

Derecho económico y regulación económica en Colombia

Ivan Humberto Galvis Macias

Ivan Humberto Galvis Macias



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA
T U N J A



ISBN: 978-958-5471-78-8



9 789585 147178

Derecho económico y regulación económica en Colombia

Derecho económico y regulación económica en Colombia



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA
T U N J A



Derecho económico y regulación económica en Colombia

Ivan Humberto Galvis Macias



Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja.
División de Ciencias Jurídicas y Políticas
Facultad de Derecho
Tunja, 2020

**Derecho económico y
Regulación económica en Colombia**

Ivan Humberto GALVIS MACIAS
Autor

Comité editorial

Fr. Álvaro José ARANGO RESTREPO, O.P.
Rector

Fr. Omar Orlando SANCHEZ SUÁREZ, O.P.
Vicerrector Académico

Fr. Héctor Mauricio VARGAS RODRÍGUEZ, O.P.
Vicerrector administrativo y Financiero

María Ximena ARIZA GARCÍA
Directora Ediciones Usta Tunja

Sandra Consuelo DÍAZ BELLO
Directora Unidad de Investigación e Innovación

Juan Carlos CANOLES VÁSQUEZ
Director Centro de Recursos para el Aprendizaje y la Investigación

Primera edición, **2020**

ISBN: 978-958-5471-78-8
Tamaño: 17x24
Paginas: 121

Corrección de Estilo:
María Ximena ARIZA GARCÍA

Diagramación e impresión:
Litouniverso Tunja

Todos los derechos reservados conforme a la ley.
Se permite la reproducción citando fuente.
El pensamiento que se expresa en esta obra, es exclusiva
responsabilidad de los autores y no compromete la
ideología de la Universidad Santo Tomás.



*Ediciones Usta
Universidad Santo Tomás
2020
Departamento Ediciones Usta Tunja
Universidad Santo Tomás Seccional Tunja*

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro por cualquier proceso reprográfico o fónico, especialmente por fotocopia, microfilme, offset o mimeógrafo.
Ley 23 de 1982.

Contenido

INTRODUCCIÓN	11
---------------------------	----

CAPITULO I

DERECHO ECONÓMICO: APROXIMACIÓN CONCEPTUAL Y ANÁLISIS DESDE LOS PRINCIPALES MODELOS DE LA TEORÍA ECONÓMICA	15
---	----

1. Aproximación a la delimitación y alcances del Derecho Económico	16
2. Principales modelos económicos modernos y su aporte a la construcción del concepto actual de Derecho Económico	20
2.1. Acerca del modelo económico clásico	21
2.2. El complemento propuesto por la escuela marginalista – Los aportes de la escuela neoclásica	27
2.3. El intervencionismo de Estado – Modelo económico keynesiano	30
2.4. La consolidación del Neoliberalismo	35

CAPITULO II

DERECHO ECONÓMICO COLOMBIANO: CONSTITUCIÓN ECONÓMICA Y MODELO JURÍDICO – ECONÓMICO	39
---	----

1. La Constitución Económica colombiana	41
2. El modelo jurídico-económico colombiano: La Economía Social de Mercado	45

CAPÍTULO III

LOS DERECHOS Y LIBERTADES ECONÓMICAS EN EL MODELO COLOMBIANO

DE ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO 51

1. El Derecho de Propiedad 52
 - 1.1. El derecho de propiedad en el ordenamiento colombiano 54
 - 1.2. Importancia económica de los derechos de propiedad 56
2. La Libertad de Empresa 58
 - 2.1. Los contenidos esenciales de la libertad de empresa 61
3. La Libertad de Competencia 65
 - 3.1. Naturaleza jurídica de la libre competencia 67
 - 3.2. Obligaciones del Estado frente a la Libre Competencia 72

CAPÍTULO IV

INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA:

LA FUNCIÓN DE REGULACIÓN ECONÓMICA 77

1. La intervención económica en el Estado colombiano 81
2. Noción y objeto de la regulación económica 85
 - 2.1. El Estado Regulador 85
 - 2.2. Aproximación al concepto y alcance de la Regulación Económica..... 88
 - 2.3. Las fallas del mercado como causa y objeto de la regulación económica 94
3. Regulación Económica en el régimen de los servicios públicos en Colombia 105
 - 3.1. Función general de aseguramiento de la eficiencia y la prestación competitiva 107
 - 3.2. Facultades regulatorias en distintas autoridades estatales 108
 - 3.3. Ejercicio de función administrativa por parte de las Comisiones de Regulación 113

EPÍLOGO 115

REFERENCIAS 117

IVAN HUMBERTO GALVIS MACIAS

Abogado egresado de la Universidad Santo Tomás Seccional Tunja, con estudios de Economía de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia – UPTC.

Especialista en Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Colombia.

Especialista en Contratación Estatal de la Universidad Santo Tomás Seccional Tunja.

Magíster en Derecho con énfasis en Derecho Económico de la Universidad Externado de Colombia.

Investigador y docente universitario en cursos de pregrado y posgrado.

La clásica discusión generada en torno al papel que el Estado debe asumir en su relación con la economía aún pervive entre quienes defienden modelos económicos de mayor libertad de mercado, y quienes por su parte enarbolan las banderas de la economía planificada. La relación entre derecho y economía no ha escapado a esta discusión y, por lo mismo, los ordenamientos jurídicos modernos tienden a incorporar regulaciones de carácter normativo en las que definen o establecen las principales reglas a las cuales debe sujetarse el aparato estatal para procurar el desarrollo económico de sus poblaciones. En este contexto, el presente trabajo realiza una aproximación conceptual al derecho económico como puente que enlaza elementos de la economía con el papel otorgado al Estado desde la Constitución Económica, para definir, a partir de ello, la forma en que la Constitución Política ha estructurado el modelo económico colombiano a partir del concepto de economía social de mercado, y de esta manera analizar algunos de sus principales elementos como son, la garantía de derechos de contenido esencialmente económico, y la función de regulación económica necesaria ante las denominadas fallas del mercado.

Dedicado a

*Margarita y Rigoberto,
sin duda alguna mi razón de ser y existir, y
a Carlos David y Santiago, mi apoyo constante.
Cada paso hacia adelante responde a la
intención de hacerlos sentir orgullosos.*

Agradecimientos

A todas las personas e instituciones que con su apoyo, comentarios y sugerencias, hicieron posible la realización de este trabajo, que hoy se convierte en un producto de investigación accesible para todo aquel que se encuentre interesado en el objeto de estudio. Temiendo dejar de mencionar a personas que realizaron valiosos aportes al proceso de elaboración, me permito agradecer con nombre propio a la Dra. Sandra Milena Ortiz Laverde y a la Dra. María Alexandra Ortíz de la Universidad Externado de Colombia; a la Dra. Zamira González, quien constituyó un gran apoyo en la realización de todo este proceso.

Por supuesto a la Universidad Santo Tomás Seccional Tunja, mi *alma mater* y lugar de trabajo, y a todos mis amigos y docentes de esta casa de estudios que con comentarios y discusiones académicas dirigieron el presente trabajo al resultado que hoy se presenta.

INTRODUCCIÓN

La Constitución Política de 1991 dispuso el modelo de Estado acogido por el pueblo soberano de Colombia, para lo cual asumió que a partir de su vigencia, nuestro Estado entraría a hacer parte de los Estados que en sus ordenamientos acogieron el modelo de Estado Social de Derecho, cambiando de esta forma el paradigma del papel del Estado frente a la sociedad, y del papel del Derecho frente a los individuos que la conforman.

De esta manera, el Estado Social de Derecho Colombiano dispuso en su nueva Carta Política un variado catálogo de reconocimientos políticos a sus habitantes, para los cuales debe desplegar toda su acción y esfuerzo, a fin de asegurar su garantía efectiva de manera permanente y progresiva.

La garantía de este catálogo de derechos no supone de manera exclusiva el establecimiento de deberes negativos a cargo del Estado, vale decir, el Estado frente a tales reconocimientos no solamente ostenta deberes generales de abstención o de no transgresión. Para ello también debe desplegar todo un espectro de acciones positivas que garanticen su efectivo cumplimiento, lo que de otra manera implica la generación de escenarios propios de reconocimiento, y la inversión de recursos que representen su observancia progresiva.

De allí se colige que los derechos reconocidos por la Constitución no solo representan para el Estado obligaciones generales de abstención (deberes negativos), sino que también llevan consigo una carga prestacional implícita, necesaria para su efectivo reconocimiento.

La generación de ambientes de reconocimiento y la determinación de los aspectos prestacionales de los derechos constitucionales no encuentran otra herramienta más efectiva dentro de la misma Constitución, que la estipulación de un régimen económico a través del cual el Estado se obliga a garantizar la libertad económica de sus asociados, a garantizar condiciones de libre competencia en las actividades económicas que estos ejecuten, y a invertir recursos y ejecutar acciones en los casos en los que las condiciones del mercado no permitan el desarrollo efectivo de las libertades y derechos consagrados en la Carta Política.

Es así como la Constitución Económica determina la asunción de un modelo de economía social de mercado, a través del cual la garantía de los derechos constitucionalmente reconocidos a los asociados, parte del aseguramiento de sus libertades económicas en condiciones de mercado y asume un papel interventor bajo el cual el Estado, a través de la regulación económica, intenta solventar las fallas de un mercado que, al no funcionar de manera eficiente, trae como consecuencia el desconocimiento de las libertades de empresa y de competencia, y de contera la falta de garantía de los demás derechos reconocidos en la Carta Política de 1991.

El Derecho Económico se convierte así en una herramienta de análisis y ejecución de un modelo económico bajo el cual el Estado Colombiano asume el reconocimiento de las cargas que le son propias derivadas del concepto y las implicaciones del Estado Social de Derecho, pero además de ello asume la obligación de intervenir a través de regulación, entre otros mecanismos, cuando las condiciones de mercado impiden la garantía efectiva de las libertades y derechos constitucionalmente reconocidos.

De allí que en el marco de un análisis de nuevas tendencias del derecho, el derecho económico y la regulación económica en el Estado Colombiano se conviertan en un objeto de estudio novedoso que no se limita a la aplicación de conceptos de las ramas tradicionales de estudio del derecho, sino que requiere de un análisis interdisciplinar que recoge los aportes de cada una de las especialidades de la ciencia jurídica, para constituir una rama que pretende autonomía e independencia y que se nutre de los conceptos de la Economía y del Derecho.

Es en este sentido en el que se dirige el objeto de estudio del presente trabajo, pues, teniendo en cuenta la realidad normativa de nuestro complejo ordenamiento jurídico, vale la pena preguntarse si en el escenario regulatorio en el que nos encontramos, puede hablarse de la existencia en Colombia de un conjunto normativo cuyo objeto de estudio sea la ordenación jurídica de la economía y que pueda asociarse al concepto de Derecho Económico, o si por el contrario nuestro ordenamiento sigue desarrollando instituciones cuyos contenidos y finalidades sean objeto de estudio de las tradicionales ramas de estudio del Derecho.

La utilidad de este planteamiento no es de menor importancia, toda vez que al presentar tal definición se pueden constituir nuevos escenarios de análisis de nuestras instituciones jurídicas y abrir el estudio del derecho a una visión periférica de la realidad que integre el análisis jurídico a un análisis interdisciplinar cuyos resultados servirán para la mejor comprensión de esa realidad, y en el caso particular de este trabajo, de nuestra realidad económica cambiante, y de esta manera promueva la creación de instituciones que respondan de manera efectiva y eficiente a nuestras necesidades.

En tal sentido, la propuesta de este trabajo se centra en reconocer y asumir la conformación de un particular objeto de estudio en el Derecho colombiano, como es lo es la ordenación jurídica de la economía, que requiere de un abordaje interdisciplinar de sus problemas y del reconocimiento normativo de ciertas garantías ciudadanas y facultades institucionales para asegurar el cumplimiento de los fines y cometidos estatales previstos en la Constitución, y que se reconoce como "Derecho Económico".

Para tal fin, el objetivo general de este estudio se centra en identificar una aproximación conceptual de esta especial rama de estudio del Derecho, para establecer si tal definición encuentra en el ordenamiento jurídico colombiano un conjunto normativo de integración que permita dar cuenta de su existencia, o por lo menos de la generación de una especial forma de abordar el análisis de los problemas económicos de nuestra realidad.

Hablar de Derecho Económico como un nuevo escenario de análisis supone una propuesta integradora que no desconoce los aportes realizados hasta el momento por las demás ramas de estudio del derecho como lo pueden ser el derecho constitucional, el derecho administrativo y el derecho mercantil, sino que por el contrario, nutriéndose de ellos aborde con un criterio de especialidad los problemas actuales que se evidencian en torno a la ordenación de la economía.

Para ello será necesario entonces realizar una aproximación conceptual sobre el Derecho Económico que, como escenario interdisciplinar de estudio asume aportes tanto del derecho como de la economía, razón por la cual se abordará una construcción conceptual desde los aportes que a ello puedan brindar los principales modelos de la teoría económica, de manera tal que se establezca una descripción general de su contenido, para establecer con algún criterio de certeza el papel que el Derecho Económico cumple en el ordenamiento jurídico, y cómo éste, a través de la regulación económica, se convierte en una herramienta esencial para el efectivo cumplimiento de los derechos reconocidos en la Constitución de 1991.

Seguido de lo anterior se pretenderá identificar los principales instrumentos normativos que dan cuenta de la existencia de este particular área de estudio jurídico, abordando con ello la integración de la reconocida constitución económica, de su contenido, de los derechos económicos de los ciudadanos en ella reconocidos, y de los instrumentos institucionales otorgados a las autoridades para la ordenación jurídica de la economía, en donde cobrará especial relevancia el concepto de regulación económica, cuyo abordaje se realizará en la última parte del presente trabajo.

Finalmente, como ya se ha dicho, se abordarán los fundamentos de la denominada regulación económica, para de esta manera comprender uno de los principales instrumentos normativos utilizados en el derecho colombiano para dar aplicación a esta figura, y que se representa de manera específica en el ámbito de la prestación de los servicios públicos domiciliarios.

Lo anterior será desarrollado a través de la configuración de cuatro capítulos, el primero de ellos dedicado a la aproximación al concepto de Derecho Económico; el segundo y el tercero dedicados a la descripción y análisis de los principales instrumentos normativos que integran el derecho económico colombiano entre los que se encuentran la Constitución económica, instrumento en el que se define el modelo jurídico económico de economía social de mercado aplicable en nuestro ordenamiento (capítulo segundo), y a la comprensión de los principales derechos económicos de que son titulares los residentes en el territorio nacional (capítulo tercero); para finalizar con un capítulo que analice los fundamentos de la regulación económica y describa la manera como aquella ha sido acogida en el modelo de prestación de servicios públicos domiciliarios en nuestro estado.

Todo ello desarrollado a través de una metodología de carácter cualitativo, en la que, además de desarrollar elementos de carácter descriptivo se abordan propuestas de análisis frente a las distintas categorías abordadas.

Se espera entonces que con este trabajo el lector asuma una mejor comprensión de las instituciones que integran nuestro derecho de la economía, a partir del reconocimiento de conceptos e instituciones que requieren de un estudio interdisciplinar para su asimilación y aplicación.

Capítulo I

DERECHO ECONÓMICO: APROXIMACIÓN CONCEPTUAL Y ANÁLISIS DESDE LOS PRINCIPALES MODELOS DE LA TEORÍA ECONÓMICA

Desde la perspectiva jurídica el análisis sobre la asunción del modelo económico colombiano debe partir de la conceptualización misma del Derecho Económico y de la descripción y estudio del régimen económico previsto en el Título XII de la Constitución, denominado “La Constitución Económica”; situación que al tenor de las interpretaciones expuestas por la Honorable Corte Constitucional Colombiana (Sentencias C-265 de 1994 y C-644 de 2012, entre otras), no representa la aplicación de un modelo económico específico y petrificado, sino la determinación de un modelo estructurado según los derroteros de los diferentes contextos económicos desarrollados en las diversas coyunturas, y según las políticas económicas que frente a tales contextos formulen las autoridades estatales instituidas para ello desde la misma Constitución, en cumplimiento y garantía del principio democrático, que deja a la dinámica de las mayorías el direccionamiento de la política económica, ello por supuesto, respetando los derechos constitucionales fundamentales de los ciudadanos.

Por ello, antes de analizar la caracterización jurídica del modelo económico asumido por la norma superior, se hace necesario establecer la conceptualización, el contenido y los más relevantes alcances del concepto de Derecho Económico, todo ello derivado de un análisis de los elementos que a este concepto le aportan los principales modelos formulados por la teoría económica. Solo de esta forma se podrá entender la configuración del modelo jurídico-económico a través del cual las instituciones jurídicas colombianas pretenden ordenar las relaciones que se desarrollan entre los agentes económicos que interactúan en el Estado colombiano.

Es aquí donde la diferencia entre Derecho y Economía comienza a sufrir un marcado y progresivo desvanecimiento, y en donde la brecha disciplinar existente entre abogados y economistas comienza a desdibujarse para integrar una nueva disciplina de estudio en la que las dinámicas del mercado deben ser analizadas y dinamizadas desde los aportes del ciencia jurídica, y en donde los fines, procedimientos y productos del derecho deben responder a las distintas configuraciones analizadas por la ciencia económica, pues como ya se ha mencionado en la introducción de este texto, el análisis del derecho económico encuentra su fundamento en la interdisciplinariedad de estas dos ciencias sociales que, aunque en principio sustancialmente distintas, encuentran un punto relevante de convergencia en lo que refiere a la ordenación del sistema económico.

Así lo expresa Ariño al afirmar que “(. . .) *las dos manifestaciones fundamentales de la relación entre Derecho y Economía (. . .) pueden sintetizarse así: [i] El Derecho debe configurar el sistema económico. [ii] El análisis económico debe inspirar y fundamentar la interpretación jurídica.*” (2003, p. 58).

En tal sentido, el derecho entendido en sentido objetivo como conjunto de normas expedidas por la autoridad competente y legitimadas por el pueblo soberano para la garantía de la convivencia social, y la economía como la ciencia social que se encarga del estudio de las relaciones sociales de producción para la asignación de recursos escasos (Cuevas, 1984, p. 5), se integran en un mismo escenario a través del Derecho Económico para garantizar el funcionamiento ordenado del sistema económico y de esta manera garantizar en el mayor grado posible la armonía en las relaciones sociales.

1. Aproximación a la delimitación y alcances del Derecho Económico.

Definir el Derecho Económico como una rama de la ciencia jurídica que pretende delimitar la acción del Estado, así como ordenar la de los particulares en la dinámica de las relaciones económicas para propender por la estabilidad del sistema económico resulta ser una acepción bastante aproximada, pues enmarca este concepto en la relación intrínseca que debe existir entre Derecho y Economía, que no estuvo clara durante algunos periodos del desarrollo del pensamiento económico y mucho menos durante algunos periodos de configuración de la teoría jurídica.

Hablar de Derecho Económico supone, entonces, entender la necesaria relación de coexistencia que debe impregnar a las dinámicas de mercado, vale decir, el comportamiento e interacción de los agentes económicos, y a las finalidades de la ciencia jurídica, para de esta forma lograr el cumplimiento de los fines del Estado propuestos en la Constitución, a partir de la ejecución concreta de las normas que regulan el sistema económico jurídicamente acogido.

Como lo expone Witker (1999) “(. . .) *en la evolución histórica de la sociedad actual ha habido una interacción entre los cambios económicos y las instituciones del derecho, de cuyos dinamismos, el derecho económico surge como una nueva rama del derecho público (. . .)*”. (p. 3).

De esta manera, se inicia afirmando que la configuración del Derecho Económico, aunque – como se reconocerá en breve – se nutra de otras ramas del Derecho para su comprensión y aplicación, se consolida y desarrolla principalmente en el Derecho Público, vale decir, sus más importantes instrumentos normativos de configuración se encuentran incorporados en contenidos propios del Derecho Constitucional y del Derecho Administrativo, por lo cual el profesor español Laguna de Paz (2018), siguiendo la tradición de estudio de célebres autores como García de Enterría, Gaspar Ariño y otros doctrinantes del Derecho Público, ha consentido en llamarlo “*Derecho Administrativo Económico*”.

Al considerar entonces los fundamentos de esta especial y novedosa rama del Derecho, o si se quiere, de esta subespecialidad del Derecho Administrativo, el profesor Ariño establece una relación directa entre Derecho y Economía cuando afirma que el Derecho debe propender por la delimitación y configuración del sistema económico, pues para lograr la eficiencia económica resulta del todo necesaria la configuración de unas reglas de juego que doten al sistema de estabilidad y de seguridad jurídica, delimitando así, algunos de los aspectos esenciales de su contenido:

“No hay eficiencia económica posible sin instituciones fuertes y estables. La mejor economía exige seguridad jurídica en las instituciones estatales (tribunales, administración, fuerzas de orden público, sistema de garantías y publicidad de los derechos, entes reguladores, etc.) (...) Este marco institucional estatal es un factor esencial para la creación de riqueza. Sin Estado no hay mercado. Y así, economía y justicia se implican y refuerzan”. (2003, p. 59).

A partir de lo descrito por el profesor español, se pueden determinar algunos de los contenidos que interesan al Derecho Económico: el primero de ellos se relaciona con la eficiencia económica, discusión inacabada en el terreno de la economía que se dirige a indagar la manera más adecuada para asignar los recursos escasos en una sociedad, para lo cual la teoría económica ha sido próspera en proponer diferentes modelos que tiendan a la obtención de la tan anhelada y discutida eficiencia.

Sin embargo, al margen de la consideración que se tenga en torno al concepto y alcance de la eficiencia económica, pues dependiendo de las convicciones ideológicas y teóricas de cada individuo tal apreciación puede cambiar, se considera que el Derecho Económico debe propender precisamente por la asignación más óptima de los recursos escasos, vale decir, por que el sistema económico logre, a partir de sus instituciones, la mejor asignación de recursos posible entre los agentes económicos.

Un segundo elemento que se relaciona con la afirmación que se acaba de proponer, esta relacionado con la estabilidad institucional, o lo que en términos del Derecho se conoce como seguridad jurídica: el Derecho económico se instituye como un conjunto de normas que tienden a ordenar el sistema económico para propiciar su estabilidad, y para lograr tal estabilidad de se debe contar con la estabilidad en las instituciones, de manera tal que los agentes económicos puedan formular sus expectativas racionales en un contexto de tranquilidad, sin temor a que en cualquier momento les sean modificadas las reglas de juego, desde esta perspectiva la seguridad jurídica se convierte en un elemento esencial del Derecho Económico que consiste en garantizar la estabilidad de las instituciones regulatorias con el fin de conservar ambientes que propicien la interacción de los agentes económicos.

Y por último, esta seguridad jurídica solamente se logra a través de dos instrumentos principales: el primero de ellos se relaciona con la garantía de que las normas que favorecen la interacción de los agentes económicos no van a ser modificadas, o que en caso de que lo sean incorporen las transiciones necesarias para no generar una afectación importante en estas interacciones (estabilidad institucional o estabilidad en las reglas de juego); y el segundo corresponde a la robustez del aparato estatal para la garantía de tales interacciones, que por su parte exige la permanencia y estabilidad de instituciones (no entendidas estas como reglas de juego sino como organizaciones que hacen parte del aparato estatal) que permitan dirimir los conflictos que se generen entre los agentes económicos, así como garantizar que la conducta de tales agentes no atente contra la estabilidad o funcionamiento del sistema.

De esta manera, según la concepción propuesta por el profesor español, el Derecho Económico desde la doctrina internacional ha sido entendido como un conjunto de “(...) *normas e instrumentos jurídicos a través de los cuales el Estado dirige la actividad económica; fundamentalmente la Constitución económica, y, como consecuencia, el Derecho Administrativo económico.*” (Ariño, 2003, p. 67).

En similar sentido, tal y como lo afirma E. R. Huber, el Derecho Económico puede entenderse como “(...) *el conjunto de estructuras y medidas jurídicas con las cuales, utilizando facultades administrativas, la administración pública influye en el comportamiento de la economía privada*” (Huber en Witker, 1999, p. 5), acepción esta que si bien logra determinar la función reguladora derivada de las facultades económicas previstas en la mayoría de ordenamientos económicos del mundo, deja de lado una concepción general de la participación del Estado en el Derecho Económico, que no solamente se circunscribe a la acción de la administración pública, sino que también se soporta en decisiones de tipo legislativo e incluso judicial, como se verifica de manera específica en el caso colombiano.

De esta manera consideramos que el Derecho Económico, aunque para algunos autores – como ya se mencionó – corresponde a una rama específica de especialidad del Derecho Administrativo, no se circunscribe únicamente al ejercicio de la actividad administrativa, sino que, en un sentido más amplio, en su configuración interviene también la rama legislativa, quien en el ordenamiento jurídico colombiano es la primera autoridad llamada a intervenir en asuntos económicos en virtud de la aplicación y garantía del principio de democracia participativa, tal y como lo expresan las facultades contenidas en los numerales 11, 12, 13, 19, 21 y 22 del artículo 150 de la Constitución de 1991, entre otras normas de jerarquía constitucional; y en su aplicación la rama judicial, quien en términos generales está encargada de resolver los conflictos que se generen en relación con las interacciones de los individuos o de estos y el Estado.

Con todo ello, puede afirmarse entonces que el Derecho Económico corresponde a una rama del derecho que tiene como objeto de estudio la manera como el Estado ordena jurídicamente su economía, vale decir, el Derecho Económico tiene como objeto el desarrollo y ejecución del modelo económico asumido por el Estado, a partir de los preceptos, orientaciones y límites dispuestos en la Constitución Económica y en las regulaciones que subyazcan a las preceptivas de orden superior, ya sean de carácter legislativo o administrativo.

Ello por su parte permite afirmar, como lo expresa Witker, que la definición de Derecho Económico como una moderna rama del derecho público supone la determinación de varios postulados o finalidades, a saber:

“1. Organizar la economía macro jurídica a nivel zonal. 2. Asignar al Estado un poder regulador eficiente. 3. Fomentar los mecanismos de mercado. 4. Buscar conciliar intereses generales con los privados nacionales o extranjeros. 5. Sancionar las prácticas desleales y restrictivas o monopólicas. [Y] 6. Las normas tienen más carácter zonal e internacional que internos o nacional” (1999, p. 6).

Las anteriores finalidades propuestas por el autor podrían entonces agruparse en dos conjuntos de instrumentos normativos que son competencia del Derecho Económico a saber: de un lado los instrumentos normativos que otorgan competencias a las autoridades estatales para propender por la estabilidad del sistema económico, y de otro, los instrumentos normativos que regulan las relaciones de los agentes económicos precisamente para propiciar tal estabilidad.

Es así como se entiende que el Derecho Económico está integrado interdisciplinariamente por elementos de la economía y del derecho, y concretamente del derecho mercantil o derecho de los negocios, normas a través de las cuales se regula el comportamiento de los agentes económicos para propiciar la seguridad jurídica y la estabilidad del sistema, y normas del derecho administrativo (Ariño, 2003) y del derecho constitucional, pues como se observa, esta novedosa rama del derecho pretende de una parte, organizar y garantizar la estabilidad macroeconómica, asignar al Estado un poder regulador eficiente y generar compatibilidad entre el interés general y los intereses particulares – objetivos que son en su esencia de la órbita de competencia del derecho público –, y de la otra, fomentar los mecanismos de mercado para lo cual le otorga al Estado la obligación de orientar el acceso y permanencia de los privados en los diferentes mercados a través de la delimitación jurídica de la libertad de empresa o de derechos similares, así como sancionar las prácticas que se consideren desleales o restrictivas de la competencia y que atenten contra los derechos del consumidor – determinaciones propias del objeto de estudio del derecho mercantil.

Partiendo entonces de la configuración del Derecho Económico como una rama del derecho que se encarga de ordenar el sistema económico a partir de diversas regulaciones que establecen un margen de competencia del Estado frente a las dinámicas de mercado, vale decir, frente a mercados competitivos y eficientes así como mercados de acceso limitado e ineficientes, resulta prudente afirmar que tal conceptualización no ha sido clara durante todos los periodos del desarrollo de la historia económica moderna, por lo que resulta procedente establecer un análisis de los principales modelos económicos desarrollados por la teoría económica, para desde allí determinar los aportes esenciales que cada uno de estos modelos ha podido agregarle a concepto contemporáneo de Derecho Económico, pues si bien en la actualidad este representa, las más de las veces, un modelo con amplias facultades de intervención del Estado a través de regulación (y otros mecanismos) – como lo reconocen algunos de los autores aquí citados – resulta del todo claro que tal afirmación no ha sido una constante en todos los modelos económicos presentados a lo largo de la historia.

2. Principales modelos económicos modernos y su aporte a la construcción del concepto actual de Derecho Económico.

Realizar un estudio de Derecho Económico, y además de ello un análisis del modelo económico asumido por la Constitución Política de 1991, presupone entender las principales corrientes teóricas que se han generado a lo largo del desarrollo del pensamiento económico moderno. No de otra forma podrían concebirse cada uno de los elementos característicos que integran los rasgos de nuestro sistema económico, si no es entendiendo, por lo menos de manera general y sin pretensiones de amplia profundidad, las principales aportaciones de los grandes teóricos de la economía.

Tal afirmación permite inferir lo que el presente aparte pretende conseguir: efectuar una mirada panorámica a los postulados de los principales modelos económicos delineados a través de la historia económica moderna, para de esta forma explicar la influencia que aquellos han tenido en la estructuración del concepto contemporáneo de Derecho Económico, y por supuesto del modelo económico colombiano vigente.

Esta pretensión será abordada desde una descripción general de los planteamientos de cada una de las teorías aquí analizadas, por lo que resulta prudente aclarar que este trabajo no constituye un tratado de historia del pensamiento económico, y de ninguna manera un texto académico de análisis de modelos económicos, sino que por el contrario resulta ser un breve texto descriptivo, sujeto por supuesto a la revisión y juicio académico de las autoridades en el tema.

Desde esta perspectiva, abordaremos en principio una referencia a la teoría propuesta por los economistas clásicos, describiendo de manera general sus principales aspectos y los complementos aportados por los teóricos neoclásicos, así como los acontecimientos económicos que lograron construir propuestas alternativas. Abordaremos también la propuesta del modelo teórico de la economía keynesiana como alternativa al sistema propuesto por los clásicos, para finalizar describiendo las características generales del modelo económico neoliberal.

De allí que partamos del análisis conforme al cual, el planteamiento de un modelo económico determinado, tiene como uno de sus principales elementos de examen el papel que debe jugar el Estado en el desarrollo económico de su sociedad, pues como lo describe Stiglitz:

“La vida política de un país gira en torno a algunas cuestiones económicas básicas: ¿cómo influye el Estado en la economía? ¿Qué debe hacer el Estado? ¿Por qué realiza el sector público unas actividades económicas y el privado otras? ¿Debe hacer el Estado más de lo que hace actualmente o menos? ¿Debe cambiar lo que está haciendo y como lo está haciendo?”. (2000, p. 9).

Es por ello que los estudios de los modelos aquí descritos pretenderán sortear el papel que el Estado cumple en la estructura teórica planteada por estas escuelas y los principales aportes que de ellas se asumen en la construcción del concepto contemporáneo de Derecho Económico, realizando unos

breves comentarios acerca de los aportes que las teorías de Smith y de Keynes representaron en la conformación de un modelo intermedio en el que se acogen elementos de una y de otra corriente.

Así, sobre las teorías contrapuestas representadas por los autores citados, se debe establecer como premisa básica que aquellas suponen, en el primero de los casos una férrea defensa de un Estado Liberal, cuyo papel corresponde al de un simple observador del contexto económico (denominado Estado leseferista), y en el segundo de ellos una defensa de un Estado Interventor, en el cual a este se le considera como un agente económico que ejerce un rol esencial en desarrollo económico de la sociedad.

2.1. Acerca del modelo económico clásico.

La teoría económica clásica, representada principalmente por autores como Adam Smith, David Ricardo y John Stuart Mill, supone un modelo en el que la eficiencia del mercado se logra con la consolidación de un punto de equilibrio procurado a partir del libre juego de la oferta y la demanda, y movido por una mano invisible (Smith) que tiene la capacidad de organizar las fuerzas económicas, y por supuesto influir de manera directa en la determinación de los precios de los productos de un mercado. Así lo defiende Adam Smith en la teoría propuesta en su célebre obra *“Una Investigación sobre la Naturaleza y las Causas de la Riqueza de las Naciones”* (1776).

Allí el autor pretende determinar, como su título lo indica, el origen de la riqueza, planteando proposiciones a todas luces contradictorias y críticas a las escuelas de pensamiento escolásticas dirigidas por los mercantilistas y fisiócratas, quienes consideraban en esencia que las leyes económicas provenían de una fuente suprema, y que el origen de la riqueza radicaba en las mercancías y en la producción de bienes primarios, respectivamente. Así lo narra con marcada claridad Kicillof (2010, p. 29), quien sobre las particularidades del aporte smithiano afirma:

“La tradición escolástica y teológica se convierte —aunque no siempre de manera explícita— en uno de los adversarios teóricos de Smith en el plano de las concepciones generales sobre el mundo, la naturaleza, el hombre y la sociedad. (...) Smith dedica buena parte de su libro a refutar algunas de las principales proposiciones de las dos ‘corrientes económicas’ que datan de los siglos inmediatamente anteriores y que también pertenecen a la modernidad: el mercantilismo y la escuela fisiocrática”.

Es a partir de los planteamientos de estas dos escuelas, que Smith fundamenta en su teoría la concepción racional y humana de las leyes económicas, vale decir, *“[l]as leyes económicas refieren a fenómenos puramente humanos, es decir, no se fundan en el mandato divino ni en determinaciones naturales”* (Kicillof, 2010, p 32), estableciendo con gran novedad, que el origen de la riqueza no se encuentra en las mercancías ni en los productos agrícolas, sino que por el contrario, las naciones encuentran la causa de su riqueza en el trabajo:

“El trabajo anual de toda nación es el fondo del que se deriva todo el suministro de cosas necesarias para la vida que la nación consume anualmente, y que consisten siempre en el producto inmediato de ese trabajo, o en lo que se compra con dicho producto a otras naciones” (Smith [1776] 1994, p. 27).

Es a partir de esta concepción que Smith comienza a estructurar una teoría en la que la división del trabajo es el valor de todos los bienes, y a partir de allí fundamenta que al tener el individuo una propensión natural hacia el intercambio, es el trabajo el parámetro de medición del valor de cambio de todas las mercancías. Para ello establece que frente a todo bien existen dos tipos de valores, el valor de uso y el valor de cambio: el primero de ellos representa el nivel de utilidad que le genera el respectivo bien a un individuo determinado, en tanto que el segundo corresponde a la cantidad de trabajo implementada para la producción de ese determinado bien y que sirve como base para su intercambio.

Así, determinando que el valor de cambio está constituido por el trabajo necesario para la producción de los bienes, Smith entiende que el trabajo también se comporta como una mercancía, por lo que tiene su propio valor, interpretación que junto a su teoría del valor-trabajo, encontrará una fuerte contradicción en los postulados de la crítica marxista, los cuales entenderán que el valor del trabajo asumido por Smith se circunscribe únicamente a entenderlo como un simple costo de producción, desnaturalizándolo de su verdadera importancia como constructor de de valor.

En tal sentido, según los postulados de la escuela clásica, el trabajo puede ser comercializado como un bien independiente:

“En la sociedad civilizada la capacidad de trabajar es también algo que se compra y se vende y, por tanto, también la fuerza de trabajo se comporta como una mercancía (que en *La riqueza* se denomina ‘trabajo’, igual que la sustancia del valor) y, como tal, debe tener también su propio valor.” (Kicillof, 2010, p. 82).

Desde esta perspectiva, se construye una teoría del valor reconocida como “teoría de los costos de producción”, en la que se establece que el valor de cambio de los bienes en una sociedad civilizada debe responder a la integración de valor de los salarios (valor propio del trabajo como mercancía), las ganancias del capitalista y la renta de la tierra:

“En todas las sociedades el precio de toda mercancía se resuelve en última instancia en alguna u otra de esas partes o en todas; y en toda sociedad avanzada, las tres entran más o menos como partes componentes en el precio de la gran mayoría de las mercancías” (Smith [1776] 1994, p. 90).

Con ello, partiendo de que el valor de cambio de los bienes depende de los costos de producción antes señalados, Smith integra dos conceptos que a nuestro juicio son los que establecen formalmente la estructura de una teoría económica en la que una mano invisible ordena las fuerzas económicas para

garantizar puntos de equilibrio y de esta manera lograr eficiencia en los mercados, estos conceptos son los de precio natural y precio de mercado de las mercancías.

Para Smith el precio natural de las mercancías es aquel que “(…) *no es ni mayor ni menor de lo que es suficiente para pagar las tasas naturales de la renta de la tierra, el salario del trabajo y el beneficio del capital* (…).” (Smith [1776] 1994, p. 97), en otras palabras, el precio natural de un bien es aquel que sirve para cubrir las tasas medias de salarios, ganancias y rentas que componen el valor de cambio de este bien, así “[*l*a mercancía se vende entonces exactamente por lo que vale, o por lo que realmente le cuesta a la persona que lo trajo al mercado” (Smith [1776] 1994, p. 97).

Para generar una mayor comprensión de este concepto propio de la teoría smithiana, se puede entender que el precio natural de una mercancía corresponde a aquel que sirve para satisfacer los costos de producción de la misma e incluso para retribuir en alguna manera el interés de ganancia que persigue el productor. En tal sentido los componentes del precio natural son básicos: salarios (retribución que se paga por la venta de la fuerza de trabajo de los trabajadores), renta (retribución que se paga al dueño de la tierra por la utilización de una determinada porción de terreno para la producción de determinado bien) y ganancias (retribución que espera el capitalista por la destinación de su capital a la producción de determinada mercancía).

De otro lado, el precio de mercado es “[*e*] precio efectivo al que se vende habitualmente una mercancía (…). [y que] puede estar por encima o por debajo, o ser exactamente igual al precio natural.” (Smith [1776] 1994, p. 97).

Lo anterior quiere significar que, aunque los precios de los productos deben estar determinados por los costos de producción en los que se incurra (precio natural), existen ocasiones en las que las variaciones en el mercado hacen que el precio de determinado bien sea distinto a aquel que cubre las tasas medias de salarios, ganancias y renta, situaciones en las que se distingue el precio de mercado, que en cualquier caso puede ser inferior, igual o superior al precio real de la mercancía.

El anterior concepto quiere significar una realidad económica que se encuentra clara desde los tiempos de Smith: muchas veces el precio que recibe el productor por la venta de su mercancía ni siquiera satisface lo necesario para cubrir el costo de su producción (precio natural), pero otras veces el precio que recibe el productor por su mercancía puede superar, en poco o mucho, el valor que cuesta producirla, situación que favorece la acumulación de capital.

Tales circunstancias del mercado son descritas por Smith como variaciones en la cantidad de producto (oferta) relacionadas con la demanda efectiva del bien producido de la siguiente manera:

“Cuando la cantidad de cualquier mercancía llevada al mercado es menor que la demanda efectiva, todos aquellos que están dispuestos a pagar el valor completo de la renta, los salarios y el beneficio que deben ser pagados para llevarla al mercado, no podrán ser suministrados con la cantidad que desean. En lugar de pasarse sin ella, algunos estarán

dispuestos a pagar más. Se establecerá inmediatamente una competencia entre ellos, y el precio de mercado subirá más o menos por encima del precio natural, según que la mayor o menor escasez, o la riqueza y el deseo de ostentación de los competidores anime más o menos su afán de competir. (...) Cuando la cantidad traída al mercado excede la demanda efectiva, no podrá ser totalmente vendida a los que están dispuestos a pagar el valor total de la renta, salarios y beneficios que deben ser pagados para llevarla al mercado. Una parte deberá ser vendida a los que están dispuestos a pagar menos, y el precio menor que pagarán por ella deberá reducir el precio del conjunto. El precio de mercado se hundirá más o menos por debajo del precio natural. (...) Cuando la cantidad traída al mercado es exactamente suficiente para satisfacer la demanda efectiva y nada más, el precio de mercado llega a coincidir precisamente, o tan precisamente como pueda pensarse, con el precio natural.” (Smith [1776] 1994, p. 98).

La anterior proposición de Smith se sintetiza en dos postulados básicos de la interacción entre oferta y demanda: primero, cuando la oferta de un producto que se lleva al mercado supera la demanda de ese producto en ese mismo mercado, el precio del producto tiende a ser menor que el esperado por el productor, muchas veces incluso menor que el valor determinado por su precio natural o, en otras palabras, el valor que sirve para sufragar los costos de producción. De otro lado, si la demanda del producto que se lleva a un mercado es mayor que la cantidad de producto que los oferentes están dispuestos a transar en ese mismo mercado, el precio de ese producto tiende a incrementar, muchas veces por encima del valor requerido para satisfacer los costos de producción de esa mercancía.

Desde esta perspectiva, el precio de mercado no está determinado por las tasas medias de los costos de producción de determinado bien, como sí lo está el precio natural del mismo, sino que por el contrario este se encuentra influido por la relación que exista entre la oferta y la demanda del bien producido en un determinado momento. Con esto, se espera que si la oferta es menor a la demanda efectiva del bien, el precio de mercado del mismo supere su precio natural, en tanto que si la oferta es mayor a la demanda efectiva del bien, el precio de mercado rodee valores inferiores al de su precio natural.

De aquí surge el principal rasgo del modelo propuesto por la economía clásica a partir del cual tales variaciones en el mercado hacen que la producción de bienes se ajuste de manera natural a la demanda efectiva de los mismos (obra de la mano invisible), logrando siempre que se llegue a la comercialización de los bienes a partir de su precio natural, que se entiende entonces como un precio de equilibrio:

“La cantidad de toda mercancía llevada al mercado se ajusta naturalmente a la demanda efectiva. (...) Si en un momento dado supera a la demanda efectiva, alguna de las partes componentes del precio deberá ser pagada por debajo de su tasa natural. Si es la renta, el interés de los terratenientes les llevará de inmediato a retirar una parte de su tierra; si es el salario o el beneficio, el interés de los trabajadores en un caso y de sus empleadores en el otro los conducirá a retirar una parte de su trabajo o de su capital de este empleo. La

cantidad presentada en el mercado pronto no será más que suficiente como para satisfacer la demanda efectiva. Todas las diversas partes de su precio subirán hasta su tasa natural, y el precio total hasta su precio natural. Por el contrario, si la cantidad traída al mercado cae en un momento dado por la demanda efectiva, alguna de las partes componentes de su precio deberá subir por encima de su tasa natural. Si es la renta, el interés de todos los demás terratenientes los impulsará a preparar más tierra para producir esas mercancías; si es el salario o el beneficio, el interés de los demás trabajadores y comerciantes los alentará a emplear más trabajo y capital en prepararla y llevarla al mercado. La cantidad allí presentada pronto será suficiente como para satisfacer la demanda efectiva. Todas las diversas partes de su precio bajarán hasta su tasa natural, y el precio total hasta su precio natural." (Smith [1776] 1994, p. 99).

De conformidad con lo anterior, para Smith el precio natural resulta siendo el precio alrededor del cual orbitan los precios de mercado, razón por la cual pueden existir ocasiones en que los segundos estén por encima del primero, y ocasiones en que aquellos estén por debajo de este, pero en todo caso, siempre tenderán hacia el precio natural de la mercancía ([1776] 1994, p. 99).

En este orden de ideas, si los precios de mercado de los bienes se encuentran por debajo de su precio natural, debido a un aumento en la oferta que sobrepasa la demanda efectiva del bien, se producirá una fuga en cualquiera de los elementos que componen el precio natural del mismo debido a la reducción de su tasa natural, que se podrá ver representada en i) la reducción de trabajadores que producen el bien con ocasión del decremento de la tasa natural de los salarios (menos trabajadores estarían dispuestos a trabajar por un salario más bajo), ii) la reducción del capital invertido por los capitalistas con ocasión de la reducción de la tasa natural de ganancia (el capitalista no estaría interesado en invertir en un producto en el que su tasa de ganancia ha disminuido), o iii) la reducción en la cantidad de tierra disponible para la producción del bien con ocasión del decremento de la tasa natural de la renta (los dueños de las tierras reducirán su cantidad de tierra disponible por la reducción del precio que reciben por su utilización). De esta forma, al producirse la fuga de cualquiera de los elementos que componen los costos de producción del bien abundante, su producción se reducirá hasta la satisfacción de la demanda efectiva y ello producirá el aumento del precio del bien hasta el valor de su precio natural.

De la misma manera, si los precios de mercado de los bienes se encuentran por encima de su precio natural, debido a la escasez del mismo que no permite satisfacer su demanda efectiva, cualquiera de los elementos que componen su precio natural se aumentará, ya sea porque i) habrá mayor cantidad de trabajadores dispuestos a emplearse en la producción del bien, toda vez que encuentran una tasa de salarios atractiva, ii) habrá mayor inversión de capital por parte de los empleadores pues encuentran una tasa de ganancia superior, o iii) los terratenientes pondrán a disposición más tierras para la producción del bien, pues encuentran una tasa de renta favorable. Ello por supuesto logrará que la producción del bien incremente a un punto en el que pueda satisfacer su demanda efectiva, y los precios se reducirán entonces al precio natural de producción.

A través de tal argumentación según la cual en todo mercado los precios de los bienes tienden siempre a aproximarse al precio natural de los mismos, o a un precio determinado de equilibrio en el que todas las cantidades ofrecidas son vendidas para satisfacer la demanda efectiva, es que se consolida la idea de autoregulación del mercado a partir de la interacción entre oferta y demanda, lo que se ha conocido a través de la célebre metáfora de la mano invisible que ordena las fuerzas del mercado.

Sin entrar en los detalles específicos de las divergencias teóricas propuestas por David Ricardo y J. S. Mill, frente a la original teoría de Smith – toda vez que el objeto del presente trabajo no supone ahondar en matices, sino por el contrario, establecer los elementos generales que pueden caracterizar las principales propuestas de las más significativas escuelas de la teoría económica – se puede concluir entonces que el modelo económico clásico fundamenta su teoría del origen de la riqueza en el trabajo, estableciendo que el origen del valor se encuentra en los denominados costos de producción (salarios, ganancias y renta), a partir de los cuales se determina el precio natural de las mercancías, el cual puede verse afectado por variaciones en las relaciones de producción con la demanda efectiva, caso para el cual surge el concepto de precio de mercado, que en todo caso siempre estará direccionado a alcanzar un precio de equilibrio.

Dicho sea de paso aclarar que la construcción teórica del modelo clásico comprende la propuesta de Smith enmarcada en un contexto de crecimiento de la producción manufacturera a finales del siglo XVIII, y por lo tanto de un capitalismo naciente, hasta la consolidación de la teoría de David Ricardo y J. S. Mill, de inicios a mediados del siglo XIX, en la que la revolución industrial ya ha determinado la solidificación del sistema capitalista.

Con todo lo anterior, y hecha a grandes rasgos esta descripción, se puede inferir que el modelo económico clásico supone una estructura de mercado en la que la intervención del Estado no es necesaria, toda vez que, como se ha pretendido demostrar a partir de los concisos análisis precedentes, las fuerzas del mercado actúan por sí solas, logrando que los precios de los bienes se ajusten automáticamente a su precio de equilibrio, procurando de esta forma la eficiencia económica.

Frente a esta formulación teórica de la que subyace toda una corriente del pensamiento económico denominada por la doctrina económica como la teoría clásica, Stiglitz afirmó:

“Las ideas de Adam Smith ejercieron una influencia poderosa tanto en los poderes públicos como en los economistas. Muchos de los economistas más importantes del siglo XIX, como los ingleses John Stuart Mill y Nassau Senior, promulgaron la doctrina conocida con el nombre de *laissez faire*, según la cual el Estado debía dejar hacer al sector privado y no intentar regular o controlar la empresa privada. La competencia ilimitada era la mejor manera de servir los intereses de la sociedad.” (2000, p. 13).

Con ello, el papel que el Estado ejerce en la economía – bajo los postulados del modelo económico clásico – debe reducirse a su mínima expresión, lo que no significa que tal intervención sea nula, pues

en todo caso tendrán que garantizarse ciertos postulados para que el modelo, tal y como lo presentan sus más célebres representantes, pueda funcionar.

Desde esta perspectiva, el papel del Estado sí encuentra un legítimo fundamento para la garantía del modelo, el cual se centra en el reconocimiento y garantía los derechos y libertades económicas necesarias para el adecuado funcionamiento de las fuerzas del mercado.

Tales garantías y libertades se concentran en el reconocimiento de la propiedad privada como elemento esencial que constituye el escenario básico y fundamental para la interacción de los agentes económicos, pues, sin propiedad nadie podría vender productos y nadie podría adquirirlos, y de otro lado, libertades contemporáneas como la libertad de empresa y la libertad de competencia, sin las cuales difícilmente podría producirse la pretendida autoregulación de las fuerzas del mercado.

De ello se puede colegir entonces que, si bien para la época del desarrollo y consolidación de la teoría económica clásica no se hablaba de Derecho Económico como rama específica del Derecho con un objeto de estudio determinado, pues tal consideración no era lo que pretendían los teóricos de la economía o del derecho en aquella época, los postulados de este modelo sí aportan un elemento fundamental que integra el contenido del Derecho Económico contemporáneo.

Este elemento fundamental se centra en el papel que el Estado ejercía en el modelo económico propuesto y que aún conserva, vale decir, el reconocimiento y garantía de las libertades y derechos necesarios para el adecuado ejercicio y desarrollo de las relaciones económicas. En tal sentido, es deber del Estado garantizar estos derechos y libertades que se constituyen en elementos *sine qua non* (condiciones necesarias) para el funcionamiento del mercado.

Sin lugar a dudas, este papel debía y debe ser desarrollado por el Estado a través de la consolidación de un sistema normativo, cualquiera que sea el asumido, por lo que en este modelo se encuentra uno de los principales aportes a la construcción del concepto contemporáneo de Derecho Económico que corresponde al reconocimiento y garantía efectivas de los derechos y libertades económicas de los asociados al Estado.

Es por lo anterior que, frente al análisis de los principales instrumentos normativos que integran el Derecho Económico colombiano, este trabajo desarrollará en un capítulo posterior algunos comentarios relacionados con la garantía de derechos y libertades de contenido económico en nuestro sistema normativo.

2.2. El complemento propuesto por la escuela marginalista – Los aportes de la escuela neoclásica.

Como bien lo expresa Kicillof (2010), la teoría clásica encuentra férreos contradictores en la propuesta teórica formulada por la denominada revolución marginalista, que emite sus primeros pronunciamientos en la segunda mitad del siglo XIX, y terminará consolidando su propuesta en la

teoría de Marshall hacia la década de los 90 del mismo siglo: “(...) *el marginalismo es, antes que nada, una reacción contra la teoría de los costos de producción*” (p. 175).

La principal diferencia determinada por los teóricos de la revolución marginalista clásica (Jevons, Walras y Menger) supone contradecir la fuente del valor de las mercancías propuesta por la teoría clásica. Si para los economistas clásicos la fuente del valor se encuentra cimentada en una teoría del valor trabajo que se traducía en la teoría de los costos de producción y el sistema de precios naturales y de equilibrio, los marginalistas clásicos encuentran que el precio de mercado no está determinado por la relación existente entre la producción y la demanda efectiva de un bien, sino que este se determina en la relación de intercambio de acuerdo con la cantidad y la utilidad de cada bien en el momento mismo del intercambio, dando origen a la denominada teoría subjetiva del valor.

Como lo expresa Kicillof: “(...) *según los primeros marginalistas, la determinación del valor se produce exclusivamente en el momento del intercambio, de manera que el único aspecto del fenómeno que amerita un análisis es precisamente esa relación de cambio*” (2010, p. 176).

Ello por su parte implica reconocer que los precios de mercado no están determinados por los costos de producción de las mercancías, ni mucho menos por la forma en que se comportan la oferta y la demanda en un determinado contexto, sino que por el contrario ellos surgen de la relación de intercambio misma, ligada a la cantidad de los bienes y a la utilidad que aquellos representen para quienes los consumen.

Desde esta perspectiva, el marginalismo clásico encuentra la fuente del valor en la denominada teoría de la utilidad marginal, que por su parte expresa que el precio de un bien o servicio está determinado por la utilidad que genera la última unidad producida al individuo, en tal sentido, el valor no corresponde a un criterio objetivo como el trabajo, sino que se representa en un elemento eminentemente subjetivo, como lo es la utilidad del individuo, estableciendo entonces que no son los costos de producción los que determinan los precios de mercado, sino que por el contrario, son los precios de mercado, determinados en la relación de intercambio por la utilidad marginal que representen determinados bienes de acuerdo con sus condiciones de utilidad y escasez, los que establecen los precios de los costos de producción.

Sin embargo, no será el marginalismo clásico el que se consolide como teoría imperante hacia finales del siglo XIX. Será Alfred Marshall, a partir de su combinación entre postulados de la teoría económica clásica y de las primeras expresiones del marginalismo (marginalismo clásico), quien dispondrá los derroteros de la nueva corriente económica imperante.

Marshall entiende que los clásicos aportaron grandes ideas a la economía política y que los marginalistas hicieron otro tanto. Sin embargo, aunque sus teorías parezcan contrapuestas, ambas representan una única teoría del valor fundamentada en énfasis diferentes. Como lo expresa Kicillof: “(...) *son dos versiones parciales e incompletas de una misma teoría del valor*” (2010, p. 209); no en vano la posterior crítica keynesiana post-Gran Depresión las entenderá como una sola corriente del

pensamiento económico. Así, para Marshall la teoría marginalista complementa y no se opone a la teoría del valor clásica, fundamentada en los costos de producción.

De esta forma Marshall presenta una versión propia de la teoría del valor fundamentada en los costos de producción en la que interviene también la teoría de la utilidad marginal, estableciendo que los costos de producción, que para él son solamente trabajo y capital, son fuentes de valor que determinan el precio normal de los bienes – precio normal que corresponde en su sentido original a el precio natural de los bienes en la teoría clásica –, determinando de esta forma que el costo de producción (este precio normal), es el punto hacia el cual tienden a girar los precios de mercado de determinados bienes.

Sin embargo, Marshall reconoce el aporte de los marginalistas clásicos al establecer que el precio de mercado de los bienes está determinado por el costo de la última unidad producida, integrando el carácter objetivo de la teoría de los costos de producción con el carácter subjetivo propuesto por los marginalistas clásicos, y concluyendo, a grandes rasgos, la importancia del principio de marginalidad que hoy por hoy se considera como uno de los principios de la elección individual en la economía, al que se le atribuye una importancia trascendente en la configuración de los precios de las mercancías en la teoría marginalista imperante a finales del siglo XIX.

Estas premisas generales son aplicadas tanto a la teoría del valor (mercado de bienes), como a la teoría de la ocupación, determinando entonces que los precios de los salarios también se desarrollan en una dinámica de equilibrio derivada del comportamiento de la oferta y la demanda de trabajo. Para los marginalistas en la dinámica de las relaciones económicas existe pleno empleo, toda vez que la cantidad de trabajo ofrecido es igual a la cantidad de empleo demandado, por lo que el desempleo corresponde a un estado de desequilibrio voluntario en el mercado de trabajo.

Este desequilibrio voluntario encuentra su causa en dos circunstancias: la primera de ellas, la intervención del Estado a través de medidas legislativas que tienden a petrificar límites mínimos de salario – situación que por su parte contiene implícita la idea de no intervención del Estado en la economía – y la segunda, las organizaciones de trabajadores que por su parte se resisten a la caída de los salarios en la dinámica del mercado de trabajo. Así lo expresa Kicillof:

“Desde la perspectiva marginalista, el desempleo es, por tanto, un caso de desequilibrio en el mercado de trabajo. Alguna fuerza impide que el salario descienda hasta alcanzar el nivel correspondiente al pleno empleo. Los responsables de aplicar esta fuerza que dificulta el ajuste del salario son habitualmente dos: el Estado y los trabajadores organizados. Ambos – separadamente o en complicidad – se resisten a las caídas del salario, sea por medio de la legislación o las medidas de fuerza” (2010, p. 273).

Es de esta forma como se concluye que para la teoría clásica “[e]l empleo, la producción y los salarios reales, están determinados por la condición de equilibrio en el mercado de trabajo (...) donde la flexibilidad de los salarios nominales garantiza el pleno empleo”. (Fernández, 2007, p. 37).

Nuevamente aparece la idea de un precio de equilibrio producto de la libre interacción de las fuerzas de oferta y demanda, pero ahora, no solo en el mercado de bienes, sino también en el mercado de trabajo. Los teóricos neoclásicos no solamente defenderán la flexibilidad de los salarios para garantizar el pleno empleo, sino que adicionalmente formularán una defensa del salario con base en la productividad marginal del trabajo, vale decir, el salario debe ajustarse a los parámetros de productividad de cada uno de los trabajadores:

Estos postulados propuestos por la revolución marginalista y su consolidación en la propuesta teórica de Marshall tuvieron un gran auge después del acaecimiento de la depresión de 1870 y hasta los inicios de la segunda década del siglo XX, época que por su parte fue denominada “*la bella época*”, no solo por la configuración de un modelo económico robusto que significó grandes avances en el desarrollo económico, sino también por el impulso de grandes movimientos sociales y culturales que hicieron de los inicios de siglo una época de gran reconocimiento en la historia mundial.

Desde esta digresión teórica propuesta por la escuela neoclásica frente a los postulados de los economistas de la escuela clásica, se puede concluir que, si bien existen diferencias entre las teorías del valor propuestas por una y otra escuela, en las que las proposiciones de la segunda integran un complemento a los postulados de la primera, tales diferencias no alteran de manera sustancial el papel que el Estado ha de ejercer en un modelo de libre dinámica del mercado, y de la misma forma, no se genera un aporte adicional a la construcción del concepto de Derecho Económico más allá del reconocimiento normativo de los derechos y libertades económicas.

Así, el aporte que las escuelas clásica y neoclásica entregan a la construcción contemporánea del Derecho Económico se sigue centrando en el reconocimiento y garantía normativa de los derechos y libertades de contenido económico por parte del Estado, pues aunque parezca que para esta escuela nuevamente el papel que debe cumplir el Estado es casi nulo, sin el reconocimiento y garantía de la propiedad privada y de otros derechos, el sistema económico no podría funcionar.

Sin embargo, tuvo que sobrevenir la primera guerra mundial en 1914 y el posterior advenimiento de la gran depresión de 1929 para que se reformulara la concepción económica propuesta por el modelo marginalista, cuyos aportes se habían consolidado como la teoría económica imperante durante varias décadas.

2.3. El intervencionismo de Estado – Modelo económico keynesiano.

Frente a las consecuencias de la crisis económica y el papel que el Estado hubo de asumir en la economía a partir de tal evento Stiglitz expresa:

“La Gran Depresión, en la que la tasa de paro de Estados Unidos alcanzó el 25% y su producto nacional disminuyó alrededor de un tercio con respecto al máximo registrado en 1929, fue el acontecimiento que más cambió la actitud hacia el Estado. Se llegó al convencimiento (y con

razón) de que los mercados habían fallado claramente, lo que dio lugar a enormes presiones para que el Estado hiciera algo.” (2000, p. 14).

Será entonces John Maynard Keynes (1883-1946), un economista formado en el seno de la escuela marginalista, quien ostente un papel protagónico en la configuración de una nueva teoría económica que responda a los grandes interrogantes producidos en el nuevo panorama impuesto por la posguerra y la crisis económica de la tercera década del siglo XX.

Los acontecimientos que soportaron la caída de la teoría económica clásica (neoclásica) y la necesidad de proponer una nueva teoría que respondiese al desolado y desconocido contexto económico, correspondieron entre otros a la abrupta interrupción del comercio internacional como consecuencia de la ejecución de la primera guerra mundial, así como los elevados niveles de inflación, deflación y desocupación que caracterizaron al escenario de la posguerra (Kicillof, 2010, p. 255), situaciones que desde ninguna perspectiva fueron consideradas por la teoría clásica y que constituyeron el elemento esencial para su desvanecimiento.

Es allí donde surge el gran aporte del keynesianismo, sustentado en la reactivación de las variables (macro)económicas devastadas por la gran depresión – ocasionada en todo caso por los postulados de la economía clásica – que dependen de la actuación de un Estado que ya no cumpla con un papel netamente observador del contexto económico, sino que se convierta en un agente económico fundamental que, a través del gasto público y de la intervención económica, deba reducir las tasas de desempleo, impulsar las variables macroeconómicas y amortiguar los ciclos económicos, aunque ello traiga como consecuencia el incremento del déficit fiscal.

De esta manera lo sustenta Keynes en su famosa obra *“Teoría general de la ocupación el interés y el dinero”* (1936), en la que, con las siguientes palabras, expresa su desacuerdo con la teoría clásica de Smith y David Ricardo y el complemento ofrecido por la teoría marginalista:

“Sostendré que los postulados de la teoría clásica sólo son aplicables a un caso especial, y no en general, porque las condiciones que supone son un caso extremo de todas las posiciones posibles de equilibrio. Más aún, las características del caso especial supuesto por la teoría clásica no son las de la sociedad económica en que hoy vivimos, razón por la que sus enseñanzas engañan y son desastrosas si intentamos aplicarlas a los hechos reales.” (p. 15).

Esta afirmación supone el distanciamiento y la crítica que Keynes formula a su maestro Marshall y a todos los teóricos del pensamiento económico cuyas ideas llevaron a la crisis. Será Keynes entonces un crítico del pensamiento clásico y el determinador de las nuevas ideas del pensamiento económico que constituirán el nuevo modelo económico que se mantendrá aplicable durante un poco más de tres décadas.

Es así como Keynes al encontrarse con los desafíos teóricos de inflación extrema, deflación, crisis y recesión – desafíos a los que la teoría clásica no fue capaz de hacer frente – pasa de ser un ortodoxo marginalista a separarse por completo de la doctrina marshaliana.

Para Keynes la teoría clásica no solo está constituida por los aportes propuestos por Smith y David Ricardo, sino que esta también incluye los complementos de la teoría marginalista de Marshall, por lo que su crítica va dirigida a la formulación teórica que resultó de la confluencia del pensamiento de estos autores (Keynes, 1936. p. 15).

Desde esta perspectiva, resultan ser de vital importancia dos puntos de la ruptura teórica propuesta por Keynes frente a los clásicos: el primero de ellos corresponde a la conceptualización que los clásicos hicieron del dinero como una medida de valor, lo que por su parte indicaba que para estos el dinero no tenía un valor por sí mismo por lo que se convertía en un medio de circulación carente de valor (Kicillof, 2010, p. 265); el segundo corresponde a la teoría del desempleo, toda vez que la teoría clásica presupone un estado de plena ocupación en el que todos los bienes y recursos están colocados en el mercado presuponiendo la inexistencia de desempleo y determinando el equilibrio como sinónimo de pleno empleo (Kicillof, 2010, p. 266).

Es a partir de estas premisas que se constituye la crítica de Keynes a la teoría económica clásica, y la formulación de una nueva teoría económica que responda al contexto económico de la posguerra y la crisis.

Para Keynes la formulación teórica de los clásicos, según la cual la economía siempre tiende a un estado de equilibrio en el que se verifica el pleno empleo, no es una afirmación adecuada, toda vez que existen en la realidad económica circunstancias ajenas al pleno empleo que también pueden constituir puntos de equilibrio, vale decir, la convergencia o llegada al punto de equilibrio defendido por los clásicos, no supone siempre la existencia de pleno empleo, y a su vez, el pleno empleo no supone un único punto de equilibrio. De esta forma lo expresa Fernández:

“La existencia de múltiples puntos de equilibrio, que dependen de las condiciones de la demanda agregada y del mercado monetario, es la diferencia crítica de los modelos Keynesianos con el modelo clásico (...) vale la pena señalar que J. M. Keynes subrayó, al inicio del primer capítulo de la *Teoría General* que, en su opinión, el equilibrio clásico al nivel de pleno empleo era ‘un punto límite de todas las posiciones posibles de equilibrio’ (2007, p. 60).

Ello por su parte implica entender que para Keynes, en el nuevo contexto económico, la consolidación del pleno empleo no es el único punto de equilibrio al que puede dirigirse la economía, sino que por el contrario, el pleno empleo es solo uno de los tantos puntos de equilibrio a los que se podría llegar, por lo que se debe “abandonar la premisa que reza que el sistema está siempre en un estado de plena ocupación. (...) [pues] el sistema tiene múltiples posiciones de equilibrio, y no una sola que coincida con el pleno empleo” (Kicillof, 2010, p. 268). De esta forma la teoría de Keynes pretende explicar las leyes de los precios, los salarios y la tasa de interés en condiciones de desempleo.

Desde esta perspectiva, la teoría keynesiana determinó que la causa del desempleo no se encuentra en la rigidez de los salarios producida por las exigencias de los trabajadores organizados o por la

legislación del Estado, sino que por el contrario el desempleo tiene su causa en la intención de los empresarios de no invertir lo suficiente para lograr el pleno empleo, lo que por su parte implica que la demanda no debe ser analizada en el contexto unificado de la teoría clásica sino que debe estudiarse desde dos perspectivas: demanda de consumo y demanda de inversión. De esta manera lo expresa Kicillof:

“El punto de partida es distinguir en el estudio de la demanda que los bienes que produce la economía tienen dos usos diferentes: o bien se destinan al consumo inmediato de los particulares o bien son adquiridos por las empresas para ampliar su equipo productivo y formar parte de la inversión del período. Demanda de consumo y demanda de inversión son los dos componentes en los que se divide la demanda global.” (2010, p. 280).

El problema de Keynes se centrará en entender que, a diferencia de lo defendido por los clásicos, la demanda no solo se constituye por el consumo, sino que existe una demanda global que estará integrada, entre otros elementos, por la demanda de consumo y la demanda de inversión.

Tal diferenciación en la demanda global resulta útil a partir del entendimiento de la propensión a consumir como concepto que justifica la caída de la inversión. Cuando los ingresos suben estos no se reflejan en la demanda de inversión sino que por el contrario hacen que las personas tiendan a consumir en mayor cantidad (propensión a consumir), aunque no en la misma proporción del ingreso, lo que implica un incremento en la demanda de consumo y la consecuente caída de la demanda de inversión.

El mismo Keynes establece una relación directa entre la demanda de consumo y de inversión cuando afirma que *“La demanda efectiva que trae consigo la plena ocupación es un caso especial que solo se realiza cuando la propensión a consumir y el incentivo para invertir se encuentran en una relación mutua”* (Keynes, 1936, p. 36).

Desde esta perspectiva el problema radica en que la propensión a consumir aumenta la demanda de consumo pero no en la misma proporción que el incremento de la producción (que es lo que hace que el ingreso crezca), razón por la cual quedan algunos bienes producidos sin ser consumidos. Para ello es necesario que exista una demanda de inversión que sea la que cubra esta diferencia (Kicillof, 2010, p. 281).

Desde esta perspectiva se observa una gran diferencia entre la teoría clásica y la propuesta teórica de Keynes: para los clásicos la causa del desempleo es la rigidez en los precios de los salarios, para Keynes el origen del desempleo se encuentra en la debilidad de la demanda de inversión toda vez que los empresarios no invierten lo suficiente para la consecución del pleno empleo.

De esta forma, si los empresarios no invierten lo suficiente para procurar el pleno empleo de los recursos, es decir, no incentivan la inversión, debe ser el Estado el que entre a complementar o sustituir esta caída de la inversión.

Así, en relación con el mercado de trabajo Fernández afirma que “(…) *la concepción keynesiana de la estructura económica permite suponer que, en ausencia de intervención estatal, la situación de pleno empleo será la excepción, no la regla.*” (2007, p. 44). De allí que surja en el modelo Keynesiano un importante rol para el Estado, quien asume la posición de un agente económico fundamental a través del concepto de inversión (gasto público) para lograr el pleno empleo de los recursos.

Si bien la teoría keynesiana no encuentra su culmen en la determinación de una teoría de la ocupación, sino que también se construye a partir de un complemento teórico con el análisis del mercado de bienes y el mercado de dinero, consideramos que la explicación keynesiana de la teoría de la ocupación dota de grandes fundamentos a la idea de que en el nuevo modelo económico el papel del Estado como interventor de la economía resulta de vital importancia para resarcir las omisiones de la teoría clásica previstas en el contexto histórico referido.

Desde esta perspectiva, siendo el Estado un agente esencial en la formulación y desarrollo del modelo Económico, a través del concepto de intervención, resulta del todo importante establecer que de aquí subyace otro de los elementos esenciales del concepto contemporáneo de Derecho Económico, el cual corresponde a la intervención del Estado en la ordenación de la economía.

Como se mencionó con precedencia, aunque para aquella época histórica no se hablara de Derecho Económico *strictu sensu*, se debe establecer que en el pleno auge del Estado de Derecho, la determinación del principio de legalidad hace que las facultades de intervención del Estado en este modelo económico deban responder a los procedimientos y autoridades competentes para dotar de validez a las normas del ordenamiento, razón por la cual, aunque no exista una rama del derecho con un objeto de estudio específico como el analizado en este trabajo, de la consolidación del modelo keynesiano se puede inferir que las características jurídicas de la época permiten aportar al concepto de Derecho Económico el componente de regulación jurídica de la intervención del Estado en la economía, elemento que resulta fundamental en la conceptualización contemporánea del Derecho Económico.

El Derecho Económico contemporáneo – como ya se dijo – constituye un conjunto normativo que dota al Estado de competencias para garantizar la interacción de los agentes económicos y de esta manera propender por la estabilidad del sistema económico. Pues bien, a partir de los aportes de la teoría económica keynesiana ha de entenderse que tal finalidad no se logra con el simple papel de observador y garante de los derechos y libertades de naturaleza económica, sino que adicional a lo anterior, se le exige al Estado un papel más activo en la procuración de tal fin.

Este papel activo implica reconocer al Estado como un agente económico que a través de sus decisiones orienta el devenir del sistema económico para garantizar que las relaciones de los agentes económicos produzcan la más óptima asignación de recursos. Pero estas decisiones del Estado no pueden ser arbitrarias, han de tener un margen de actuación que en todo caso ha de ser señalado por el ordenamiento jurídico. Se consolida con esto otro de los elementos del Derecho Económico contemporáneo.

En resumen, este contexto histórico permite representar a grandes rasgos – sin el agotamiento de todos y cada uno de sus postulados – dos grandes teorías económicas a partir de las cuales se generan modelos económicos contrapuestos, el clásico y el keynesiano, en los cuales el papel desempeñado por el Estado en el contexto económico puede servir como punto de referencia para el estudio de modelos económicos contemporáneos, y de los cuales también se pueden sustraer, en clave de antecedente, como hasta aquí se ha procurado, algunos de los elementos esenciales y principales alcances del concepto de Derecho Económico aplicable en la actualidad.

Sin embargo, así como la economía clásica no logró imponer un modelo económico perfecto, toda vez que sus postulados tuvieron una caída libre con el acaecimiento de la crisis económica de los años 30, para el intervencionismo keynesiano esta meta tampoco fue alcanzada con éxito, pues, tras la segunda guerra mundial, la aplicación del modelo propuesto consolidó la estructuración de un Estado vigoroso que tenía a su cargo la intervención activa de la política industrial, y la prestación directa de sistemas de protección como la educación y la seguridad social, entre otros, situación que por su parte generó una significativa alza inflacionaria y un progresivo incremento del déficit fiscal, llevando a la indetenible caída del modelo económico que soportó al Estado de bienestar.

2.4. La consolidación del Neoliberalismo.

Con el acaecimiento de la crisis del petróleo de 1973 se propició la debacle del modelo intervencionista, pues la gran dependencia del petróleo de los países industrializados hizo que la decisión de la organización de países árabes exportadores de petróleo de no exportar más crudo a algunos países inmersos en la Guerra del Yom Kipur, y la consecuente subida de los precios del hidrocarburo, generara grandes fenómenos inflacionarios que por su parte afectarían la economía mundial.

De otro lado el estancamiento de la industria, producto de la escasez del crudo, generó a su vez altos niveles de desempleo propiciando con ello un nuevo contexto económico denominado estanflación, en el cual, pese a las posturas keynesianas que negaban la coexistencia de desempleo e inflación al mismo tiempo, las economías experimentaron incrementos en los precios de los bienes producidos por la industria como consecuencia de la subida de sus costos de producción y adicionalmente la caída de la industria reflejó significativos índices de desocupación, lo que en la realidad supuso la configuración del supuesto rotundamente negado por la teoría keynesiana y marcó la caída de este modelo.

Este contexto económico, en el que la solución propuesta por el modelo intervencionista no dispuso de una solución eficaz a los problemas de la economía, supuso la inmediata evaluación del papel que el Estado debía asumir en la economía, sustentándose, ya no en los fallos de mercado que consolidaron la caída del modelo económico clásico, sino en los fallos del Estado, que por su parte determinaron el desvanecimiento del modelo intervencionista:

“Aunque los fallos de mercado impulsaron a los países occidentales a adoptar los grandes programas públicos de los años treinta a los años sesenta, en los setenta y en los ochenta

las deficiencias de estos programas indujeron a los economistas y a los politólogos a investigar los fallos del Estado. ¿En qué condiciones no funciona bien el Estado? ¿Fueron meros accidentes los fracasos de los programas públicos o un resultado predecible de las características inherentes de las actividades del Estado? ¿Pueden extraerse consecuencias para la elaboración de los programas futuros?” (Stiglitz, 2000, p. 16).

Es de esta forma – presentándose en la mayor parte de la década de los años 70 del siglo XX la ya referida estancación en la economía mundial – como se reasumen postulados propios de la economía clásica y se configura la estructura de un “nuevo” modelo económico, que se verificó, por ejemplo, en los cambios introducidos por la dictadura de Pinochet en Chile a partir de 1973, y se reconoció posteriormente en Inglaterra bajo el gobierno de Margaret Thatcher en 1979 y la década del 80, y en Estados Unidos bajo el gobierno de Ronald Reagan a partir de 1981, y que se denominó “neoliberalismo”.

Desde esta perspectiva, como lo reconoce Harvey (2007):

El neoliberalismo es, ante todo, una teoría de prácticas político-económicas que afirma que la mejor manera de promover el bienestar del ser humano consiste en no restringir el libre desarrollo de las capacidades y de las libertades empresariales del individuo dentro de un marco institucional caracterizado por derechos de propiedad privada fuertes, mercados libres y libertad de comercio. El papel del Estado es crear y preservar el marco institucional apropiado para el desarrollo de éstas prácticas. (...) Pero el Estado no debe aventurarse más allá de lo que prescriban estas tareas. La intervención estatal en los mercados (una vez creados) debe ser mínima (...) (p. 6).

Analizado lo anterior en otros términos, el neoliberalismo propone un modelo económico bajo el cual la propiedad de los medios de producción y la prestación de los servicios regresa a manos de los privados a partir de procesos de privatización y desregulación, los mercados se llevan a un proceso de liberalización, y el Estado asume un papel mínimo en el contexto económico, que se limita a la garantía de un marco institucional que permita el correcto funcionamiento del mercado, y la intervención solamente en los casos en los que este no pueda funcionar correctamente o no exista. De esta manera lo reconoce Stiglitz cuando afirma que el Estado tiene limitaciones y que por lo tanto “(...) *este debe intervenir únicamente en los campos en los que son más importantes los fallos de mercado y en los que existen pruebas de que su intervención puede suponer una gran mejora.*” (2000, p. 18).

Así, la consigna principal de la configuración de este nuevo modelo se reduce a reconocer “tanto mercado como sea posible, y tanto Estado como sea necesario”, pues como lo afirma Giraldo: “*Desde la crisis del keynesianismo al final de los años 60 ha surgido el paradigma del desmonte del intervencionismo estatal, restableciendo un mayor papel del mercado en el proceso de asignación de los recursos de la sociedad (...)*” (2009, p. 59).

Para ello, el mismo Harvey expresa, refiriéndose al Estado Neoliberal, que aquel resulta ser:

“[Un] aparato estatal cuya misión fundamental [es] facilitar las condiciones para una provechosa acumulación de capital tanto por parte del capital extranjero como del doméstico (...) las libertades que encarna reflejan los intereses de la propiedad privada, las empresas, las compañías multinacionales y el capital financiero”. (2007, p. 13).

Así, se puede concluir entonces que el modelo neoliberal supone la reinserción de postulados de la teoría económica clásica (neoclásica de Walras, Jevons y Marshall), a través de los cuales el desarrollo económico debe partir del libre ejercicio de la dinámica del mercado, y postulados de la teoría económica intervencionista, a través de los cuales se justifica la intervención del Estado en la economía cuando el libre mercado no puede funcionar por sí mismo, sin embargo, ha de aclararse, esta intervención ha de reducirse a su mínima intervención posible.

De esta forma, podría entenderse el modelo económico neoliberal como una confluencia de los principales modelos económicos, que sin embargo, le otorga un papel más relevante a la teoría clásica y al juego del libre mercado, acudiendo de manera subsidiaria a la intervención del Estado en los eventos en los que sea necesaria.

En este modelo el papel del Estado resulta relevante, pero siempre en subsidio de la dinámica del libre mercado, y de la misma forma, el aporte que este modelo genera a la construcción del concepto de Derecho Económico, no resulta de menor importancia, pues a partir de las características propias del modelo neoliberal se puede inferir la integración de los elementos esenciales del concepto propuesto.

Así, el Derecho Económico como marco jurídico que determina la forma como el Estado debe ordenar su economía, presupone – en este modelo – que tal configuración debe partir del reconocimiento jurídico de los derechos y libertades económicas, así como su garantía efectiva, y de la misma forma determinar los límites que el Estado tiene en su intervención frente a estos derechos y libertades, estableciendo adicionalmente los mecanismos a través de los cuales el Estado puede intervenir en ausencia de un mercado eficiente, para lo cual se incorpora con la mayor importancia el concepto de *Regulación Económica*, que será estudiado con posterioridad.

Capítulo II

DERECHO ECONÓMICO COLOMBIANO: CONSTITUCIÓN ECONÓMICA Y MODELO JURÍDICO – ECONÓMICO.

Habiendo realizado una breve descripción del concepto de Derecho Económico y de los principales aportes que los modelos propuestos por la teoría económica moderna le han donado a esta construcción conceptual, resulta ahora relevante realizar un análisis de la concepción jurídica del modelo económico colombiano vigente, asumido desde la expedición de la Constitución de 1991.

Desde ya ha de reconocerse que la existencia de una Constitución Económica que incorpora un especial modelo jurídico-económico en el ordenamiento colombiano, así como de otras categorías normativas cuya finalidad se centra en mantener la estabilidad del sistema económico y del modelo asumido en la norma superior, da cuenta a su vez de la conformación de un conjunto especial de normas que se integran en un particular objeto interdisciplinar de estudio que en el presente trabajo hemos venido denominando Derecho Económico. En tal orden de ideas, el presente capítulo, junto con los siguientes, se dedicarán a abordar los principales instrumentos normativos que dan cuenta de la existencia de un Derecho Económico colombiano.

De esta manera la pretensión principal de este capítulo corresponde a la determinación de los elementos esenciales que componen el modelo económico asumido por la Constitución, a partir de los aportes sustraídos de las teorías analizadas en el capítulo precedente y en torno a la íntima relación existente entre el modelo económico y su desarrollo dinamizado en los conceptos de Constitución Económica y de Derecho Económico.

Desde esta perspectiva podría afirmarse de manera preliminar y con base en las formulaciones teóricas aportadas en el primer capítulo del presente trabajo contrastadas con la realidad actual, que el modelo asumido por el Estado Colombiano a partir de la vigencia de la Constitución de 1991 – y por muchos otros Estados – corresponde al modelo económico neoliberal.

Esta afirmación preliminar subyace de la nueva concepción del papel que debe asumir el Estado en las relaciones económicas de la contemporaneidad, y que bien describe Montero (2014), cuando afirma que:

“En las últimas décadas se ha producido una decisiva transformación del papel del Estado en la actividad económica. En toda Europa se ha producido una significativa reducción de la actividad prestacional de las administraciones públicas. Las administraciones han renunciado a los derechos exclusivos para la prestación de numerosos servicios en especial las denominadas industrias en red (. . .) y, más allá, han abandonado la prestación directa de servicios, privatizando las empresas públicas existentes (. . .) Incluso en sectores en los que se mantienen empresas públicas, es en un entorno de competencia con operadores”. (p. 19).

De aquí que se pueda entender, en clave de las principales proposiciones de los modelos económicos modernos, que en la actualidad el Estado ya no ejerce un papel interventor como aquel que se vislumbraba en el modelo económico keynesiano, en el que este actuaba como un agente económico que prestaba servicios a partir de la consolidación y ejecución del concepto de gasto público, sino que por el contrario, en la actualidad, el Estado se desprende de muchas de las actividades que desarrolló desde la consolidación de un modelo interventor en la segunda postguerra y hasta el tercer cuarto de siglo del siglo XX, para dejar todas estas actividades en manos de los privados, quienes en una dinámica de mercado competido comienzan a ejecutar nuevamente actividades económicas que antes estaban adjudicadas al Estado, consolidándose de esta forma un modelo económico en el que el papel del Estado en la actividad económica se reduce, y el desarrollo de las relaciones económicas responde a la máxima *“tanto mercado como sea posible, tanto Estado como sea necesario”*, premisa propia del modelo neoliberal, y de las economías mixtas propuestas por Stiglitz (2000), según las cuales la intervención del Estado ahora es un problema de graduación.

Esta afirmación integra la posibilidad de que el Estado permanezca como un agente con mesurada relevancia en las relaciones económicas y otorga el papel principal a la dinámica de mercado, bajo la cual, los operadores privados deben encargarse de la provisión de servicios que satisfagan las necesidades de los agentes económicos, dejando al Estado una facultad de participación subsidiaria en los mismos, siempre bajo la dinámica de la competencia y, en la mayoría de los casos, solamente bajo el supuesto de que los agentes privados no tengan la capacidad o la intención de asumir de manera directa la prestación de tales servicios.

Así, la configuración de relaciones económicas en las cuales se deja a la dinámica del mercado la prestación de los servicios que satisfacen necesidades de los agentes económicos, y se limita la participación del Estado a aspectos específicamente determinados, permite inferir la consolidación de

un modelo económico neoliberal, en el que la economía de mercado asume una posición privilegiada y por su parte el Estado solamente participa en ausencia de las virtudes del libre mercado.

Sin embargo, para establecer con un criterio de certeza el modelo económico asumido por la Constitución de 1991 resulta apresurado valerse únicamente de las proposiciones teóricas aportadas por la teoría económica. Para ello es necesario efectuar un análisis en clave constitucional para de esta forma determinar que el modelo asumido por la Carta Política no es un simple modelo económico, sino que por el contrario se constituye en un modelo jurídico-económico que no se petrifica y que es susceptible de ductilidad de acuerdo con las diversas coyunturas económicas y políticas que se desarrollan en una sociedad.

De esta forma, procederemos a analizar la integración de la Constitución Económica para proseguir con la determinación y delimitación del modelo jurídico-económico asumido por la Carta Política de 1991.

1. La Constitución Económica colombiana.

El modelo de Estado instituido a partir de la vigencia de la Constitución de 1991 corresponde al denominado Estado Social de Derecho, que a partir de la amplia configuración hermenéutica desarrollada por la Corte Constitucional Colombiana, también ha sido denominado Estado Social y Democrático de Derecho.

La asunción de un modelo de Estado Social, integrado como tal desde las preceptivas superiores del ordenamiento jurídico, supone la configuración de una estructura estatal cimentada en los principios y valores de la dignidad humana, la solidaridad, la libertad y la igualdad.

Para ello, la Constitución de 1991 desarrolló una estructura axiológica y principialista a partir de la cual dotó de grandes responsabilidades al Estado, quien por su parte está instituido para garantizar a todos sus asociados el marco fundamental de derechos y finalidades dispuestos en la parte dogmática de la Carta Jurídico-Política implementada por el pueblo soberano de Colombia.

Desde esta perspectiva, el modelo de Estado asumido por el ordenamiento superior supone un cambio de paradigma en relación con las principales funciones y atribuciones otorgadas a las instituciones estatales, pues como se ha reconocido reiteradamente en la doctrina nacional e internacional, el Estado Social de Derecho ya no centra su análisis en el simple reconocimiento formal de los derechos, sino que por el contrario tiene su centro en el reconocimiento material – a los sujetos de derechos – de los principios y valores consagrados en la Constitución.

Para ello la estructura axiológica del Estado ha sido complementada con una estructura orgánica que se instituye para materializar los contenidos fundamentales que integran el concepto de Estado

Social de Derecho y de esta manera asegurar la plena garantía y reconocimiento de los derechos de los residentes en el territorio colombiano.

Dentro de esta estructura orgánica la Constitución de 1991 ha determinado un marco de competencias y funciones asignadas a las autoridades públicas y a los particulares, con el propósito de cumplir con los objetivos, finalidades y cometidos propuestos en el preámbulo constitucional, así como en los artículos iniciales de la carta fundamental.

Es así como la Corte Constitucional, haciendo una interpretación acerca de la configuración del modelo de Estado asumido por el constituyente colombiano, dispuso que:

“La incidencia del Estado social de derecho en la organización sociopolítica puede ser descrita esquemáticamente desde dos puntos de vista: cuantitativo y cualitativo. Lo primero suele tratarse bajo el tema del Estado bienestar (welfare State, stato del benessere, L’Etat Providence) y lo segundo bajo el tema de Estado constitucional democrático. La delimitación entre ambos conceptos no es tajante; cada uno de ellos hace alusión a un aspecto específico de un mismo asunto. Su complementariedad es evidente”. (Sentencia T-406 de 1992).

A partir de lo afirmado por la Corte podría considerarse – como lo reconocen algunos teóricos de la contemporaneidad desde una perspectiva crítica – que la configuración del Estado Social del Derecho como un Estado de Bienestar supone la asunción de varios retos tanto teóricos como prácticos, toda vez que esta forma de configuración estatal se ha visto afectada por los diferentes contextos históricos y económicos, al punto de que se habla de una reevaluación integral en su configuración. En este sentido afirma Chevallier que “[i]lustrada por tentativas recurrentes de frenado de los gastos sociales, la reevaluación del Welfare State se traduce sobre todo por una ruptura progresiva de la concepción misma de las políticas sociales.” (2011, p. 115).

Los retos teóricos suponen superar las fallas por las cuales se presentó la debacle del modelo de Estado de bienestar que ya fueron estudiadas en el capítulo precedente desde la perspectiva del modelo económico keynesiano, y por su parte los retos a nivel práctico se centran en el escenario de la política fiscal del Estado, conforme a la cual se parte del supuesto de que los recursos públicos también son escasos y por lo tanto el déficit fiscal de los Estados se convierte en el principal problema para garantizar todas las prestaciones a que se compromete un modelo económico como el discutido.

Desde esta perspectiva, la afirmación de Chevallier solo ratifica una idea bastante debatida en la doctrina económica y política tanto nacional como internacional: el desvanecimiento del modelo de Estado de bienestar y la reducción del asistencialismo estatal a través de la política social.

En similar sentido, Giraldo reconoce tal desvanecimiento del Estado de Bienestar, al señalar que:

“Cuando se presentó la crisis del keynesianismo también se presentó la del Estado Benefactor. La crisis, desde el punto de vista económico, se evidenció en la falta de efectividad de la

expansión de gasto público para reducir el desempleo, y desde el punto de vista social y político se acusó al gigantismo estatal como una pesada carga que la sociedad debía soportar.” (2009, p. 54).

Sin embargo, reconocer – como lo afirma la Corte – que el Estado Social de Derecho se encuentra integrado por las perspectivas teóricas del Estado de Bienestar y del Estado Constitucional y Democrático de Derecho, no supone *per se* la resurrección jurídica del modelo de Estado de bienestar, sino que por el contrario debe suponer que la configuración del Estado Social y Democrático de Derecho se inspira en los postulados de asistencia de la persona humana y por lo mismo dota al Estado de sendas responsabilidades que en la mayoría de los casos han de reconocerse de manera progresiva.

En tal sentido, este modelo de Estado no responde en estricto sentido a la asunción de un modelo estrictamente intervencionista y benefactor, sino que por el contrario – haciendo un análisis sistemático de los contenidos superiores – el Estado Social de Derecho representa un modelo en el que el Estado tiene como epicentro a la persona humana, garantiza las libertades económicas de sus asociados y asume un papel importante en la dinámica económica a partir del concepto de gasto público social, sin dejar de lado el rol de los agentes privados en el desarrollo del sistema económico.

Desde esta perspectiva, al asumir que el Estado Social de Derecho se integra teóricamente a partir de los contenidos propios del Estado de Bienestar y del Estado Constitucional y Democrático, se puede inferir de manera directa que la cláusula del Estado Social de Derecho supone: *i*) un reconocimiento de derechos a partir de la configuración de un sistema jurídico estructurado, y a la vez *ii*) la consolidación de un sistema económico a partir del cual el Estado organiza los mecanismos con fundamento en los cuales ha de asegurarse la garantía de esos derechos reconocidos en la instituciones jurídicas vigentes, integrando la actividad de los privados y del mismo Estado en la dinámica económica de la sociedad.

Esta afirmación se deriva del reconocimiento y aplicación de la denominada “Constitución Económica”, que por su parte constituye un elemento esencial a través del cual el ordenamiento jurídico pretende garantizar los derechos constitucionales estableciendo reglas para la ordenación de la economía, e integrando el más importante instrumento jurídico del Derecho Económico colombiano.

Es así como la misma Corte Constitucional Colombiana ha entendido que esta Constitución Económica:

“(.. .) puede definirse como la parte del Texto Fundamental que sienta los principios superiores que orientan y fundan la posición del Estado en relación con la economía y los derechos de los asociados en este mismo ámbito. A juicio de la Corte, dicha parte de Constitución, se encuentra compuesta por: ‘(.. .) las normas constitucionales que ordenan la vida económica de la sociedad y establecen el marco jurídico esencial para la estructuración y funcionamiento de la actividad material productiva, señalando los fundamentos esenciales que deberán tener en cuenta los operadores económicos (...)’”. (Sentencia C-865 de 2004).

De esta forma, como lo reconoce Ariño, se puede entender que la Constitución Económica “[es] el conjunto de principios, criterios, valores y reglas fundamentales que presiden la vida económico-social de un país, según un orden que se encuentra reconocido en la Constitución.” (2003, p. 175).

Por su parte García-Pelayo entiende la Constitución Económica como un conjunto de “normas básicas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica, o dicho de otro modo, para el orden y proceso económico” (García-Pelayo en Correa, 2009, p. 82).

A partir de lo hasta aquí descrito es dable entender la Constitución Económica como las preceptivas normativas superiores que determinan los valores, principios y derechos en los cuales se encuentra cimentado el sistema económico de un Estado, así como las principales competencias, funciones y herramientas de las que son titulares las autoridades estatales para el ejercicio de la ordenación económica y para el desarrollo de sus facultades de intervención, atribuidas por la misma Constitución.

En ese orden de ideas debe reconocerse que del concepto de Constitución Económica subyacen dos tipos de normas, que son clasificadas por Correa, cuando afirma:

“Dentro de tales normas básicas o fundamentales sobresalen dos categorías (...) y que son, de un lado, la que contempla los instrumentos que autorizan la intervención del Estado en la economía, y de otro, la que impone límites de dicha intervención a través de postulados constitucionales de derechos de naturaleza económica conferidos a los particulares.” (2009, p. 82).

Es así como de la clasificación propuesta por Correa se concluye que la Constitución Económica Colombiana está integrada por: *i)* normas que autorizan la intervención del Estado en la economía y que al tenor de la definición aquí propuesta reconocen competencias, funciones y herramientas para dicha intervención y para la ordenación económica; y *ii)* límites a la intervención del Estado en la economía consolidados a partir del reconocimiento de derechos y libertades económicas a todos los residentes en el territorio colombiano.

Sin embargo, aunque puedan distinguirse estas dos categorías, no debe entenderse que cada una de ellas se ejerce por separado, sino que por el contrario estas tienen una íntima relación en su aplicación. Así lo reconoció la Corte Constitucional Colombiana, cuando al analizar los efectos de las normas de la Constitución Económica enfatizó:

“Las normas que integran lo que la jurisprudencia define como la “Constitución Económica” tienen importantes efectos en lo que respecta al modo e intensidad del juicio de constitucionalidad de las normas legales destinadas a regular la intervención del Estado en la economía. Como se ha visto, las garantías constitucionales propias de la libertad de empresa encuentran su verdadero sentido cuando se les 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 que existe una cláusula general a favor del Estado, que le permite intervenir en el economía con el fin de proteger los bienes y valores constitucionales que se concretizan en las operaciones de intercambio de bienes y servicios.” (Sentencia C-228 de 2010).

Así, debe entenderse que la relación existente entre los dos tipos de normas contenidas en la Constitución Económica es una relación de interdependencia y de mutua limitación, pues, de un lado, los derechos y libertades económicas no son derechos absolutos, toda vez que deben estar enmarcados en la búsqueda del interés general para lo cual se faculta al Estado de la posibilidad de intervención, y de otro lado, la intervención del Estado en la economía encuentra su límite en el respeto y garantía de los derechos y libertades económicas reconocidas en la Constitución, por lo que tal intervención no puede llegar a anular estos derechos.

2. El modelo jurídico-económico colombiano: La Economía Social de Mercado.

La definición del modelo jurídico-económico adoptado a partir de la vigencia de la Constitución de 1991 será abordado en el presente acápite a partir de la delimitación conceptual que sobre el modelo de economía social de mercado ha dispuesto la doctrina jurídica y la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana, intentando determinar los aspectos generales de su fundamento, contenido y alcance.

Para ello se hace necesario aclarar que los aportes de doctrina jurisprudencial que aquí se citan no corresponden en estricto sentido a la elaboración de una línea jurisprudencial, pues lo que pretende el presente acápite es establecer el contenido conceptual del modelo asumido por el ordenamiento superior, más no establecer una elaboración de casos a partir de un problema jurídico con relevancia fáctica del cual se pueda determinar la existencia o inexistencia precedentes constitucionales. Por lo tanto, lo que el lector encontrará aquí no será la determinación de escenarios constitucionales y balances constitucionales al estilo de la propuesta de construcción de líneas elaborada por Diego Eduardo López Medina (2006), sino que por el contrario este texto intentará construir una definición del modelo a partir apartes jurisprudenciales cuyo contenido es eminentemente conceptual y que para el caso específico constituyen mera jurisprudencia indicativa (López, 2006, p. 109 ss.).

De esta forma, se procederá entonces a la construcción de una aproximación conceptual del modelo de economía social del mercado.

Así, aunque el Derecho Económico se entienda como el conjunto de herramientas jurídicas mediante las cuales el Estado aplica su modelo económico, ello no puede implicar de manera directa que sea la Constitución Económica la que determine un modelo económico específico.

Con fundamento en lo anterior ya se mencionó en el presente trabajo que, aunque pareciese que el modelo económico asumido por el Estado colombiano en la realidad fuera el modelo de economía neoliberal, desde la perspectiva jurídica ello no constituye una afirmación del todo plausible, pues la Constitución Política no dispuso un modelo económico específico para regular las relaciones de los agentes que participan en los diferentes escenarios económicos, sino que por el contrario adoptó un modelo jurídico a través del cual se pueda instaurar el modelo económico que se considere con mayores beneficios para la realidad económica del país. De esta manera lo ha entendido la Corte Constitucional Colombiana al establecer que:

“La ‘Constitución económica’ colombiana no es indiferente a las políticas económicas (...) Sin embargo – por el juego de la democracia representativa y participativa que implica una posible alteración de mayorías que encarnan diversos programas económicos, encuentra la Corte obvio que no se haya constitucionalizado un modelo económico petrificado. Esto significa que el Congreso y el Ejecutivo pueden llevar a cabo distintas políticas económicas, siempre y cuando ellas tiendan de manera razonable a cumplir con las normas que regulan la actividad económica del Estado y velar por los derechos constitucionales” (Sentencia C-265 de 1994).

Ello por su parte quiere significar que el Derecho Económico – cuyos criterios, valores, principios y elementos esenciales se encuentran dispuestos principalmente en la Constitución Económica – no opta en sí mismo por la institucionalización o delimitación de un modelo económico determinado para el Estado colombiano, sino que por el contrario, establece los criterios generales a los cuales deben sujetarse las autoridades estatales para adoptar el modelo económico más conveniente según las circunstancias planteadas por determinado contexto económico.

En este orden de ideas, como lo señala Magdalena Correa (2009) “(...) *el concepto [de constitución económica] no es expresión de un modelo económico específico, acabado, que opere como cláusula de cierre del orden económico. A esto se ha aludido siempre con la reconocida noción de la ‘neutralidad económica’ de la Constitución*” (p. 89).

Neutralidad que también ha sido reconocida en el caso colombiano por Uprimny y Rodríguez (2004-2005), quienes por su parte manifiestan que:

“*La constitución colombiana es vinculante como norma jurídica en cuanto establece límites legales a la acción de los poderes públicos, y es valorativa porque consagra principios y valores. Sin embargo, sostenemos que la Constitución también es abierta, porque no constitucionaliza un modelo económico preciso, sino que admite políticas económicas diversas, aunque dentro de ciertos límites normativos y valorativos.*”

La neutralidad económica entonces ha de entenderse como el principio incorporado a nuestra Constitución, según el cual, en el ordenamiento colombiano no existe el reconocimiento jurídico de un modelo económico específico, sino que por el contrario, tal neutralidad implica que, previendo las

dinámicas específicas de cada coyuntura económica, sean las autoridades instituidas por la misma Constitución, quienes determinen los instrumentos de política económica aplicables para cada contexto específico, reconociendo un amplio espectro de actuación en el cual ha de moverse cada uno de los gobiernos que asuman tales coyunturas.

Así las cosas, esta neutralidad de la Constitución Económica no es otra cosa distinta al reconocimiento del principio democrático que otorga a la dinámica de las mayorías y de la deliberación la posibilidad de orientar las decisiones del Estado para el aseguramiento de un sistema económico estable según las condiciones de las diversas coyunturas.

De esta forma, debe entenderse que el modelo económico colombiano supone el reconocimiento de una neutralidad constitucional que permite tomar las decisiones adecuadas en los momentos adecuados partiendo del principio democrático – y con ello de la libertad de configuración legislativa – pues las decisiones democráticas han de nacer siempre en el seno del organismo democrático por excelencia.

“Esta neutralidad está directamente relacionada con el papel que el legislador desempeña en la fijación de contenidos normativos del sistema económico del Estado, papel que procede del principio de legalidad que caracteriza las intervenciones en los derechos e instituciones de todo orden, también de la Constitución Económica.” (Correa, 2009, p. 89).

Así, debe reconocerse el importante papel que asume el órgano legislativo en la configuración del modelo económico que en la realidad ha de adoptarse en el Estado Colombiano, derivado de la determinación del modelo jurídico-económico adoptado en la Constitución Económica, y que encuentra su origen – como ya se mencionó – en las preceptivas contenidas en los numerales 11, 12, 13, 19, 21 y 22 del artículo 150 de la Constitución de 1991, entre otras normas superiores, en las cuales se le atribuye al Congreso la facultad de expedir normas que inciden de manera directa en el desarrollo del sistema económico, entre las cuales se encuentran *i)* establecer las rentas nacionales y fijar los gastos de la administración, elemento fundamental para el desarrollo de la política fiscal del Estado; *ii)* establecer contribuciones fiscales y parafiscales; *iii)* determinar la moneda legal, su convertibilidad y poder liberatorio así como establecer un sistema de pesas y medidas, siendo el primero el principal instrumento para el direccionamiento de la política monetaria del Estado y el segundo un presupuesto para el reconocimiento de los derechos del consumidor; *iv)* dictar normas en materia de crédito público, comercio exterior y cambio internacional, política comercial, actividad financiera, aseguradora y bursátil, todas ellas de vital importancia para el adecuado desarrollo del sistema económico; así como *v)* expedir leyes de intervención económica para el aseguramiento de los fines estatales.

De esta manera la Corte Constitucional al decantó el papel que juega el órgano legislativo en la configuración del modelo económico aplicable:

“La neutralidad económica constitucional confiere al legislador el poder de decantar la mejor opción de orden económico justo del preámbulo constitucional y demás bienes

constitucionales llamados a ser protegidos, pues así lo determina la pluralidad que lo caracteriza, su legitimidad democrático-electoral, el procedimiento público de deliberación y decisión al que está sujeto. Fórmulas que racionalmente aseguran las más amplias garantías para articular con medidas de intervención de todo orden, los bienes constitucionales en juego, la solución de los conflictos, la protección efectiva de los ámbitos iusfundamentales existentes (art. 26, 58, 61, 333 C.P.) y los derechos prestacionales o de igualdad económica (arts. 43, 46, 47, 48, 53, 60, 64, 65, 66 C.P.).” (Sentencia C-644 de 2012).

Desde esta perspectiva, partiendo de su neutralidad económica se puede afirmar que la Constitución Económica debe estar orientada a determinar, de un lado, la forma mediante la cual el Estado debe intervenir en la economía, y de otro, los límites de su intervención a través de la consagración de derechos constitucionales de contenido económico. (Correa, 2009, p. 83).

Con ello, los principios estructurales de la Constitución Económica Colombiana se cimientan, por un lado, en la cláusula del Estado Social de Derecho, a partir de la cual se debe garantizar la igualdad económica de los asociados, y por el otro, el reconocimiento de una economía de mercado en la que el Estado debe garantizar las libertades económicas de todos sus habitantes, constituyéndose así un modelo jurídico-económico que se ha denominado “**Economía Social de Mercado**”.

Para soportar lo anterior resulta del todo preciso replicar el argumento esgrimido por Correa, quien haciendo un análisis comparativo de los sistemas económicos español y colombiano, propone que:

(...) con posibilidad aun de apelar al argumento de la obviedad, se podría concluir que el sistema económico constitucional concebido en España y en Colombia es efectivamente el de la economía de mercado con carácter social, comúnmente denominado como ‘economía social de mercado’, como expresión que adscribe al sistema económico de la Constitución lo libre económico con lo social, a la vez que la aplicación también en el ámbito económico del principio *pro libertate* como supuesto que integra la noción de Estado Social de Derecho. (2009, p. 135).

Desde esta perspectiva, como lo señala Ariño la Economía Social de Mercado es “(...) básicamente, una economía de mercado basada en la libertad e iniciativa privada, que admite ciertas intervenciones del Estado (red de seguridad para garantizar una mínima cobertura y servicios a todos los ciudadanos) complementarias y compatibles con aquella.” (2003, p. 177).

De la misma forma, al referirse al modelo jurídico-económico adoptado en el Estado Social de Derecho Colombiano, la Corte Constitucional Colombiana reconoció la adopción del modelo de Economía Social de Mercado al afirmar que:

“La Carta adopta un modelo de economía social de mercado, que reconoce a la empresa y, en general, a la iniciativa privada, la condición de motor de la economía, pero que limita razonable y proporcionalmente la libertad de empresa y la libre competencia económica, con

el único propósito de cumplir fines constitucionalmente valiosos, destinados a la protección del interés general. Este marco de referencia, a su vez, tiene profundas implicaciones en el modo en que se comprende los derechos y libertades de los agentes de mercado. En ese sentido, la jurisprudencia ha definido de manera consistente y reiterada a la libertad de empresa como un criterio amplio, que en su aspecto más esencial puede definirse como una facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar su patrimonio. Empero ese carácter amplio, como ya se indicó, la libertad económica encuentra su definición concreta a partir de sus componentes particulares: la libertad de empresa y la libre competencia económica.” (Sentencia C-228 de 2010).

La Economía Social de Mercado representa el modelo jurídico-económico que asume en principio el aseguramiento de las libertades económicas de los asociados al Estado Social de Derecho, para que en un marco de libre competencia puedan desarrollar de manera espontánea y voluntaria todas las actividades económicas que les sea dable ejecutar a través del reconocimiento de la libertad de empresa, para lo cual el Estado tiene la responsabilidad de asegurar el acceso y permanencia en el mercado; y por otro lado, a este último le corresponde intervenir en escenarios en los que no existe mercado, o en los que las condiciones específicas de un mercado impiden la libre participación de nuevos agentes económicos o transgreden los derechos y garantías de los consumidores, todo ello a través de la regulación económica, y de otros mecanismos de intervención.

De esta forma lo entendió el máximo tribunal Constitucional del Colombia, cuando dispuso que:

“La Constitución de 1991 al adoptar un modelo de Estado Social de Derecho, introdujo un modelo de economía social de mercado en el que, de un lado, se admite que la empresa es motor de desarrollo social y por esta vía se reconoce la importancia de una economía de mercado y la promoción de la actividad empresarial, pero por otro, se asigna al Estado no sólo la facultad sino la obligación de intervenir en la economía con el fin de remediar las fallas del mercado y promover el desarrollo económico y social.” (Sentencia C-263 de 2011).

Por supuesto que la extensión hermenéutica allí realizada por la Corte, parte de la disposición contenida en el artículo 333 del ordenamiento superior, que reconoce como fundamentos del sistema económico colombiano, por un lado, a la empresa (como motor del desarrollo), por lo que asegura su libre ejercicio y dispone la obligación del Estado de impedir cualquier obstrucción, restricción o abuso de una posición dominante en el mercado, y, por el otro, a la libre competencia, como un derecho de carácter individual y a la vez colectivo, que asegure a los agentes económicos competir en y por el mercado, reconociéndose, como lo hizo posteriormente la misma Corte en una más de su reiterada y justificada jurisprudencia, que:

(...) la Constitución acogió lo que se ha llamado un modelo de economía social de mercado, que propende por armonizar el derecho a la propiedad privada y el reconocimiento de libertades económicas, como la libertad de empresa, la libre competencia y la iniciativa

privada, con la intervención del Estado en la economía, de manera que confluyen la mano invisible del mercado y el brazo visible del Estado. (Sentencia C-263 de 2013).

Brazo visible del Estado que por su parte se ve reflejado en las prescripciones contenidas en el Artículo 334 superior, que le otorga al Estado la dirección general de la economía, y con base en ello la intervención en múltiples áreas para racionalizarla y generar así el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes de Colombia.

Así, el fundamento de la Economía Social de Mercado ha de considerar que al Estado Colombiano le han sido adjudicados dos deberes esenciales:

“De un lado, está llamado a proteger y dar garantías a un mercado libre y competitivo, donde los diferentes agentes que ofrecen bienes y servicios puedan concurrir equitativamente. De otro lado, debe corregir las imperfecciones de ese mercado, pero no solamente en lo que refiere a la promoción de la libre competencia, sino especialmente frente a la vigencia de los derechos fundamentales de las personas, los cuales están necesariamente atados a las situaciones de mercado. De allí que, en últimas, la intervención estatal en el economía se fundamenta en la compatibilización entre el mercado y los fines del Estado Social y Democrático de Derecho. Ello quiere decir, entonces, que lo que se privilegia es la eficacia de los derechos, que deben tener lugar y vigencia en un escenario que alienta un mercado competitivo.” (Sentencia C-837 de 2013).

Desde esta perspectiva, el reconocimiento y garantía de los derechos i) a la propiedad privada – que en el ordenamiento jurídico colombiano corresponde a un derecho de acceso –, ii) a la libertad de empresa – con sus núcleos esenciales de acceso, permanencia y retir del mercado –, y iii) a la libre competencia – como garantía de competencia en y por el mercado –, constituyen el primer deber del Estado Colombiano en relación con la aplicación del modelo de Economía Social de Mercado.

El segundo deber, corresponde a la intervención en el mercado cuando sus condiciones impidan el reconocimiento y efectividad de los derechos económicos previamente descritos, situación en la cual, ante la confluencia de cualquier falla del mercado el Estado, como director general de la actividad económica de Colombia, debe intervenir a través de la denominada “Regulación Económica”.

Así, una vez hecho un análisis sobre el fundamento del modelo de Economía Social de Mercado – el cual recae en la asunción de la neutralidad constitucional como pilar de la Constitución Económica –, así como su concepto, contenido y alcance, corresponderá ahora – en los siguientes capítulos – desarrollar los dos grandes deberes adjudicados al Estado por este modelo y que constituyen el objeto de estudio del Derecho Económico colombiano, para lo cual se analizará la estipulación teórica de los derechos y libertades económicas en el ordenamiento jurídico colombiano (capítulo 3), y la aproximación al concepto y fundamentos de la regulación económica en Colombia, así como la forma en que este concepto se ha visto concretada en nuestro ordenamiento jurídico, haciendo específica referencia al ámbito de los servicios públicos domiciliarios (capítulo 4).

Capítulo III

LOS DERECHOS Y LIBERTADES ECONÓMICAS EN EL MODELO COLOMBIANO DE ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO

ya se concretó en el capítulo precedente, el modelo de Economía Social de Mercado, asumido por la Constitución Económica colombiana, parte del reconocimiento efectivo de los derechos y libertades que aseguran el libre y adecuado ejercicio de las distintas actividades económicas que pueden ejecutar los agentes en un determinado mercado, para luego entrar a reconocer y autorizar el papel que el Estado debe desempeñar, tanto para garantizar el ejercicio de tales derechos y libertades, como para suplir las condiciones de mercado necesarias para tal reconocimiento, cuando estas no puedan ser aseguradas por la dinámica misma del mercado.

Así, el reconocimiento de dos categorías normativas en la Constitución Económica, y de contera en el modelo jurídico económico colombiano – que en todo caso han de reconocerse como concordantes y complementarias –, permite inferir de manera directa que el epicentro del modelo asumido constitucionalmente se encuentra en el reconocimiento y alcance de los derechos y libertades de contenido económico.

Es por ello que para el adecuado y completo entendimiento del modelo jurídico-económico vigente en el ordenamiento colombiano se hace necesario establecer una breve mención acerca de los principales elementos que integran los derechos y libertades económicas garantizadas por la Constitución.

Para ello el presente capítulo abordará un sintetizado estudio sobre el contenido y principales alcances de *i)* el derecho de propiedad, *ii)* la libertad de empresa y *iii)* la libertad de competencia en el

ordenamiento jurídico colombiano, haciendo especial énfasis en su desarrollo y contenido construidos a partir de la doctrina constitucional, para sintetizar así el principal aspecto del modelo de Economía Social de Mercado, y de esta forma poder entender (en el siguiente capítulo) la justificación y operación de las facultades estatales de intervención a través de la regulación económica.

En este orden de ideas, previo a la determinación de los principales elementos de los derechos que se pretenden analizar en el presente capítulo, resulta necesario establecer que la comprensión de las garantías económicas que constituyen el epicentro del modelo económico colombiano ha de realizarse en clave de derechos subjetivos, ello es, como lo define Arango (2012) citando a Maurer, como:

“(...) ‘el poder legal reconocido a un sujeto por medio de una norma legal, para la persecución de intereses propios mediante la exigencia a otro de hacer, permitir u omitir algo’. Según esta definición, es posible distinguir tres características del derecho subjetivo: (i) una norma jurídica, (ii) una obligación jurídica de otra derivada de esa norma, y (iii) un poder jurídico para la consecución de intereses propios reconocidos al sujeto (es decir, una posición jurídica).” (p. 9).

Desde esta perspectiva ha de reconocerse que los derechos y libertades económicas aquí analizados, como derechos subjetivos que son, responden a las características propias de este tipo de derechos descritas por el autor colombiano, y que se resumen en las siguientes: *i)* están reconocidos plenamente en preceptivas normativas, tanto de orden superior, como en regulaciones legales, por lo que conservan plena validez y fuerza normativa en el ordenamiento jurídico, lo que supone su forzoso cumplimiento; *ii)* encuentran un sujeto pasivo como obligado a su cumplimiento, que en la mayoría de los casos se concreta en un sujeto determinado representado en el Estado, y a sujetos pasivos indeterminados representados en la totalidad de los agentes que interactúan en la dinámica de mercado; y *iii)* corresponde a su protección y garantía la estipulación, también normativa, de mecanismos jurídico-procesales para su exigibilidad.

De esta manera, ser procederá al análisis de los principales derechos y libertades económicas reconocidos en nuestro ordenamiento y que integran nuestro Derecho Económico.

1. El Derecho de Propiedad.

Un análisis de los derechos de propiedad debe aceptar que la función su función en todo sistema económico resulta tener una importancia trascendental. Esto por supuesto le otorga a la propiedad, más allá de su trascendencia en el contexto de los diversos ordenamientos jurídicos, una verdadera y profunda significación económica, sin la cual de ninguna manera podrían reconocerse otros derechos de naturaleza económica, o incluso hablarse de la configuración de mercados y de economías, así como de sus ordenaciones jurídicas.

En tal sentido una descripción preliminar y resumida de la importancia económica de los derechos de propiedad supone que sin ella no existirían los mercados, pues los individuos no tendrían incentivos

para producir e intercambiar bienes, y como consecuencia de lo anterior, tampoco existirían los demás derechos y libertades económicas que hoy reconocemos en los ordenamientos jurídicos modernos y concretamente en nuestro Derecho Económico colombiano.

No en vano Ariño afirma que:

“La propiedad es un presupuesto necesario de la libertad económica y por ende de la libertad política (. . .) Como escribió Knight, el contenido real de la libertad de contrato (y de la libertad económica de cada uno, añadimos) depende de lo que uno posea, pues es evidente que solo en esa medida podrá ejercer el ‘poder o capacidad de ordenar la propia vida, acorde con los propios deseos e ideales’, que es en lo que la libertad consiste desde un punto de vista social y político; la propiedad – esto es, el derecho de apropiación sobre las cosas con las características que conlleva – resulta conditio sine qua non de la libertad económica y, por tanto, de la libertad total (de las demás libertades de la persona).” (2003, p. 201).

Es de esta forma como se reconoce al derecho de propiedad, en su estricta función económica, como el fundamento de las libertades económicas – y de todas las demás libertades –, pues no podría concebirse el real ejercicio de la libertad de acceso y permanencia en los mercados, sin antes reconocer y garantizar el derecho a poseer y a detentar el dominio de los bienes y/o servicios que serán objeto de esos mismos mercados.

Así, la propiedad ha sido reconocida al hombre desde los mismos orígenes y antecedentes de las sociedades civilizadas, aunque sea de distintas formas y con diversos alcances. Muestra de ello lo constituye el análisis que, sobre los estadios prehistóricos de la cultura, realiza Federico Engels, quien afirma:

“Por el momento, la clasificación de Morgan se puede resumir así: Salvajismo: período en que predomina la apropiación de los productos de la naturaleza; las producciones artificiales del hombre están destinadas sobre todo a facilitar esa apropiación. Barbarie: período en que aparecen la ganadería y la agricultura y se aprende a incrementar la producción de la naturaleza por medio de la actividad humana. Civilización: período en que el hombre sigue aprendiendo a elaborar los productos naturales, período de la industria propiamente dicha y del arte.” ([1891] 2006, p. 35).

Estos periodos señalados por Engels, determinan cómo desde la construcción prehistórica de las sociedades civilizadas el derecho de apropiación constituye un elemento esencial en la dinámica de producción e intercambio de los distintos grupos sociales. Con ello, desde el mismo salvajismo se reconoce la forma en la que el hombre se apropia de los frutos de la naturaleza a partir del trabajo que ejecuta para su sustracción. De esta forma, todo aquello que se encuentre en la naturaleza constituye una propiedad común a todos los miembros de determinado grupo social, pero aquella propiedad se individualiza a partir del trabajo que para su aprovechamiento realiza un individuo determinado, quien por el hecho de esforzarse en el proceso de sustracción se vuelve propietario individual de aquellos

frutos que en su estado natural y sin su intervención corresponden a todos los miembros del grupo social.

Así lo describió dos siglos antes de los pronunciamientos de Engels el clásico contractualista John Locke, quien reconoció que:

“Aunque la tierra y todas las criaturas inferiores pertenecen en común a todos los hombres, cada hombre tiene, sin embargo, una propiedad que pertenece a su propia persona; y a esa propiedad nadie tiene derecho, excepto él mismo. El trabajo de su cuerpo y la labor producida por sus manos podemos decir que son suyos. Cualquier cosa que él saca del estado en que la naturaleza la produjo y la dejó, y la modifica con su labor y añade a ella algo que es de sí mismo, es, por consiguiente, propiedad suya. Pues al sacarla del estado común en el que la naturaleza la había puesto, agrega a ella algo con su trabajo, y ello hace que no tengan ya derecho a ella los demás hombres. Porque este trabajo, al ser indudablemente propiedad del trabajador, da como resultado el que ningún hombre, excepto él, tenga derecho a lo que ha sido añadido a la cosa en cuestión, al menos cuando queden todavía suficientes bienes comunes para los demás.” (1690, p. 34).

Tal reconocimiento histórico de la propiedad como un elemento esencial para el desarrollo del hombre en sociedad permite inferir de manera razonable que esta institución, en cuanto derecho, no comporta una importancia menor para el perfeccionamiento de las relaciones económicas. Por el contrario, el reconocimiento de la propiedad como derecho supone la base para la garantía de un sistema de libres relaciones económicas en el que los individuos que participan de él puedan disponer de sus bienes y/o servicios, en función de su bienestar individual.

Por ello, partiendo de la importancia de los derechos de propiedad como institución fundamental para la garantía de las libertades económicas, es necesario establecer una aproximación a su conceptualización jurídica, y al alcance que como derecho económico ostenta en el ordenamiento jurídico colombiano.

1.1. El derecho de propiedad en el ordenamiento colombiano.

El derecho de propiedad, o derecho de dominio, ha sido entendido desde las proposiciones del derecho romano como la facultad que tiene un sujeto de usar, gozar y disponer de una cosa.

Es así como González de Cancino establece que desde los romanos se reconocieron como facultades del propietario el *ius utendi*, el *ius fruendi* y el *ius abutendi*, que suponen, en el primero de los casos, la facultad que tiene el propietario de usar la cosa de que es titular, en el segundo, el derecho a producir y consumir los frutos de la cosa, y en el tercero, la facultad de disponer de la cosa que, entre otras, encierra las posibilidades de venderla, destruirla o transformarla. (2003, p. 266).

Esta construcción conceptual del derecho romano ha trascendido hasta nuestros tiempos, configurando como elementos de la propiedad, los mismos que los romanos siglos atrás reconocieron.

De esta forma, integrando los elementos que constituyen el concepto romano de dominio, Arias (citando a Brutau), entendió el derecho de propiedad como:

"(...) 'toda relación de pertenencia frente a un bien' (...) [que representa] el más amplio señorío que se puede ejercer sobre los bienes, como quiera que en el dominio se conjugan todas las facultades que confieren los demás derechos reales individualmente considerados." (2008, p. 115).

Tal proposición es indudablemente un reconocimiento a los elementos de uso, goce y disposición atribuidos en el derecho colombiano al derecho de propiedad, a partir de la prescripción contenida en el artículo 669 del Código Civil, que en su tenor literal dispone: *"El dominio que se llama también propiedad, es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella, no siendo contra ley o contra derecho ajeno"*.

Estos atributos normativos, reconocidos a partir de la regulación que sobre tal institución establece el Código Civil Colombiano, han sido irradiados por el fenómeno de la constitucionalización del derecho a partir de la expedición de la Constitución de 1991, fenómeno este entendido como *"(...) un proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente 'impregnado' por las normas constitucionales"* (Guastini en Carbonell, 2009, p. 49).

Esta constitucionalización del derecho de propiedad, se verifica en la elevación a rango constitucional del derecho de acceso a la propiedad, contenido en los artículos 60 y 64 de la Carta Política de 1991, que en sus contenidos disponen: *"Artículo 60. El Estado promoverá, de acuerdo con la ley, el acceso a la propiedad. (...)"* y *"Artículo 64. Es deber del Estado promover el acceso progresivo a la propiedad de la tierra de los trabajadores agrarios, en forma individual o asociativa (...) con el fin de mejorar el ingreso y calidad de vida de los campesinos."*

Tales disposiciones de orden superior dotan al derecho de propiedad de unas características constitucionales esenciales que se pueden sintetizar en las siguientes:

- a) El derecho de propiedad en el ordenamiento jurídico Colombiano es un derecho de carácter fundamental: Así lo ha reconocido la honorable Corte Constitucional Colombiana quien, haciendo un estudio en sede de control, dispuso que:

"La propiedad, en tanto que derecho individual, tiene el carácter de fundamental, bajo las particulares condiciones que ella misma ha señalado. Justamente los atributos de goce y disposición constituyen el núcleo esencial de ese derecho, que en modo alguno se afecta por las limitaciones originadas en la ley y el derecho ajeno pues, contrario sensu, ellas corroboran las posibilidades de restringirlo, derivadas de su misma naturaleza, pues todo derecho tiene que armonizarse con las demás que con él coexisten, o del derecho objetivo que tiene en la Constitución su instancia suprema." (Sentencia C-595 de 1999)".

De ello se puede considerar que el derecho fundamental a la propiedad en el ordenamiento jurídico colombiano encuentra sus núcleos esenciales en las facultades reconocidas por la legislación del Código Civil, y que tales facultades no representan un derecho de carácter absoluto, pues en todo caso los núcleos esenciales deberán estar limitados o restringidos por las disposiciones que establezca la ley y adicionalmente por los derechos de los demás sujetos que deben coexistir con este.

- b) El Estado debe garantizar el acceso a la propiedad: Ello supone que el ordenamiento jurídico no establece como obligación del Estado garantizar propiedad a todos sus habitantes, pues en aquel sentido el Estado nunca contaría con la capacidad económica suficiente para tal reconocimiento, más lo que la Constitución sí indica como obligación del Estado, es el aseguramiento de las condiciones y requisitos necesarios para que sus asociados tengan acceso a la propiedad, al tenor de lo dispuesto en los artículos aquí analizados. Por todo esto, puede afirmarse que la Constitución no establece como obligación del Estado el aseguramiento de la propiedad en sí misma, sino que este tiene como función esencial el aseguramiento y garantía del acceso a la propiedad, y adicionalmente la protección de la propiedad de quienes la detentan, en los términos del artículo 2 superior que dispone que este está instituido para proteger a los ciudadanos en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades.
- c) Al derecho de propiedad le son inherentes las funciones social y ecológica: Como se mencionó con precedencia, los núcleos esenciales de los derechos de propiedad representan el carácter fundamental de este tipo de derechos, sin embargo, la iusfundamentalidad del derecho de propiedad no supone de manera directa que este sea un derecho absoluto que se pueda ejercer sin limitación alguna, sino que por el contrario su ejercicio está condicionado al cumplimiento de una serie de obligaciones que han sido dispuestas por la ley para i) garantizar el adecuado ejercicio de los derechos de todos los ciudadanos y de esta manera ceder ante el interés general, social o comunitario – función social de la propiedad –, y ii) garantizar la conservación y sostenibilidad del medio ambiente como un derecho constitucional que tiene eficacia normativa – función ecológica de la propiedad –. Así lo ha reconocido la Corte Constitucional Colombiana al afirmar que:

“El derecho de propiedad concede a su titular el poder de usar, gozar, explotar y disponer del bien, siempre y cuando se respeten las inherentes funciones sociales y ecológicas que se derivan del principio de solidaridad. Los límites al derecho de dominio se encuentran encaminados al cumplimiento de deberes constitucionales estrechamente vinculados con la noción de Estado Social de Derecho, por ejemplo la protección al medio ambiente, la salvaguarda de los derechos ajenos, la promoción de la justicia y la equidad y el interés general prevalente.” (Sentencia C-750 de 2015).

1.2. Importancia económica de los derechos de propiedad.

Partiendo de que el derecho de propiedad en el ordenamiento jurídico colombiano ostenta unas características especiales, acordes con su categoría de derecho constitucional-fundamental, se hace

necesario establecer la importancia que este derecho incorpora en el desarrollo de las relaciones económicas.

En este orden de ideas Posner, al pretender explicar la teoría económica de los derechos de propiedad, formula un ejemplo en el que concluye la principal función económica de este tipo de derechos, para lo cual propone lo siguiente:

“Imaginemos una sociedad en la que han sido abolidos los derechos de propiedad. Un agricultor siembra trigo, lo fertiliza e instala espantapájaros; pero cuando el trigo está maduro, su vecino lo cosecha y se lo lleva para su propio uso. El agricultor no tiene ningún remedio legal contra la conducta de su vecino porque no es propietario de la tierra que sembró ni del cultivo. A menos que sean viables algunas medidas defensivas (y supongamos por el momento que no las hay), después de unos cuantos incidentes como éste se abandonará el cultivo de las tierras y la sociedad empleará métodos de subsistencia (como la caza) que implican menos inversión preparatoria. Como lo sugiere este ejemplo, la protección legal de los derechos de propiedad crea incentivos para explotar los recursos eficientemente.” (2007, p. 68).

El anterior ejemplo, aunque hipotético, describe con gran precisión la principal finalidad económica de los derechos de propiedad, cual es, generar incentivos en los agentes económicos para la producción de bienes y servicios y para su posterior intercambio, supuesto del cual surgen los mercados y con ello la denominada economía de mercado.

Según este planteamiento, los derechos de propiedad generan incentivos para el intercambio, lo que por su parte podría sintetizarse en que sin la existencia de los derechos de propiedad los mercados no existirían, pues si nadie es propietario de nada, nadie podría propiciar el intercambio de bienes y servicios.

En este mismo sentido lo reconoce Pinzón, al establecer que:

“La importancia económica de los derechos de propiedad radica en la posibilidad de permitir el intercambio, siendo esta una consecuencia de la división del trabajo de la que hablaba ADAM SMITH, y a su vez, una de las condiciones básicas para que exista el mercado. Es de destacar que este intercambio busca asignar los bienes cumpliendo una condición de eficiencia, que se basa en la asignación de los bienes en cabeza de quien más los valora”. (2010, p. 38).

En consecuencia, el reconocimiento de los derechos de propiedad representa una condición necesaria para la existencia de los mercados, y a su vez supone el reconocimiento de los mismos como un elemento esencial para la determinación del criterio de eficiencia aplicado a las economías.

Con todo lo anterior, Ariño (2003) ha dispuesto que para que un sistema económico sea eficiente ha de caracterizarse por la definición de los derechos de propiedad a partir de las siguientes características:

- a) **Universalidad:** Según esta característica, los bienes escasos deben estar asignados a alguien en la sociedad, para lo cual el autor expresa: “(. . .) *todos los bienes y recursos deberían ser de alguien, salvo aquellos cuya abundancia es tal que se pueden consumir sin límite para todos.*” (p. 204).
- b) **Exclusividad:** Esta característica supone que el ejercicio de la propiedad de un sujeto priva a los demás del uso o disfrute de los bienes de los que este es propietario, frente a lo cual el autor describe: “*significa que de su disfrute y aprovechamiento, pueden ser excluidos todos los demás, salvo su titular; cuanto más ‘exclusivo’ sea el derecho de propiedad, existirá mayor incentivo para invertir en él y obtener aprovechamiento de aquél.*” (p. 204).
- c) **Transferibilidad:** Según Pinzón “[l]os derechos de propiedad deben poder ser transferidos en cabeza de quien más los valore” (2010, p. 84), lo que por su parte implica que la transferibilidad de los bienes debe caracterizarse por sus bajos costos. Así lo expresa Ariño: “*Si un bien o un derecho no puede transferirse (o tiene altos costos de transferencia), se le condena a ser explotado en usos menos productivos (. . .) la transferibilidad garantiza pues la asignación eficiente de los recursos.*” (2003, p. 205).

Así, la determinación de los derechos de propiedad para la formulación de incentivos de intercambio y la consolidación de la eficiencia económica debe fundamentarse en: *i)* el reconocimiento de la propiedad de todos los recursos escasos en cabeza de alguien, *ii)* el ejercicio del derecho de propiedad a través de la exclusión de tal derecho a terceros, lo que implica que el hecho de excluir a los demás de los bienes de mi propiedad incentiva la inversión para la producción de tales bienes, y *iii)* la facilidad de la transferibilidad de tales bienes en cabeza de quien más los valore, y que se consolida en la teoría de Coase (1960) a través de la reducción de los costos de transacción, pues como lo afirma Roemer:

“(. . .) una importante vinculación entre los conceptos de derechos de propiedad, instituciones y costos de las transacciones es que, dado el costo de la producción y el conocimiento organizacional, los gobiernos que tratan de ser eficientes deben seleccionar una estructura organizacional (es decir, instituciones) que minimice los costos de transacción.” (1994, p 52).

2. La Libertad de Empresa.

Si en el aparte precedente se estipuló como premisa principal que los derechos de propiedad constituyen el fundamento y base para la garantía de las libertades económicas, en este estadio haremos lo propio reconociendo a la libertad de empresa como la máxima expresión de la libertad económica.

Ariño reconoce tal afirmación cuando menciona que “[l]a ‘libertad de empresa’ es la expresión moderna de la libertad económica en sentido amplio, que engloba la libertad de contratos, la libertad de transacciones económicas, la libertad de acceso a la actividad y la libertad de ejercicio de ésta.” (2003, p. 258).

Desde esta perspectiva, la libertad de empresa constituye el pilar fundamental de un modelo jurídico-económico en el que se reconoce a la empresa como motor del desarrollo y en el que la libertad en el ejercicio de actividades económicas lícitas impera frente a cualquier otra regulación en materia económica. Esto por su parte supone que el reconocimiento de la libertad económica configura un derecho al cual están sujetos todos los particulares y los poderes públicos y que, por lo tanto, las actuaciones de aquellos, bajo ninguna circunstancia, la pueden transgredir.

Con ello, el ordenamiento superior colombiano ha distinguido la importancia de tal derecho al reconocer en el artículo 333 de la Carta Política de 1991 que:

“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 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 restrinja la libertad económica y evitará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

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

Así, reconociendo la vital importancia que el orden constitucional le otorga a la libertad económica en el marco de una economía social de mercado, resulta particularmente relevante establecer la naturaleza jurídica de tal institución, para lo cual replicamos el entendimiento que sobre el particular dispuso Correa, al afirmar que *“(...) la naturaleza jurídica de la libertad de empresa o de la libertad económica contemplada en la Constitución es la de un derecho”* (2009, p. 265).

Sin embargo, establecer que la libertad de empresa o libertad económica se concibe como un derecho da lugar a un amplio espectro de indeterminación que no permite precisar con mayor claridad la naturaleza jurídica del mismo, por lo que resulta prudente complementar tal atribución dotándolo de su especial relevancia económica, pues, *“[p]or su contenido, la libertad de empresa es un derecho económico por el que se faculta a su titular a desplegar un serie de atributos con los cuales le es posible su desenvolvimiento en la vida económica.”* (Correa, 2009, p. 288).

Ello permite afirmar con toda seguridad que, al ser la libertad de empresa un derecho económico, esta puede asumir dos dimensiones: una que lo entiende y aplica como derecho objetivo, y otra que al tenor de lo dispuesto en la parte introductoria del presente capítulo, lo percibe como un auténtico derecho subjetivo.

La dimensión objetiva de este derecho está directamente encaminada a generar un entorno de efectiva garantía y reconocimiento de la libertad económica a partir de la obligación que tienen las autoridades del Estado de asegurar a sus asociados todas las condiciones necesarias para el ejercicio de sus actividades económicas y para el acceso y permanencia en los distintos mercados.

De esta forma, la libertad económica en su dimensión objetiva supone la existencia de una obligación del Estado de regular su alcance a fin de que los agentes económicos puedan ejercer sus actividades con toda libertad, en escenarios de mercado en los que el acceso y permanencia a ellos y en ellos no esté coartada bajo ninguna circunstancia.

Como lo expresó Correa:

“La dimensión objetiva del derecho (...) [sostiene] que la obligación del Estado y del legislador en su regulación debe encaminarse a asegurar la eficacia de la libre empresa como derecho fundamental constitucional real, (...) en tanto la búsqueda de mayor autonomía para ingresar al mercado y mayor igualdad de oportunidades para competir en él (...)” (2009, p. 270).

De otro lado, la dimensión subjetiva del mismo supone la existencia de los tres elementos que integran las características de un derecho subjetivo, que son: *i)* el reconocimiento normativo de un derecho en cuanto tal, *ii)* el establecimiento de un (os) sujeto (s) obligado (s) a su reconocimiento y garantía efectiva, y *iii)* la estipulación de mecanismos jurídicos de protección de tal reconocimiento.

De todo lo anterior se puede colegir que la libertad de empresa, como derecho subjetivo, cumple con los requisitos dispuestos por la teoría de los derechos para ser considerada como tal, pues, como lo afirma la académica colombiana:

“[la libertad económica como] derecho subjetivo, [está] compuest[a] por un conjunto de elementos que facultan a su titular para actuar de una determinada manera, para esperar determinados comportamientos por parte del Estado y de los particulares, y que le asignan ciertas garantías para hacer efectivas todas esas posiciones jurídicas.” (Correa, 2009, p. 273).

Sin embargo, al reconocer la libertad de empresa como un auténtico derecho subjetivo, que para el caso colombiano goza de un especial reconocimiento constitucional, también es preciso aclarar que, como todo derecho, esta libertad económica encuentra límites para su ejercicio, pues como ha sido afirmado por Ariño *“(...) la libertad de empresa tiene limitaciones para la defensa de otros bienes constitucionales e intereses sociales (...) Por ello la libertad de empresa debe ser regulada en su ejercicio, para que cumpla las condiciones que la constitución le impone.” (2003, p. 260).*

Para ello, la regulación de este derecho, al tenor de lo propuesto por el autor español, debe contener criterios que establezcan el alcance del derecho en relación con aspectos como la determinación de los derechos y deberes de los sujetos que participan en el mercado, la estipulación de los requisitos y condiciones necesarias para que los agentes económicos accedan al mercado, la formalización de

requisitos técnicos y de condiciones de seguridad y salubridad, la acreditación de habilitación para el ejercicio de determinadas profesiones, así como los requisitos de solvencia financiera para la ejecución de ciertas actividades económicas, entre otras. (Ariño, 2003, p. 261).

De esta manera, no es dable reconocer a la libertad económica o libertad de empresa como un derecho absoluto del cual sus titulares pueden derivar acciones arbitrarias que conlleven al detrimento o desconocimiento de los derechos de otros agentes que participan en el mercado. Por el contrario, es la libertad económica el fundamento de un marco de reconocimientos jurídicos que blindan a todas y cada una de las actividades que libre y legalmente pueden ejercer los agentes de un mercado, por lo que esta encuentra su límite en el reconocimiento de ciertos elementos que en ningún caso superponen la voluntad del agente que la ejerce a la de los demás agentes del mercado, como podrían serlo otros competidores o incluso los consumidores.

Los aportes hasta aquí realizados permiten determinar la naturaleza y alcance de un derecho económico que en el ordenamiento jurídico colombiano ostenta jerarquía constitucional. Pero, ¿es esto suficiente para determinar el contenido del derecho a la libertad de empresa como un auténtico derecho subjetivo?, o en otras palabras ¿Describir la libertad de empresa como un derecho subjetivo permite inferir de manera directa el contenido de tal derecho? ¿Es suficiente establecer que la libertad de empresa es un derecho económico que encuentra límites en el ordenamiento jurídico?

Frente a los anteriores interrogantes creemos que no es suficiente establecer la naturaleza jurídica de la libertad económica para entender su contenido. Por ello resulta loablemente oportuno traer a colación la definición que sobre tal derecho establece Bassols al afirmar que:

“[la libertad de empresa] es aquella que se reconoce a los ciudadanos para emprender, organizar y mantener – afectando o destinando a la masa de bienes de cualquier tipo, significativamente de capital – una actividad de producción y/o de intercambio de bienes o servicios conforme las reglas económicas típicas del mundo contemporáneo con vista al beneficio o a la ganancia.”
(Bassols en Correa, 2009, p. 435).

De tal definición se pueden inferir ciertos atributos que son propios de la libertad de empresa y que integran el contenido de este derecho constitucional, por lo que a continuación se procederá a concretarlos de manera breve.

2.1. Los contenidos esenciales de la libertad de empresa.

Hablar de contenidos esenciales de la libertad de empresa supone entender aquellos elementos o atributos sin los cuales no podría hablarse de este derecho en cuanto tal, vale decir, los atributos o elementos esenciales de la libertad de empresa se constituyen en condiciones *sine qua non* para el reconocimiento y garantía de este derecho, lo que por su parte quiere significar que a falta de uno de ellos no se podría hablar del reconocimiento efectivo del derecho, sino de otro tipo de reconocimiento,

o incluso de una vulneración, cuya naturaleza no correspondería *strictu sensu* a la cualificación de libertad de empresa como garantía.

En tal sentido, siguiendo los postulados que la doctrina constitucional colombiana ha dispuesto en reiterada jurisprudencia, entendemos que aquellos contenidos o núcleos esenciales de los derechos constitucionales en general – y de manera específica de la libertad de empresa – representan los elementos sin los cuales “(…) [este] *derecho deja de ser lo que es o [se] convierte en otro derecho diferente (…)*” (Sentencia C-993 de 2004).

Así, para complementar la relevancia de los elementos, atributos o núcleos esenciales del derecho a la libertad de empresa Ariño refiere que tales contenidos corresponden a aquellos “(…) *elementos o facultades concretas, propias del empresario, [que] constituyen su núcleo fijo indestructible (…)* que ni siquiera el legislador puede traspasar [y por tanto] (…) *la ley que traspase dicho contenido esencial será inconstitucional (…)*” (2003, p. 263).

En similar sentido lo ha entendido el máximo Tribunal Constitucional Colombiano, al establecer que:

“El núcleo esencial se ha definido como el mínimo de contenido que el legislador debe respetar, es esa parte del derecho que lo identifica, que permite diferenciarlo de otros y que otorga un necesario grado de inmunidad respecto de la intervención de las autoridades públicas. (...) O, también, puede verse como la parte del derecho fundamental que no admite restricción porque en caso de hacerlo resulta impracticable o se desnaturaliza su ejercicio o su necesaria protección.” (Sentencia C-942 de 2009).

Ello por su parte implica reconocer que los elementos esenciales del derecho a la libertad de empresa corresponden a aquel *coto vedado* que ni siquiera el legislador puede desconocer, pues como lo explica Bayón al referirse al sistema de derechos en el constitucionalismo contemporáneo, “(…) *los derechos básicos constituyen límites infranqueables al procedimiento de toma de decisiones por mayoría, esto es, delimitan el perímetro de lo que las mayorías no deben decidir, sirviendo por tanto frente a estas (…)* como vetos o cartas de triunfo.” (Bayón en Carbonell, 2003, p. 211).

Partiendo entonces de la importancia que tales elementos, atributos o núcleos esenciales representan para el reconocimiento de la libertad de empresa como derecho subjetivo, resulta de gran relevancia establecer el contenido esencial que la Corte Constitucional Colombiana ha determinado para este derecho, para lo cual, es indispensable referir las sentencias C-263 de 2011 y C-264 de 2013, en las que la Corte dispuso:

“La libertad de empresa comprende la facultad de las personas de “(…) *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 libertad comprende, entre otras garantías, (i) la libertad contractual, es decir, la capacidad de celebrar los acuerdos que sean necesarios para el desarrollo de la actividad económica, y (ii) la libre iniciativa privada. Su núcleo esencial comprende, entre otras prerrogativas, (i) el derecho a un tratamiento igual y no discriminatorio entre empresarios o competidores que se hallan en la misma posición; (ii) el derecho a concurrir al mercado o retirarse; (iii) la libertad de organización y el derecho a que el Estado no interfiera en los asuntos internos de la empresa como la organización empresarial y los métodos de gestión; (iv) el derecho a la libre iniciativa privada; (v) el derecho a la creación de establecimientos de comercio con el cumplimiento de los requisitos que exija la ley; y (vi) el derecho a recibir un beneficio económico razonable."

Desde esta perspectiva se logra establecer que los principales elementos esenciales que sobre este derecho se explicarán – sin que ello implique el desconocimiento de otros de similar categoría – corresponden a: *i) La libertad de acceso al mercado, ii) la libertad de permanencia en el mercado, y iii) la libertad de salida del mercado.*

2.1.1. Libertad de acceso al mercado.

En relación con este elemento esencial de la libertad de empresa, se debe mencionar que su garantía supone la posibilidad de constitución de empresas o del ejercicio de actividades económicas diversas sin más requisitos de aquellos que exige la ley, para lo cual Ariño afirma que:

"(...) el primer aspecto de la libertad de empresa es justamente la libertad de 'emprender' actividades económicas, en el sentido de libre fundación de empresas y de libre acceso al mercado de bienes y servicios. Ello comprende la creación de empresas ex novo o la adquisición de las existentes. (...) Salvo en los sectores reservados, ello significa que cualquier persona física o jurídica que reúna los requisitos legales necesarios puede crear empresas y tiene derecho de establecimiento en cualquier sector económico, sin que quepan prohibiciones o autorizaciones puramente discrecionales de la Administración." (2003, p. 264).

De lo anterior es posible afirmar que, si bien la libertad de acceso constituye un núcleo esencial del derecho a la libertad de empresa que como se afirmó con precedencia, constituye un coto vedado para el legislador, vale decir, un núcleo mínimo que ni siquiera el legislador puede desconocer a través de su legítima actuación, ello no necesariamente supone que no puedan existir algunos requisitos adicionales o algunas restricciones especiales para la constitución de ciertas empresas o la participación en determinados mercados a los cuales el acceso es restringido o mucho más regulado por sus especiales condiciones de ejecución.

Por lo aquí expuesto se debe admitir que aunque la libertad de acceso constituye un núcleo esencial del derecho analizado, este derecho en su integridad también se enfrenta a unos límites, que como lo expresa el autor español (Ariño, 2003, p. 265), pueden darse por: *i) la reserva de determinadas actividades al sector público, como el establecimiento de los monopolios rentísticos del Estado*

colombiano de los juegos de azar y licores a partir de la disposición contenida en el artículo 336 superior; *ii*) el establecimiento de un régimen de competencia con iniciativa pública; *iii*) el establecimiento de “(...) *condiciones subjetivas de admisión, derivadas de la naturaleza de la actividad (...)*” (p. 266), que exigen requisitos cualificados para la protección del público y el aseguramiento de la confianza del consumidor; y *iv*) la asignación de cupos o fijación de contingentes para los casos en los que las condiciones técnicas o de seguridad de la actividad a desarrollar requieren de un mayor control, como por ejemplo la asignación de un tercer canal de televisión en el caso colombiano.

Con todas las limitaciones que pueden verificarse en relación con este núcleo esencial de la libertad de empresa, podría afirmarse, como lo expresa Correa, que el libre acceso al mercado comporta dos implicaciones básicas:

“(...) [i] la posibilidad de constituir la empresa a través de los actos jurídicos necesarios al tipo de actividad económica establecidos en la ley comercial (...) [y] [ii] la libertad de ubicar la empresa o el ‘establecimiento comercial o industrial’ en el lugar que se estime más conveniente para el logro de los objetivos económicos trazados por el empresario.” (2009, p. 437).

2.1.2. Libertad de permanencia en el mercado.

Tal núcleo esencial impone la garantía de que el empresario determine los métodos y acciones que estime convenientes para mantenerse en el mercado, vale decir, para que pueda ejecutar sus actividades comerciales dentro de un régimen de competencia en el que sus acciones tiendan siempre a la generación de un beneficio, siempre que tales métodos y acciones no riñan con la legalidad, y sin que un agente externo constriña la voluntad del empresario de permanecer o no en el mercado.

Frente a este elemento esencial Correa expresó:

“Con el atributo de la libertad de permanencia se reconoce al sujeto de derecho la posibilidad de decidir voluntariamente el continuar produciendo bienes o servicios, el seguir afectando un conjunto de bienes e intereses a dicho empeño y el perseverar en la competencia por un puesto en el mercado y por sacar provecho de ella. Esto es que como atributo de autonomía frente al Estado y frente a los particulares determina que el sujeto empresario es libre prima facie para mantener con vida la empresa, y esa decisión no puede estar (sin justificación específica), impuesta o constreñida.” (2009, p. 450).

Desde esta perspectiva es al empresario y no a otro sujeto, a quien le corresponde decidir de manera voluntaria si le apuesta a la permanencia en un mercado en el que, por regla general, la competencia es una característica, y de esta forma establecer cómo a través de esa permanencia se tendrán que dirigir sus acciones para lograr mantener la producción de bienes o la prestación de servicios en función de la generación de un beneficio, sin que nadie lo influya o constriña a permanecer o a retirarse de él.

2.1.3. Libertad de salida del mercado.

En similar sentido al del atributo analizado con precedencia, la libertad de salida del mercado, o libertad de cesación de la actividad, debe corresponder a una decisión autónoma del empresario que no se vea forzada o determinada por ningún otro agente ni por el Estado mismo, sino que por el contrario responda a las necesidades y acciones del empresario, y por su puesto a la respuesta que este pueda brindar a los condicionamientos que el mercado le impone a la actividad económica ejercida por la empresa.

Con ello, la autora colombiana reconoció que este elemento esencial de la libertad de empresa comporta dos implicaciones jurídicas: "(...) [i] *la decisión de retirarse del mercado no ha de ser determinada más que por el empresario, y (...) [ii] una vez adoptada no puede ser ella obstaculizada ni por el Estado ni por los particulares.*" (Correa, 2009, p. 252).

3. La Libertad de Competencia.

El establecimiento de la libre competencia como categoría jurídica propia del ordenamiento colombiano subyace del reconocimiento de este derecho desde la misma Constitución Política de 1991.

Es así como la libre competencia encuentra su principal reconocimiento en el inciso segundo del artículo 333 superior, que en su tenor literal establece: "(...) *La libre competencia es un derecho de todos que supone responsabilidades.*"

Desde esta perspectiva, el reconocimiento constitucional de la libre competencia supone que además de la garantía de la propiedad como fundamento de las libertades económicas, y de la libertad de empresa como máxima expresión de estas mismas libertades, el ordenamiento jurídico también debe proteger un escenario adecuado en el cual las relaciones de producción de bienes y servicios se puedan desarrollar conforme a las exigencias de un mercado competitivo, que en todo caso propenda por el bienestar y satisfacción del consumidor.

Con ello, la libre competencia se constituye en un complemento y en un presupuesto para el aseguramiento de la libertad económica, pues sin la primera de ellas de ninguna manera podría asegurarse el reconocimiento y garantía de la segunda y de sus consecuentes núcleos esenciales analizados previamente. De esta forma lo reconoce Magdalena Correa al afirmar que "(...) *la libertad económica o de empresa como libre iniciativa y actividad económica, y en tanto derechos subjetivo, determinaría para su titular un status negativus frente al Estado, orientado a evitar que se obstruya el ejercicio de la misma.*" (2009, p. 568).

Ello por su parte parece indicar que el aseguramiento de la libertad económica tiene como presupuesto básico, además del reconocimiento pleno de los derechos de propiedad, la obligación del Estado de mantener todas las condiciones necesarias para su ejercicio, lo que de contera implica, de un lado, abstenerse de ejecutar acciones que restrinjan la libertad de empresa, y del otro, asegurar que

los demás agentes económicos tampoco restrinjan tal libertad, todo ello a través del aseguramiento de un régimen de competencia estable en el que todos los agentes puedan participar de manera libre y voluntaria de los mercados, y en el que ninguno de ellos tenga la facultad de soslayar la posibilidad de participación en ellos.

Es a partir de tal obligación de la que emerge la facultad del Estado – que será analizada en el siguiente capítulo – de intervenir en los mercados a través de regulación, para garantizar, entre otras tantas condiciones, un mercado que se desarrolle bajo los postulados de la libre competencia.

Es allí donde encuentra su fundamento la atribución constitucional de las autoridades públicas de generar condiciones de mercado en las que todos los agentes económicos puedan hacerse partícipes de él, y en aquellos sectores en los que tal competencia resulta particularmente difícil de concretar, generar mecanismos para que progresivamente los agentes privados puedan acceder a estas actividades económicas, y de esta manera desmontar paulatinamente las prácticas monopolísticas generadoras de ineficiencia.

Así, la competencia económica en su sentido más puro, debe entenderse como el enfrentamiento que las empresas asumen con el fin de capturar la atención y la decisión de los consumidores, o como lo establece Velandia: “[s]e trata de luchar por ser escogido, de ganar. Para ello una empresa determina las necesidades que tiene un consumidor y trata con su actividad de satisfacer dicha necesidad a fin de buscar el beneplácito del mercado.” (2011, p. 49).

Esta competencia debe estar asegurada por el Estado en un marco de libertad de acción para de los empresarios, lo que por su parte implica que este tenga la obligación de establecer los lineamientos bajo los cuales los agentes económicos deben actuar, a fin de asegurar la participación de todos aquellos que de manera consciente, libre y voluntaria quieran competir por la decisión de los consumidores.

Desde esta perspectiva, la Corte Constitucional Colombiana ha entendido que:

“La libre competencia se presenta 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.” (Sentencia C-815 de 2001).

Así, el marco regulatorio del reconocimiento y garantía de la libre competencia tendrá como objeto la determinación de ciertas “(...) reglas de comportamiento de los empresarios relacionados con sus competidores, con el mercado, con los consumidores, en [las] cuales se [han de] establecer prohibiciones expresas o limitaciones a la libertad de empresa o económica propiamente dicha.” (Correa, 2009, p. 570), lo que por su parte quiere indicar que a los empresarios no les está dado ejecutar todas las acciones que se les ocurra para el aseguramiento del beneficio económico que persiguen con la actividad que ejercen, sino que por el contrario estas acciones deben estar limitadas por el reconocimiento y garantía

de la participación de otros agentes en el mercado, lo que se traduce en un escenario de aseguramiento de la libre competencia económica.

Sin embargo, en el ordenamiento superior colombiano no es solo el artículo 333 el que reconoce a la libre competencia como un derecho de orden constitucional, sino que también lo ratifica el artículo 88 de la Carta Política de 1991, al establecer:

“La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.”

Con todo lo anterior, resulta necesario realizar un breve análisis sobre la naturaleza jurídica de este derecho, para de esta forma determinar los principales alcances que a este se le atribuyen en el ordenamiento jurídico colombiano.

3.1. Naturaleza jurídica de la libre competencia.

Al igual que la caracterización que frente a este particular se realizó en relación con los derechos de propiedad y la libertad de empresa, la libre competencia ha sido reconocida en el ordenamiento jurídico colombiano como un auténtico derecho subjetivo, máxime cuando las prescripciones constitucionales aquí referidas establecen que tal libertad corresponde a un derecho de todos los colombianos, y de la misma manera a un derecho colectivo.

Es así como se puede afirmar que la libre competencia goza de las tres características propias de todos los derechos subjetivos, pues, *i)* se encuentra reconocido en varias preceptivas normativas de orden constitucional y legal que la reconocen como un auténtico derecho, *ii)* desde estos mismos textos normativos encuentra como obligados al Estado, quien debe asegurar un escenario propicio para su garantía, y a los particulares, quienes por su parte deben sujetarse a las prescripciones de conducta que la regulación de este derecho determine, y *iii)* se establecen mecanismos jurídico-procesales para su reconocimiento y garantía, máxime cuando el mismo artículo 88 superior ordena la creación de tales mecanismos de protección.

Sin embargo, es necesario establecer que la naturaleza jurídica de la libre competencia no se limita a su reconocimiento como un derecho subjetivo, sino que tal tarea resulta ser un tanto más exigente, pues el ordenamiento colombiano le ha reconocido con una doble connotación: de un lado, como un derecho de carácter individual, y del otro, como un auténtico derecho colectivo. Así lo ha entendido la Corte Constitucional Colombiana al afirmar que:

“(.. .) se concibe la libre competencia económica como un derecho individual y a la vez colectivo [que tiene como finalidad] alcanzar un Estado de competencia real, libre y no

falseada, que permita la obtención de lucro individual para el empresario [y] beneficios para el consumidor con bienes y servicios de mejor calidad, con mayores garantías y a un precio real y justo.” (Sentencia C-815/01).

3.1.1. La libre competencia como derecho colectivo.

La libre competencia como derecho colectivo ha sido reconocida desde la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, con la ya citada prescripción del artículo 88 superior, pero adicionalmente a ello, también ha sido la Ley 472 de 1998, quien a partir de la disposición contenida en el literal i) del artículo 4, corrobora tal condición.

Ello por su parte implica, que por ser un derecho de naturaleza colectiva el derecho a la libre competencia es objeto de protección de la acción popular, la cual ha sido definida por la doctrina constitucional como:

“(...) el medio procesal con el que se busca asegurar una protección judicial efectiva de los derechos e intereses colectivos, afectados o amenazados por las actuaciones de las autoridades públicas o de un particular, teniendo como finalidades: a) evitar el daño contingente (preventiva); b) hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o el agravio sobre esa categoría de derechos e intereses (suspensiva); c) o restituir las cosas a su estado anterior (restaurativa). A partir de tal definición, el objetivo de las acciones populares es, entonces, defender los derechos e intereses colectivos ‘de todas aquellas actividades que ocasionen perjuicios a amplios sectores de la comunidad, como por ejemplo la inadecuada explotación de los recursos naturales, los productos médicos defectuosos, la imprevisión en la construcción de una obra, el cobro excesivo de bienes o servicios, la alteración en la calidad de los alimentos, la publicidad engañosa, los fraudes del sector financiero, etc.’.” (Sentencia C-644 de 2011).

Desde esta perspectiva, la libre competencia puede ser protegida por cualquier ciudadano que la considere vulnerada o amenazada por el Estado o por cualquier agente privado que ostente una posición dominante en la sociedad, pues su mecanismo procesal de garantía constituye una acción pública a la cual puede acceder cualquier interesado en aras del reconocimiento y protección de cualesquier interés colectivo.

3.1.2. La libre competencia como derecho individual.

Por otro lado, la libre competencia como derecho individual goza de otros mecanismos jurídicos de protección que dependen del tipo de vulneración de la competencia de que se trate. Así, debe analizarse, en consecuencia, la clasificación normativa sobre la protección del derecho de la competencia aplicable en el ordenamiento colombiano, que al tenor de lo dispuesto por Velandía “(...) *se divide en dos grandes ramas: competencia desleal y prácticas comerciales restrictivas.*” (2011, p. 54).

En relación con la primera rama, vale decir, los **actos de competencia desleal**, es necesario establecer que tal normatividad pretende proteger la competencia de todos aquellos actos que vulneren o amenacen la participación de las empresas en el mercado a partir de acciones que generen un daño a la competencia o que tengan como finalidad obtener un provecho indebido de ella. Así lo expresa este mismo autor al reconocer que *“En materia de competencia desleal se salvaguarda la concurrencia de las empresas al mercado, es decir, el daño a la competitividad o el aprovechamiento indebido de esta.”* (Velandia, 2011, p. 355).

En este escenario, es la Ley 256 de 1996 la que en su artículo segundo establece el ámbito de aplicación de esta regulación, al disponer que:

“Los comportamientos previstos en esta ley tendrán la consideración de actos de competencia desleal siempre que realicen en el mercado y con fines concurrenciales.

La finalidad concurrencial del acto se presume cuando éste, por las circunstancias en que se realiza, se revela objetivamente idóneo para mantener o incrementar la participación en el mercado de quien lo realiza o de un tercero.”

De esta forma, deberá entenderse que toda acción de competencia desleal debe cumplir con dos requisitos esenciales para que sea considerada como tal: el primero de ellos, que se realice en el mercado y que tenga efectos sobre este, y el segundo, que tenga una finalidad concurrencial.

La ejecución de la acción en el mercado supone que la actividad desleal del agente debe ventilarse en el escenario de mercado respectivo, pues no podría considerarse una acción desleal aquella que se queda en el ámbito de la órbita privada del agente que tuvo la intención de ejecutarla pero que finalmente no la ejecutó. En relación con este elemento De la Cruz entiende que *“(...) la exigencia relacionada con que el comportamiento se realice en el mercado es opuesta a aquellos comportamientos que no superen el ámbito privado de quien realice el acto.”* (2014, p. 20).

De otro lado, la finalidad concurrencial supone que los actos ejecutados por el agente desleal sean idóneos para lograr el objetivo propuesto con la acción, vale decir, la obtención de un provecho en el mercado para sí mismo, o para un tercero:

“La finalidad concurrencial viene a complementar el acto que se realiza en el mercado, al darle sentido, por cuanto le exige que se dirija hacia la consecución de un fin comercial, ‘mantener o incrementar la participación en el mercado de quien lo realiza o de un tercero’, más allá de una finalidad puramente personal.” (De la Cruz, 2014, p. 23).

Con todo lo anterior, la Ley establece que todo acto de un comerciante o cualquier otro agente que participe en un mercado puede ser objeto de aplicación de la regulación allí prevista, que a su vez reconoce como actos de competencia desleal aquellos que generen o pretendan: *i)* desviación de la clientela, *ii)* desorganización, *iii)* confusión, *iv)* engaño, *v)* descrédito, *vi)* comparación, *vii)* imitación,

viii) explotación de la reputación ajena, ix) violación de secretos, x) inducción a la ruptura contractual, xi) violación de normas, y xii) pactos desleales de exclusividad.

Para todo lo anterior se dispuso de dos acciones de protección de que son titulares los comerciantes que ven vulnerada su actividad económica con la acción desleal de otro agente participante del mercado, y que se encuentran previstas en el artículo 20 de la Ley 256 de 1996, que dispone:

“Contra los actos de competencia desleal podrán interponerse las siguientes acciones:

1. Acción declarativa y de condena. El afectado por actos de competencia desleal tendrá acción para que se declare judicialmente la ilegalidad de los actos realizados y en consecuencia se le ordene al infractor remover los efectos producidos por dichos actos e indemnizar los perjuicios causados al demandante. El demandante podrá solicitar en cualquier momento del proceso, que se practiquen las medidas cautelares consagradas en el artículo 33 de la presente Ley.
2. Acción preventiva o de prohibición. La persona que piense que pueda resultar afectada por actos de competencia desleal, tendrá acción para solicitar al juez que evite la realización de una conducta desleal que aún no se ha perfeccionado, o que la prohíba, aunque aún no se haya producido daño alguno.”

Desde esta perspectiva, las acciones de protección de la competencia como derecho subjetivo, desde la regulación de la deslealtad comercial, pretenden dos cosas distintas: la primera de ellas – la acción declarativa – pretende declarar el acaecimiento de una conducta desleal para cesarla y reparar el daño eventualmente causado con ella, y la segunda – la acción preventiva – pretende impedir la ejecución de un acto desleal que amenace la libre competencia. Así lo reconoció la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia al determinar el criterio de diferenciación entre una y otra acción:

“La acción preventiva difiere sustancialmente de la declarativa y de condena establecida en el numeral primero del artículo 20 de la Ley 256 de 1996, pues la segunda tiene como finalidad declarar la ilegalidad de los actos realizados, ordenar al infractor remover los efectos producidos e indemnizar los perjuicios causados, mientras que la acción preventiva o de prohibición busca impedir que se realice la conducta o que se presenten sus efectos negativos en caso de haberse ejecutado la misma.” (Sentencia 0004 de 2005).

De otro lado, en tratándose del ámbito de protección de la competencia frente a las **prácticas comerciales restrictivas**, son el Decreto 2153 de 1992, modificado por la Ley 1340 de 2009, las principales normas que regulan la materia.

La finalidad de tales disposiciones se centra en la tipificación de conductas que los agentes económicos ejecutan y que tiendan a sustraer del mercado o limitar la actividad económica de otros agentes, o como su nombre lo indica, restringir tales actuaciones a fin de evitar la consolidación de un

mercado competitivo, obteniendo de esta forma un provecho que en condiciones de competencia no podrían obtener.

Es de esta forma como los artículos 46 y subsiguientes del Decreto 2153 de 1992, establecen el marco de conductas que la legislación tipifica como atentatorias de la libre competencia, para lo cual dispone que entre ellas es necesario diferenciar entre actos restrictivos, acuerdos restrictivos y el abuso de la posición dominante.

Para estos efectos el artículo 45 de la norma citada establece que son actos restrictivos de la libre competencia aquellos comportamientos de quienes ejercen una actividad económica que tiendan a afectar la actividad económica de otros agentes o incluso de los consumidores; así mismo entiende como acuerdos restrictivos todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas, que busquen la misma finalidad; y como abuso de la posición dominante la actuación de un agente económico, que tiene la posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado, de cercenar o menoscabar el acceso o participación de otros agentes en ese mercado.

Desde esta perspectiva la regulación analizada entiende que son actos restrictivos de la competencia los que a título enunciativo se señalan a continuación:

1. No cumplir con las normas sobre publicidad que tienden a proteger los derechos del consumidor.
2. Presionar o influenciar a un productor, distribuidor o comercializador para que modifique sus precios o desista de querer rebajarlos.
3. No vender o prestar sus servicios o discriminar a cualquier como consecuencia de la aplicación de su legítima política de precios.

De otro lado, frente a los acuerdos restrictivos es preciso señalar que la legislación colombiana castiga tanto a aquellos que lograron consolidar su efecto, como a los que tuvieron como finalidad, así aquella no se haya concretado, cualquiera de, entre otras, las siguientes conductas:

1. Fijar directa o indirectamente los precios de los productos.
2. Repartición mercados entre productores o entre estos y sus distribuidores.
3. Asignar, repartir o limitar las fuentes de obtención de los insumos necesarios para determinada producción.
4. Abstención o alteración de los niveles de producción de determinado bien o servicio.
5. Limitación del acceso de otros agentes acceder a mercados o a estrategias y líneas de comercialización.

Por su parte, la regulación entiende que son actuaciones que suponen abuso de la posición dominante las siguientes:

1. Disminuir los precios por debajo de la propia estructura de costos con el fin de sustraer a otro agente económico de la competencia o impedirle su acceso o expansión en el mercado.
2. Aplicar condiciones discriminatorias que pongan a determinados consumidores o proveedores en situaciones desventajosas a las que no estarían inducidos otros consumidores y proveedores en situaciones análogas.
3. Aplicar ventas subordinadas o atadas.
4. Aplicar criterios diferenciales en la venta a compradores con la intención de disminuir la participación de uno en el mercado o eliminarlo de la competencia.
5. Aplicar estrategias de precios diferenciales en distintas partes del territorio nacional cuando aquella acción tenga la intención de disminuir la participación en el mercado de un competidor o excluirlo de la competencia en esa parte del país, y el precio no corresponda a la propia estructura de costos.
6. Impedir que terceros accedan a los mercados o a canales de distribución.

Para todo lo anterior, la regulación de la materia dispuso de una acción de carácter administrativo, de cuyo conocimiento es competente la Superintendencia de Industria y Comercio, que puede iniciarse por solicitud de parte, o de un tercero, o incluso oficiosamente, a fin de que se realice una investigación preliminar en la que se ausculte el mérito de apertura de una investigación formal, que deberá ejecutarse de acuerdo con el procedimiento indicado en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992.

3.2. Obligaciones del Estado frente a la Libre Competencia.

Del marco legislativo analizado con precedencia, interpretado integralmente con las disposiciones constitucionales de los artículos 333 y 334 de la Carta de 1991, se puede concluir que en cabeza del Estado colombiano recaen tres obligaciones principales en relación con la protección y garantía de la libre competencia:

3.2.1. Impedir que se obstruya o restrinja la libertad económica.

Tal obligación establece el mandato constitucional de implementar un marco regulatorio y un sistema institucional que propenda por la libre participación de los agentes económicos en el mercado, de manera tal que los particulares no puedan restringir la concurrencia de otros agentes a la actividad económica o haciéndolo, se enfrenten a un sistema de procedimientos y sanciones que permitan la cesación de los efectos de su conducta, los impidan, y en todo caso, se les aplique las consecuencias dispuestas en tal marco a fin de procurar la restitución de un escenario propicio para el ejercicio libre de las actividades económicas, y la reparación de los daños que con la vulneración de estas se puedan ocasionar.

De esta forma, Correa expone que tal obligación implica:

“(.. .) que se cree un sistema de normas para la defensa de la libertad frente a las amenazas de los demás particulares, que así mismo no disponga de tratos desiguales que afecten la

libre concurrencia (...) [y que con ello se genere] la asignación de funciones administrativas y judiciales, y la creación de instituciones e instancias correspondientes para asegurar el efectivo cumplimiento de dicha ordenación." (2009, p. 577).

Así las cosas, las facultades de intervención del Estado no se encuentran solamente limitadas a la imposición de obligaciones específicas a los agentes que participan del mercado, sino que tal intervención en principio implica el reconocimiento efectivo de los derechos de los agentes económicos a participar de manera libre en las dinámicas del mercado y el establecimiento de mecanismos concretos de protección de sus derechos.

De esta forma se encuentra una relación directa entre el reconocimiento de la libertad económica como fundamento de los derechos económicos que deben ser reconocidos a todos los agentes económicos en el marco del modelo de economía social de mercado, y el aseguramiento de las condiciones necesarias para el desarrollo de todas las actividades económicas lícitas que quieran ejecutar tales agentes, sin que medie restricción alguna – ya sea de carácter oficial o por la acción de los particulares – que no esté justificada en la ley.

Impedir que se restrinja la libertad económica implica entonces que el Estado deba implementar un marco institucional en el que el acceso de los particulares al mercado este solamente limitado en aquellos casos en los que la ley así lo indique, dadas las condiciones especiales de determinados sectores de la economía, y en el que además de ello toda conducta que pretenda soslayar la posibilidad de participación de un agente en las dinámicas del mercado sea proscrita y sancionada de acuerdo con las prescripciones que para tal fin disponga el ordenamiento jurídico.

3.2.2. Evitar o controlar los abusos de la posición dominante.

Frente a esta particular obligación resulta imprescindible mencionar que el modelo jurídico-económico de economía social de mercado asumido por la Constitución de 1991, no prescribe como prohibición el que un agente económico ostente una posición dominante en el mercado. Así lo ha reconocido el máximo Tribunal Constitucional Colombiano al establecer que:

"En el ordenamiento Constitucional se impone la obligación de evitar y controlar los abusos, pero no la adquisición de la posición de dominio a la que puede llegarse mediante actos de competición transparentes e irreprochables. No se impide la adquisición de poder de dominio del mercado, sino que adquirida la posición dominante se utilicen medios irregulares y reprochables que impiden el desarrollo pleno de la competencia." (Sentencia C-616 de 2001).

Desde esta perspectiva, asumiendo lo que en la citada sentencia dispuso la Corte Constitucional, ha de entenderse por posición dominante el poder económico que una empresa adquiere mediante actos de competencia transparentes, que le permiten determinar, entre otras cosas, "(...) las condiciones del mercado, en relación con los precios, las cantidades, las prestaciones complementarias, etc., sin

consideración a la acción de otros empresarios o consumidores del mismo bien o servicio.” (Sentencia C-616 de 2001), y de esta manera influir en el comportamiento y decisiones de los demás agentes que participan en un mercado.

Con fundamento en ello, la intervención del Estado frente a la posición dominante solamente estará legitimada cuando el ejercicio de esta sea:

“(.. .) abusivo, fraudulento, de mala fe, excesivo, desleal, colusorio, contrario a las prácticas comerciales y a los principios del comportamiento de los empresarios en el mercado ante la concurrencia y ante los consumidores, todo conforme las normas legales y los criterios de subsunción de conductas establecidos por las disciplinas que integran el derecho de la competencia.” (Correa, 2009, p. 579).

Ello por su parte determina la posibilidad de que por medios legítimos y a través de una actividad económica eficiente, determinado agente económico pueda llegar a conseguir una posición dominante en el mercado en el que participa, vale decir, a través de actos que se circunscriben y adaptan de manera plena al respeto y garantía la libre competencia, determinado agente económico puede llegar a adquirir un poder de mercado superior al de los demás agentes, que le permita determinar o dirigir los precios, cantidades o cualificaciones de los bienes o servicios que presta en este mismo mercado.

Sin lugar a dudas, si esta hipótesis ha de presentarse, tal circunstancia no debe ser desconocida ni cercenada por el ordenamiento jurídico, pues bajo ninguna circunstancia podría concebirse el castigo a la prosperidad económica obtenida por medios legítimos. Sin embargo, cuando tal posición es obtenida con fundamento en prácticas que son contrarias a las prescripciones de conducta que pretenden garantizar la libre competencia, o cuando tal posición ha sido adquirida por medios legítimos y pretende lesionar el derecho de los demás agentes económicos a participar libremente de las dinámicas del mercado, tales conductas deben ser sancionadas de acuerdo con los mandatos constitucionales y legales que protegen el derecho a la libre competencia.

Así, la posición dominante de un agente económico en determinado mercado no resulta ser *per se* una conducta contraria al favorecimiento de la libre competencia económica, pues como aquí se ha mencionado, siempre que esta posición se obtenga a partir de actos transparentes de competencia deberá ser reconocida y protegida como un derecho de quien la logre obtener; pero lo que sí resulta sancionable es el ejercicio abusivo del derecho conseguido mediante actos transparentes, con la finalidad de conculcar la participación de otros agentes en el mercado.

Tal abuso del derecho supone entonces que quien ostente la posición dominante en el mercado se puede valer de prácticas desleales, clandestinas, fraudulentas, excesivas, entre otras, con la única finalidad de reducir la participación de sus competidores en el mercado, o incluso, de anular por completo esta participación, y de esta manera mejorar ilegítimamente los beneficios obtenidos con la ejecución de la actividad económica en la que se tiene posición dominante, circunstancia en la cual han de aplicarse todos los mecanismos y sanciones previstas en el ordenamiento para castigar el abuso

ejercido por el agente económico con poder de mercado, y para procurar el restablecimiento de un escenario en el que los agentes concurren de manera libre y sin restricciones.

3.2.3. Promover la competitividad.

Esta obligación emerge de la prescripción contenida en el inciso segundo del artículo 334 constitucional que establece que:

“(...) 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. (...)”.

Desde tal proposición normativa se infiere que es obligación del Estado, no solo establecer la reglamentación para la adecuación de conductas atentatorias de la libre competencia, sino además de ello favorecer e impulsar la actuación de diversos agentes económicos en el mercado en un marco de igualdad, a fin de que la dinámica de producción sea un espacio de reconocimiento y garantía efectiva de todos los derechos y libertades económicas reconocidos en la Constitución.

De esta forma, la obligación de promoción de la competitividad a cargo del Estado supone la ejecución de acciones y decisiones que favorezcan la competencia de los múltiples agentes económicos de manera tal que se genere en ellos la “(...) ‘capacidad de competir’, a través del cumplimiento de actuaciones públicas que contribuyan a una mejor distribución de los beneficios de la libertad empresarial.” (Correa, 2009, p. 582).

Ello por su parte implica que, de acuerdo con la transformación de la actividad estatal en la ejecución de actividades económicas, sea el Estado quien garantice y propicie la participación de agentes económicos en mercados en los que por sus condiciones especiales no es posible acceder de manera libre, en un marco de competencia perfecta.

De esta forma ha de reconocerse que determinados sectores de la economía no se caracterizan por la libre concurrencia de los agentes privados, pues no resultan en principio ser atractivos para la inversión. Bajo este supuesto, es el Estado quien debe propiciar de manera gradual y paulatina la participación de otros agentes en los mercados en que, o se encuentran bajo la prestación directa del Estado, o estando bajo la responsabilidad de los privados estos se prestan bajo la modalidad de monopolios u oligopolios, que a todas luces son contrarios al reconocimiento y garantía de la libre competencia como derecho constitucional económico.

Por tanto, es obligación del Estado implementar mecanismos que aseguren la participación competitiva de los agentes privados en mercados en los que la concurrencia es accesible, y de la misma forma implementar mecanismos de intervención que aseguren la apertura de mercados que, por sus

especiales condiciones técnicas y económicas, impiden que diversos agentes económicos participen de su producción.

Esto último ha de ser asegurado entonces a través de las facultades de intervención otorgadas constitucionalmente a las autoridades públicas, y específicamente a través de la función administrativa de regulación, la cual será estudiada en el capítulo subsiguiente.

Capítulo IV

INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA: LA FUNCIÓN DE REGULACIÓN ECONÓMICA.

Habiendo reconocido que la Constitución Económica Colombiana ha implementado el modelo de Economía Social de Mercado, que supone el reconocimiento y aplicación de dos categorías normativas que determinan la ordenación del sistema económico asumido – una de ellas fundamentada en el reconocimiento y garantía de los derechos y libertades económicas analizados con precedencia y la otra en las facultades de intervención del Estado para el reconocimiento de tales derechos – será necesario entonces, en el presente capítulo, presentar una breve descripción de la forma como el Estado contemporáneo ejerce el papel de intervención otorgado a partir de preceptos constitucionales, haciendo especial énfasis en la actividad de regulación económica que este ejerce.

Para ello, resulta de suma importancia establecer que, en concordancia con la aplicación de los distintos modelos económicos generados en la teoría económica moderna – que ya fueron analizados brevemente en el primer capítulo del presente trabajo – las facultades de intervención del Estado en la economía no se han ejecutado siempre de la misma forma, sino que por el contrario, este papel de intervención ha sido concebido de manera distinta durante los diferentes períodos históricos en los que se propició la formulación de aquellos modelos.

En este sentido lo reconoce Ariño (2003) al afirmar que en relación con el papel del Estado frente a las relaciones económicas “(...) se han distinguido las siguientes modalidades de actuación administrativa en la vida económica: policía y regulación económica, fomento, servicio público, gestión económica, planificación y actuación arbitral.” (p. 287).

Cada una de ellas presenta matices particulares, pues por ejemplo, la función de policía administrativa económica se centra en la pretensión de mantenimiento del orden público económico, o lo que podríamos llamar estabilidad macroeconómica, la de fomento supone un papel activo del Estado en la promoción e impulso de la creación de empresas y fortalecimiento del sector productivo en sus distintas ramas, y las de servicio público y gestión económica atribuyen al Estado un papel fundamental en dinámica de prestación de servicios indispensables para la población, entre otras.

De esta forma puede entenderse que el papel de intervención del Estado en la economía no ha sido un tema apacible, sino que contrario a ello, el Estado ha reconocido diversas formas de actuación e intervención, muy seguramente ligadas a los modelos económicos aplicables en determinados períodos de la historia económica moderna.

Es así como podríamos resumir – sin el ánimo de desconocer los demás mecanismos o formas de intervención del Estado en la economía propuestos por el autor español – que la actividad de intervención del Estado, en concordancia con los modelos económicos planteados en el primer capítulo del presente trabajo, se ha caracterizado por reconocer tres formas principales de intervención, que sin lugar a dudas no corresponden a etapas superadas, sino que, como lo reconoce el mismo autor, “(...) no son sustitutivas, sino acumulativas: los nuevos fines no han desplazado a los anteriores sino que se han superpuesto a ellos.” (Ariño, 2003, p.293), y que se concretan en *i*) la actividad de policía administrativa, *ii*) la actividad de servicio público, y *iii*) la actividad de regulación económica.

Si se hace un análisis integral de los modelos económicos propuestos por la teoría económica moderna, y se les relaciona con las funciones atribuidas al Estado durante la vigencia de cada uno de ellos en sus respectivos periodos históricos, se podría concluir que la actividad de policía es una actividad propia de un Estado cuyas facultades de intervención se encuentran limitadas al reconocimiento y garantía de los derechos económicos, vale decir, es una actividad desarrollada bajo los principios del liberalismo clásico que disponen que las relaciones económicas deben desarrollarse en un contexto de libre mercado, en el que la actividad del Estado solamente se limita a la garantía del orden económico a través del reconocimiento y protección de los derechos de propiedad y de libre concurrencia al mercado, y adicionalmente a la vigilancia frente al ejercicio de tales derechos por los agentes económicos, en aras de garantizar la estabilidad económica.

Con ello, la remisión a la idea de policía administrativa en el contexto económico debe partir del entendimiento que sobre esta forma de ejercer la función administrativa ha construido el derecho administrativo, quien por su parte entiende por actividad de policía a “(...) *aquella actividad administrativa (...) cuya característica principal es su orientación a la preservación del orden público, a través de la concreción de reglas (normas) y actos materiales, que suponen (...) una limitación a los derechos de los coasociados*” (Montaña, 2010, p.137).

De esta forma, la función de policía administrativa económica ejecutada por el Estado, implica que el papel principal en las relaciones económicas lo desempeñan las empresas y los particulares, dejando a este la única y exclusiva función de mantener el orden público económico:

“Las empresas y particulares desarrollan, naturalmente, actividades económicas. Pero la intervención pública sobre las mismas se enmarca en lo que Derecho Administrativo tradicional llamó ‘actividad de policía’: la administración emite órdenes, establece imperativos de toda clase que aplica coactivamente en la medida en que son precisos para evitar que la actividad privada atente contra el orden público económico o afecte los intereses generales (...) [n]o existe, o tiene muy escasa relevancia práctica, la legislación relativa al mantenimiento de la competencia.” (Muñoz, 2009, p. 17).

Frente a la cita analizada es preciso mencionar que nuestra posición contrasta la del autor en el entendido que, si el supuesto de la actividad de policía administrativa económica supone en un primer orden garantizar los derechos y libertades económicas de los agentes económicos, y en un segundo y no menos importante, el de controlar el ejercicio de tales libertades para garantizar la estabilidad del sistema, o en otras palabras, garantizar el denominado orden público económico, no existe motivo suficientemente justificado para sustraer de la actividad de policía administrativa aquellas normas que regulan las conductas de los agentes en el escenario de la competencia, pues como se mencionó en el capítulo precedente, precisamente la finalidad del derecho de la competencia radica en la limitación de las conductas de los agentes económicos para preservar el adecuado funcionamiento del mercado, lo que por su parte redundará en beneficio del orden público económico.

Por otra parte, debido a la crisis que el modelo de economía clásica presencié con el acaecimiento de la gran depresión de la tercera década del Siglo XX, el papel del Estado tuvo que responder a los grandes desafíos que se derivaron de este particular contexto económico, para lo cual, en el escenario de un Estado interventor propio del modelo económico keynesiano, la actividad del Estado superó el papel de simple garante del orden público económico y tuvo que inmiscuirse de manera directa y profunda en la actividad económica, asumiendo de esta forma el papel de un verdadero agente económico.

Es así como las facultades de intervención del Estado en la economía presentan una drástica modificación a partir de la primera mitad del siglo XX, y específicamente en el contexto de la segunda postguerra, constituyendo al Estado como el directo prestador u ordenador de los servicios indispensables para la satisfacción de las necesidades de la población, configurándose así como un Estado prestador de servicios públicos:

“Se trata en este caso de actividades de las que la Administración es titular, en el sentido de que la Administración las asume como propias, y las presta al público, bien directamente, bien por delegación (mediante fórmulas tales como la concesión, el arrendamiento, o el concierto, entre otras). (...) la Administración actúa como protagonista y responsable de la acción, o sea, como titular de la misma, y no por tanto como un mero apoyo de terceras personas.” (Ariño, 2003, p. 295).

Es en este modelo de intervención del Estado en el que se configura la estructura de un Estado vigoroso, cuya actuación en las dinámicas económicas corresponde a la de un agente económico, que

presta servicios de manera directa u ordena los que no son prestados por él ejerciendo un estricto control sobre las actividades de los particulares, y en el que además de ello participa también de la producción de bienes a través de la consolidación de empresas de naturaleza estatal.

Esta configuración de la teoría del servicio público supuso entonces, como lo expresa Montero (2014, p. 131), la consolidación de tres elementos esenciales: *i)* la existencia de un interés público que justifique la intervención de las autoridades públicas, *ii)* la prestación de un servicio público por parte de las administraciones públicas para garantizar aquel interés público, y *iii)* la sujeción de tales actividades al Derecho Administrativo.

De esta manera el Estado, a través de la concepción del servicio público, ejecuta actividades de tipo prestacional con el fin de satisfacer las necesidades de sus asociados y garantizar el reconocimiento efectivo de todos los derechos contemplados en el ordenamiento jurídico:

“(.. .) el servicio público en el contexto económico estaría llamado a concretarse mediante un despliegue específicamente con contenido prestacional. Es decir, en razón de la exigencia radicada en el Estado Social de Derecho, de ser partícipe activo en la consecución y garantía de los derechos de segunda y tercera generación, el Estado debería prestar directamente el servicio público cuando las condiciones de la economía así lo exijan.” (Perdomo, 2014, p. 58).

Sin embargo, la consolidación de un modelo de economía intervenida presenció su crisis a partir de la segunda mitad del siglo XX, transformándose con ello las facultades de intervención del Estado en los mercados:

“Las dos décadas finales del siglo XX enmarcan la época de las privatizaciones, primero, y de la liberalización de los mercados más tarde. La primera supondrá una retirada de los mercados del Estado como gestor y titular directo de empresas y actividades económicas. La segunda operación supondrá la apertura de la competencia en los mercados.” (Muñoz, 2009, p. 37).

De esta forma, la crisis del petróleo de 1973 y sus subsecuentes efectos económicos trajo como consecuencia el redireccionamiento de la actividad estatal en el ámbito económico y el asentamiento y profundización de la crisis del servicio público, logrando la transformación de un sistema que pasa de ser esencialmente intervencionista a reasignar la producción y prestación de bienes y servicios en cabeza de los particulares, y a modificar el papel que el Estado debe asumir frente a tales contextos.

Con estas palabras lo expresa Amador:

“La contrarrevolución keynesiana se afianzó aún más con la llegada al gobierno de Estados Unidos y el Reino Unido de Ronald Reagan y Margareth Thatcher, respectivamente, que transformó el papel del Estado de uno de fuerte injerencia en los mercados a uno dispuesto a imponer límites a su intervención y a liberar los mercados.” (2013, p. 49).

Es aquí en donde el Estado deja a la dinámica del libre mercado la prestación de servicios y la producción de bienes, y asume por su parte la obligación de garantizar el acceso de los particulares a aquellos mercados en los que antes este era el principal protagonista, y adicionalmente a ello, a garantizar de manera efectiva el reconocimiento de la libertad de empresa y la libertad de competencia como auténticos derechos económicos, configurándose así un nuevo modelo de intervención estatal asumido a partir de la ejecución de la actividad de regulación económica, y de la consolidación de un “Estado Regulador”, del cual se harán algunas precisiones en breve.

1. La intervención económica en el Estado colombiano.

Estudiada ya la primera categoría normativa del Derecho Económico colombiano y que integra el modelo de economía social de mercado, relativa a la garantía efectiva de los derechos de propiedad, libertad de empresa y libre competencia, se hace necesario ahora determinar la forma como el Estado colombiano aplica la segunda categoría normativa que integra este modelo, referida a sus facultades de intervención para la garantía de tales derechos.

Es así como desde la vigencia de la Constitución Política de 1991 se reconoce al Estado como el agente ordenador de la economía, y se le atribuye a partir de la prescripción contenida en el artículo 334 superior, la facultad de intervenir en la actividad económica con la finalidad de preservar el orden público económico y de garantizar de manera efectiva todos y cada uno de los derechos económicos reconocidos en el texto constitucional.

De esta forma, el artículo 334 superior dispone que:

“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 (. . .) En cualquier caso el gasto público social será prioritario (. . .)”

En este contexto, para entender de manera general la determinación de las diversas acciones a través de las cuales el Estado interviene en las relaciones económicas, resulta preciso aclarar lo que se debe entender por aquella intervención económica a cargo del Estado, para lo cual traemos a colación la definición propuesta por Miranda y Márquez (2004), quienes por su parte entienden que tal intervención

“(. . .) se refiere al conjunto de actos del Estado por virtud de los cuales toma parte, intercede o media en las transacciones directas o indirectas, sobre bienes y servicios que se presentan

entre agentes en un determinado territorio – espacio – y durante un periodo específico – tiempo.” (p. 77).

Desde esta perspectiva intervenir significa hacer parte del sistema, ya sea de manera directa o indirecta, a través de la garantía de los derechos económicos o a través de su limitación; a través de la prestación de servicios públicos o de la garantía de su prestación mediante de la denominada liberalización; a través de la implementación de normas y procedimientos de corrección de conducta de los agentes económicos para garantizar el adecuado funcionamiento del mercado; a través de la asignación equitativa de los recursos que el mercado no asigna mediante mecanismos de redistribución; e incluso, a través de la implementación de mecanismos de corrección de las fallas del mercado. Un Estado que interviene en la economía no es un estado neutral, es un Estado que, en el contexto propio del modelo económico imperante de la actualidad, se inmiscuye en el mercado para garantizar su funcionamiento, genera mercados, o corrige su actuación.

Así las cosas, a partir de este mandato constitucional prescrito en el artículo 334 superior, se puede entender que la finalidad perseguida con la intervención estatal en la economía, supone el reconocimiento efectivo de los derechos de los ciudadanos y, como consecuencia de ello, el mejoramiento de la calidad de vida de los asociados al Estado colombiano y la búsqueda del bien común, pues, como lo ha reconocido la Corte Constitucional Colombiana:

“Dentro de las funciones que le corresponde asumir al Estado, cabe mencionar, además de las llamadas tradicionales -legislativa, ejecutiva y judicial-, la función de intervención general en la economía, la cual fue instituida, de acuerdo con la doctrina especializada, para permitirle a la organización estatal orientar y encausar la actividad privada, de manera que la misma se promueva y desarrolle de forma más acorde con el bien común, esto es, en armonía con los fines que le han sido encomendados al Estado.” (Sentencia C-692 de 2007).

Sin embargo, siendo clara la finalidad perseguida con la institucionalización de las facultades de intervención en cabeza del Estado, no resulta tan obvio entender cuáles mecanismos concretan aquellas facultades de intervención, o en otras palabras, aún no se ha establecido a través de que actuaciones el Estado ejecuta estas facultades de intervención otorgadas constitucionalmente, pues como lo establece la Honorable Corte Constitucional Colombiana “(...) *la intervención del Estado en la economía puede ser de diferente tipo, sin que pueda siempre efectuarse una diferenciación clara entre las formas de intervención correspondientes.*” (Sentencia C-150 de 2003).

En tal sentido Perdomo afirma:

“(.. .) la intervención del Estado en la economía ha sido entendida como cualquier medida de gestión económica estatal, y no como uno de los varios instrumentos por medio del cual se efectúa la gestión económica pública. Entonces la intervención económica del Estado tiene dos facetas, a saber: [U]no amplio o lato, según el cual la intervención es todo instrumento del Estado (ya sea legislativo o administrativo) a través del cual disciplina la economía

según los fines del Estado Social de Derecho. Y uno estricto, según el cual la intervención es un instrumento particular de gestión económica pública que se desarrolla a través de la ley sobre materias y fines determinados, sometidos en todo a la regla de reconocimiento que le impone unos límites que le significan al legislador precisar claramente el campo de la afectación a la libertad económica, a la propiedad, a la actividad en el mercado, en la intermediación o en los distintos campos que de manera detallada precisa la constitución y adicionalmente, fijar la finalidad de la intervención.” (2014, p. 37).

De idea propuesta por el autor se colige que, como se ha mencionado previamente, la actividad de intervención incorpora un sinnúmero de acciones, tanto legislativas, como administrativas, que tienden a ordenar la vida económica del Estado reconociendo las libertades económicas de los asociados y garantizando su efectivo cumplimiento. Sin embargo, este sinnúmero de actividades de intervención, de una u otra naturaleza, al representar gran variedad, suponen un amplio espectro de actuación en el que su clasificación implica un extenso ejercicio analítico que las pueda reagrupar.

Este ejercicio fue desarrollado en el ordenamiento jurídico colombiano por el máximo tribunal constitucional, en Sentencia C-150 de 2003 dispuso que el marco de acciones que puede ejecutar el Estado en el ejercicio de sus facultades de intervención se puede clasificar en cuatro grandes grupos: el primero de ellos hace referencia a la función de redistribución del ingreso y de la propiedad, a través de la cual el Estado puede aplicar un sistema tributario, de planeación y de presupuesto que permita consolidar el deber de todos los ciudadanos – contenido en el numeral 9 del artículo 96 de la Carta Política – de contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de los conceptos de justicia y equidad, y que ordene la manera como el Estado reinvierte sus recursos a partir de su aparato fiscal, con una finalidad fundamental: asignar los recursos que el mercado no puede asignar, vale decir, dirigir la acción estatal hacia aquellos sectores de la población que no se pueden beneficiar de la asignación de recursos realizada por el mercado.

El segundo corresponde a la función de estabilización de la economía, frente a la cual se establecen autoridades especializadas para propender por la estabilidad macroeconómica, y se disponen funciones de coordinación entre las diversas autoridades a fin de controlar los distintos ciclos económicos, como ocurre con el deber de coordinación entre las funciones ejercidas por el Banco de la República – instituido como suprema autoridad cambiaria, crediticia y monetaria – y las funciones de política económica general atribuidas constitucionalmente a los poderes legislativo y ejecutivo.

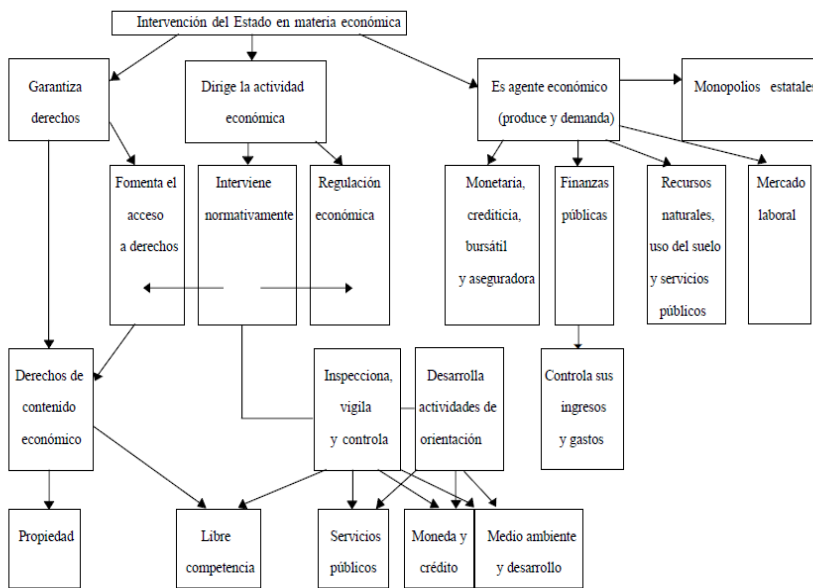
El tercer grupo corresponde a la función de definición de las condiciones fundamentales de funcionamiento del mercado y de la convivencia social, que al tenor de lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia analizada, concierne al reconocimiento y garantía efectivos de los derechos y libertades económicas.

Y finalmente, el cuarto grupo de mecanismos corresponde a la función de regulación económica y social de múltiples sectores y actividades específicas, aclarando previamente que tal función no corresponde estrictamente a una actividad de ejercicio exclusivo del ejecutivo, sino que aquella debe

ejecutarse en correspondencia con los lineamientos que sobre el particular determine la Constitución y la Ley, en el marco de las prescripciones contenidas en los numerales 19 y 23, entre otros, del artículo 150 de la Carta Política.

Sin embargo, la definición de las actuaciones a través de las cuales el Estado ejerce su función de intervención general en la economía no ha sido un ejercicio único y exclusivo de las autoridades jurisdiccionales colombianas, quienes han hecho su mayor esfuerzo por establecer de una manera muy precisa los mecanismos de intervención. Este ejercicio también ha sido desarrollado por Miranda y Márquez (2004), quienes en un ejercicio académico profundo han definido una clasificación de instrumentos de intervención que no contradice el ejercicio analítico realizado por la Corte Constitucional, sino que le brindan un gran aporte de claridad y complemento.

Así, los autores colombianos han determinado que la intervención general del Estado en la Economía puede verificarse a través de tres métodos de intervención, cada uno con un grupo de actos que lo caracterizan y que pueden sintetizarse de la siguiente manera:



(Figura 1: Miranda y Márquez, 2004, p. 77).

En este trabajo asumimos que la clasificación de los mecanismos de intervención corresponde a cuatro grupos y no a tres como lo proponen Miranda y Márquez (2004), pues entendemos que la función de estabilidad macroeconómica ejercida por el Estado a través de, verbigracia, el control de la inflación, la determinación de las tasas de cambio o de interés, o la emisión monetaria, entre otros mecanismos de política macroeconómica, no son actividades que este ejerce como un agente económico común, toda vez que en su desarrollo el Estado no actúa como un productor de bienes o como un prestador

de servicios, sino que por el contrario ejerce tales actividades con el fin de contrarrestar los efectos de los ciclos económicos, circunstancia que bajo ningún supuesto son ejercidas por los demás agentes económicos de un mercado, sino que son una competencia exclusiva de la autoridad estatal.

Desde esta perspectiva, haciendo una integración de la clasificación propuesta por Miranda y Márquez (2004) y aquella determinada por la Corte Constitucional Colombiana, podría concluirse que el Estado interviene en la economía a partir de cuatro grandes instrumentos de intervención, cada uno con unos mecanismos que le son propios a saber: *i)* la determinación, definición, alcance y garantía de los derechos de contenido económico; *ii)* la generación de la estabilidad macroeconómica, que según Miranda y Márquez (2004) corresponde a un mecanismo de actuación del Estado como un verdadero agente económico a través de la actividad monetaria, crediticia, cambiaria, aseguradora y bursátil; *iii)* la función de redistribución del ingreso a través del aparato fiscal del Estado y de la configuración de un sistema de derechos de propiedad estatales que determinan en últimas la participación del Estado como un agente activo de las relaciones económicas; y *iv)* la dirección de la actividad económica bajo la cual, la regulación económica asume un papel trascendental.

2. Noción y objeto de la regulación económica.

Considerando la variedad de mecanismos que el Estado colombiano encuentra para el ejercicio de sus facultades de intervención económica general – derivadas del precepto normativo contenido en el artículo 334 superior – y teniendo en cuenta las finalidades perseguidas en el presente trabajo, que por su parte implican hacer un análisis explicativo del contenido y alcance del Derecho Económico colombiano y de los principales ejemplos a través de los cuales se desarrolla la idea de regulación económica – resulta ahora procedente establecer una aproximación conceptual a la regulación económica, para de esta forma determinar su fundamento, contenido y alcances.

2.1. El Estado Regulador.

Como se analizó en el aparte introductorio del presente capítulo, la concepción de regulación económica está íntimamente ligada a las transformaciones históricas de los modelos económicos modernos, y con ello, al cambio del papel ejercido por el Estado en el ámbito de las relaciones económicas.

Es así como el modelo económico leseferista, que en el contexto de las relaciones económicas tenía la única facultad de preservar el orden público económico a través del reconocimiento de los derechos y libertades económicas y de la aplicación de las sanciones y procedimientos preestablecidos en caso de que tal orden se viese alterado, ejercía un exclusivo papel de policía administrativa.

Bajo este supuesto, el modelo económico clásico no reconocía mayor intervención al Estado en las relaciones económicas que aquella que se centraba en el mantenimiento del orden público económico,

por esta razón, hablar de regulación como método de intervención del Estado en la economía en este período de la historia económica no resulta ser una afirmación precisa, pues, como se anotó en el primer capítulo del presente trabajo, la teoría económica clásica que soportaba aquel modelo de organización estatal, defendía que el papel del Estado en el contexto económico debía ser el de un simple observador y garante, en la medida en que el mercado logra su plena eficiencia a través de la acción de la mano invisible que ordena las funciones de oferta y de demanda a fin de que estas siempre lleguen a un punto de equilibrio. El Estado por su parte, solamente debía propender porque nada impidiese que el funcionamiento adecuado del mercado, o lo que es lo mismo, que este operase de manera correcta.

De la misma forma, la dinámica fuertemente intervencionista influida por el modelo económico asumido desde la tercera década del siglo XX, impuso la institucionalización de un Estado Benefactor que se encargaba de la prestación de servicios públicos, asumiendo una función profundamente prestacional.

En tal sentido, podría afirmarse que la regulación económica tampoco podría adscribirse a un modelo netamente intervencionista, como quiera que en estos modelos el Estado no impulsa una dinámica de libre mercado en el cual tenga que intervenir cuando existan fallas, sino que el Estado mismo hace y ejecuta el mercado, o en otras palabras, el Estado mismo es o representa una parte muy importante del mercado, por lo que las facultades de intervención resultan ser otras sustancialmente distintas a las que implica el concepto de regulación económica.

Pero como ya se ha explicado en varios apartes del presente trabajo, la aplicación de este Estado paternalista vio truncada su permanencia en la historia a partir de la dos últimas décadas del siglo XX, en las cuales, la caída del modelo económico intervencionista supuso la necesidad de reconfigurar la actividad estatal en relación con la economía y concluyó en la necesidad de reasignar a los particulares aquellas actividades que en el período inmediatamente anterior habían sido prestadas directamente por el Estado, y de esta manera abrir el espectro de los servicios públicos a una dinámica liberalizada y de competencia, limitando la actividad de intervención del Estado y rediseñando sus mecanismos de actuación.

Es de esta forma cómo surge el denominado “Estado Regulador”, quien por su parte no deja de lado las funciones de policía administrativa económica propias del desarrollo del modelo económico clásico, pero sí se desliga paulatinamente del modelo de prestación directa de los servicios públicos y lo abre a una dinámica de competencia en la que deben ser los agentes económicos privados quienes asuman la producción de tales servicios, conservando el Estado la función de regulación para – desde lo económico – solventar las fallas de mercado que se presenten en algunos sectores especiales de la economía, y – desde el punto de vista estrictamente jurídico – garantizar esta dinámica de libre competencia.

Sin embargo, la transición de un modelo de intervención directa a la asunción de un Estado Regulador no se configuró como una respuesta inmediata a las dinámicas económicas que dieron lugar

a la caída del modelo de Estado prestacional, sino que por el contrario, este proceso se vio caracterizado por la presencia de una serie de etapas sucesivas que, desde el modelo europeo, consolidaron la determinación de lo que en la actualidad se entiende como Estado Regulador.

Así lo explica Ortiz (2014), quien haciendo un estudio de las principales decisiones de la Comisión Europea, y de diversas Directivas de la Unión Europea en materia de mercados de telecomunicaciones, energía y servicios postales, reconoce que:

“Una vez superadas las primeras etapas de la liberalización y de la incorporación paulatina de la competencia, la regulación económica como función y como forma de intervención del Estado en las actividades económicas, cambia su enfoque en atención a que su labor es la de dar solución a los fallos de mercado en los mercados regulados (. . .)” (p. 81)

Es así como la transición del Estado prestacional al Estado regulador ve sus primeros pasos a partir de las dinámicas liberalizadoras que se consolidaron en Europa en las décadas de los 80's y 90's del siglo pasado a través del desmonte paulatino de los mercados que se desarrollaban a través del régimen de monopolios – entre los que sobresalen las industrias en red de las telecomunicaciones, la energía y los servicios postales –, mediante el cual el Estado pretendió abrir los mercados regulados a un régimen de competencia, a través de la implementación de una regulación para la competencia, y a través de la generación de mercados en aquellos sectores en los que la dinámica de mercado no existía.

De esta forma, como lo expone la profesora colombiana, el proceso de transito al Estado regulador se vio sucedido por una segunda etapa de incorporación paulatina de la competencia, a través de la cual se determinó como uno de los mecanismos para la consecución de este objetivo la creación de autoridades independientes de regulación que ejerciesen sus funciones desligadas completamente de cualquier intervención pública o privada, con el fin de generar entornos propicios para la apertura de los sectores regulados a mercados competitivos, situación que por su parte se vio reflejada en directivas y decisiones de las autoridades de la Unión Europea, emitidas en la primera década del siglo actual.

Frente a todo este proceso se determina entonces que el papel de la regulación económica supone la toma de decisiones que tengan como resultado dar solución a las fallas del mercado, a través de la incorporación de la ya aludida libre competencia, y a través de la protección de los derechos de los usuarios de los sectores regulados, todo ello bajo las premisas de intervención mínima de la administración, y vigilancia y supervisión de los servicios públicos a cargo del Estado, características que son propias de lo que se conoce en la actualidad como el Estado Regulador, y que subyacen del reconocimiento de un proceso paulatino de transformación del papel del Estado que encuentra a sus mayores exponentes en las dinámicas acaecidas en el contexto europeo.

En este orden de ideas el Estado Regulador se identifica como un modelo de estado sustancialmente distinto al de los modelos anteriores, pues como lo explica Perdomo (2014):

“Esta nueva faceta estatal tiene como finalidad, casi exclusiva y aceptada, la regulación de los mercados, lo que posiblemente implica que su objetivo central no es el control del sistema y de sus operadores (Estado liberal), sino que trata de promover la competencia allí donde sea posible, y se limita a proteger los intereses de los usuarios (seguridad, calidad y precio al servicio), principalmente donde este tenga las características de monopolio natural, sin dejar de lado la realidad capitalista del mercado, esto es, la protección de intereses en escenarios de mercado competitivo.” (p. 23).

En tal sentido, la reconfiguración de las funciones de intervención del Estado en la economía supone en este modelo de Estado el mantenimiento de las facultades de policía administrativa económica, la cesación o disminución sustancial y paulatina de la prestación directa del servicio público, y la apertura de tales servicios a un régimen de competencia, asumiendo el Estado Regulador un papel de intervención cuando tales condiciones de competencia no se puedan concretar en sectores específicos.

Desde esta perspectiva, el primer comentario que subyace al análisis de la regulación económica en relación con el Estado Regulador, supone que esta en sí misma corresponde a una herramienta propia de los modelos económicos mixtos (Stiglitz, 2000, p. 12) en los que confluyen la garantía de un mercado libre y la intervención del Estado cuando este mercado presenta fallas (tercera vía – modelo neoliberal – Economía Social de Mercado).

2.2. Aproximación al concepto y alcance de la Regulación Económica.

Atendiendo a aquellas formas de intervención del Estado en la actividad económica que fueron indicadas brevemente con anterioridad, debe procederse a aclarar el significado de la función de regulación económica, pues como se afirmó con precedencia, aunque este no corresponde en estricto sentido a la única forma de intervención del Estado en la economía, tal función constituye uno de los principales mecanismos de intervención en los modelos de economía mixta, aplicados hoy por hoy en la mayoría de países del mundo.

En este orden de ideas, la pretensión principal del presente acápite será responder a los siguientes cuestionamientos: ¿Qué se entiende por regular? ¿Para qué se debe regular? y ¿Cuándo se debe regular? La respuesta al primer interrogante estará dirigida a establecer una aproximación al concepto de regulación económica, para posteriormente establecer las pretensiones que tal actividad asume, así como determinar – con algún criterio de certeza – las causas de la actividad de regulación,.

Así, en relación con el concepto de regulación Muñoz (2009) establece que:

“(…) la función de regulación, que define el modelo básico de intervención pública en la economía actualmente, alude a un conjunto de poderes de actuación con características propias, que se ejercitan por órganos especiales, cuyo uso ha tenido un desarrollo en los últimos años hasta alcanzar una posición central nunca conocida antes. (...) Regular no es, pues, producir normas (lo es también, desde luego, pero no desde la perspectiva que

ahora nos interesa), sino una actividad continua de seguimiento de una actividad. Tal control exige la utilización de los poderes de diverso signo: algunos tienen carácter normativo y se traducen en reglamentaciones; otros sin embargo, consisten en la supervisión del ejercicio de la actividad; otros la ordenación del funcionamiento del mercado; en fin, puede concurrir un poder de resolución de controversias y también el poder sancionador.” (p. 111).

Tal proposición determina que la actividad de regulación lleva implícito el ejercicio de un catálogo variado de facultades que tienen una pretensión principal: dirigir y realizar un seguimiento permanente y específico a una actividad de mercado que así lo requiere. La regulación es entonces, en sentido amplio, una actividad que no solo comprende la expedición de normas jurídicas que determinan parámetros de acción o restricciones a la conducta de los agentes económicos, entre otras finalidades particulares de aquellas normas, sino que también se extiende a la acción de seguimiento y control de aquellas actividades económicas a las cuales se les ha asignado tal inspección.

De esta manera se entiende que la regulación involucra un conjunto de poderes, de diversa naturaleza, con características propias, atribuidos a determinadas autoridades para que con esta se cumplan los fines económicos previstos en los particulares ordenamientos jurídicos en donde esta figura es aplicable.

De otro lado, es preciso resaltar aquí el carácter especial que atañe a la regulación. Ello por su parte implica que la regulación obedece a ciertas particularidades de la realidad económica que requieren de un nivel de conocimientos especializados, por lo que se requiere, para su adecuada formulación, de autoridades que gocen de experticia en el ámbito concreto de la regulación, de manera tal que esta responda de manera eficaz a las finalidades perseguidas con su implementación.

De acuerdo con lo enunciado por Muñoz, la Corte Constitucional Colombiana también ha afirmado que:

“(.. .) la regulación es una actividad continua que comprende el seguimiento de la evolución del sector correspondiente y que implica la adopción de diversos tipos de decisiones y actos adecuados tanto a orientar la dinámica del sector hacia los fines que la justifican en cada caso, como a permitir el flujo de actividad socioeconómica respectivo.” (Sentencia C-150 de 2003).

En concordancia con lo expuesto por el alto tribunal, surge aquí otro de los elementos característicos de la regulación económica, el cual refiere a su carácter sectorial: la regulación económica no es abstracta, sino que se dirige de manera particular a sectores que requieren de los impulsos estatales para que funcionen en coherencia con el sistema económico asumido.

De esta manera no se podría entender como regulación económica cualquier norma que refiera a la ordenación jurídica de la economía, pues aquellos tipos de normas son precisamente eso, disposiciones generales tendientes a establecer el modelo económico aplicable en un determinado ordenamiento.

Las normas de regulación por su parte, siguiendo el criterio de especialidad antes referido, han de dirigirse a dirigir sectores determinados de la economía, para que aquellos respondan a las finalidades dispuestas en aquellas normas superiores que establecen el sistema económico aplicable.

De otro lado la actividad de regulación económica del Estado ha sido concebida por algún sector de la doctrina como una función administrativa, situación que puede ser útil para comprender el fenómeno regulatorio como una función distinta a los demás mecanismos de intervención del Estado en la Economía, pues a partir de tal definición se entiende que la actividad de regulación corresponde a una función propia de las administraciones públicas, en tanto que las facultades ejercidas por otras ramas del poder público, si bien implican intervención, no necesariamente se conciben bajo el entendimiento de la regulación económica.

Con ello, los actos de las administraciones públicas que tiendan a controlar los mercados suponen el ejercicio de la función de regulación, en tanto que todas las demás acciones de intervención, ejercidas por otras autoridades públicas corresponden a mecanismos distintos a la regulación que también hacen parte del amplio espectro de acciones a través de las cuales el Estado puede intervenir, pues como lo afirma Montero:

“[Se entiende] la regulación como la actividad de la Administración consistente en el control continuo de un mercado mediante la imposición a sus operadores de obligaciones jurídicas proporcionales a misiones de interés general objetivamente determinadas, según la valoración que en un ámbito de extraordinaria discrecionalidad realiza la Administración.” (2014, p. 40).

Desde la concepción aquí analizada podría afirmarse entonces que la actividad de regulación no es cualquier forma de intervención, sino que contrario a ello, esta supone una manera especial de intervención adjudicada a las administraciones públicas a fin de controlar los mercados o actividades económicas que previamente hayan sido declaradas de interés general.

Entendemos a partir de lo anterior que tal proposición puede traer varios problemas, entre ellos la determinación de la regulación como actividad exclusiva de la administración, pues, como se analizará en seguida, otros sectores de la doctrina especializada entienden la regulación no como una actividad adjudicada exclusivamente a las administraciones públicas, sino como un mecanismo de intervención sobre el que tienen competencias otras autoridades estatales como lo es el poder legislativo, máxime cuando en el Estado colombiano, es a este órgano a quien se le atribuye constitucionalmente la facultad de expedir las leyes de intervención económica a partir de la disposición contenida en el numeral 19 del artículo 150 superior.

Otro problema que subyace a tal determinación radica en lo que en Europa se ha denominado la declaratoria de servicios de interés general, o lo que en el contexto colombiano corresponde a la determinación de servicio público. Para Montero (2014, p. 40), si bien la regulación corresponde a una actividad ejercida por la administración pública, esta también debe ejercerse sobre “*misiones de*

interés general objetivamente determinadas”, situación que por su parte desnaturaliza la pretendida exclusividad de la regulación económica en cabeza de las administraciones públicas, pues si ellas solamente están llamadas a intervenir mediante regulación frente a misiones de interés general previamente determinadas (servicios públicos), ello implica que no son aquellas administraciones las autoridades competentes para definir los intereses generales que deben ser intervenidos, por lo que se puede concluir que la actividad de regulación debe iniciar con la determinación de aquellos intereses generales a intervenir (determinación de los servicios públicos objeto de intervención), situación que en todo caso corresponde al órgano legislativo.

Sin embargo, a pesar de las críticas teóricas que puede encerrar este concepto, desde nuestro criterio la definición de la regulación económica como actividad propia de la administración pública corresponde a una definición extremadamente útil para entender que no toda actividad de intervención corresponde a la función de regulación, pues como lo dispuso la Corte Constitucional Colombiana en sentencia citada previamente (C-150 de 2003), los mecanismos de intervención del Estado son múltiples y se pueden clasificar en varios grupos, entre los que se encuentra la definición de las condiciones fundamentales del funcionamiento del mercado y de la convivencia social, definición que por su parte debe determinar la forma como han de reconocerse los derechos y obligaciones de los agentes que participan en el mercado.

Desde esta perspectiva, podría considerarse que las funciones ejercidas por el Congreso de la República, al determinar los intereses generales sobre los cuales se ha de ejecutar la actividad administrativa de regulación, corresponde al ejercicio de una de las tantas facultades de intervención del Estado en la economía, concretamente a la intervención mediante la definición de las condiciones fundamentales del mercado y de la convivencia social clasificada así por la Corte Constitucional, más no precisamente a la intervención a través de regulación.

Sin embargo, como lo expresan Miranda y Márquez (2004), la actividad de regulación económica representa un mecanismo de intervención a través del cual las autoridades públicas dirigen la actividad económica que se desarrolla en el Estado, para lo cual exponen que entre tantos actos a través de los cuales el Estado interviene, se encuentra el ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control y el desarrollo de funciones de orientación en materia de servicios públicos, caso en el cual el papel del Legislador representa un rol importante en la definición y alcance de tal regulación, pues como se analizará más adelante, es el órgano legislativo el que autoriza tal intervención y determina los parámetros y lineamientos bajo los cuales las demás entidades competentes para regular deben ejercer su actividad de regulación.

En tal sentido, la determinación de los sectores a regular puede considerarse, de un lado, una actividad de intervención bajo la categorización de definición de las condiciones generales del mercado, pero del otro, se puede considerar como el primer mecanismo concreto de regulación económica, pues es el legislador quien autoriza la regulación de estos sectores económicos, quien establece sus finalidades, y quien además determina las autoridades y las facultades de que estas son titulares para el ejercicio de la dirección de la economía, como ocurre en el caso de los servicios públicos

bajo las funciones de inspección, vigilancia y control y las funciones de promoción de la competencia y la eficiencia económica.

Con todo lo anterior, en el contexto colombiano, el papel de regulación económica del órgano legislativo encuentra su fundamento en – entre otras normas – el numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política, que establece la función del Congreso de expedir normas de intervención económica, y el numeral 23 del mismo artículo, mediante el cual se determina la facultad del Congreso de la República de expedir las leyes que rijan la prestación de los servicios públicos.

Una vez el Poder Legislativo interviene en la economía definiendo las condiciones fundamentales a las cuales debe sujetarse determinado sector de la economía, decretándolo como uno de aquellos servicios públicos objeto de regulación, le corresponde entonces de manera subsecuente fijar las condiciones de prestación de los mismos, bajo lo cual podemos entender que ejerce verdaderas funciones de regulación, pues establece las autoridades y competencias que son aplicables a estos sectores de la economía, establece sus finalidades entre las que se encuentran la promoción de la competencia y la propiciación de economías eficientes, y adicional a ello determina los principales mecanismos a través de los cuales las autoridades instituidas pueden alcanzar los fines propuestos.

Aunado a lo anterior corresponde entonces a la administración, de acuerdo con las facultades y límites impuestos en la definición de la regulación dispuesta por el legislador, imponer las obligaciones y ejercer el control continuo sobre estos mercados, vale decir, ejercer la función administrativa de regulación en estricto sentido.

Sin embargo, la determinación de la regulación económica como una función netamente administrativa no es un tema apacible en la doctrina jurídica-económica, pues son tantas las posiciones que definen la regulación como un mecanismo de intervención que ejecutan varias autoridades públicas, como aquellas que la reconocen como una actividad propia y exclusiva de la administración pública.

Es así como Ortiz (2014), entiende la regulación económica como:

“(...) una nueva forma de intervención en la economía, como función y actividad desarrollada por entidades del poder público orientada fundamentalmente a garantizar el correcto y buen funcionamiento de los mercados, donde anteriormente se prestaban servicios en régimen de servicio público y derechos exclusivos (...) cuya finalidad es garantizar el buen funcionamiento del mercado o en su defecto determinar las condiciones para crear mercados (...)” (p. 72).

Tal proposición reclama la participación de diversas autoridades del poder público en la actividad regulatoria, en contraposición a la idea que afirma que la regulación económica es una actividad ejercida exclusivamente como función administrativa. Desde esta perspectiva podría afirmarse

entonces, que la regulación económica es concebida como una función pública que atañe a diversas autoridades estatales.

En la misma dirección se ha orientado la doctrina constitucional colombiana al entender que:

“La función de regulación usualmente exige la concurrencia de, a lo menos, dos ramas del poder público y es ejercida de manera continua por un órgano que cumple el régimen de regulación fijado por el legislador, que goza de una especial autonomía constitucional o independencia legal, según el caso, para desarrollar su misión institucional, y cuyo ámbito de competencia comprende distintos tipos de facultades.” (Sentencia C-150 de 2003).

En tal sentido es dable afirmar que la regulación económica es una función pública ejercida por distintas autoridades estatales que comprende la ejecución de seguimiento y control a aquellos sectores económicos a los cuales se ha dirigido, para lo cual se hace necesaria, por lo menos, la participación del órgano legislativo como determinador de los intereses generales que deben ser asegurarse a través de la regulación, y la participación de organismos especializados que ejercen una actividad administrativa permanente tendiente al aseguramiento de las condiciones mercado o a la propiciación de estas en los sectores en los que no existen, y que han sido previamente decretados por el legislador.

Pero, una vez determinada una aproximación al concepto de regulación económica, ¿se puede inferir de ella la finalidad perseguida con el ejercicio de esta actividad? La respuesta a este interrogante es afirmativa, pues, al entender la regulación económica como una actividad continua de seguimiento de una actividad económica determinada, se establece en seguida que la finalidad perseguida con tal actividad de intervención supone el mantenimiento de las condiciones de mercado en los sectores regulados, o la generación de mercado en aquellos sectores en los que, por sus condiciones técnicas especiales, no es posible garantizar el libre acceso a esta actividad.

Es así como se concluye que la finalidad que persigue la regulación es generar un escenario de competencia en aquellos sectores en los que el Estado previamente detentaba la titularidad de los mismos, abriendo a los particulares la posibilidad de acceder a través de su libre concurrencia a actividades a las que antes no podían acceder.

En este sentido Perdomo (2014) afirmó:

“Entonces, en sentido amplio, la regulación económica puede ser definida como la actividad administrativa de intervención pública sobre la economía de mercado (intervención económica), con miras a cumplir los fines de interés público y privado. A su turno, en sentido estricto puede denotar la función del poder público que procura satisfacer necesidades colectivas y corregir los fallos del mercado mediante actividades económicas en régimen de competencia, las cuales pueden provenir de cualquier rama del poder público, así el fallo del mercado no necesariamente se soluciona incrementando los poderes de la administración o de sus agencias.” (p. 61).

Del concepto emitido por Perdomo se verifica – a nuestro juicio – una leve contradicción, pues en principio el autor establece que la función de regulación es una función administrativa que busca el cumplimiento de los fines de interés público y privado que emergen en un mercado, en tanto que en seguida afirma que tal función no es de ejercicio exclusivo de la administración, sino que en ella participan autoridades de cualquier rama del poder público.

Tal contradicción a nuestro juicio ha de resolverse a partir del entendimiento de la actividad de regulación como una función pública y no como una exclusivamente administrativa, pues como se anotó con precedencia, la actividad de regulación, si bien centra la mayoría de sus facultades en autoridades de la administración pública, también incorpora actuaciones propias del poder legislativo, y de otras autoridades, siguiéndose entonces la interpretación del Tribunal Constitucional Colombiano que establece que en la actividad de regulación se hace necesaria, cuando menos, la concurrencia de dos ramas del poder público.

Sin embargo, la idea del autor colombiano si permite descifrar la finalidad perseguida con la actividad de regulación, cual es, la generación de un marco de competencia en aquellos mercados en los cuales se presentan fallas, lo que por su parte nos remite a resolver el interrogante de cuándo es procedente la regulación económica.

Así, la regulación económica se establece como una respuesta a aquellos sectores económicos en los que el mercado presenta fallas, pues como lo reconoce Ariño (2003): *“La regulación, en general, hace siempre su aparición ante la inexistencia, los fracasos o fallos del mercado (. . .) Así, pues, la regulación –en especial la regulación económica– es por definición un sustitutivo del mercado”* (Ariño, 2003, p. 588), es decir, las causas de la regulación económica se reconocen en los fallos del mercado.

2.3. Las fallas del mercado como causa y objeto de la regulación económica.

Como diversos contextos de la historia económica moderna lo han demostrado, los mercados no resultan ser eficientes por sí mismos, sino que por el contrario, su ejecución conlleva a la verificación de fallos que hacen que la asignación de recursos no logre un óptimo de eficiencia; muestra de ello se verificó en la crisis económica de 1929 que determinó la debacle del modelo económico de competencia perfecta propuesto por los teóricos de la economía clásica.

Frente a tal circunstancia el Estado ha tenido que intervenir en aquellos mercados en los que no es posible conseguir la eficiencia económica, eficiencia que para los economistas se ha definido principalmente a partir del modelo propuesto por Vilfredo Pareto (1848-1923), según el cual, esta se logra siempre que un cambio que mejore las condiciones de bienestar de un agente económico no empeore las de ningún otro, o como lo expresa Stiglitz *“[l]as asignaciones de recursos que tienen la propiedad de que no es posible mejorar el bienestar de ninguna persona sin empeorar el de alguna otra se dice que son eficientes en el sentido de Pareto u óptimas en el sentido de Pareto.”* (2000, p. 69).

Así, este parámetro de eficiencia ha sido explicado por el nobel de economía a partir de la concreción de los tres teoremas fundamentales de la economía del bienestar, según los cuales: *i)* si la economía es competitiva – y satisface además algunas otras condiciones – es eficiente en el sentido de Pareto; *ii)* tras distribuir la riqueza, si se deja que las fuerzas de la competencia actúen libremente, se obtendrá una asignación eficiente de los recursos en el sentido de Pareto (Stiglitz, 2000, p. 72); y *iii)* la eficiencia paretiana requiere de la configuración de tres aspectos indispensables, el primero de ellos supone que la economía logre la eficiencia en el momento mismo del intercambio, lo que por su parte implica que los bienes deben ir a parar a manos de las personas que mejor los valoren, el segundo implica que debe existir eficiencia en la producción, vale decir, que no se debe producir una cantidad mayor de un bien si reducir la de otro, y el tercero establece que se debe lograr la eficiencia en la combinación de los productos de tal manera que los bienes producidos sean los que deseen los individuos (Stiglitz, 2000, p. 75).

Sin embargo, aunque la pretensión de todo mercado es concretar aquellos teoremas de eficiencia económica propuestos por la economía del bienestar, lo que resulta veraz es que los mercados no siempre alcanzan tales condiciones debido a la presencia de fallos que impiden que tales condiciones se verifiquen en todos los sectores de la economía.

Es así como el concepto de fallos del mercado resulta ser el objeto fundamental de la regulación económica, para que a través de la intervención del Estado se pueda propiciar la consolidación de una asignación eficiente de recursos, y con ello, el aseguramiento de un verdadero régimen de competencia en todos los sectores, pues como lo expresan el primer y segundo teoremas de la economía del bienestar, la eficiencia económica se logra cuando los mercados se desarrollan en dinámicas de competencia.

Así lo corrobora Schettino (2002), al mencionar que el modelo de competencia perfecta de la economía clásica no corresponde a la realidad de los mercados actuales:

“En el caso de la estructura del mercado, el mecanismo no funciona cuando la competencia no es perfecta. La mano invisible de la que hablaba Adam Smith no funciona. Por ejemplo, si un mercado está dominado por un monopolio (un solo vendedor), éste determinará el precio de equilibrio. Supongamos que el monopolista desea aumentar el precio, ¿qué pueden hacer los compradores? No hay nadie más a quien comprarle, así que tienen que aceptar este nuevo precio y comprar una cantidad menor.” (p. 128).

De esta manera debe entenderse, que cuando un mercado no funciona según los criterios de la economía clásica, vale decir, cuando un mercado no funciona bajo los postulados de la teoría de la competencia perfecta, es porque en su desarrollo se perciben las denominadas fallas de mercado, que por su parte son definidas por el mismo autor como aquellas ocasiones en las que el mercado no puede “(...) *asignar adecuadamente precios y cantidades. Por lo general, esto ocurre cuando hay agentes económicos con poder suficiente para mover el precio a su gusto, y no dejan que sea el mercado el que lo fije.*” (Schettino, 2002, p. 127).

Tales fallas han sido agrupadas por Stiglitz en seis grupos que por su parte consolidan un argumento a favor de la intervención del Estado (2000, p. 92), y que como se explicó con precedencia, se constituyen en las causas y objeto de la función pública de regulación económica asumida por el Estado Regulador, las cuales son: *i)* los fallos de la competencia, *ii)* los bienes públicos, *iii)* las externalidades, *iv)* mercados incompletos, *v)* fallos de la información, y *vi)* el paro, la inflación y el desequilibrio.

Por aspectos de facilidad metodológica tales fallas se estudiarán en el presente aparte a partir de cuatro grupos sintetizados como se muestra a continuación, haciendo la claridad de que el último fallo propuesto por Stiglitz no será analizado en el presente trabajo, pues como se anotó haciendo referencia a la doctrina constitucional colombiana, el paro, la inflación y el desequilibrio económico han de ser resueltos a través de diversidad de mecanismos de intervención, entre los cuales, la función de estabilización macroeconómica resulta ser el método de intervención más adecuado.

2.3.1. Las Externalidades.

Como lo expresan Pindyck y Rubinfeld “[e]xiste una externalidad 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” (2009, p. 708).

Desde esta perspectiva, una externalidad se puede entender como una acción de un agente del mercado que tiene una implicación indirecta ya sea en el consumo o la producción de otro agente del mercado, cuyas consecuencias no son resueltas por el mercado mismo, o cuyos costes o beneficios no son asumidos por el agente que genera la externalidad.

Así lo expresa Amador:

“(..) las externalidades son influencias de las acciones de un agente en el bienestar de otro, que no son tenidas en cuenta en el proceso productivo, o que no se ven reflejadas en el intercambio mercantil, y se provocan cuando los productores o consumidores, causan efectos externos positivos o negativos, que generan perjuicios o beneficios a un tercero o a toda la sociedad, y que no están incluidos en el sistema de precios.” (2013, p. 68).

Desde este aporte teórico se puede concluir que las externalidades pueden ser de diversos tipos, por lo que pueden verificarse externalidades positivas y negativas, vale decir, actuaciones de un agente que generan efectos positivos o negativos en el bienestar de otros, y también pueden presentarse externalidades tanto en la actividad productiva como en la actividad de consumo.

Para establecer un mayor entendimiento sobre el concepto de externalidad, resulta propio traer a colación los ejemplos expuestos por Varian (2002):

(...) hay una externalidad en el consumo si a un consumidor le afecta directamente la producción o el consumo de otros. Por ejemplo; a la gente no le da igual que la gente escuche

música a todo volumen (...) decimos que en todos estos casos existen externalidades negativas en el consumo. En cambio, si a una persona le causa placer observar las flores de su vecino, decimos que existe una externalidad positiva en el consumo. Del mismo modo existe una externalidad en la producción cuando las decisiones de una empresa o de un consumidor influyen en las posibilidades de producción de otra empresa. Un ejemplo clásico es el del campo de manzanos situado cerca de un apicultor, en el que la producción genera externalidades positivas mutuas. Otro ejemplo es el de una piscifactoría cuya producción resulta afectada negativamente por la cantidad de contaminantes que se vierten en las aguas que utilizan. (p. 589).

Teniendo en cuenta lo anterior, se debe entender que las externalidades negativas en la producción suponen el incremento de los costos sociales frente al nivel de los costos privados que genera determinada actividad económica. Para ello es preciso ampliar el ejemplo propuesto por Varian en el siguiente sentido: si un agente económico desarrolla una actividad industrial que genera contaminación ambiental, tal actuación genera una externalidad negativa en la medida en que el costo de la contaminación no es asumido por el productor de la actividad industrial sino que este lo asumen los demás agentes (productores, consumidores, o terceros, como se quieran llamar) que deben soportar el costo de desarrollar sus distintas actividades en un ambiente poco favorable para las condiciones de salud, entre otras tantas circunstancias que se pueden ver afectadas con la contaminación ambiental.

De esta forma el costo social es mayor que el costo que asume el agente privado al momento de ejecutar su actividad económica. Explicándolo de una manera más técnica, Amador expone que:

“El costo marginal privado es el costo de producir una unidad de un bien o servicio que asume el productor, mientras que el costo marginal externo es el costo de producir una unidad adicional de un bien o servicio que no recae sobre el oferente sino sobre agentes distintos a este. Por lo tanto, la suma del costo marginal privado y el costo marginal externo es el costo marginal social. (2013, p. 69).

Frente a este tipo de externalidades la actividad de regulación debe dirigirse al restablecimiento de la eficiencia a través de la imposición de licencias o autorizaciones para el ejercicio de determinadas actividades económicas, así como la imposición de tasas retributivas o compensatorias, o incluso sanciones que intenten compensar el mayor costo social generado con ocasión de la externalidad, entre muchas otros mecanismos de regulación.

De otro lado, en relación con las externalidades positivas de la producción, estas se generan cuando los beneficios sociales derivados de una actividad económica, son mayores a los beneficios generados al particular que la desarrolla. Tales externalidades constituyen una falla del mercado pues “(...) el precio pagado por el demandante es menor y la cantidad ofrecida por el productor es mayor. Dicho desplazamiento significa una falla en el mercado al producirse una mayor cantidad a un menor precio del nivel deseado socialmente (...)” (Amador, 2013, p. 71), para lo cual el mismo autor determina

que la regulación económica debe dirigirse a la asignación de subvenciones gubernamentales para el incremento de la cobertura de aquellos bienes producidos y subasignados.

En relación con las externalidades negativas del consumo se puede mencionar como ejemplo las consecuencias generadas en el orden público con ocasión del consumo de alcohol por parte de determinados agentes, o incluso, las consecuencias que pueden generarse en la seguridad e integridad de las personas si un consumidor de alcohol conduce en estado de embriaguez. Frente a tales externalidades la regulación debe ejecutar mecanismos que tiendan a reducir el consumo de alcohol o reducir sus efectos, estableciendo por ejemplo mayores cargas tributarias para el consumo de bebidas alcohólicas, de manera que se desincentive su consumo.

Frente a las externalidades positivas del consumo, Amador propone que la regulación actúe en forma similar a como se contrarrestasen las externalidades de la producción, vale decir, subvencionando el funcionamiento de tales actividades (2013, p. 75).

Como se puede entender de lo previamente referido, las externalidades – en cualquiera de sus modalidades – generan sobreasignaciones o subasignaciones de recursos que por su parte implican la presencia de mercados ineficientes, situaciones a las que la regulación económica debe hacer frente a través de los diversos mecanismos que se puedan generar para detener la sobreasignación o para emplear plenamente la subasignación de bienes y servicios.

2.3.2. Los bienes públicos.

En relación con este tipo de fallas es preciso mencionar que, como lo establece Stiglitz, “[e]xisten algunos bienes que, o no son suministrados por el mercado o, si lo son, la cantidad suministrada es insuficiente.” (2000, p. 95), lo que por su parte implica que su principal característica radica en la dificultad de ser transados en el mercado.

En este orden de ideas debe aclararse de manera preliminar que la conceptualización de bienes públicos del derecho no resulta ser la misma que para tal fin asume la economía: Si bien el derecho entiende el concepto de bienes públicos relacionándolos con la propiedad pública-estatal, la economía entiende que los bienes públicos son aquellos que carecen de las características de rivalidad y exclusión, propias de los bienes privados, o de la mayoría de ellos; así lo establecen Pindyck y Rubinfeld (2009) cuando establecen que un bien público es aquel que “(…) no es excluyente ni rival: el coste marginal de provisión a un consumidor más es cero y no es posible impedir a nadie consumirlo” (p. 708).

Diferenciamos entonces el alcance de las dos características anotadas para entender la definición de un bien público desde el ámbito de la economía. Un bien es rival o goza de la característica de rivalidad cuando varios agentes en el mercado luchan ya sea por su producción o por su consumo. Por lo tanto un bien no rival será aquel frente al cual no hay agentes económicos interesados en competir para producirlo o consumirlo.

De otro lado la característica de exclusión refiere a que un bien es excluyente cuando el hecho de que este sea producido o consumido por un agente económico, tal producción o consumo excluye a otros agentes económicos de que puedan producir o consumir ese bien. En tal sentido un bien será no excluyente cuando su producción o consumo sea compatible con la producción o consumo de este bien por otros agentes económicos.

Desde esta perspectiva, para la economía un bien público es aquel que, siendo usado (consumido) por un sujeto, su consumo no excluye a otros sujetos para que también lo usen (característica de exclusión), y además de ello su provisión no supone el ejercicio de rivalidad entre consumidores para su utilización, vale decir, el hecho de que un agente lo use no necesariamente implica que los demás usuarios tengan que ofrecer un precio mayor para poder gozar de su uso (rivalidad), toda vez que este puede ser consumido por varios agentes al mismo tiempo.

Por las características previamente referidas la provisión de bienes públicos no resulta atractiva para el mercado, sin embargo, no podría concebirse una sociedad sin carreteras para la comercialización y el transporte, o sin parques para la socialización y el ocio, o un Estado que brinde seguridad solamente aquellos que estén dispuestos a pagar por ella.

Como tales bienes no resultan atractivos para el mercado – pues su producción no satisface el deseo de maximización de la utilidad de las industrias – su provisión debe estar a cargo del Estado a través de la figura del gasto público y del sistema tributario. De esta manera lo expresa el profesor Hernández (2005):

“La provisión de bienes públicos es el fundamento para que la teoría del bienestar acepte que el Estado entra al sistema económico como productor de bienes públicos y de esta manera interne la externalidad. Así, la respuesta a (...) la pregunta (...) – en qué debe gastar el Estado – es la siguiente: el gasto debe proveerse a dedicar bienes públicos puros; ese es su límite. El resto de bienes quedan en manos de las fuerzas del mercado (...) La tarifa tributaria debe ser igual al precio del bien público que provee el Estado o una entidad privada encargada de forma explícita por aquel (como en el caso de las concesiones)”. (p. 174-175).

Frente a este tipo de fallas la regulación debe dirigirse a la cooperación de los particulares en la financiación de este tipo de bienes a través del sistema tributario, pues como lo afirma Amador “(...) *estos no tienen ningún incentivo para financiarlo de forma voluntaria.*” (2013, p. 81).

2.3.3. Información asimétrica.

La asimetría de la información es uno más de los elementos que contradicen la existencia de un modelo económico de competencia perfecta. La economía clásica suponía que las relaciones económicas parten de la existencia de información perfecta y completa entre los agentes económicos, lo que les permitía, bajo el presupuesto de la elección racional, tomar sus decisiones de consumo de

manera tal que se maximizará su utilidad. Sin embargo, la realidad nos muestra que no todos los agentes económicos conocen la información necesaria para tomar decisiones eficientes y que por tal razón la asimetría de la información es una de las tantas causas que justifican la inexistencia de mercados con asignación de recursos eficiente. De esta forma Schettinno (2002) expresa:

“En la teoría, con sólo conocer los precios sabemos todo lo necesario para decidir, pero en la realidad, además del precio necesitamos información sobre la calidad de los bienes. No es lo mismo pagar 100 pesos por una herramienta que durará varios años, que pagar 50 por una que no resistirá una semana de uso. ¿Cómo sabemos cuánto puede durar la herramienta?” (p. 129).

Así, la existencia de información asimétrica supone una correlativa existencia de relaciones desiguales entre agentes económicos, que por supuesto deben ser equilibradas con el fin de propiciar eficiencia en la asignación de recursos. Con ello, resulta siempre evidente que en las relaciones económicas el productor posee mayor información del producto en relación con la que posee el consumidor frente al mismo: “(. . .) en una economía existen algunos que cuentan con mayor información y otros con menor información. Las empresas tienen mayor información que los consumidores” (Velandia, 2011, p. 423).

Desde esta perspectiva, la asimetría de la información puede definirse como:

“(. . .) el evento en el que al menos uno de los compradores y vendedores en el mercado dispone de una información más completa y precisa frente al resto de los actores. En este sentido, el costo de la información se puede definir como la diferencia de los beneficios esperados y los obtenidos con y sin información. Por lo tanto, el valor de la información es lo que se está dispuesto a pagar por utilizarla, con el propósito de reducir la incertidumbre en la toma de decisiones.” (Amador, 2013, p. 60).

Estas fallas del mercado conllevan a la aparición de tres anomalías que sesgan las decisiones de producción y de consumo y que han sido definidas en la teoría económica como selección adversa, riesgo moral y el problema del principal-agente.

La primera de ellas se presenta cuando la mayor cantidad de información obtenida por un agente económico le sirve para beneficiarse de otro agente que por su parte ignora las características del bien o servicio objeto de transacción. Tal circunstancia se presenta por ejemplo en la adquisición de una póliza de seguros en la que el tomador de la póliza tiene más información acerca de sus riesgos, en relación con la que posee la empresa aseguradora.

El riesgo moral se presenta cuando el agente que posee más información se aprovecha de otro que la ignora a través de una acción oculta, como por ejemplo cuando un comprador de un vehículo desconoce las condiciones técnicas que hacen que el bien objeto de transacción no funcione de la manera adecuada.

De otro lado, el problema del principal-agente se genera cuando el titular de una actividad económica delega en un agente la facultad de tomar decisiones a nombre suyo para incrementar su productividad. El verdadero problema se encuentra cuando las actuaciones del agente no responden al mandato encomendado, sino que por el contrario, este oculta determinada información a fin de no reportar los beneficios de la actividad al principal y de esta manera maximizar su utilidad.

Todos estos desequilibrios en las relaciones económicas generadas entre productor y consumidor a partir de sesgos en la información deben ser resueltos a partir de una regulación que propenda por el acceso a la información y la consolidación de un régimen de obligaciones de los agentes económicos en relación con esta, para que de esta forma se genere un marco de efectiva protección de los derechos del consumidor frente a la relación que ostenta con el productor de los bienes y servicios a los que accede.

2.3.4. Fallos de la competencia y mercados incompletos.

Toda economía que pretenda ser eficiente debe centrar sus esfuerzos en la consolidación y aseguramiento de un escenario competitivo en el que la multiplicidad de oferentes y demandantes permita que la determinación de los precios se fije de acuerdo con las relaciones entre oferta y demanda, y que por tanto los precios no sean fijados por un único agente o por unos pocos productores.

Desde esta perspectiva la competencia supone que “(...) los demandantes y los oferentes sean independientes y precio aceptantes. En otras palabras, tanto consumidores como productores no pueden imponer el precio.” (Amador, 2015, p. 20), ni mucho menos determinar los bienes que deben ser objeto de transacción, pues en un mercado competitivo los bienes o servicios producidos son aquellos que satisfacen las necesidades de los consumidores y no aquellos que la voluntad de los productores quieran imponer.

De esta manera, al entender que no todos los mercados son competitivos, resulta claro entonces que las más importantes fallas de los mercados centran su atención en los problemas de competencia y eficiencia, frente a lo cual se determina que los mercados pueden ser ineficientes por ser mercados incompletos, o que también lo pueden ser por no asegurar, en las dinámicas de producción, la libre concurrencia de los oferentes.

Frente al primer tipo de fallas, Stiglitz ha dispuesto que:

“Siempre que los mercados privados no suministran un bien o un servicio, aun cuando el coste de suministrarlo sea inferior a lo que los consumidores están dispuestos a pagar, existe un fallo en el mercado. Se habla en este caso de mercados incompletos.” (2000, p. 96).

Una ejemplificación clara de este tipo de mercados se presenta cuando el mercado de seguros no proporciona pólizas que cubran los riesgos de actividades importantes, *verbi gratia* los seguros para los cultivos o seguros al desempleo, casos en los cuales el Estado debe intervenir para asegurar el suministro de tales bienes o servicios.

Sin embargo, los mercados incompletos no son los únicos fallos que generan ineficiencia en las asignaciones de recursos. También presentan suma importancia las fallas en la competencia, en las cuales se encuentran los mercados monopolísticos y aquellos que se desarrollan bajo la dinámica de los denominados oligopolios, entre otras estructuras de mercado, frente a los cuales la regulación económica debe asumir un papel relevante para propiciar la generación paulatina – en la medida en que las condiciones del mercado lo permitan – de un régimen de libre competencia y de libre competencia.

El monopolio es quizá la falla del mercado que más le interesa a la regulación económica. Es a partir de esta falla que se desarrollan los marcos regulatorios más complejos y necesarios para establecer asignaciones eficientes de recursos en un mercado. La justificación es sencilla:

“El monopolista, como único productor de un producto, se encuentra en una posición única. Si decide subir el precio del producto, no tiene que preocuparse de la posibilidad de que los competidores cobren un precio más bajo y capturen así una cuota mayor del mercado a su costa. El monopolista es el mercado y controla absolutamente la cantidad de producción que pone en venta.” (Pindyck y Rubinfeld, 2009, p. 396).

Desde esta perspectiva, las regulaciones antimonopolio pretenden impedir la estructuración de un mercado en el que participe un único productor, y en el caso en el cual este se presente por la amplia dificultad de acceder a la industria debido a su altísimo costo de producción y mantenimiento (monopolio natural), establecer parámetros de calidad y de precios que determinen una asignación eficiente de recursos, toda vez que, como lo han mencionado Pindyck y Rubinfeld, al monopolista le está dado establecer condiciones de calidad y precios a su antojo, pues no tiene empresas que le compitan, y por su parte los consumidores seguirán demandando el producto de su industria.

De esta forma se entiende que: *“Mientras que una empresa competitiva es tomadora de precios, un monopolio es creador de precios”* (Mankiw, 2002, p. 300).

La respuesta estructural emitida por la regulación económica a los bienes y servicios monopolizados se ha centrado específicamente en la apertura a la competencia de las industrias en red, toda vez que estas presentan una serie de patrones comunes que las han puesto en el epicentro de la regulación económica:

“En primer lugar, requieren grandes desembolsos económicos para financiar la construcción de infraestructuras. En segundo lugar, se dan economías de escala que favorecen la concentración de la actividad en un número limitado de actores, incluso en un único actor (monopolio natural). En tercer lugar, suele ser frecuente cierta tendencia a que el gestor de infraestructuras se integre verticalmente y gestione servicios de transporte. Como consecuencia, estos sectores presentan una tendencia casi inevitable a estructurarse como oligopolios o incluso monopolios. La competencia no siempre es efectiva y suele requerirse la intervención pública en defensa de la misma.” (Montero, 2014, p. 160).

Desde esta perspectiva la regulación económica ha dispuesto la desintegración de estos monopolios u oligopolios a través de diversos mecanismos de intervención, entre los que se puede mencionar la desintegración vertical y separación de las actividades ejercidas por estas industrias, así como la consecuente apertura de acceso a las redes de operadores verticalmente integrados – lo que supone el acceso de otros agentes a las redes para el transporte y comercialización de los bienes o servicios producidos por estas industrias y de esta manera abrir el régimen de competencia a los mercados derivados –, la imposición de obligaciones específicas a los prestadores de servicios públicos, la regulación en aspectos de seguridad y calidad de los bienes y servicios prestados, y la determinación de marcos tarifarios en función de los costes de operación de los bienes o servicios producidos, entre otros mecanismos de intervención.

En síntesis, como lo expone Amador (2015), la función de regulación en relación con los monopolios debe dirigirse a la implementación de tres mecanismos generales de intervención, de los cuales se pueden derivar gran variedad de herramientas, y que se traducen en los siguientes:

“(.. .) establecer una comisión de regulación que, en primer lugar, fije el precio del servicio, segundo, regule la entrada y salida de empresas, es decir, la competencia y tercero, establezca unos instrumentos de defensa del consumidor mediante un sistema de calidad-penalidad. En otras palabras, el Estado hace las veces de sucedáneo de los mercados al asumir algunas de sus funciones que regulan el precio de la firma.” (p. 36).

Hasta aquí se ha considerado una explicación breve de cada una de las fallas de mercado a las que pretende hacer frente la regulación económica.

En este orden de ideas, vale la pena mencionar de manera preliminar que para el caso de los servicios públicos, el ordenamiento jurídico colombiano ha dispuesto herramientas que pretenden regular los monopolios y los mercados incompletos, para lo cual dispuso de una reglamentación a través de la cual dispuso como objetivo la promoción y apertura paulatina a un régimen de competencia, la determinación de precisas obligaciones de acceso y suministro a la información, la determinación del acceso a las redes como un mecanismo de apertura de las actividades económicas a un régimen de libre acceso, así como la estipulación de un marcado establecimiento de autoridades y funciones a través de las cuales se realicen las actividades de inspección, vigilancia y control.

Todo lo anterior a través de un sistema institucional en el que interactúan múltiples autoridades, cada una de las cuales ostenta un margen de competencias y funciones que de manera sistemática determinan el ejercicio de la actividad administrativa de regulación y con ello, pretenden corregir aquellas fallas de mercado, propiciar la competencia y generar la prestación eficiente de los servicios públicos.

Sin embargo, siendo estas las principales causas que justifican la intervención de un Estado Regulador y el objeto mismo de la regulación económica, debe también señalarse que la doctrina económica ha considerado que en las relaciones de mercado no son estas las únicas fallas que se

presentan, sino que también, en la dinámica de intervención del Estado para la generación de mercados eficientes y competitivos, esta regulación también puede verse afectada por fallas que imposibilitan el cumplimiento de su finalidad, vale decir, propician la permanencia de aquellos fallos del mercado. Estas fallas han sido denominadas por Stiglitz “los fallos de la regulación”.

En tal sentido, haciendo un análisis de la crisis económica mundial acaecida en el año 2008, Stiglitz reconoció tales fallas afirmando lo siguiente:

“Evidentemente hubo fallas de mercado, pero también fallas de gobierno. La razón principal de las fallas de gobierno fue la creencia en que los mercados no fallan, que los mercados sin restricciones producen resultados eficientes y que la intervención del gobierno simplemente arruinaría su tarea. Se nombraron reguladores que no creían en la regulación, y el resultado inevitable fue que no hicieran una buena labor de regulación. Hoy existe un amplio consenso sobre la necesidad de regulación, pero eso aún deja abierta una pregunta: aún si tenemos buenas regulaciones, ¿Cómo aseguramos que se hagan cumplir? ¿Cómo evitamos las fallas de la regulación?” (2010, p. 21).

Desde la perspectiva del autor, las fallas del mercado son una realidad innegable por cuya desatención o falta de adecuada atención, se han generado grandes y graves crisis económicas. Sin embargo, la generación de las crisis no se presenta única e inexorablemente por causa de las fallas de un mercado que se sabe que no es perfecto, sino que también coadyuvan en tal fin la implementación de regulaciones ineficientes, de malas regulaciones, o de buenas regulaciones que no se implementan como debería hacerse.

Tales condiciones, denominadas por el premio nobel como fallas de la regulación, encuentran su principal fundamento en la denominada captura del regulador: cuando el regulador no responde a las características de imparcialidad y neutralidad a las que está llamado en el ejercicio de su función de regulación, las regulaciones por más buenas que se consideren serán regulaciones fallidas.

Por todo lo anterior, en la actualidad la regulación económica no solo debe hacer frente a la resolución de los problemas de eficiencia y competencia generados con la presencia de fallas del mercado, sino que también debe encargarse de incorporar en su diseño medidas que tiendan a evitar las fallas de la regulación y la captura del regulador, pues como lo afirma el nobel:

“(..) la conciencia de los riesgos de las fallas de la regulación, incluidos los que resultan de la captura regulatoria, deben jugar un papel importante en el diseño de la regulación. Por ejemplo, los costos de permitir que las instituciones financieras se vuelvan demasiado grandes son ahora claros; los beneficios del tamaño – las economías de escala y alcance – son cuestionables. Pero una larga experiencia nos debería haber enseñado que las instituciones financieras intentarán usar su influencia política para debilitar las restricciones a su tamaño y su alcance, y en algunos casos lo lograrán. (..) Es seguro que las instituciones financieras intentarán debilitar tales regulaciones, pero si mantenemos un sistema de controles

múltiples – regulaciones de productos y de instituciones, tanto a nivel estatal como federal – haremos más difícil la evasión de la regulación y la erosión de los controles. Como siempre, esto tiene un costo, pero debería ser evidente que los costos de una supervisión ineficiente son mucho mayores.” (Stiglitz, 2010, p. 24).

3. Regulación Económica en el régimen de los servicios públicos en Colombia.

Como ya se ha mencionado, la regulación económica en el caso colombiano es una herramienta propia derivada de la facultad intervención general estatal en la economía, que encuentra su fundamento en la preceptiva contenida en el artículo 334 de la Constitución Política de 1991.

Sin embargo, en relación con la prestación de los servicios públicos es el artículo 365 superior el que determina un régimen específico de regulación cuya finalidad se centra en la prestación eficiente de los mismos y en el aseguramiento de la libre concurrencia de los particulares para el ejercicio de tales actividades económicas, sin desligar, de ninguna manera, el control y vigilancia permanente que sobre estos han de ejercer las autoridades públicas.

Así lo dispuso el artículo en comento:

“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.

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.”

Tal disposición constitucional responde a la dinámica universal de apertura a los mercados de aquellas actividades económicas que en otros tiempos eran prestadas directamente por el Estado Benefactor y que, debido a la crisis del servicio público experimentada en las dos últimas décadas del siglo anterior, tuvieron que ser cedidos al sector privado a fin de garantizar la prestación eficiente de los mismos, y de esta manera garantizar la adecuada satisfacción de las necesidades de sus demandantes.

Es así como la dinámica económica colombiana no se sustrae a la transformación del papel del Estado en relación con las actividades económicas, que se presentó en la época ya indicada y que ha desembocado en la configuración de un Estado Regulador.

Desde esta perspectiva, a partir del precepto constitucional analizado, el Estado deja de ser el directo prestador de los servicios públicos que antes estaban a su cargo (servicios postales, servicios de telecomunicaciones, empresas de energía, entre otros), para, en una dinámica liberalizadora, traspasar al sector privado la prestación de estas actividades, con el fin de que las mismas se suministren de manera eficiente y, en la medida de las posibilidades, asegurar un marco general de libre competencia.

Sin embargo, la transformación del papel del Estado en las relaciones económicas no supuso la completa escisión de la relación entre este y la prestación de los servicios públicos, pues, como se concluye a partir de la lectura del artículo 365 superior, al Estado le son entregadas unas facultades de intervención que se circunscriben a la realización de la vigilancia, inspección y control en la prestación de estos servicios, y adicionalmente a ello, la función de regulación para el aseguramiento de la prestación eficiente, competitiva y bajo criterios de calidad de los mismos, permitiendo adicionalmente que en los casos en los que la prestación de los servicios no sea de interés de los particulares, sea el Estado mismo quien los preste de manera directa.

Desde esta perspectiva, la regulación económica en materia de servicios públicos encuentra una expresa referencia en la preceptiva contenida en el artículo 370 superior, que por su parte dispone que corresponde al Presidente de la República, administrar y ejercer el control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios.

Es allí en donde se puede determinar que, en sentido estricto, para el régimen de los servicios públicos, la regulación económica es una función constitucionalmente asignada a la administración pública, sin perjuicio de las decisiones que sobre este particular pueda tomar el Congreso de la República, pues, en todo caso, según las prescripciones del artículo 365, en concordancia con el numeral 23 del artículo 150 superior, la prestación de los servicios públicos debe sujetarse al régimen jurídico que fije la ley.

Atendiendo entonces a tales facultades, la Corte Constitucional Colombiana ha dispuesto que la determinación legislativa que debe asumirse en relación con la regulación de los servicios públicos, puede desarrollarse en un amplio margen de libertad configurativa, pues como lo prescribe el artículo 150 numeral 23 constitucional, las leyes de los servicios públicos no responden a la categoría normativa de leyes marco, determinadas en el numeral 19 del mismo artículo para la intervención del Estado en los sectores financiero, bursátil y asegurador, entre otros, sino que por el contrario, son regulaciones cuyo instrumento de aplicación se desarrolla a través de la expedición de una ley ordinaria. (Sentencia C-150 de 2003).

En tal sentido, el poder legislativo reglamentó la prestación de los servicios públicos domiciliarios a través de la expedición de la Ley 142 de 1994, a través de la cual determinó que tales servicios son una obligación del Estado, que pueden ser prestados por particulares, y de la misma forma dispuso la creación de unas comisiones de regulación mediante las cuales el presidente de la república ejercería el control de eficiencia de estos servicios, en virtud de la delegación de sus funciones a estos órganos.

Así, el régimen legal de los servicios públicos domiciliarios adoptó un sistema de regulación que, de manera general, puede caracterizarse por los siguientes elementos:

3.1. Función general de aseguramiento de la eficiencia y la prestación competitiva.

En tal sentido lo dispuso el artículo segundo de la Ley 142 de 1994, que determinó las facultades de intervención del Estado en la prestación de los servicios públicos con el objetivo de asegurar, entre otros fines, la prestación eficiente de los mismos, así como el fortalecimiento de la libertad de competencia y la no utilización abusiva de la posición dominante.

De esta forma lo ratifica Bernal (2003) al reconocer que el régimen de los servicios públicos domiciliarios “(. . .) se concibió y redactó inspirada en los paradigmas de la eficiencia y la competencia.” (p. 13), según los cuales los procesos productivos de tales servicios deben desarrollarse en una dinámica de reducción de costos alcanzando el máximo rendimiento posible, y asegurando la libre concurrencia al mercado de los agentes que estén interesados en participar de estas actividades económicas.

Para el cumplimiento de estas finalidades, el artículo tercero de la ley 142 de 1994, dispuso de un catálogo de instrumentos de intervención, entre los que se encuentran la regulación económica para la fijación de metas de eficiencia, cobertura y calidad y evaluación de las mismas, y para la definición de marcos tarifarios; el control y vigilancia de la aplicación de las normas que regulan tales actividades por parte de los prestadores de servicios públicos; la organización de sistemas de información, capacitación y asistencia técnica; el estímulo a la inversión de los particulares en los servicios públicos; y el aseguramiento del principio de neutralidad que garantice la no discriminación en la prestación de estos servicios.

Frente a todos estos instrumentos de regulación, la Corte Constitucional Colombiana reiteró que:

“(. . .) la regulación es una actividad continua que comprende el seguimiento de la evolución del sector correspondiente y que implica la adopción de diversos tipos de decisiones y actos adecuados tanto a orientar la dinámica del sector hacia los fines que la justifican en cada caso, como a permitir el flujo de actividad socioeconómica respectivo.” (Sentencia C-150 de 2003).

Es así como al tenor de lo dispuesto por el Tribunal Constitucional, las facultades de intervención para la concreción de la eficiencia económica y del aseguramiento de la competitividad en la prestación de servicios públicos, podrían resumirse en, entre otras, la facultad normativa de regulación, consistente en la fijación de las reglas de juego para la prestación de tales servicios; la facultad de pedir o divulgar información; la facultad de rendir conceptos; la facultad de emitir recomendaciones; la facultad de adoptar medidas individuales como la concesión de autorizaciones o permisos; la facultad de seguimiento al comportamiento de los agentes económicos; la facultad de imponer sanciones administrativas; y la facultad de definir tarifas o metodologías para la determinación de las mismas.

3.2. Facultades regulatorias en distintas autoridades estatales.

Como se ha mencionado reiteradamente en el presente trabajo, las facultades de regulación no deben ser entendidas como una atribución asignada única y exclusivamente a una autoridad en particular, pues en la actividad regulatoria convergen tanto la función legislativa, como la función administrativa de regulación, por lo que se ha podido determinar la regulación económica como una función pública.

Tal determinación no es una posición que hemos considerado arbitrariamente, sino que por el contrario ha sido una conclusión generada a partir de un análisis sistemático de las teorías aquí abordados, soportado en las concepciones que en el ejercicio de su extensión hermenéutica ha asumido la Corte Constitucional Colombiana.

Es de esta forma como, siguiendo las interpretaciones de la doctrina constitucional colombiana, se puede afirmar que:

“La definición de los poderes públicos contenida en la Carta proporciona los parámetros que rigen la asignación de competencias en materia de servicios públicos. Así pues, “[l]a competencia para la ‘regulación’ de las actividades que constituyen servicios públicos se concede por la Constitución a la ley, a la cual se confía la misión de formular las normas básicas relativas a: la naturaleza, extensión y cobertura del servicio, su carácter de esencial o no, los sujetos encargados de su prestación, las condiciones para asegurar la regularidad, permanencia, constancia, calidad y eficiencia en su prestación, las relaciones con los usuarios, en lo que atañe a sus deberes, derechos, al régimen de su protección y sus formas de participación en la gestión y fiscalización de las empresas que presten el servicio, el régimen tarifario, y la manera como el Estado ejerce el control, la inspección y la vigilancia para asegurar su prestación eficiente (arts. 1, 2, 56, 150-23, 365, 367, 368, 369 y 370 C.P.)”. La determinación del ámbito de la libertad de competencia y la no utilización abusiva de la posición dominante en materia de los servicios públicos, también se encuentra reservada al legislador.” (Sentencia C-150 de 2003).

Desde esta perspectiva, el legislador como principal asignatario de la función de regulación en el ámbito de los servicios públicos, determinó un régimen de competencias de las autoridades públicas con el fin de consolidar, en un ejercicio de coordinación, la consecución de las finalidades perseguidas con la regulación, para lo cual dispuso la asignación de competencias y funciones en las siguientes autoridades.

3.2.1. Los Ministros del Gobierno.

En relación con el ámbito de regulación de los servicios públicos, corresponde a los ministerios de Minas y Energía, de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y de Desarrollo Económico – funciones ejercidas en la actualidad por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo – ejercer

funciones de definición de requisitos técnicos para la prestación de servicios a cargo de las empresas de servicios públicos domiciliarios, elaborar los planes de expansión de las coberturas de tales servicios, identificar las fuentes de financiación para la prestación del servicio, determinar el monto de los subsidios que han de aplicarse en la prestación de tales servicios, y desarrollar un sistema público de información sectorial, todo ello en virtud de lo dispuesto en el artículo 67 de la ley 142 de 1994.

3.2.2. La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

De la misma forma, el artículo 75 de la Ley 142 dispuso la expresa delegación de las funciones de inspección, vigilancia y control de las entidades que presten servicios públicos atribuida constitucionalmente al presidente, en cabeza de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, a quien se le atribuyeron las funciones de vigilar el cumplimiento de las leyes y actos administrativos a los que estén sujetos las empresas prestadoras de servicios públicos, vigilar el cumplimiento de los contratos que estas celebren con sus usuarios así como emitir conceptos sobre el cumplimiento de los mismos, establecer sistemas de información y contabilidad aplicables para los prestadores, conceptuar a las comisiones de regulación y a los ministerios acerca de las medidas que le soliciten para la prestación de los servicios públicos, definir la información que las empresas prestadoras deben suministrar a sus usuarios sin costo, verificar la consistencia y la calidad de la información que sirve de base para efectuar la evaluación permanente de la gestión y resultados de las personas que presten servicios públicos sometidos a su control, entre otras.

3.2.3. Las Comisiones de Regulación.

La Ley 142 de 1994 facultó la creación de las comisiones de regulación como unidades administrativas especiales, con independencia administrativa, técnica y patrimonial, y adscritas al respectivo ministerio, cuya función principal corresponde a la determinación de las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, atribuida constitucionalmente al presidente de la república y delegada a estas autoridades por disposición legal, para lo cual las dotó de una estructura orgánica especial dirigida al cumplimiento de estas funciones.

Frente al debate generado en relación con la creación de estas comisiones ha dicho la Corte Constitucional que en virtud del amplio margen de libertad de configuración legislativa de que goza el Congreso de la República para regular el ámbito de los servicios públicos domiciliarios, resulta acorde al ordenamiento constitucional la determinación de órganos especializados que se encarguen de ejercer el control de eficiencia de determinados sectores de la economía, máxime cuando constitucionalmente también se verifican organismos similares que ejercen funciones de regulación y que están dotados de plena independencia con el fin de garantizar la efectiva aplicación de sus decisiones, como es el caso de la Junta Directiva del Banco de la República, o de la extinta junta directiva de la Comisión Nacional de Televisión. Es así como la Corte, en reiterada jurisprudencia ha reconocido que:

“Como es proclamado por la doctrina, dentro del Estado contemporáneo aparece la necesidad de identificar y de desarrollar en torno de ámbitos de la actividad social la

existencia de regulaciones ‘sectoriales’ que a partir de los postulados constitucionales y las formulaciones legales se confían a autoridades que dentro del Estado ostentan la condición de ‘independientes’, pues mediante ellas se asegura la necesaria imparcialidad y neutralidad para el cumplimiento de actividades a cuya gestión directa pueden acceder los particulares, en concurrencia, generalmente, con agentes estatales. Por ello se ‘aisla’, se independiza el poder de regulación de los órganos del Estado encargados de la dirección política y de la gestión administrativa. En ese orden de ideas se expresa que en el actual desarrollo de la organización estatal el esquema tradicional de la división de poderes se ve integrado y complementado con el principio conforme al cual ‘quien concede el ejercicio de una actividad no debe ser el que la controle’”. (Sentencia C-827 de 2001).

Desde tal configuración se ha asumido entonces que las comisiones de regulación instituidas en el ordenamiento jurídico colombiano responden a una influencia marcada por las denominadas “*independent regulatory agencies*” de los Estados Unidos, las cuales surgen en el marco de un poder de delegación legislativo que las constituye como órganos de regulación de los mercados y que tienen su origen desde el momento mismo en que se generó la política de superación de los efectos de la crisis generada por la gran depresión, a partir de la implementación del *New Deal* (Montero, 2014, p. 52).

Sin embargo, aunque la determinación de las “*independent regulatory agencies*” es sin duda alguna un antecedente de diversos modelos institucionales de regulación en el mundo, en el caso colombiano la incidencia de las autoridades independientes europeas resulta ser un antecedente notorio para la configuración de las Comisiones de Regulación.

En tal sentido debe mencionarse que en el modelo europeo estas autoridades independientes se concibieron como comisiones, agencias, autoridades o administraciones que se caracterizaron por su desvinculación jerárquica del poder ejecutivo (Ortiz, 2014, p. 147), y adicionalmente a ello por su independencia, neutralidad, eficacia y especialidad técnica.

En relación con su principal característica, vale decir, la independencia, Ortiz afirma que esta no representa una completa escisión de las demás autoridades estatales, sino que por el contrario se configura como una característica que “(…) alude al grado por el cual puede desarrollar de manera efectiva y eficiente las funciones que le han sido asignadas (...)” (2004, p. 154), por lo que bajo ninguna circunstancia podría entenderse que la independencia corresponde a un desligue total de las autoridades independientes frente a las demás ramas del poder público, sino que por el contrario esta corresponde a una característica que les permite ejercer sus funciones sin ningún tipo de presiones, intervenciones o injerencias de orden político, o incluso aquellas que ejercen los propios agentes económicos del sector, y que se concreta en la consolidación de su autonomía orgánica, funcional y económica.

La neutralidad por su parte ostenta una íntima relación con la característica de independencia, pues consiste en la determinación de las decisiones que toman estas autoridades independientes a partir de postulados estrictamente técnicos, más no de las influencias que puedan ejercer los operadores

del sector o incluso los distintos actores políticos que interactúan en las relaciones económicas (Ortiz, 2004, p. 157).

De otro lado, la eficacia representa la exigencia de atender los vertiginosos cambios que se generan en los sectores regulados de una manera expedita que se distinga de los estrictos controles políticos que caracterizan por ejemplo, a los ministerios del gobierno o a otras autoridades estatales (Ortiz, 2004, p. 161).

Y finalmente la especialidad técnica corresponde a una respuesta a las múltiples complejidades técnicas y conocimientos especializados que encierra la intervención de los sectores regulados (Ortiz, 2004, p. 162), por lo que las autoridades independientes deben estructurarse como organismos cualificados que respondan a las exigencias de los sectores económicos para los cuales han sido instituidas.

Desde esta perspectiva, aunque las comisiones de regulación instituidas para el régimen de los servicios públicos cumplen en alto grado con las características aquí analizadas, lo que resulta cierto es que estas no ostentan el carácter constitucional de aquellas autoridades independientes de orden superior como la Junta Directiva del Banco de la República o de la extinta Comisión Nacional de Televisión, pues su creación es de orden legal; sin embargo, estas sí encuentran justificación constitucional a partir de la independencia que debe caracterizar a los órganos del Estado que ejerzan función de regulación, pues como lo afirma la misma Corte Constitucional:

“Como ya se había anotado al mencionar las características definitorias de la función de regulación, una de las razones que justifica la creación de ‘agencias del Estado’ en tanto que órganos de regulación de determinadas actividades sectoriales –v.gr. la prestación de los servicios públicos– consiste en que esta función sea cumplida por entidades que gozan de independencia respecto del Gobierno, según el perfil institucional que el legislador determine, para propender por la realización de los principios que establece la Constitución respecto de dichas actividades.” (Sentencia C-150 de 2003).

De esta forma se le ha otorgado a tales agencias la legitimación constitucional para operar como autoridades administrativas independientes que por expresa delegación legal, ejercen la actividad de control de la eficiencia y de la competencia en el ámbito de los servicios públicos domiciliarios.

En tal sentido, el régimen de los servicios públicos determinó como función general de estas unidades la de regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y, en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad. (Ley 142 de 1994, Art. 73).

Desde esta perspectiva, es dable afirmar, como lo establece Bernal, que:

“La ley establece una relación directa y automática (como es usual en economía) entre competencia y eficiencia: en tanto la competencia sea posible en el mercado, o si esta se puede introducir por medios externos por las comisiones, el resultado de la operación de las empresas (monopolios y sus competidores) es necesariamente eficiente.” (2003, p. 16).

Con ello, en el artículo 74 de la Ley 142 de 1994 autorizó la creación de la Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG, cuya función principal precisa en regular el ejercicio de las actividades de los sectores de energía y gas combustible para asegurar la disponibilidad de una oferta energética eficiente, propiciar la competencia en el sector de minas y energía y proponer la adopción de las medidas necesarias para impedir abusos de posición dominante y buscar la liberación gradual de los mercados hacia la libre competencia.

De otro lado, se determinó la creación de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico – CRA, quien por su parte tiene como función general la de promover la competencia entre quienes presten los servicios de agua potable y saneamiento básico o regular los monopolios en la prestación de tales servicios, cuando la competencia no sea posible, todo ello con el propósito de que las operaciones de los monopolistas y de los competidores sean económicamente eficientes, se prevenga el abuso de posiciones dominantes y se produzcan servicios de calidad.

En similar sentido, la Ley 1341 de 2009 en su artículo 19, modificado por el artículo 15 de la Ley 1978 de 2019 – por la cual se moderniza el sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC), se distribuyen competencias, se crea un regulador único y se dictan otras disposiciones – determinó como función principal de la Comisión de Regulación de Comunicaciones – CRC (que ya había sido autorizada por la ley 142 bajo la denominación de: Comisión de Regulación de Telecomunicaciones) la de:

(...) promover la competencia en los mercados, promover el pluralismo informativo, evitar el abuso de posición dominante, regular los mercados de las redes y los servicios de comunicaciones y garantizar la protección de los derechos de los usuarios; con el fin que la prestación de los servicios sea económicamente eficiente, y refleje altos niveles de calidad, de las redes y los servicios de comunicaciones, incluidos los servicios de televisión abierta radiodifundida y de radiodifusión sonora.

Para estos efectos la Comisión de Regulación de Comunicaciones adoptará una regulación que promueva la inversión, la protección de los usuarios, la calidad de los servicios, la simplificación regulatoria la neutralidad de la red, e incentive la construcción de un mercado competitivo que desarrolle los principios orientadores de la presente Ley.” (Ley 1341 de 2009, Art. 15).

3.3. Ejercicio de función administrativa por parte de las Comisiones de Regulación.

De otro lado, es preciso señalar que, en tanto autoridades administrativas independientes dispuestas para la regulación, las comisiones de regulación toman sus decisiones a partir de auténticos actos administrativos, situación que encuentra su fundamentado en las funciones que ejecutan que resultan ser – para el caso específico de estos órganos especiales – una función eminentemente administrativa, y derivado por supuesto de la categoría jurídica de unidades administrativas especiales otorgada por la Ley:

“Las Comisiones de Regulación están facultadas para expedir actos administrativos, los cuales podrán ser revocados o reformados por el Presidente de la República; contra dichos actos proceden los recursos previstos en la ley previstos para los actos administrativos; sin importar que dichos actos sean de carácter general o particular, deben supeditarse a todas las formalidades previstas para tal efecto en el Código Contencioso Administrativo; sobre estos actos puede ejercerse los pertinentes controles de carácter administrativo y judicial; y estos actos o decisiones están en un todo sujetos a la ley, a los reglamentos que expida el Presidente y a las políticas que fije el Gobierno Nacional en la respectiva área. (Sentencia C-263 de 2013).

De esta forma, como unidades administrativas especiales que son, las Comisiones de Regulación han de expedir todas sus decisiones a través de actos administrativos ya sea de carácter general o particular, pero en todo caso bajo las reglas generales que regulan el ejercicio de la actuación administrativa, vale decir, han de ser expedidos por la autoridad competente, estar debidamente motivados, observar todas las formalidades exigidas legalmente, fundamentarse en un fin legítimo y caracterizarse por la proporcionalidad en la decisión (Berrocal, 2014, pp. 113-136).

Con ello, según las prescripciones contenidas en la Ley 142 de 1994 y demás normas que regulan sus funciones, las Comisiones de Regulación ejercerán a través de su actuación administrativa, diversas facultades, entre las que se encuentran: definir los criterios de eficiencia que deben ser aplicados por las empresas sujetas a su inspección, y desarrollar indicadores y modelos de evaluación de la gestión financiera, técnica y administrativa de estas; establecer parámetros de calidad para la prestación de los respectivos servicios; decidir los recursos que se impongan contra sus actos de acuerdo con la normatividad procedimental aplicable; resolver los conflictos que se generen entre prestadores en relación con contratos o servidumbres, sujetas siempre al control jurisdiccional; emitir conceptos sobre la legalidad de la aplicación de cláusulas en los denominados contratos condiciones uniformes aplicados a la prestación de los servicios públicos; fijar marcos tarifarios para la prestación de estos servicios; impedir que la captación o producción de bienes distribuidos a través de empresas de servicios públicos se desarrollen a través de actos restrictivos de la libre competencia económica; establecer criterios sobre abuso de posición dominante en los contratos de estos servicios, y sobre protección de los derechos de los consumidores, especialmente en lo referido a facturación, comercialización y todos los asuntos usuario-empresa, entre otras tantas.

Es así como las comisiones de regulación ejercen tal función administrativa como órganos colegiados que ostentan un carácter técnico y especializado, y deben caracterizarse por el ejercicio de sus funciones en un marco de neutralidad e imparcialidad.

Epílogo

El estudio de los diversos temas que integran el análisis del derecho económico y la regulación económica en el caso colombiano, nos lleva a establecer las siguientes conclusiones:

1. El derecho económico se consolida en la actualidad como una moderna rama del derecho que – siendo fuertemente influenciada por diversas categorías propuestas por los diferentes modelos de la teoría económica moderna – se vale de los instrumentos que aportan el derecho público y privado para reconocer como objeto de estudio la forma como el Estado ordena las relaciones económicas que se desarrollan entre sus asociados.
2. En los Estados constitucionales de Derecho, el concepto de Constitución Económica representa la máxima expresión del Derecho Económico y a la vez el fundamento de la ordenación de las relaciones económicas que este pretende.
3. En el ordenamiento jurídico colombiano es la Constitución Económica el instrumento normativo que define el modelo jurídico-económico asumido por el Estado Social de Derecho aplicado. Es así como la Constitución Económica se caracteriza por su neutralidad económica al no asumir como propio un modelo económico específico, sino que por el contrario establece el marco jurídico para que en un modelo de Economía Social de Mercado, sea el contexto económico y el principio de la democracia participativa, quienes determinen el modelo económico que más se ajuste a los requerimientos de los ciclos económicos.
4. Este modelo de economía social de mercado reconoce la existencia de dos categorías normativas que determinan la ordenación de la economía: la primera de ellas relativa al reconocimiento de los derechos y libertades económicas de los asociados, entendidas como los fundamentos mismos que soportan el ejercicio de una economía de mercado, y la segunda, que reconoce en el Estado unas facultades de intervención en los momentos en los que el modelo de economía

de mercado no refleja resultados de eficiencia, facultades que en todo caso están limitadas por los derechos económicos constitucionalmente reconocidos.

5. Constituye entonces el fundamento del modelo jurídico-económico de economía social de mercado el reconocimiento de los derechos *i)* de propiedad, como condición necesaria para el desarrollo de operaciones de intercambio, *ii)* de libertad de empresa, como la posibilidad de concurrir libremente a las actividades económicas sin más restricciones que aquellas que la ley imponga, y *iii)* de la libre competencia como categoría jurídica necesaria para el aseguramiento de asignaciones de recursos eficientes.
6. La concepción de un modelo de economía social de mercado asume como necesaria la intervención del Estado para el reconocimiento de los derechos antes descritos, y para el aseguramiento de la economía de mercado, por ello, además de las facultades de reconocimiento de derechos, de propiciación de la estabilidad macroeconómica y de la función de redistribución del ingreso, se le otorga al Estado la facultad constitucional de intervenir en la economía a través de la regulación económica.
7. La regulación económica, entendida como la función ejercida por las autoridades públicas para el aseguramiento de la prestación de servicios públicos eficientes y en escenarios de competencia, se convierte entonces en una función de intervención estatal que se distingue de las funciones clásicas de policía administrativa y del servicio público, y que asume por su parte la posición de sucedáneo del mercado en los sectores en los que este no funciona de manera eficiente.
8. Por todo lo anterior, es posible reconocer la existencia de un conjunto normativo que, partiendo de la Constitución Económica y pasando por textos normativos tanto de orden legal como administrativo, constituye lo que podría denominarse Derecho Económico Colombiano, cuya función principal corresponde al direccionamiento y garantía de funcionamiento del modelo jurídico económico asumido constitucionalmente y, con ello, a la garantía de los cometidos y finalidades estatales que impone el modelo de Estado Social de Derecho asumido desde la Constitución de 1991.

Referencias

- Amador, L. E. (2013). *Intervención del estado y fallas de mercado*. En: Serie de derecho económico. La regulación económica. No. 2. (p. 45-89). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Amador, L. E. (2015). *Análisis económico del derecho, monopolio natural y regulación económica*. En: Derecho Económico. Colección Enrique Law Murtra. No. X. (p. 13-48). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Arango, R. (2012). *El concepto de derechos sociales fundamentales*. 2ª Ed. Bogotá, Colombia: Legis.
- Arias, F. (2008). *Bienes civiles y mercantiles*. Bogotá, Colombia: Grupo Editorial Ibañez.
- Ariño, G. (2003). *Principios de derecho público económico. Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Bayón, J. C. (2009). *Derechos, democracia y constitución*. En: Carbonell, M. Neoconstitucionalismo (s). (p. 211-238). Madrid, España: Editorial Trotta.
- Bernal, P. I. (2003). *La eficiencia económica en los servicios públicos domiciliarios. Una búsqueda para Diógenes*. En: Derecho Económico. Colección Enrique Law Murtra. No. IV. (p. 11-26). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Berrocal, L. (2014). *Manual del acto administrativo*. 6ª Ed. Bogotá, Colombia: Librería Ediciones del Profesional Ltda.
- Chevallier, J. (2011). *El estado posmoderno*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Coase, R. (1960). El problema del coste social. Aguilera F., y Alcántara V., De la. Recuperado de: <http://www.fuhem.es/media/ecosocial/File/Actualidad/2011/Coase.pdf>
- Colombia, (1992). *Decreto 2153 de 1992*. Recuperado de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_2153_1992.html

- Colombia, *Código Civil Colombiano*. Recuperado de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html
- Colombia, Congreso de la República (2011). *Acto Legislativo No. 02 de 2011*. Recuperado de: <http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/actos-legislativos/Documents/2011/ActoLegislativo-02-21junio2011.pdf>
- Colombia, Congreso de la República (1994). *Ley 142 de 1994*. Recuperado de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0142_1994.html
- Colombia, Congreso de la República (1996). *Ley 256 de 1996*. Recuperado de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0256_1996.html
- Colombia, Congreso de la República (1998). *Ley 472 de 1998*. Recuperado de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0472_1998.html
- Colombia, Congreso de la República (2009). *Ley 1340 de 2009*. Recuperado de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1340_2009.html
- Colombia, Congreso de la República (2019). *Ley 1978 de 2019*. Recuperado de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1978_2019.html
- Colombia, *Constitución Política de 1991*. Bogotá, Colombia: Legis.
- Colombia, Corte Constitucional, (1992). *Sentencia T-406 de 1992*. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-406-92.htm>
- Colombia, Corte Constitucional, (1994). *Sentencia C-265 de 1994*. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/C-265-94.htm>
- Colombia, Corte Constitucional, (1999). *Sentencia C-595 de 1999*. Recuperado de: <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/C-595-99.htm>
- Colombia, Corte Constitucional, (2001). *Sentencia C-616 de 2001*. Recuperado de: <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-616-01.htm>
- Colombia, Corte Constitucional, (2001). *Sentencia C-815 de 2001*. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-815-01.htm>
- Colombia, Corte Constitucional, (2001). *Sentencia C-827 de 2001*. Recuperado de: <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-827-01.htm>
- Colombia, Corte Constitucional, (2003). *Sentencia C-150 de 2003*. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2003/C-150-03.htm>
- Colombia, Corte Constitucional, (2004). *Sentencia C-865 de 2004*. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-865-04.htm>
- Colombia, Corte Constitucional, (2004). *Sentencia C-993 de 2004*. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-993-04.htm>

- Colombia, Corte Constitucional, (2007). *Sentencia C-692 de 2007*. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/c-692-07.htm>
- Colombia, Corte Constitucional, (2009). *Sentencia C-942 de 2009*. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2009/C-942-09.htm>
- Colombia, Corte Constitucional, (2010). *Sentencia C-228 de 2010*. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-228-10.htm>
- Colombia, Corte Constitucional, (2011). *Sentencia C-263 de 2011*. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/C-263-11.htm>
- Colombia, Corte Constitucional, (2011). *Sentencia C-644 de 2011*. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/C-644-11.htm>
- Colombia, Corte Constitucional, (2012). *Sentencia C-644 de 2012*. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-644-12.htm>
- Colombia, Corte Constitucional, (2013). *Sentencia C-263 de 2013*. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/C-263-13.htm>
- Colombia, Corte Constitucional, (2013). *Sentencia C-264 de 2013*. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/C-264-13.htm>
- Colombia, Corte Constitucional, (2013). *Sentencia C-837 de 2013*. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/C-837-13.htm>
- Colombia, Corte Constitucional, (2015). *Sentencia C-750 de 2015*. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-750-15.htm>
- Colombia, Superintendencia de Industria y Comercio, (2005). *Sentencia 0004 de 2005*.
- Correa, M. (2009). *La libertad de empresa en el Estado Social de Derecho*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Cuevas, H. (1984). *Introducción a la economía*. Bogotá, Colombia, Univerisdad Externado de Colombia.
- De la Cruz, D. (2014). *La competencia desleal en Colombia, un estudio sustantivo de la ley*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Engels, F. [1891] (2006). *El origen de la familia, la propiedad privada y el estado*. Madrid, España: Fundación Federico Engels.
- Fernández, J. (2007). *Modelos clásico y keynesiano. Un enfoque teórico con especial atención a su relevancia para la economía colombiana*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Giraldo, C. (2009). *Finanzas públicas en américa latina: la economía política*. Bogotá, Colombia: Ediciones Desde Abajo.
- González, E. (2003). *Manual de derecho romano*. 6ª Ed. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

- Guastini, R. (2009). *La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano*. En: Carbonell, M. Neoconstitucionalismo (s). (p. 49-73). Madrid, España: Editorial Trotta.
- Harvey, D. (2007). *Breve historia del neoliberalismo*. Madrid, España: Ediciones Akal S.A.
- Hernández, I. (2005). *Teoría y política fiscal*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Kicillof, A. (2010). *De Smith a Keynes: siete lecciones de historia del pensamiento económico: un análisis de los textos originales*. Buenos aires, Argentina: Editorial Universitaria de Buenos Aires.
- Kyenes, J. M. (1936). *Teoría general de la ocupación el interés y el dinero*. México – Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Laguna, J. C. (2019). *Derecho administrativo económico*. Navarra, España: Editorial Arazandi S.A.U.
- Locke, J. (1690). *Segundo tratado sobre el gobierno civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil*. España: Tecnos.
- López M., D. E. (2006). *El derecho de los jueces*. 2ª Ed. Bogotá, Colombia: Legis.
- Mankiw, N. G. (2012). *Principios de economía*. 6ª Ed. Mexico: engage Learning Editores, S.A. de C.V.
- Miranda, A. & Márquez, C. (2004). *Intervención pública, regulación administrativa y economía: elementos para la definición de los objetivos de la regulación*. En Revista Universitas, Vol. 53. Num. 108. Pp. 71-117.
- Montaña, A. (2010). *Fundamentos de derecho administrativo*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Montero, J. J. (2014). *Regulación económica. La actividad administrativa de regulación de los mercados*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Muñoz, S., y Pardo. J. (2009). *Fundamentos e instituciones de la regulación*. Madrid, España: Iustel.
- Ortiz, S. M. (2014). *Entre regulación y competencia: revisión institucional de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia CNMC*. (Tesis doctoral). Universidad Complutense de Madrid. Madrid, España.
- Perdomo, C. (2014). *Regulación económica: caracterización y control*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Pindyck, R. & Rubinfeld, D. (2009). *Microeconomía*. Madrid, España: Pearson Educación S.A.
- Pinzón, M. (2010). *Aproximaciones al análisis económico del derecho*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Posner, R. (2007). *El análisis económico del derecho*. 2ª Ed. En Español. México: Fondo de Cultura Económica.
- Roemer, A. (1994). *Introducción al análisis económico del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Schettino, M. (2002). *Introducción a la economía para no economistas*. México: Pearson Educación.

- Smith, A. [1776] (1994). *Una Investigación sobre la Naturaleza y las Causas de la Riqueza de las Naciones*. Madrid; España: Alianza Editorial S.A.
- Stiglitz, J. (2000). *La economía del sector público*. 3ª Ed. Barcelona, España: Antoni Bosch Editor.
- Stiglitz, J. (2010). *Regulación y fallas*. En: Revista de economía institucional No. 23. (p. 13-28).
- Uprimny, R. & Rodriguez, C. (2004-2005). *Constitución y modelo económico en Colombia: hacia una discusión productiva entre economía y derecho. (Trabajo preliminar)*. Bogotá, Colombia: Dejusticia. Recuperado de: https://cdn.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_775.pdf
- Varian, H. (2002). *Microeconomía Intermedia*. 5ª Ed. Antoni Bosch Editor.
- Velandia, M. (2011). *Derecho de la competencia y del consumo. Competencia desleal; abuso de la posición de dominio; carteles restrictivos; actos restrictivos; integraciones económicas y protección al consumidor*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Witker, J. (1999). *Introducción al derecho económico*. [Versión Electrónica]. Guadalajara, México: Universidad de Guadalajara. Recuperado de: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?!=1937>