convenidos Multilateralmente para el Control de I.* Obtenido de http://unctad.org/meetings/es/SessionalDocuments/tdrbpconf8L5_es.pdf

UNCTAD -Comisión de Comercio y Desarrollo. (Julio de 2014). *Los beneficios de la política de la competencia para los consumidores.* Ginebra: Naciones Unidas. Recuperado el 1 de Noviembre de 2016, de http://unctad.org/meetings/es/SessionalDocuments/ciclpd27_es.pdf

UNCTAD, Comisión de Comercio y Desarrollo Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia. (2014). Los beneficios de la política de la competencia para los consumidores. *Consultas y conversaciones relativas a los exámenes entre homólogos del derecho y la política de la competencia, examen de la Ley tipo de defensa de la competencia y estudios*

relacionados con las disposiciones del Conjunto de Principios y Normas (pág. 22). Ginebra: Publicaciones de Naciones Unidas.

Uprimny Yepes, R. (2008). *Bloque de constitucionalidad, Derechos humanos y proceso penal*. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

Uprimny Yepes, R. (2001). Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía. *Precedente*, 36-68.

Uprimny Yepes, R. (2002). Constitución de 1991, Estado Social y Derechos Humanos: promesas incumplidas, diagnósticos y perspectivas. En AA.VV, *El debate a la Constitución* (págs. 55-72). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia-ILSA.

Uprimny Yepes, R., & Rodriguez, C. A. (2005). Constitución y modelo económico en Colombia: Hacia una discusión productiva entre economía y derecho. *Debates de coyuntura económica*, 24-40.

Uribe Piedrahita, C. A., & Castillo Cadena, F. (Julio-Diciembre de 2005). El otorgamiento de garantías en el derecho de la libre competencia (un análisis jurídico y económico). *Universitas*(110), 225-284.

Urrutia, M. (1979). La Creación de las Condiciones Iniciales para el Desarrollo: El Café. En M. Urrutia, *50 años de desarrollo colombiano*. Bogotá: La carreta.

Urrutia, M., & Namen, O. (2012) Historia del crédito hipotecario en Colombia. *Ensayos sobre Política económica*. 280-306.

Valencia Villa, H. (1997). *Cartas de Batalla*. Bogotá: CEREC.

Valencia Villa, H. (2010 (1987)). *Cartas de batalla. Una crítica del constitucionalismo colombiano*. Bogotá: Panamericana.

Varela Suanzes-Carpegna, J. (Septiembre - Diciembre de 2003). La Constitución de 1978 en la historia constitucional española. *Revista Española de Derecho Constitucional*(69), 31-67.

Vargas Hernández, C. I. (Enero - Junio de 2011). La función creadora del Tribunal Constitucional. *Revista Derecho penal y Criminología*, XXXII(92), 13 - 33.

Velasco San Pedro, L. A. (2005). El Derecho europeo de la competencia. En L. A. Velasco San Pedro, *Derecho europeo de la competencia. Antitrust e intervenciones públicas* (págs. 39-50). Valladolid: Lex Nova.

Velasquez Castellanos, I. (2011). Economía social de mercado. En A. Muller-Armack, L. Erhard, B. Herzog, D. H. Ernste, W. Eucken, M. Marktanner, . . . N. Klotten, *Una mirada a la teoría, a los modelos económicos y a la economía social de mercado. Reflexiones teóricas para Bolivia* (págs. 283-298). La Paz: Fundación Konrad Adenauer Stiftung.

Velasquez Castellanos, I. (2011). Economía social de mercado (ESM) ¿Una opción económica para Bolivia? En A. Muller-Armack, L. Erhard, B. Herzog, D. H. Ernste, W. Eucken, M. Marktanner, . . . N. Klotten, *Una mirada a la teoría, a los modelos económicos y a la economía social de mercado* (págs. 284-298). La Paz: Fundación Konrad Adenauer Stiftung.

Vélez, L. (1992). Los objetivos de las normas antimonopolísticas: planteamientos para un debate. *Revista de Derecho Privado*(10), 123-167.

Velilla, M. A. (1996). Reflexiones sobre la Constitución Económica colombiana. En AA.VV, *Constitución económica colombiana*. Bogotá: El navegante.

Velilla, M. A. (1998). Una aproximación al abuso de la posición dominante. En AA.VV, *Derecho de la competencia*. Bogotá: Navegante.

Velilla, M. A. (2013). *Introducción al Derecho Económico y de los negocios*. Bogotá: Planeta colombiana.

Verdú, P. L. (Enero-Febrero de 1978). Singularidad del proceso constituyente español. *Revista de Estudios Políticos*(1), 9-27.

Verdú, P. L. (Enero - Marzo de 1994). Reflexiones en torno y dentro del concepto de Constitución. La Constitución como norma y como integración política. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Epoca)*(83), 9-28.

Vergottini, G. d. (2012). La constitución económica italiana: pasado y actualidad. *Teoría y realidad constitucional*(29), 339-354.

Viciano Pastor, J. (1995). *Libre competencia e intervención pública en la economía*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Vidal Perdomo, J. (2003). La constitucionalización del Derecho. En C. M. Molina Betancur, *Corte Constitucional 10 años Balances y perspectivas* (págs. 35 - 47). Bogotá: Universidad del Rosario.

Villalba, J. C. (Julio-Diciembre de 2009). La noción de consumidor en el derecho comparado y en el derecho colombiano. *Universitas*(119), 305.

Villaveces Niño, J., & Sánchez, F. (Febrero de 2015). *Tendencias históricas y regionales de la adjudicación de baldíos en Colombia*. Recuperado el 26 de Mayo de 2016, de <http://www.urosario.edu.co/economia/documentos/pdf/dt179/>.

Villey, D. (1963 (1955)). La economía de mercado ante el pensamiento católico. En *La economía de mercado* (J. Carvajal, Trad., Vol. II, págs. 63-133). Madrid: Sociedad de estudios y publicaciones.

Von Stackelberg, H. F. (1963 (1949)). Posibilidades y límites de la dirección económica. En *La economía de mercado* (J. Cerezo, Trad., Vol. I, págs. 127-147). Madrid: Sociedad de estudios y publicaciones.

Williamson, J. (2003). No hay consenso. Reseña sobre el Consenso de Washington y sugerencia sobre los pasos a dar. *Finanzas y desarrollo*, 10-13.

Wunsche, H. F. (1994). Aclaraciones sobre la Economía Social de Mercado con el trasfondo de los actuales procesos de transformación económica en el Este europeo. En L. Erhard, *Economía Social de Mercado. Su valor permanente* (págs. 21 - 33). Madrid: Ediciones Rialp S.A.

Yañez, E. (2014). Introducción. En M. Resico, I. Velásquez, P. Varas, L. I. Román, R. Ávila, F. Spiritto, & E. Yáñez, *Economía Social de Mercado en América Latina: Realidad y desafíos* (págs. 7-10). Santiago de Chile: Fundación Konrad Adenauer-Programa Regional Políticas Sociales en América Latina (SOPLA) .

Zamagni, V. (2011). *Historia económica de la Europa contemporánea*. Barcelona: Crítica.

Zebral Filho, Silverio (2015) En búsqueda del ordo-liberalismo "tropical": Economía Social de Mercado y políticas públicas en América Latina En *Economía Social de Mercado Una respuesta humanista que supera disyuntiva Estado y mercado* (pág. 241-266). Santiago de Chile: JC Sáez editor.

Zuloaga, M. A. (1998). La perspectiva colombiana de la protección de la competencia. En AA.VV, *Derecho de la competencia*. Bogotá: Navegante.

SENTENCIAS

A 057/04 (Corte Constitucional).

C- 710 de 2001 (Corte Constitucional).

C-015 de 2014 (Corte Constitucional).
C-018 de 2015 (Corte Constitucional).
C-032 de 2017 (Corte Constitucional).
C-035 de 2016 (Corte Constitucional).
C-037 de 1996 (Corte Constitucional).
C-038 de 2004 (Corte Constitucional).
C-040 de 1993 (Corte Constitucional).
C-068 de 2009 (Corte Constitucional).
C-080 de 1996 (Corte Constitucional).
C-093 de 1996 (Corte Constitucional).
C-100 de 2005 (Corte Constitucional).
C-107 de 2013 (Corte Constitucional).
C-1008 de 2008 (Corte Constitucional).
C-1041 de 2007 (Corte Constitucional).
C-1052 de 2012 (Corte Constitucional).
C-1064 de 2001 (Corte Constitucional).
C-1078 de 2002 (Corte Constitucional).
C-1125 de 2008 (Corte Constitucional).
C-1128 de 2008 (Corte Constitucional).

C-1141 de 2000 (Corte Constitucional)

C-1143 de 2001 (Corte Constitucional).

C-116 de 2008 (Corte Constitucional).

C-1107 de 2001 (Corte Constitucional).

C-1162 de 2000 (Corte Constitucional).

C-1165 de 2000 (Corte Constitucional).

C-1262 de 2000 (Corte Constitucional).

C-122 de 2011 (Corte Constitucional).

C-123 de 2014 (Corte Constitucional).

C-1344 de 2000 (Corte Constitucional).

C-148 de 2015 (Corte Constitucional).

C-150 de 2003 (Corte Constitucional).

C-171 de 2012 (Corte Constitucional).

C-172 de 2014 (Corte Constitucional).

C-176 de 1996 (Corte Constitucional).

C-178 de 2014 (Corte Constitucional).

C-179 de 2016 (Corte Constitucional).

C-180 de 2016 (Corte Constitucional).

C-183 de 1998 (Corte Constitucional).

C-183 de 2015 (Corte Constitucional).
C-186 de 2011 (Corte Constitucional).
C-191 de 2016 (Corte Constitucional).
C-197 de 2012 (Corte Constitucional).
C-205 de 1995 (Corte Constitucional).
C-215 de 1999 (Corte Constitucional).
C-219 de 2015 (Corte Constitucional).
C-228 de 1993 (Corte Constitucional).
C-228 de 2010 (Corte Constitucional).
C-251 de 1997 (Corte Constitucional).
C-254 de 1996 (Corte Constitucional).
C-260 de 2008 (Corte Constitucional).
C-263 de 1996 (Corte Constitucional).
C-263 de 2011 (Corte Constitucional).
C-263 de 2013 (Corte Constitucional).
C-265 de 1994 (Corte Constitucional).
C-277 de 2006 (Corte Constitucional).
C-278 de 2014 (Corte Constitucional).
C-284 de 1997 (Corte Constitucional).

C-284 de 2015 (Corte Constitucional)

C-288 de 2012 (Corte Constitucional).

C-300 de 2012 (Corte Constitucional).

C-313 de 2014 (Corte Constitucional).

C-316 de 2003 (Corte Constitucional).

C-321 de 2009 (Corte Constitucional).

C-332 de 2000 (Corte Constitucional).

C-350 de 1997 (Corte Constitucional).

C-352 de 1998 (Corte Constitucional).

C-350 de 2009 (Corte Constitucional).

C-352 de 2009 (Corte Constitucional).

C-354 de 2009 (Corte Constitucional).

C-359 de 2016 (Corte Constitucional).

C-365 de 2012 (Corte Constitucional).

C-372 de 2011 (Corte Constitucional).

C-377 de 2008 (Corte Constitucional).

C-388 de 2016 (Corte Constitucional).

C-389 de 2002 (Corte Constitucional).

C-389 de 2016 (Corte Constitucional).

C-392 de 2007 (Corte Constitucional).
C-398 de 1995 (Corte Constitucional).
C-401 de 2005 (Corte Constitucional).
C-403 de 2010 (Corte Constitucional).
C-419 de 1995 (Corte Constitucional).
C-426 de 1992 (Corte Constitucional).
C-428 de 2009 (Corte Constitucional).
C-432 de 2010 (Corte Constitucional).
C-466 de 2008 (Corte Constitucional).
C-472 de 1992 (Corte Constitucional).
C-478 de 1998 (Corte Constitucional).
C-486 de 2009 (Corte Constitucional).
C-490 de 1993 (Corte Constitucional).
C-507 de 2008 (Corte Constitucional).
C-517 de 1992 (Corte Constitucional).
C-524 de 1995 (Corte Constitucional).
C-535 de 1997 (Corte Constitucional).
C-536 de 2012 (Corte Constitucional).
C-537 de 1997 (Corte Constitucional).

C-537 de 2010 (Corte Constiucional).
C-555 de 2013 (Corte Constitucional).
C-556 de 2009 (Corte Constitucional).
C-560 de 1994 (Corte Constitucional).
C-566 de 1995 (Corte Constitucional).
C-567 de 2000 (Corte Constitucional).
C-584 de 2014 (Corte Constitucional).
C-595 de 1999 (Corte Constitucional).
C-615 de 2002 (Corte Constitucional).
C-616 de 2001 (Corte Constitucional).
C-618 de 2012 (Corte Constitucional).
C-620 de 2016 (Corte Constitucional).
C-621 de 2008 (Corte Constitucional).
C-623 de 2004 (Corte Constitucional).
C-624 de 1998 (Corte Constitucional).
C-644 de 2012 (Corte Constitucional).
C-649 de 2001 (Corte Constitucional).
C-651 de 2003 (Corte Constitucional).
C-671 de 2002 (Corte Constitucional).

C-673 de 2001 (Corte Constitucional).
C-674 de 2008 (Corte Constitucional).
C-675 de 2008 (Corte Constitucional).
C-697 de 2008 (Corte Constitucional).
C-711 de 1996 (Corte Constitucional).
C-713 de 1998 (Corte Constitucional).
C-727 de 2009 (Corte Constitucional).
C-739 de 2001 (Corte Constitucional).
C-741 de 2003 (Corte Constitucional).
C-776 de 2003 (Corte Constitucional).
C-797 de 2000 (Corte Constitucional).
C-815 de 2001 (Corte Constitucional).
C-818 de 2005 (Corte Constitucional).
C-819 de 2006 (Corte Constitucional).
C-820 de 2006 (Corte Constitucional).
C-830 de 2010 (Corte Constitucional).
C-851 de 2013 (Corte Constitucional).
C-860 de 2006 (Corte Constitucional).
C-864 de 2004 (Corte Constitucional).

C-865 de 2004 (Corte Constitucional).
C-869 de 2010 (Corte Constitucional).
C-870 de 2003 (Corte Constitucional).
C-870 de 2014 (Corte Constitucional).
C-909 de 2012 (Corte Constitucional).
C-915 de 2002 (Corte Constitucional).
C-949 de 2001 (Corte Constitucional).
C-955 de 2007 (Corte Constitucional).
C-971 de 2004 (Corte Constitucional).
C-973 de 2002 (Corte Constitucional).
C-974 de 2002 (Corte Constitucional).
C-978 de 2010 (Corte Constitucional).
C-983 de 2005 (Corte Constitucional).
C-992 de 2006 (Corte Constitucional).
T-021 de 2005 (Corte Constitucional).
T-025 de 2004 (Corte Constitucional).
T-028 de 1994 (Corte Constitucional).
T-081 de 1993 (Corte Constitucional).
T-121 de 2015 (Corte Constitucional).

T-133 de 2006 (Corte Constitucional).
T-143 de 2010 (Corte Constitucional).
T-177 de 1999 (Corte Constitucional).
T-196 de 2003 (Corte Constitucional).
T-240 de 1993 (Corte Constitucional).
T-291 de 1994 (Corte Constitucional).
T-375 de 1997 (Corte Constitucional).
T-406 de 1992 (Corte Constitucional).
T-425 de 1992 (Corte Constitucional).
T-441 de 1992 (Corte Constitucional).
T-475 de 1992 (Corte Constitucional).
T-505 de 1992 (Corte Constitucional).
T-533 de 1992 (Corte Constitucional).
T-542 de 1992 (Corte Constitucional).
T-555 de 2003 (Corte Constitucional).
T-568 de 1999 (Corte Constitucional).
T-578 de 1992 (Corte Constitucional).
T-760 de 2008 (Corte Constitucional).
T-763 de 2005 (Corte Constitucional).

T-772 de 2003 (Corte Constitucional).

T-799 de 1998 (Corte Constitucional).

T-840 de 1999 (Corte Constitucional).

T-851 de 2011 (Corte Constitucional).

SU-111 de 1997 (Corte Constitucional).

SU-1193 de 2000 (Corte Constitucional).

SU-167 de 1999 (Corte Constitucional).

SU-182 de 1998 (Corte Constitucional).

SU-225 de 1998 (Corte Constitucional).

Sentencias Tribunal Constitucional Español

STC 1/1982, de 28 de enero (Tribunal Constitucional Español).

STC 111/1983, de 2 de diciembre (Tribunal Constitucional Español).

STC 112/2006, de 5 de abril (Tribunal Constitucional Español).

STC 14/1992, de 10 de febrero (Tribunal Constitucional Español).

STC 16/1982, de 28 de abril (Tribunal Constitucional Español).

STC 171/2004, de 23 de octubre (Tribunal Constitucional Español).

STC 19/1982, de 5 de mayo (Tribunal Constitucional Español).

STC 225/1993, de 8 de julio (Tribunal Constitucional Español).

STC 227/1993, de 9 de julio (Tribunal Constitucional Español).

STC 37/1981, del 16 de noviembre (Tribunal Constitucional Español).

STC 80/1982, de 20 de diciembre (Tribunal Constitucional Español)

STC 84/1993, de 8 de marzo (Tribunal Constitucional Español).

STC 88/1986, de 1 de julio (Tribunal Constitucional Español).

STC 37/1987, de 26 de marzo (Tribunal Constitucional Español).

Sentencias Consejo de Estado

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 13 de mayo de 2004.

Consejo de Estado, Sección Tercera Rad. 25000-23-26-000-2000-01335-01 (28.505).

Consejo de Estado, Sentencia del 13 de mayo de 2004 - Expediente AP-0020

Consejo de Estado. Sala Plena 24 de marzo de 2009 Rad 25000-23-25-000-2004-00739-02 C.P. Torres Cuervo, Mauricio.

Consejo de Estado. Sección Primera 26 de noviembre de 2009 Rad. núm. 25000232700020040204901, C.P. Ostau De Lafont, Rafael .

Consejo de Estado. Sección Quinta. Rad 54001-23-31-000-2000-1749-01(AP-124) 24 de agosto de 2001 M.P. Dario Quiñones Pinilla.

Consejo de Estado. Sección Tercera 17 de mayo de 2007 C.P. Saavedra Becerra, Ramiro.

Consejo de Estado. Sección Tercera 21 de febrero de 2007 Rad 76001-23-31-000-2005-00549-01(AP) M.P. Hernández Enriquez, Alier Eduardo .

Consejo de Estado. Sección Tercera 26 de noviembre de 2015 Rad. 85001-23-31-000-2010-00094-01 (AP) C.P. Andrade Rincón, Hernán.

Consejo de Estado. Sección tercera. 4 de septiembre de 2015. Rad. 11001-03-26-000-2015-00103-00 (54549) M.P. Santofimio, Jaime Orlando

Consejo de Estado. Sección Tercera. 9 de julio de 2014. Rad. 66001-23-31-000-2009-00087-02 (47830) M.P. Santofimio, Jaime Orlando.

Consejo de Estado; Sección Tercera. 21 de febrero de 2007. 25000-23-25-000-2004-00413-01(AP). M.P. Fajardo Gómez, Mauricio.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Rad. 25000-23-27-000-2004-00888-01(AP). M.P. Correa Palacios, Luz Stella.

Consejo de Estado. Sección Tercera Rad. 25000-23-26-000-2000-01335-01 (28.505) M.P. Santofimio Gamboa, Jaime Orlando.

Consejo de Estado. Seccion Tercera 21 de febrero de 2007 Rad 76001-23-31-000-2005-00549-01(AP)

Sentencias Tribunal de Justicia CAN

1-IP-87 Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 3 de diciembre de 1987

3-AI-96 Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 24 de marzo de 1997

121-IP-2014 Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 20 de noviembre de 2014

Sentencias Tribunales varios

Sentencia 28 de septiembre de 1938 (Corte Suprema de Justicia).

Sentencia de la Primera Sala –1 BvR 532,533/77, 419/78 y 1 BvL 21/78– (Tribunal Constitucional Aleman 1 de 3 de 1979).

Doctrina

Resolución 53.788 de 2014 SIC

Resolución 31.739 de 2015 SIC

Resolución 43.218 de 2016 SIC

Resolución 54.403 de 2016 SIC

Resolución 80.847 de 2015 SIC

Resolución 86.817 de 2016 SIC

Resolución 103.652 de 2015 SIC