

# INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA LIBERTAD ECONÓMICA, LA LIBERTAD DE EMPRESA Y LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

## “State intervention in economic freedom freedom of enterprise and constitutional guarantees”

*Para referencias: MONGUÍ MERCHÁN, Nubia Catalina (2012) “INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA LIBERTAD ECONÓMICA, LA LIBERTAD DE EMPRESA Y LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES”, En Revista Iter Ad Veritatem 10. Universidad Santo Tomás. Tunja.*

**Nubia Catalina Mongui Merchán\***

Fecha de entrega: 13-11-2012  
Fecha de Aprobación: 14-12-2012

### RESUMEN\*\*

Los derechos o principios<sup>1</sup> de igualdad y libertad limitan y orientan la dinámica interventora del Estado en las acciones de las personas y en particular en las de tipo económico, en donde los entes gubernamentales deben acoger los mandatos constitucionales a consecuencia de incurrir o no en definidas actividades, de acuerdo con los intereses y los objetivos definidos en la Carta Política.

La Constitución de 1991, norma de normas en nuestro sistema jurídico establece el Estado social de derecho y concibe la solidaridad como algo principal. En la actual estructura de Estado, este se hace prominente a principio rector del comportamiento del poder público, el cual tiene como peculiaridad el plano económico y ha de legitimarlo para intervenir en las relaciones privadas de producción, a través de una dirección o política apoyada en el principio de solidaridad y en el plano redistributivo del Estado. En este escenario unido al principio de solidaridad, la

\* *Estudiante de Séptimo semestre de la facultad de derecho. Centro de investigaciones Jurídicas y Socio jurídicas de la Universidad Santo Tomás Tunja. AI*

\*\* *Artículo de investigación. Perteneciente a la línea de investigación de Derecho Constitucional y Construcción Democrática, en el proyecto terminado en el “Estado, Libertad y Humanismo”*

*Método: hermenéutico-jurídico tomando como fuentes directas jurisprudencia de la Corte Constitucional y doctrina sobre derechos fundamentales.*

<sup>1</sup> *ALEXY, Robert. Tres escritos sobre Derechos Fundamentales y la teoría de los principios,*

libertad económica se conoce, no como el 'dejar hacer dejar pasar', neto del Estado liberal clásico, sino como la protección de las estipulaciones sociales y económicas primordiales para el desarrollo autónomo de la persona y en consecuencia para la garantía de sus derechos fundamentales ya sea en la libertad de empresa o el de derechos fundamentales como lo veremos en la intervención de la Corte Constitucional en la economía.

### **PALABRAS CLAVE**

Libertad económica, libertad de empresa, libre iniciativa privada e intervención del Estado.

### **ABSTRACT**

The rights or principles of equality and freedom dynamic limit and guide the State Comptroller in the actions of people and especially the economic one, where government agencies must accept the constitutional mandates incur as a result of activities defined or not according to the interests and objectives defined in the Constitution.

The 1991 Constitution, the supreme law in our legal system sets the state of law and solidarity conceived as something major. In the current state structure, this becomes prominent guiding principle of public behavior, which has the peculiarity economically and has the legitimacy to intervene in the private relations of production, through a policy direction or supported by the principle of solidarity and redistributive state level. In this scenario together with the principle of solidarity, economic freedom is known, not as 'letting

things pass', net of classical liberal state, but as the protection of key economic and social provisions for the autonomous development of the person and accordingly to the guarantee of fundamental rights either free enterprise or the fundamental rights as we shall see in the Constitutional Court's intervention in the economy.

### **KEY WORDS**

Economic freedom, free enterprise, free private enterprise and state intervention.

### **RESUME**

Les droits et principes de l'égalité et de la liberté de limitation dynamique et guider l'État d'intervenir dans les actions des personnes et en particulier les financiers, dont les organismes gouvernent devraient intégrer les mandats constitutionnels ou encourir en raison des activités non définies selon les intérêts et objectifs définies dans la Constitution.

La Constitution de 1991, la loi suprême dans notre système juridique définit l'état de droit et la solidarité conçue comme quelque chose d'important. Dans la structure de l'état actuel, c'est un principe directeur du comportement du public, ce qui est économiquement et la particularité n'a pas légitimé à intervenir dans les relations privées de production, grâce à une politique soutenue par la direction ou le principe de solidarité et de redistribution au niveau de l'État. Dans ce scénario lié au principe de la solidarité, la liberté économique est connue, non pas comme le «laissez-faire» nous allons Net état libérale classique, mais que les dispositions de protection des centrales au développement

social et économique de la légitime défense, individuelle et en conséquence de garantir leurs droits fondamentaux, soit la libre entreprise ou les droits fondamentaux comme nous allons le voir dans l'intervention Cour constitutionnelle dans l'économie.

## MOTS-CLÉS

La liberté économique, la libre entreprise, la libre entreprise privée et intervention de l'Etat

## SUMARIO

Introducción. Justificación. Objetivos. Problema Jurídico. Metodología. **Primer capítulo:** 1. Los principios de libertad e igualdad como soportes de la actividad interventora del estado en la esfera privada. 2. La cláusula general de libertad y la garantía por parte del estado en los particulares. 3. La cláusula general de igualdad e intervención del estado en el ambiente privado. 4. Libertad e igualdad, sus limitantes a partir de la intervención del estado. 5. Derecho a la propiedad privada. 6. Perspectiva de las libertades económicas: libertad económica, libertad de empresa y libre competencia. **Segundo capítulo:** 1. La intervención estatal en la economía. 2. La constitución política manifiesta la intervención. 3. Características de la intervención económica. 4. Ámbitos de intervención del estado. **Tercer capítulo:** 1. La intervención en la economía por parte de la corte constitucional. 2. La protección de derechos de prestación: la propuesta de Rodolfo Arango. Conclusiones. Referencias Bibliográficas.

## INTRODUCCIÓN

El acrecentamiento de las intervenciones públicas en solucionar las dificultades de la empresa, es fin de consideraciones y análisis diversos. Algunos aprecian que el progreso y coherencia de esta intervención debe realizarse de una manera pertinente, apropiada y deseable. Otros estiman que el aumento de los auxilios públicos es un factor de perversión de las normas del Derecho. Cualquiera que sea la discusión de criterios, observaremos la intervención del Estado en la economía y la intervención del Estado donde garanticen la promoción, protección y fortalecimiento de las formas solidarias, partiendo del respeto al principio de autonomía, autodeterminación y autogobierno.

La Empresa en Colombia está enmarcada como “*base de desarrollo*”<sup>2</sup>, también denominada como libre iniciativa privada, su epicentro es poder tener participación en el mercado mediante actividades empresariales determinadas al ofrecimiento de bienes y servicios. Esta libertad es plenamente reconocida a los ciudadanos para destinar bienes de cualquier prototipo (esencialmente de capital) para la ejecución de actividades económicas en la elaboración y suplencia de bienes y servicios acorde a los patrones de organización característicos del mundo económico de hoy con panorama al logro de un beneficio o ganancia.

La Carta Política de 1991 protege y resalta la importancia de la empresa y da como límites la función social, la función ecológica, el

<sup>2</sup> Artículo 333 C.P “...La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial...”

interés social, el ambiente y el patrimonio cultural, estos límites deben ser precisados con el fin de demostrar el significado, trascendencia y contenido de aquella libertad económica y pues la naturaleza de ese derecho. Con tal propósito, esta investigación se desarrolla a través de tres capítulos. En el primero estudiaremos, desde el punto de vista de los principios de igualdad y libertad como soportes de la actividad interventora del Estado en la esfera privada, la perspectiva de las libertades económicas: libertad económica, libertad de empresa y libre competencia, la libertad de empresa y su naturaleza jurídica. En el segundo capítulo el modelo económico colombiano describiendo cómo es el proceso de intervención del Estado en nuestra economía. Y en última instancia la intervención en la economía por parte de la corte constitucional.

## **JUSTIFICACIÓN**

La dificultad de las relaciones entre los asociados de un país y los intereses de los individuos, hacen que las respuestas reglamentarias no puedan ser la procedencia de cuestiones directas. El análisis de la intervención estatal en la libertad económica, en la libertad de empresa y las garantías constitucionales generan gran tensión en el ordenamiento jurídico y esta premisa es una de las principales justificaciones. En la Constitución de 1991 se consagró la libertad de empresa. En consecuencia, en el artículo 333 se establece que “la actividad económica y la iniciativa privada son libres” y que “...para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos...”. Para garantizar que el artículo no sea sólo explicativo, el mismo artículo manifiesta la orientación para su manejo. Donde se da espacio a los particulares para que obren

de un modo legal y pues se le asignaron las responsabilidades que le competen al Estado para asegurar que el balance entre privilegios y obligaciones se cumpla.

## **OBJETIVOS**

### **OBJETIVO GENERAL**

Determinar la importancia que tiene la intervención del Estado para optimizar la libertad de empresa y garantizar derechos fundamentales.

### **OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

Establecer el margen conceptual de la Intervención del Estado en la Libertad Económica, La Libertad de Empresa y las Garantías Constitucionales.

Identificar los argumentos que sustentan los fines perseguidos desde la doctrina y la jurisprudencia.

## **PROBLEMA JURÍDICO**

¿Qué importancia tiene la intervención del Estado para optimizar la libertad de empresa y garantizar derechos fundamentales?

## **METODOLOGÍA**

El presente trabajo es predominantemente analítico-conceptual, el cual se desarrolla mediante el estudio doctrinal en lo referente a la intervención del estado en la economía, y en la libertad de empresa, y a su vez es jurídico-normativo en materia del estudio de las garantías constitucionales. El universo de estudio serán sentencias de la Corte Constitucional, donde nos den a conocer conceptos y cosas que darán utilidad al desarrollo del trabajo. Y como herramienta explicativa las gráficas.

## A. PRIMER CAPÍTULO

### 1. LOS PRINCIPIOS DE LIBERTAD E IGUALDAD COMO SOPORTES DE LA ACTIVIDAD INTERVENTORA DEL ESTADO EN LA ESFERA PRIVADA



#### 1.1 DEL ESTADO DE DERECHO AL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

El “Estado Social de Derecho” es una creación reciente. Las revoluciones burguesas (Inglesa y Francesa) crearon el modelo de “Estado de Derecho”, que buscaba, fundamentalmente la realización de los “derechos negativos”, hoy llamados derechos de primera generación (Echeverry Uruburu). Estos derechos pretendían que el Estado no interfiriera en una esfera de cada ciudadano para que éste pudiese realizar acciones como comprar y vender sin restricciones, practicar la religión que quería, expresarse libremente, movilizarse a donde quisiera, etc. El Estado sólo debía

intervenir –en perspectiva de John Locke – en presencia de la vulneración de derechos a terceros, y para garantizar la vida y la seguridad de la comunidad.

Los promotores del Estado de Derecho no buscan que el Estado les dé bienes materiales porque ellos son propietarios, en la mayoría de las veces individuos acaudalados, que buscan es protegerse de que el Estado les quite sus bienes, ya sea por expropiaciones o por impuestos altos. Por eso la reivindicación del derecho a la propiedad privada, y la creación de normas que eviten al Estado vulnerar esos derechos de propiedad. Al lado de la propiedad está la reivindicación de los derechos

de libertad para impedir que el Estado tenga poderes ideológicos sobre ellos. En cuanto a los impuestos comienza a surgir la idea de que sólo el Parlamento, como representación de esa clase de propietarios, podía imponerlo. Como consecuencia de este modelo de Estado sólo tenía real poder político, por ejemplo de voto, quien contaba con propiedades, y particularmente los hombres y no las mujeres. Este fue el modelo de Estado de los siglos XVII y XIX.

En Occidente apareció el Estado Social de Derecho en la Alemania de la Posguerra, jurídicamente con la Ley Fundamental de Alemania de 1949. Se caracteriza este Estado porque existe empresa privada con regulación estatal, pero los servicios básicos como la salud, la educación son prestados por el Estado, a muy bajo costo o incluso gratuitos. Este modelo también apareció en España con la Constitución de 1978. El balance es altamente positivo por la eficiencia que ha tenido el Estado para prestar estos servicios, aunque en la actualidad se discute –sobre todo en España– si el Estado debe seguir prestando estos servicios, debido a la crisis económica actual. A Colombia pasó este modelo en 1991, pero realmente nunca se implementó como en Alemania o en España; creció la cobertura en Educación y Salud pero no acorde con la necesidad ni con la calidad debida. Quizá en educación existe un mayor desarrollo si se le compara con la crisis de la salud.

### **1.2 MODELO DE ESTADO “IDEAL” PARA LA EFICIENCIA EN LOS DERECHOS DE PRESTACIÓN**

Hoy es una realidad política y jurídica que exista la noción de “Estado Social de Derecho”, y así lo expresan los preámbulos

de un buen número de constituciones (Sainz Moreno). Esa referencia a lo social se entiende, desde el punto de vista jurídico, en la obligatoriedad del Estado de ser garante formal y material de un conjunto de Derechos ya sea negativos o positivos, que equivale a decir, de abstención o de prestación, que no es otra que la materialización de los derechos humanos. En palabras de Andrés Gil Domínguez: *“Los derechos humanos como límite normativo, permiten establecer los parámetros dentro de los cuales las mayorías constituyentes o legislantes pueden actuar...En sede interna, los derechos fundamentales son vínculos normativos impuestos tanto a las decisiones de la mayoría como a libre mercado y dotan a la democracia de sustancialidad* (Bidart Campos y Guido I.).

#### **1.2.1 MODELO SOCIALISTA**

Propio de países como Cuba o China. El Estado es dueño de los medios de producción, como en Cuba, o ejercer un absoluto control, como en China. La venta es que el Estado se hace responsable de la prestación de los derechos, pero la deficiencia es que no es obligado a un mínimo por lo que puede ampliar o restringir el margen de prestación de derechos a su arbitrio. Tampoco el ciudadano tiene acciones para obligar al Estado a respetar o materializar derechos de prestación. Se requería crear un modelo normativo vinculante al Estado como medio de protección de los derechos de prestación.

#### **1.2.2 MODELO DE ESTADO SOCIAL DE DERECHO**

Por ejemplo Alemania y España. Existe empresa privada, es decir los medios de

producción son privados; estos pagan impuestos al Estado y éste con ese recaudo revierte a los ciudadanos servicios en forma de derechos de prestación. Existen algunas acciones jurídicas para hacerlos efectivos, sobre todo en salud, y en educación, pero con una pequeña contraprestación por parte del ciudadano, sobre todo en materia de educación. Es el modelo, que al parecer ha sido más eficiente, porque ha sido, modelo para el mundo, de convivencia de lo público y lo privado, en un Estado eficiente, sobre todo en Alemania. En España el modelo funcionó pero hoy están pasando por una aguda crisis para sostenerlo.

Colombia quiso seguir este modelo en 1991, pero en mi concepto no ha tenido los suficientes logros fundamentalmente por la falta de regulación apropiada y por la corrupción.

### **1.3 NEOLIBERALISMO Y EFICIENCIA EN LOS DERECHOS DE PRESTACIÓN**

Carlos Helver Barrera sostiene la irreconciliabilidad entre el modelo de estado social de derecho y el neoliberalismo, por cuanto éste último es un movimiento económico globalizante que impide la consolidación de los estados como garantes de los derechos de prestación. En mi concepto el neoliberalismo se puede contrarrestar con la teoría expuesta por Ferrajoli, de consolidar un movimiento mundial de protección de los derechos fundamentales. Desde esta perspectiva cualquier Estado debe ser garante de un mínimo de derechos fundamentales,

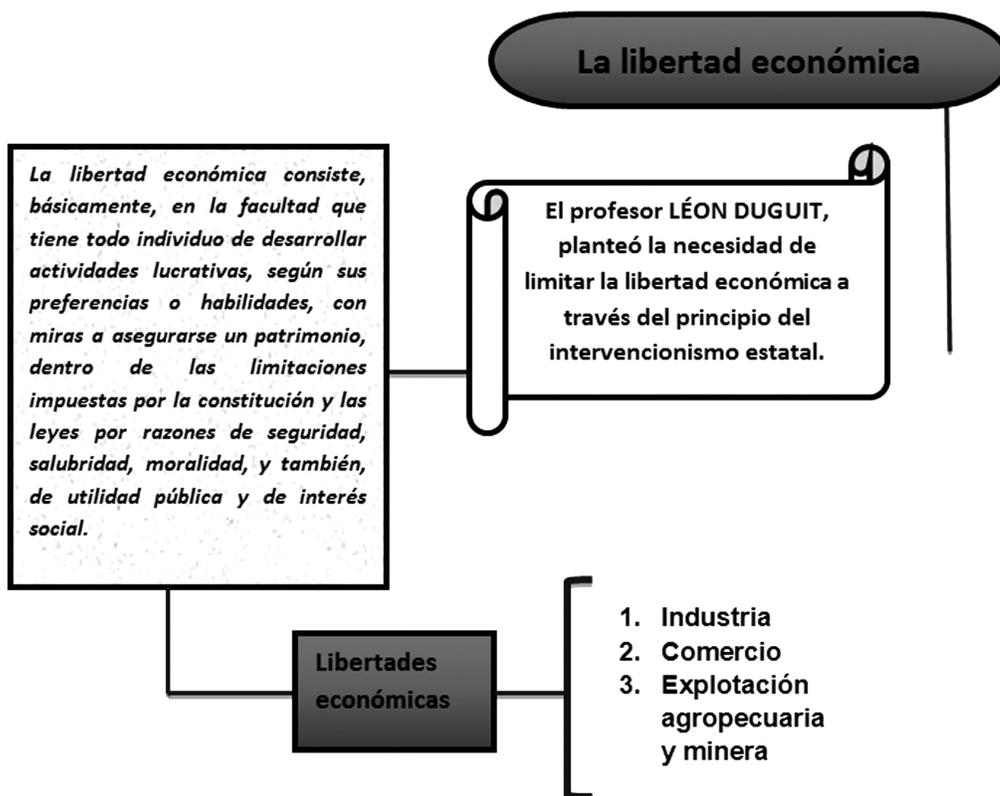
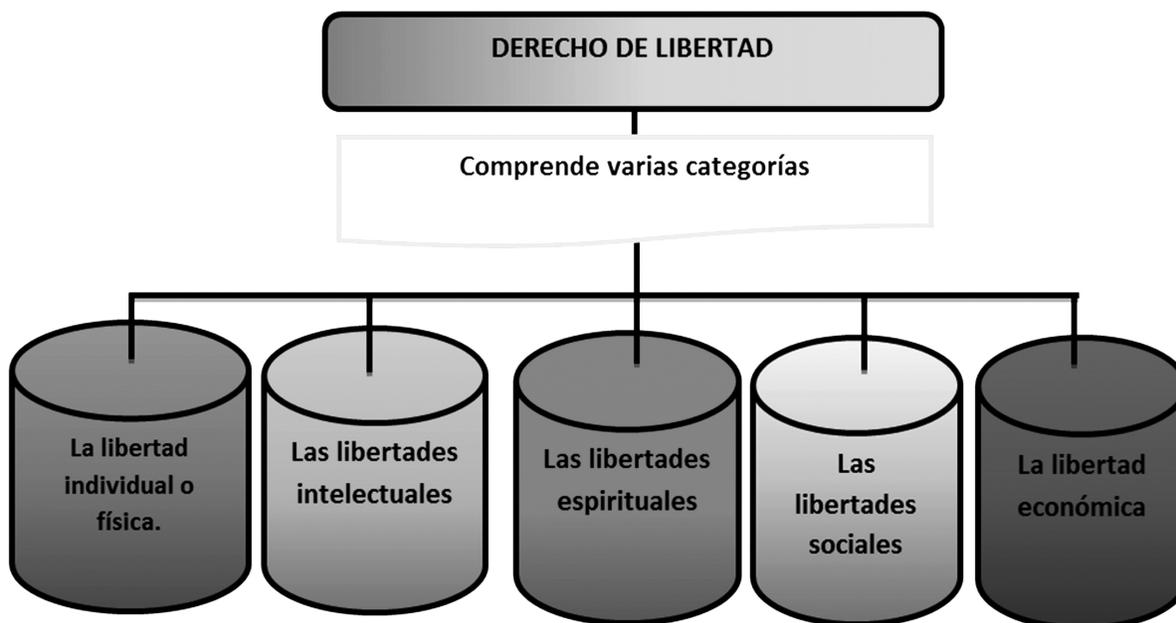
entre los que se encuentran los derechos de prestación. Esta constitucionalización mundial de derechos fundamentales, con garantías jurídicas de protección, supone una constitución mundial de mínimos aceptada por todos los Estados, cuestión ideal, pero no irrealizable si se crean movimientos no ya solo locales, sino globales que procuren la protección de derechos. Esto contrarrestaría el neoliberalismo, porque pondría límites al modelo económico impuesto mundialmente por este modelo económico-político.

### **2. LA CLÁUSULA GENERAL DE LIBERTAD Y LA GARANTÍA POR PARTE DEL ESTADO EN LOS PARTICULARES**

La cláusula general de libertad, nos muestra la clara percepción del hombre y su desarrollo en el medio, clarificando la injerencia que puede tener el Estado, y donde la Corte Constitucional busca la protección a este derecho.

La Libertad de la persona significa que cada actividad individual se realiza, en principio, sin autorización previa del gobernante, pero con la condición de que no perturbe los derechos de los demás o el orden social, casos en los cuales surge una responsabilidad que acarrea consecuencias jurídicas (Naranjo Mesa).

La libertad puede ejercerse en distintas direcciones, siempre en busca de la realización integral del ser humano y de su legítimo desarrollo dentro de la sociedad.



## 2.1 El Principio de Libertad y sus Restricciones

El principio de libertad del hombre es ilimitado por el hecho que para los particulares lo que no está prohibido les está permitido y para funcionarios públicos lo que no les está atribuido les está prohibido.

Los derechos como absolutos o no absolutos ha sido explicada por la doctrina jurídica alemana con la denominación de teoría interna y externa de los derechos (BOROWSKI, Martin). *Desde esta perspectiva, la teoría interna se refiere a un derecho imposible de restringir, y por tanto absoluto, y la teoría externa se refiere al derecho como principio restringible, y por tanto no absoluto* (ALFONSO VARGAS, 2011) en este caso en el derecho de libertad.

Encontramos unas restricciones con fundamento en el concepto de orden público, donde, las condiciones mínimas de seguridad, tranquilidad, salubridad y moralidad que deben establecerse al interior de una comunidad deben propender por garantizar el normal desarrollo de la vida en sociedad. Las autoridades deben conservar medidas que regulen el ejercicio de los derechos y libertades de la soberanía. La aplicación de éstas debe extenderse hasta donde el mantenimiento del *welfare state* “Estado de bienestar-Intervencionista”<sup>3</sup> lo haga necesario, con aplicación mínimos requisitos de respeto a la dignidad humana y a los demás derechos fundamentales a través del llamado “poder de policía administrativo”<sup>4</sup>.

Al respecto la sentencia C-581 de 2001 dice que<sup>5</sup>:

a. *Los derechos fundamentales pueden sufrir restricciones por parte del legislador, siempre y cuando no vulneren su núcleo esencial.*

b. *El legislador puede reglamentar el ejercicio de los derechos por razones de interés general o para proteger otros derechos o libertades de igual o superior entidad, pero esas regulaciones no pueden llegar hasta el punto de hacer desaparecer el derecho.*

c. *Los derechos fundamentales necesariamente deben armonizarse entre sí y con los demás bienes y valores protegidos por la Carta pues, de lo contrario, la convivencia social y la vida institucional no serían posibles.*

d. *El alcance de un determinado derecho no puede ser ilimitado, sino que debe ajustarse al orden público y nunca podrán sobrepasar la esfera donde comienzan los derechos y libertades de los demás.*

## 3. LA CLÁUSULA GENERAL DE IGUALDAD E INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN EL AMBIENTE PRIVADO

La cláusula general igualdad como derecho o principio, identificado a lo intrínseco de nuestro ordenamiento, es una idea que no se argumenta a una sola forma excepto que permite diversos significados ajustables de acuerdo con las peculiaridades de cada caso. En todo proceso es bueno un trato igual compatible con las diversas condiciones del

3 OCHOA SUÁREZ, Yenny Carolina. “Se pueden identificar como sistemas generales de bienestar social, el bienestar no se proporciona actual o exclusivamente por el Estado sino por una combinación de servicios” Apuntes tomados en clase de Analítica de III Semestre, Año 2009.

4 Sentencia SU-476/97, Magistrado Ponente. Vladimiro Naranjo.

5 Sentencia C-581 de 2001, Magistrado Ponente. Jaime Araújo Rentería.

sujeto. La corte constitucional al respecto dice<sup>6</sup>: “... principio constitucional de la igualdad, en su variante del trato desigual a los desiguales, que incluye la prohibición de tratar igual a los desiguales”.

#### 4. LIBERTAD E IGUALDAD, SUS LIMITANTES A PARTIR DE LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO

En un Estado Social de Derecho es principal la supremacía Constitucional, la cual consagra la idea de cómo debe actuar el particular y el Estado para que exista equilibrio en sus relaciones. El intervencionismo del Estado se origina como un presupuesto lógico para tocar el máximo de bienestar colectivo, y comprende moderar la probabilidad de un ejercicio absoluto de la libertad de los particulares y de la obtención de una igualdad sencillamente desde lo preciso. En el ejercicio de la intervención del Estado en el ámbito privado debe contenerse de actuar arbitrariamente y por ello también tiene unos límites. Como la dicotomía entre libertad-igualdad, límite, algo difícil porque los principios de libertad e igualdad se chocan y encuentran un eje estupendo, dicho constitucionalmente en abstracto, el empleo del principio de libertad y la apetencia del principio de igualdad un límite para el intervencionismo de Estado. La libertad y la igualdad son menguadas por el Estado, y en esta misma instancia la labor estatal se disminuye por la libertad de los individuos.

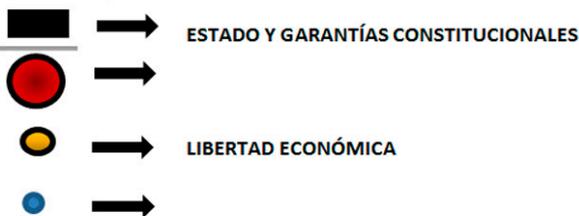
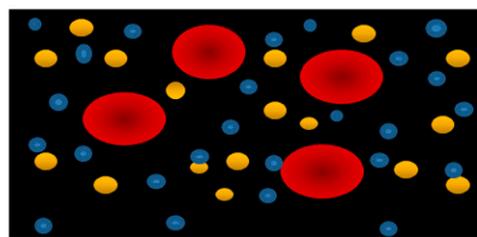
#### 5. DERECHO A LA PROPIEDAD PRIVADA

La concepción que se tiene en esta época sobre la propiedad privada es que

es solidarista y poco a poco se ha ido imponiendo en la mayoría de los Estados entre ellos nuestra nación Colombiana.

LEÓN DUGUIT dice: “Todo individuo tiene la obligación de cumplir en la sociedad una cierta función en razón directa del lugar que en ella ocupe. Ahora bien, el poseedor de la riqueza, por lo mismo que posee la riqueza, puede realizar un cierto trabajo que solo él puede realizar. Solo él puede aumentar la riqueza social haciendo valer el capital que posee. Está, pues, obligado socialmente a realizar esta tarea, y no será protegido socialmente más que si la cumple y en la medida en que la cumpla. La propiedad no es, pues, el derecho subjetivo del propietario, es la función social del tenedor de la riqueza” (Duguit León, 1921).

En desarrollo de esta concepción de la propiedad, se han consagrado en los ordenamientos constitucionales y legales de la mayoría de los Estados modernos que siguen el esquema capitalista, instituciones como las que permiten la expropiación por motivos de utilidad pública o interés social.



6 Sentencia T-826 de 2005, Magistrado Ponente. Humberto Antonio Sierra.

## **6. PERSPECTIVA DE LAS LIBERTADES ECONÓMICAS: LIBERTAD ECONÓMICA, LIBERTAD DE EMPRESA Y LIBRE COMPETENCIA**

Podríamos decir que no hay una definición exacta de libertad económica, ya que se trata ésta de una estipulación abierta e indeterminada, es acogida de diferentes ópticas de interpretación dependiendo del contexto y desarrollo del individuo y de la realidad - sociedad. *“La libertad económica ha sido concedida en la doctrina 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 un patrimonio”*

La carta Política de 1886 no consagró expresamente esta libertad. Lo único allí reconocido era la libertad de trabajo según su artículo 39 que manifestaba *“Toda persona es libre de escoger profesión u oficio. La ley puede exigir títulos de idoneidad y reglamentar el ejercicio de las profesiones”*<sup>7</sup>. *“También podrá la ley ordenar la revisión y la fiscalización de las tarifas y reglamentos de las empresas de transportes o conducciones y demás servicios públicos”*<sup>8</sup>.

Llega una etapa creciente de la confirmación de la libertad económica, esto con el constituyente de 1968 donde consagró plenamente la libertad de empresa e iniciativa privada en su artículo 6° así<sup>9</sup>: *“Se garantizan la libertad de empresa y la*

*libre iniciativa privada dentro de los límites del bien común, pero la dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la producción, utilización y consumo de los bienes y en los servicios públicos y privados para racionalizar y planificar la economía a fin de lograr el desarrollo integral. Intervendrá también el Estado, por mandato de la ley, para dar pleno empleo a los recursos humanos y naturales, dentro de una política de ingresos y salarios, conforme a la cual el desarrollo económico tenga como objetivo principal la justicia social y el mejoramiento armónico e integrado de la comunidad, y de las clases proletarias en particular”.*

Ya mirando sus antecedentes nos dirigimos al texto vigente de la Constitución de 1991, ésta quiso perfeccionar los instrumentos propios de la economía de mercado, precisar la responsabilidad del Estado y dotarlo de nuevos y más eficaces instrumentos para el logro de la equidad social. Donde por supuesto se armonizará la intervención del Estado con la libertad de los ciudadanos, el valor otorgado a la libertad económica es grande y por ello se garantiza aún más la libre iniciativa a los asociados para satisfacer sus menesteres, sin privilegiar a uno más que otro. Con gran importancia las garantías constitucionales se dirigen del mismo sentido a empresas bien organizadas y a las que aún no lo están, a las personas naturales o jurídicas, todo enfatizado en los límites del *“bien común”*<sup>10</sup> y el interés social.

7 Carta Política de 1886: *“Toda persona es libre de escoger profesión u oficio. La ley puede exigir títulos de idoneidad y reglamentar el ejercicio de las profesiones. Las autoridades inspeccionarán las profesiones y oficios en lo relativo a la moralidad, seguridad y salubridad públicas...”*

8 Art. 15, Acto Legislativo N° 1 de 1936.

9 Art. 6, Acto Legislativo N° 1 de 1968

10 Sentencia T-425 de 1992. Magistrado Ponente. Ciro Angarita Barón.

La libertad de empresa y la libertad de competencia, hacen parte armónica de la libertad económica. La libertad de empresa es entendida también como libre iniciativa privada y se interioriza claramente en la libre organización y disposición de los componentes de producción, donde incorpora la libertad contractual, ésta es practicada por los agentes de comercio ya sea comerciante<sup>11</sup> o empresa<sup>12</sup>, confluirán en un equilibrio de intereses los distintos sujetos. La libertad de competencia supone la ausencia de obstáculos entre una pluralidad de empresarios en el ejercicio de una actividad económica lícita<sup>13</sup>.

Los agentes que son partícipes del mercado y del sector empresario en Colombia, tienen que acatar algunos requerimientos como lo son el de respetar libertades básicas de las cuales tenemos (Almonacid Sierra, 1998):

*“a) La necesidad que los agentes del mercado puedan ejercer una actividad económica libre, con las excepciones y restricciones que por Ley mantiene el Estado sobre determinadas actividades.*

*“b) la libertad de los agentes competidores para ofrecer, en el marco de la Ley, las condiciones y ventajas comerciales que estimen oportunas, y*

*“c) la libertad de los consumidores o usuarios para contratar con cualquiera de los agentes oferentes, los bienes o servicios que requieren”.*

El estado puede intervenir y regular la actividad económica libre incluyendo prerrogativas y limitaciones donde ello no signifique deterioro a las libertades básicas y a la libre competencia en especial<sup>14</sup>.

## **B. SEGUNDO CAPÍTULO**

### **1. LA INTERVENCIÓN ESTATAL EN LA ECONOMÍA**

La intervención estatal en la economía tiene distinta modulación según el sector económico sobre el cual recaiga, pues mientras en determinadas actividades o servicios públicos considerados estratégicos puede ser muy intensa al punto de eliminar la iniciativa privada, en otros sectores tiene un menor grado en forma tal que se faculta a los particulares para desarrollar determinadas actividades económicas con un permiso, autorización o licencia por parte del Estado, e incluso, en algunos casos no se requiere ningún permiso o autorización previa para el ejercicio de una determinada actividad, industria u oficio, pues allí opera como regla general la libre iniciativa sin permisos previos (Art. 333 Constitución Política)<sup>15</sup>.

### **2. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA MANIFIESTA LA INTERVENCIÓN**

El intervenir se refiere a la búsqueda del bienestar y al buen funcionamiento de la sociedad. La intervención del estado en la economía se expone en el desarrollo

11 Código de Comercio Art. 10.-Son comerciantes las personas que profesionalmente se ocupan en alguna de las actividades que la ley considera mercantiles.

*La calidad de comerciante se adquiere aunque la actividad mercantil se ejerza por medio de apoderado, intermediario o interpuesta persona.*

12 Código de Comercio. Art. 25.- Se entenderá por empresa toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio.

13 Sentencia C-616/01, 13 de junio de 2001. M. P. Rodrigo Escobar Gil.

14 Sentencia C-616 de 2001, M. P.: Rodrigo Escobar Gil.

15 Sentencia C-616 de 2001, Magistrado Ponente. Rodrigo Escobar Gil.

económico para normalizarlo y motivar su progresión en beneficio de la prosperidad general y del buen servicio.

La Corte dice que la intervención del Estado en la economía es “la capacidad constitucional del ente estatal de incidir sobre las variables macroeconómicas”<sup>16</sup>; en forma que puede perjudicar el proceder de los entes económicos de forma benigna o maligna donde no implica violación a los derechos económicos.<sup>17</sup>



99

La atribución que toma el Estado en la intervención económica, figura expresamente en el artículo 333 de la Carta Política “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” y el artículo 334 de la misma, conforme al cual la dirección general de la economía está a cargo del Estado. La Corte manifiesta que la labor intervencionista procura conciliar los intereses privados vigentes en la actividad empresarial de los particulares, con el interés general que está vinculado en algunos casos, como: la prestación de los servicios públicos que cubre necesidades básicas de las personas. Y en estos casos existen las normas de intervención donde está presente la tensión entre la libertad de empresa y la prevalencia del interés general.

### 3. CARACTERÍSTICAS DE LA INTERVENCIÓN ECONÓMICA



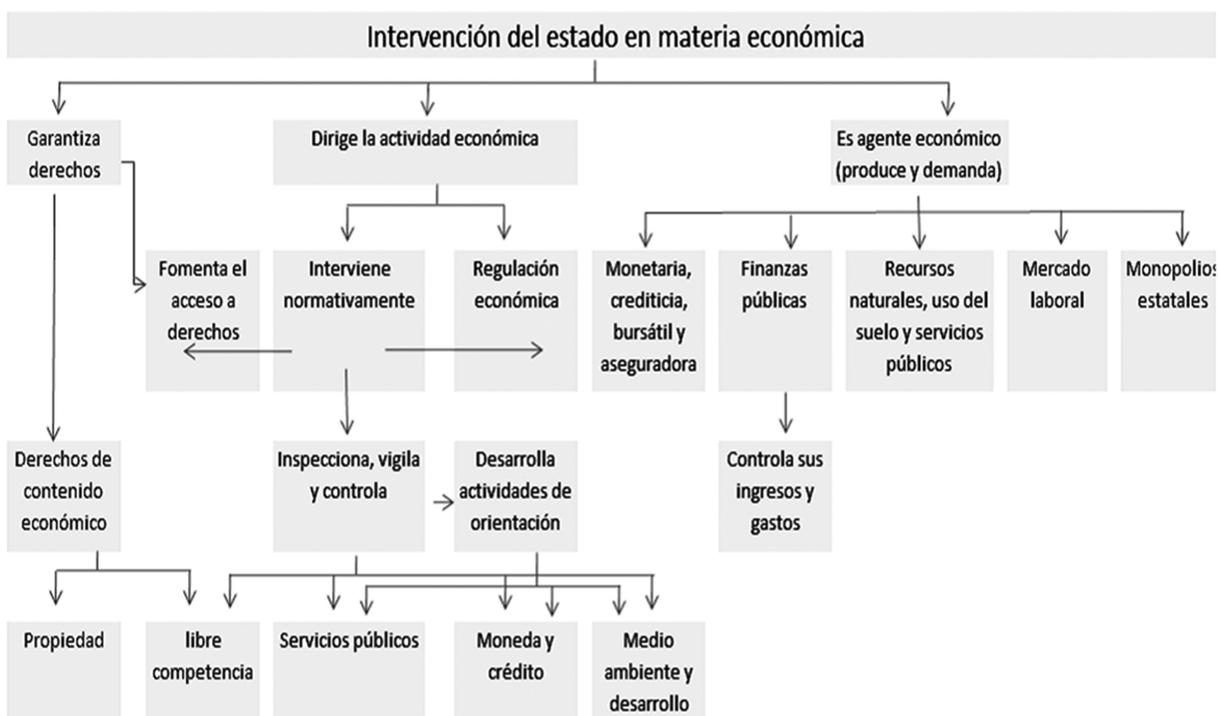
16 Sentencia C-490/93. M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

17 Cuadro explicativo de la intervención del Estado en la Economía, elaborado por: Nubia Catalina Monguí Merchán.

#### 4. ÁMBITOS DE INTERVENCIÓN DEL ESTADO

Tres ámbitos de intervención del Estado en la economía según Alfonso de Miranda Londoño y Márquez Escobar (2005), 1) Garantía de los derechos de contenido económico (propiedad privada y la libre

competencia), 2) Direccionismo económico (de la economía a los fines constitucionales), y 3) Ámbito de actuar como agente económico, ya sea como consumidor o productor de bienes y servicios en mercados como el monetario, el crediticio, el bursátil, el asegurador, entre otros. Este autor estructura el modelo gráficamente de la siguiente manera:



### C. TERCER CAPÍTULO

#### 1. LA INTERVENCIÓN EN LA ECONOMÍA POR PARTE DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Para el desarrollo de este capítulo partimos del análisis de la sentencia T-423 de 2003 en la que se desarrolla el tema de las condiciones en las que los contratos

de derecho privado, el Estado puede intervenir mediante la protección de derechos fundamentales por medio de la acción de tutela.

##### 1.1 Análisis de la sentencia T-423 de 2003

En mayo de 1993<sup>18</sup> la señora Amparo Franco Vélez adquirió una vivienda, por

18 Corte Constitucional. Sentencia T-423 de 2003. MP. Eduardo Montealegre Lynett.

medio de un contrato de mutuo con la entidad financiera Granahorrar. La deudora de igual manera celebró contrato de hipoteca del inmueble, como garantía de la deuda principal. En junio de 2000<sup>19</sup>, la entidad financiera de manera unilateral incluyó a la deudora en el programa de alivios financieros a deudores de crédito hipotecario, para dar cumplimiento a la ley 546 de 1999; en concreto le concedió un alivio financiero de casi 7 millones de pesos, el cual se imputó al capital adeudado. La cuota se redujo ostensiblemente de \$150.000 a \$60.000, en un porcentaje de 130%.

Posteriormente, en octubre de 2001, Granahorrar arguyendo un error en el proceso de liquidación por haber abonado un valor superior al que correspondía, decide de manera unilateral nuevamente liquidar el crédito y cargar al crédito el saldo de la obligación.<sup>20</sup> La cuota fijada se aumentó de setenta mil pesos (70.000) a ciento setenta mil pesos (\$170.000), en un porcentaje de 160%.

En el mes de noviembre la deudora pide a la Superintendencia Bancaria una explicación acerca de los alcances de los beneficios de la ley 546 de 1999 y sobre la conducta de la entidad financiera, en la ejecución del contrato. La superintendencia respondió que la reliquidación de octubre de 2001, hecha por Granahorrar, se ajustaba a la ley y que había remitido a la entidad financiera la petición para que ella también se pronunciara. La entidad financiera respondió a) que la reliquidación de octubre de 2001 fue necesaria, toda vez

que la superintendencia no aceptó la de junio de 2000, y b) que una vez efectuada la reliquidación el alivio era igual a cero (0). Además agrega, que la entidad se encuentra en frente de una “necesidad objetiva” y por tanto es deber legal hacer la reliquidación,

En el mes de noviembre de 2002, la deudora presentó acción de tutela contra Granahorrar pidiendo que se declare la no obligación del pago de los intereses generados en el último ajuste, la devolución del dinero indebidamente cobrado, y la fijación de una cuota acorde con la primera liquidación<sup>21</sup>.

La accionante afirma que debido al pago de estas cuotas altas se ha afectado su presupuesto familiar, lo cual repercute en las posibilidades materiales de atención y cuidado de sus hijos. Dentro de este proceso la entidad demandada contestó que su actuación buscaba corregir un error en la liquidación, estaba amparada en el cumplimiento de la ley 546 de 1999, y evitaba la apropiación indebida de dineros públicos. La respuesta en la demanda es básicamente la misma que había dado a la Superintendencia.

El juez de primera instancia no concedió la tutela, por cuanto considera que Granahorrar no afectó ningún derecho fundamental de la demandante, ni existe evidencia inminente de perjuicios irremediables; además, en caso de existir afectación de derechos, para su protección proceden otras acciones anteriores a la tutela.

*19 La sentencia dice que la deudora en todo este tiempo no presentó mora en su pago.*

*20 Se deduce de la sentencia que la entidad consideró que el alivio financiero correspondía en valor a cero pesos y que por tanto debía cargar nuevamente al saldo de la obligación la suma de seis millones y medio de pesos (\$6.500.000).*

*21 Ibid., Cfr. Antecedentes, No. 7.*

## 1.2 DETERMINACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

La Corte plantea definir:

1) Si Granahorrar al reversar unilateralmente la reliquidación del crédito desconoce algún derecho fundamental de la señora Amparo Franco. Y,

2) Si la anterior cuestión tiene una respuesta positiva, debe definir la Corte si la tutela es acción judicial apropiada o si existe otro medio idóneo para la defensa judicial de los derechos vulnerados.<sup>22</sup>

## 1.3 METODOLOGÍA EMPLEADA POR LA CORTE

Para resolver los problemas jurídicos la Corte emplea 3 pasos:

- 1) Análisis del contexto en el que se desarrollan las actuaciones. Se trata de un contrato de derecho privado, pero altamente intervenido por el Estado, con una marcada asimetría en la relación jurídica.
- 2) Análisis de la naturaleza de los derechos de las partes en conflicto: se trata de un contexto en el que intervienen derechos patrimoniales y derechos fundamentales.
- 3) En tercer lugar, se debe analizar si existe un derecho fundamental vulnerado y si procede la tutela como mecanismo judicial de protección del mismo.

### 1.3.1 CONTRATO DE DERECHO PRIVADO ALTAMENTE INTERVENIDO

La Corte parte del análisis del contrato de adquisición de vivienda como competencia

de la jurisdicción civil. Existen tres razones para ello:

- 1) La naturaleza de las partes, por cuanto se trata de un comerciante (Granahorrar) y una persona natural (Amparo Franco).
- 2) La relación es contractual. Luego se regula según la teoría general de los contratos.
- 3) El régimen aplicable, *prima facie*, es de derecho privado, lo que llevaría a que el juez natural en caso de conflictos sea el juez civil ordinario.

Sin embargo, siendo el contrato de naturaleza civil, tiene una alta intervención estatal por cuanto su finalidad es materializar un derecho fundamental constitucional como lo es la adquisición de una vivienda digna. El art. 51 de la CP consagra que,

*“Todos los colombianos tienen derecho a una vivienda digna. El Estado fijará las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho y promoverá planes de vivienda de interés social, sistemas adecuados de financiación a largo plazo y formas asociativas de ejecución de programas de vivienda”.*

La Corte menciona que su jurisprudencia ha sido reiterada en que los créditos de financiación de vivienda por perseguir la realización del art. 51 CP, son de alta importancia para el Estado y por ello justifican la intervención en su regulación. En el año 2000, en la sentencia C-955<sup>23</sup>, la Corte estableció que un sistema especializado de financiación de vivienda, debe tener en cuenta los siguientes fines constitucionales:

<sup>22</sup> *Ibid.*, Cfr. Problemas jurídicos y asuntos a tratar, No. 3.

<sup>23</sup> La sentencia C-955 de 2000 condensa la jurisprudencia reiterada de anteriores pronunciamientos: C-252 de 1998; C-383 de 1999; C-700 de 1999. En igual sentido, la ley 546 de 1999 y las circulares externas 048 y 056 de 2000.

- 1) Democratización del acceso al crédito.
- 2) Vigilar e intervenir las tasas de interés.
- 3) Prohibir la capitalización de intereses, las tazas irrazonables y las cuotas por fuera del monto del ingreso del usuario.
- 4) Conservación del equilibrio económico.

Otra razón para la intervención estatal proviene que la Corte considera que por tratarse de la pretensión de un derecho tan importante, la disciplina negocial de los contratos de financiamiento de vivienda hacen parte del orden público económico, porque esa regulación es la que permite la materialización del art. 51 CP, por medio del principio de adecuación.

### 1.3.2 ASIMETRÍA DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL.

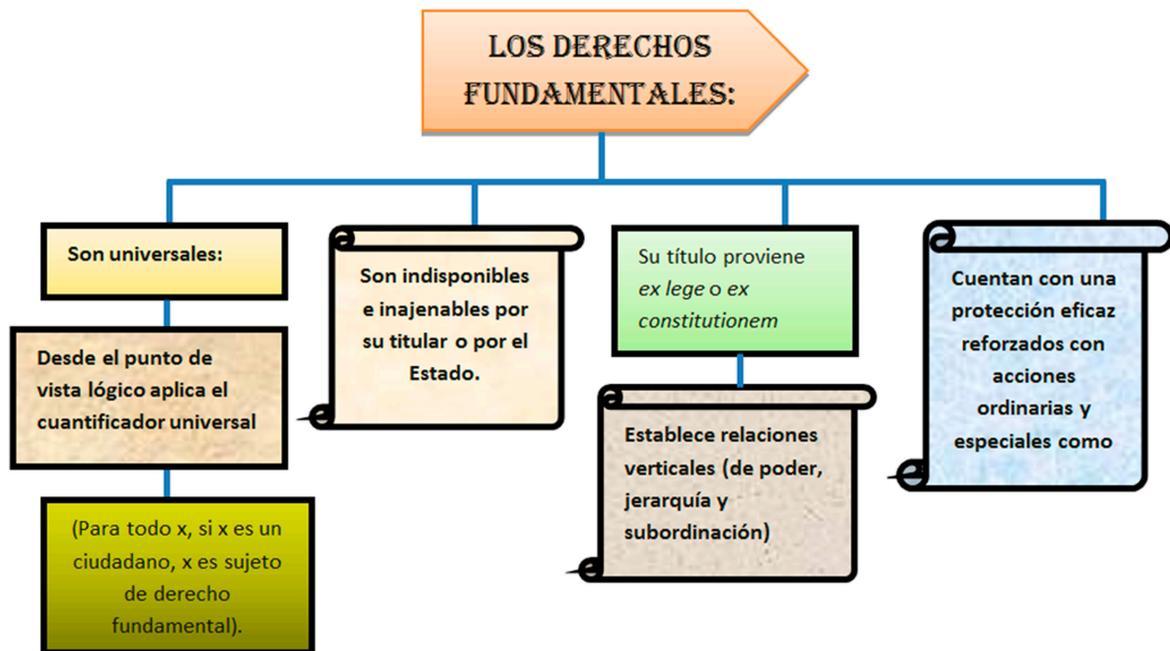
La Corte analiza el hecho de que en este contrato en particular las partes son asimétricas por cuanto hay una evidente

preponderación de la entidad acreedora sobre el deudor. Por lo anterior, es necesaria una especial protección del deudor en aplicación del principio de protección de la parte más vulnerable en las relaciones jurídicas.<sup>24</sup>

### 1.4 RELACIÓN DERECHOS PATRIMONIALES Y DERECHOS FUNDAMENTALES<sup>25</sup>

La Corte hace una caracterización de los derechos patrimoniales y los derechos fundamentales, para analizar luego, si en este caso en concreto hay concurrencia de ambos tipos de derechos.

#### 1.4.1 CARACTERIZACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y DE LOS DERECHOS PATRIMONIALES



24 Aunque la sentencia no menciona el principio de igualdad (art. 13) como fundamento constitucional, en las relaciones asimétricas el Estado interviene en procura de preservar este derecho.

25 Cfr. Sentencia T-423 de 2003. Definición de la naturaleza de los derechos. No. 7



### 1.5 ELABORACIÓN DE LA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL

Así, el derecho a la autonomía privada, es un desarrollo del derecho al reconocimiento de la personalidad (art. 14) y del derecho al libre desarrollo de la personalidad, (art. 16, llamado también principio general de libertad). Dentro de la autonomía privada se encuentra la autonomía contractual, como la manifestación de la propia voluntad en asuntos económicos (o con efectos económicos), y de la autonomía contractual se desprende que la actividad económica y la iniciativa privada sean libres (art. 333). De esta manera, de la cláusula general

de libertad (art. 16) se adscribe, por vía jurisprudencial, un derecho a la autonomía contractual, creándose un escenario constitucional de aplicación a los derechos de orden económico. Desde el punto de vista de la protección de los derechos, al existir una vulneración de un derecho en el contrato, se debe determinar si tal afectación hace parte del derecho a la autonomía contractual, lo que por adscripción sería violatorio del libre desarrollo de la libertad (art. 16 CP), o si es violatorio de un derecho que no hace parte de la protección de este derecho. En la primera hipótesis, estamos frente a una violación de un derecho fundamental,

objeto de protección por el mecanismo de la tutela (art. 86 CP), en la segunda, se debe recurrir a otra acción legal.

Por lo anterior, existe la posibilidad de que en el ejercicio de la ejecución de un contrato, que en sí mismo es de derecho privado, se puedan ver afectados derechos fundamentales, como lo es la autonomía contractual<sup>26</sup>, evento en el cual para su protección es procedimental la acción de tutela.

### **1.6 APLICACIÓN DE LA DOGMÁTICA EL CASO EN LITIGIO**

En el caso particular la Corte consideren que Granahorrar, valiéndose de su posición dominante, alteró las condiciones contractuales, fijadas por ella misma, aduciendo un deber legal, y por esto vulneró el derecho a la autonomía privada de la contraparte, pues la señora Franco no pudo manifestar su voluntad de aceptación o rechazo a esta nueva situación, sino que se vio obligada a sufrir las consecuencias de la decisión de Granahorrar, sufriendo “alteración en su plan vital y el de su familia”, con lo que se vulnera el derecho al libre desarrollo de ella y de los miembros de su familia (art. 16), y se vulnera también el derecho a la vivienda digna (art. 51 CP), porque debido a la imposibilidad del pago de una nueva cuota tan onerosa, lo más probable es que pronto entrará en mora de pago<sup>27</sup>.

Por lo anterior, la Corte considera, y así lo resuelve<sup>28</sup>, que es su deber legal conceder la tutela al libre desarrollo de la personalidad

a la ciudadana Amparo Franco, y ordenar a Granahorrar dejar sin efectos la segunda reliquidación, dejando vigente la primera, efectuada en junio de 2000. Considera la Corte que la primera reliquidación es constitucional porque Granahorrar intervino amparada en la ley para realizar la modificación, no afectando, sino por el contrario beneficiando a la deudora; pero, según la Corte, es inadmisibles que 16 meses después, alegando su propia culpa, y causando grave daño en derechos ajenos, pretenda nuevamente modificar el contrato; debió, para la segunda ocasión, buscar un acuerdo con la deudora, y no una imposición unilateral, valiéndose de su posición de poder en la negociación.

### **1.7 ANÁLISIS JURÍDICO DE LA INTERVENCIÓN CONSTITUCIONAL**

La Corte ha desarrollado dos modos de proteger el derecho a una vivienda digna. En el primer modo pondera los principios de libertad de empresa (art. 333 CP) frente al de vivienda (art. 51 CP), y se inclina por establecer medidas como reglamentar los intereses con el propósito de hacer efectivo el derecho de vivienda. En el segundo modo, considera que lo que se ha vulnerado es el art. 16 CP por cuanto a una de las partes de la relación contractual no le fue tenida en cuenta la autonomía de su voluntad.

#### **Primer modo: análisis mediante el test de proporcionalidad<sup>29</sup>**

Situación: Amparado en el principio de libertad de empresa (art. 333), las entidades financieras fijan los intereses y

*26 Ya se mencionó que la “autonomía contractual” constituye un derecho creado por adscripción del derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 16 CP).*

*27 Ibid., Del caso concreto, No. 11.*

*28 Ibid., Parte resolutive.*

*29 El test lo deduzco de las argumentaciones de la Corte.*

las condiciones de los créditos de vivienda de manera autónoma, con lo que presenta una vulneración de 1) el art. 51 de la CP por la imposibilidad de acceder a la vivienda, y, 2) el art. 355 de la CP por la no aplicación de la democratización del crédito.

Medida de intervención: la Corte Constitucional busca controlar el monto de los intereses.

### **1. CONSTITUCIONALIDAD DE LA MEDIDA:**

La medida de la Corte persigue el acceso a la vivienda (art. 51 CP) y democratizar el crédito Art. 355. Por buscar fines permitidos por la Constitución la medida supera este primer nivel del test.

### **2. ADECUACIÓN DE LA MEDIDA**

La medida de intervención es apropiada al fin perseguido; por lo anterior es adecuada.

### **3. NECESIDAD DE LA MEDIDA**

Entre los posibles medios es la menos lesiva de derechos porque permite armonizar el derecho a la libertad de empresa (P1) con el derecho a la adquisición de vivienda (P2)

### **4. PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO:**

En una ponderación entre la medida de intervención y las razones que la justifican se puede concluir que la medida es constitucional porque permite el acceso a la vivienda (Art. 51), que es un bien necesario para el desarrollo de la persona (Art. 16) a la vez que permite a los bancos continuar ejerciendo su libertad de empresa (Art. 333) por cuanto si bien perciben un menor ingreso por este negocio, no se ve un detrimento

injustificado en sus bienes patrimoniales. De esta manera P1 y P2 son armonizados.

### **Segundo modo: campo jurídico-fáctico del art. 16 de la CP**

1) Las razones de la intervención provienen de la necesidad por parte de la jurisdicción constitucional de proteger derechos fundamentales como en este caso la “autonomía contractual”.

2) De acuerdo con la doctrina constitucional estudiada, la “autonomía contractual” es un derecho creado por adscripción, proveniente del art. 16 de la Constitución, que consagra el derecho al “libre desarrollo de la personalidad”. La autonomía contractual tiene como objeto la protección de la autonomía de la voluntad en asuntos de contratación. Por cuanto en el contrato hay acuerdo de voluntades, sin una de las partes no le es consultada sobre su libre disposición de la voluntad, sino que por el contrario, es objeto de una imposición, entonces surge la violación de este derecho.

3) Estamos, pues, en presencia de un nuevo campo fáctico - jurídico de aplicación del Art. 16 (tradicionalmente aplicado en asuntos de libertad negativa) con implicaciones en contratos económicos. Aunque la Corte aclara que no son los efectos patrimoniales, sino la autonomía contractual como derecho fundamental el objeto de su protección, en la práctica termina protegiendo derechos patrimoniales.

4) La importancia de esta dogmática es que la Corte para proteger derechos de prestación (como posibilitar el acceso al crédito, Art. 335, velar porque los ciudadanos adquieran una vivienda digna

Art. 51) argumenta desde valores, principios y derechos constitucionales en los que no se objeta la utilización de la tutela como mecanismo de protección.

En concreto, la argumentación se concreta desde

a) Derechos de libertad, (Art. 16 CP), del que por adscripción se origina el derecho fundamental a la “libertad contractual”, que a su vez protegen los derechos de libertad de empresa Art. 333, de democratización de los créditos Art. 335- y adquisición de una vivienda digna Art. 51.

b) El derecho de igualdad Art. 13 ante una asimetría contractual por el principio de igualdad se protege de manera especial al extremo de la relación que presente mayor grado de vulnerabilidad.

5) No hay desconocimiento del campo privado, ni de los contratos privados, ni de sus efectos patrimoniales; lo que existe es un reconocimiento constitucional de que en los contratos privados también hay derechos fundamentales que por serlo deben ser protegidos por medio de la acción de tutela en caso de su vulneración.

6) La Corte Constitucional utiliza frecuentemente la expresión “contratos altamente intervenidos”, para expresar que existen contratos que por buscar valores constitucionales de gran importancia para el ciudadano son protegidos de manera especial regulándolos por medio de la legislación y protegiendo su vulneración por medio de la jurisdicción constitucional por medio de la acción de tutela.

## **1.8 Críticas a los pronunciamientos de intervención económica de la Corte**

Desde la economía se ha criticado (Kalmanovitz, 2001), en mi criterio a veces con justicia, y otras sin argumentos sólidos las intervenciones de la Corte Constitucional en la economía del país. Estas críticas se pueden clasificar así:

### **1.81 Menoscabo del principio de responsabilidad en la contratación**

Los pronunciamientos de la Corte Constitucional han contribuido a destruir el principio de responsabilidad individual en el cumplimiento de las obligaciones contractuales. Según los críticos de la Corte, sus sentencias han fomentado el no pago en el sistema educativo y en los créditos financieros. En un análisis desde el neoinstitucionalismo Kalmanovitz afirma que la ley en Colombia ha sido útil como un mecanismo de coerción debido a su carencia de interiorización social, y al menoscabar su exigencia la consecuencia es un caos social, producto de su desconocimiento.

*“Los magistrados están creando incentivos para que todos los agentes de la sociedad se pongan conejo entre sí: se incumplirán también los contratos laborales, de arriendos, de compraventa, de créditos, de seguros, etc. En tal situación cunde la desconfianza de los ciudadanos, todos los pagos se hacen por adelantado y se acaba el crédito. Los agentes se agreden cuando se engañan y se hacen daño entre sí. Proliferan el crimen y la injusticia<sup>30</sup>”*

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 26.

### **1.8.2 Menoscabo del principio de rigor jurídico**

Los pronunciamientos de las Cortes vulneran los mismos contratos, pues actúa como un tercero que introduce modificaciones en las relaciones contractuales, creando desconfianza en el sistema económico, con grandes costos de transacción. Esto contribuye a que la gente se aisle más, no crea en el compromiso de los asociados de clubes, gremios, asociaciones; con lo anterior se aleja la posibilidad de crear un “republicanismo cívico”, que es el ideal de un Estado que logra permanentemente su desarrollo, caracterizado por el aprecio y apego a las normas y una ética común civil<sup>31</sup>.

### **1.8.3 Usurpación de competencias.**

Esta crítica va en el sentido de que la Corte, con sus fallos sustituye al legislativo y al ejecutivo. Al legislativo, porque deja su competencia legislativa negativa y pasa a crear ella misma normatividad, y al ejecutivo porque da órdenes para la ejecución de las normas que crea.

Esta competencia, según sus críticos la ha usurpado, es decir no fue concedida ni por la Constitución ni por la ley, sino que a través de sus jurisprudencias, la Corte misma se la abrogó<sup>32</sup>.

*“En vez de ser los representantes de los ciudadanos quienes deciden sobre sus tributos y gasto, son unos magistrados nombrados por otros poderes los que deciden sobre*

*esos menesteres. Por eso se les puede tildar de una dictadura de los magistrados que se constituye en una seria amenaza para la democracia representativa”<sup>33</sup>.*

### **1.8.4 Desconocimiento del sistema económico.**

Otra de las críticas es que los fallos de la Corte no tienen en cuenta las leyes económicas y por lo contrario introducen problemas en dicho sistema. Se critica que intervengan en obligar a determinados procedimientos médicos, o medicinas costosas, porque eso imposibilita que se atienda a otro; de igual manera se afirma que los fallos sobre la vivienda, sobre la indexación de salarios, y demás fallos en materia económica no tienen en cuenta la propia lógica económica.

En el anexo se presenta un informe de efectos positivos y negativos, que sintetiza el estudio hecho por Sergio Clavijo(2001).

## **2. LA PROTECCIÓN DE DERECHOS DE PRESTACIÓN: La propuesta de Rodolfo Arango.**

Para Kant, el imperativo se manifiesta en la máxima moral, válida para el mundo jurídico: “actúa de tal manera que tu conducta pueda ser tenida como norma general” de tal forma que cada conducta particular debe realizar esta norma general. En el caso de Alexy los valores, principios y derechos constitucionales recogen el imperativo categórico de corrección del derecho, y cada derecho en particular es

<sup>31</sup>Este republicanismo cívico con una ética civil, es el resultado, según la doctrina neoinstitucionalista, de un respeto por la ley, que es concebida como valor, en correlación con una ética civil y no con una ética de valores de caudillos o valores meramente religiosos. En mi concepto, el valor religioso debe expresarse en una ética civil que permita la convivencia social.

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 27.

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 28.

un mandato de optimización, que debe desarrollar el imperativo categórico. En Arango, el conjunto de valores objetivos hace las veces de imperativo categórico, de tal forma que toda intervención del Estado debe estar en concordancia con este conjunto de valores constitucionales. Alexy desarrolla el concepto de derecho subjetivo para los derechos negativos, y sólo por excepción a los positivos.

Arango formula su tesis en el sentido de crear un concepto nuevo de derecho subjetivo que no tenga en cuenta la tradicional división sino que esté guiado por el principio de daño. Para Arango los derechos de prestación son tutelables si se demuestran las consecuencias graves (daño jurídico) por su no protección constitucional.

## **2.1 De Kant a Alexy: la doble perspectiva del derecho**

El gran aporte acá de Alexy, en mi criterio, es traer de nuevo al mundo académico la doble perspectiva de un derecho: la crítica o ideal, y la fáctica o real. Esta distinción ya aparece en la ética de Kant. Para él la razón postula un marco ideal o crítico, mediante un juicio, que luego “debe ser” seguido por la conducta fáctica.

La gran diferencia con la ética de Aristóteles o Santo Tomás es el carácter meramente racional del juicio ideal; es decir, Kant no admite que esta formulación provenga de un principio divino, sino que la misma razón humana lo postula. Para Kant, el hombre siempre ha estado en una minoría de edad, en la que lo ha dirigido el líder religioso, o político y la modernidad consiste

en que cada individuo, por su razón asuma la rienda de su propia vida. En el caso de la ética este juicio se manifiesta en un imperativo categórico moral “actúa de tal manera que tu conducta pueda constituirse en norma universal de comportamiento”. Lo interesante es la doble perspectiva que adquiere la conducta: en sí misma ella es un hecho fáctico, pero tiene un referente de hacer o no el imperativo categórico; es decir la conducta de hecho ya está inscrita en un deber ser, incluso antes de que el Estado lo formule.

Alexy busca este imperativo para el derecho y lo encuentra en la noción tradicional de justicia, de tal manera que hablar de Estado lleva necesariamente la pretensión de que éste busque realizar la justicia. Uno se podría preguntar, por qué es éste y no otro el imperativo del derecho y la respuesta tiene una doble connotación: primero, porque desde el punto de vista formal, los estados constitucionales describen al estado un conjunto de fines y declaran un conjunto de derechos en los que como totalidad<sup>34</sup> se puede afirmar que buscan la justicia, y segundo, porque reconocemos que cualquier organización social, para que tenga un grado de legitimidad, distinto a la fuerza, debe buscar como propósito la justicia entre sus miembros.

El derecho general de libertad sin duda posee entendido como imperativo categórico de Kant o como un mandato de optimización de Alexy posee esta doble dimensión: por un lado posee una dimensión crítica, o ideal en la que la libertad debe buscar realizar los fines del Estado Constitucional como la dignidad de la persona, la autodeterminación, la

*34 Diferencia Alexy entre un sistema clasificatorio y una norma cualificatoria. El sistema en su totalidad se puede o no clasificar con pretensión de corrección: por ejemplo, no es lo mismo clasificar un Estado que una banda de ladrones, porque al Estado se le atribuye la pretensión de justicia; pero el sistema jurídico puede tener algunas leyes no justas, es decir con cualidad de injustas, pero esto daña el principio de corrección en esa norma pero no en el conjunto de ese sistema jurídico, que sigue conservando la pretensión.*

responsabilidad, la convivencia, la paz, el bien común, todo esto condensado bajo el concepto de justicia. De otra parte, la conducta fáctica puede o no realizar el imperativo de la dimensión ideal. El juicio jurídico no puede desconocer esta doble perspectiva, so pena de ser un juicio que se aleja de la mínima lógica racional (Segovia, 2004), que ha sido uno de los pilares del Estado Constitución.

### **2.1.1 Los derechos fundamentales como mandatos de optimización**

Ahora, bien, el instrumento de los Estados para materializar su pretensión de justicia se da por el desarrollo de los derechos fundamentales entendidos como mandatos de principios, y estos como mandatos de optimización. En palabras de Alexy *“De acuerdo con la teoría estándar de la teoría de los principios, los principios son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas”* (Alexy Robert).

Así los derechos fundamentales por estar inscritos dentro de un Estado constitucional, y por tanto tener el horizonte de buscar en su conjunto el principio de corrección, tienen un mandato de realización en la mayor medida posible, buscando hacer efectivos los fines del Estado. La realización de los derechos, entendidos como mandatos de optimización, depende de las posibilidades fácticas, es decir de los recursos con que se cuente para desarrollarlos, y de las posibilidades jurídicas, es decir de los principios con los que se debe armonizar o incluso ponderar.

Otro elemento importante es que los mandatos de optimización también lo son

de reiteración, es decir, son principios dinámicos que buscan cada vez realizar más su objeto. En este sentido, por ejemplo, es un mandato reiterado buscar que cada vez haya menos pobres, menos desempleados, menos enfermos, menos desplazados (en el caso de Colombia); y al Estado le corresponde tomar las medidas económicas, de orden público, que cada vez vayan aminorando estas situaciones de injusticia social mediante la continua profundización del desarrollo de los derechos fundamentales.

### **2.2 El nuevo concepto de derecho subjetivo en Rodolfo Arango**

La preocupación del Dr. Rodolfo Arango es la búsqueda de un concepto más amplio de derecho subjetivo que el propuesto por Alexy. Define Arango el derecho subjetivo como

*...la posición normativa de un sujeto para la que es posible dar razones válidas y suficientes, cuyo no reconocimiento injustificado le ocasiona un daño inminente* (Arango Rodolfo, 2005).

Este concepto tiene dos partes: una comprensión del derecho subjetivo en sentido estricto, y los criterios para establecer su vulneración.

Desde el punto de vista formal, Arango parte del concepto de Alexy sobre el derecho subjetivo, entendido como una estructura tridimensional, compuesta de sujeto, obligado y objeto. Esta estructura ha sido mayoritariamente aplicada a los derechos de abstención. La pretensión de Arango es fundamentar que este esquema es válido

tanto para los derechos de abstención y de igualdad, como para los derechos de prestación.

Para Arango la afirmación de que en los llamados derechos negativos el Estado no realiza ninguna intervención no es cierta, porque estos derechos exigen del Estado acciones positivas para su cumplimiento. Por ejemplo, el derecho de libertad exige un conjunto de intervenciones estatales con el propósito de garantizar a los ciudadanos la posibilidad de realizar este derecho, tales como la existencia de un aparato judicial, de un cuerpo de policía, etc. De lo que se concluye que tanto los derechos negativos como los positivos exigen intervención estatal.

La tesis de Arango estructura la composición del derecho subjetivo en tres categorías:

- 1) La posición normativa.
- 2) Razones válidas para la posición normativa (derecho *prima facie*).
- 3) Razones válidas y suficientes para la posición normativa (derecho abstracto definitivo).

### 2.2.1 La posición normativa

Parte de la comprensión del derecho como “relaciones”. El sujeto de derecho está en relación con normas y con otros sujetos de derecho. No se trata de una relación fáctica, sino de “una relación normativa o deóntica dentro de un sistema normativo que vincula a personas -titulares de derechos y obligaciones- ordenando o permitiendo hacer o abstenerse de algo”<sup>35</sup>. De esta forma el sujeto adquiere una posición normativa, porque está en un “lugar” jurídico con respeto a otras normas o sujetos.

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 303.

<sup>36</sup> En este aspecto, el Dr. Arango sigue a Robert Alexy, para quien la argumentación es un elemento básico en el aspecto de imputación del derecho.

<sup>37</sup> *Op.cit.* 307.

### 2.2.2 Razones válidas

La posición normativa establece la relación entre el sujeto y el obligado; y la justificación de este vínculo se hace por medio de la sustentación de razones válidas.<sup>36</sup> Afirma Arango que mediante razones válidas los sentimientos, intereses o necesidades son elevados a posiciones normativas. Este cambio de nivel sólo puede garantizarse por medio de reglas constitutivas que tornan los enunciados sobre emociones, intereses y necesidades (hechos brutos) en razones válidas (hechos institucionales)<sup>37</sup>.

Desde el punto de vista constitucional las principales razones válidas son las siguientes:

- a) Igualdad de trato. Que conlleva la necesidad de aplicar el precedente constitucional.
- b) Respeto de las reglas de argumentación práctica.
- c) El concepto de libertad como derecho limitado y limitable frente a otros derechos.
- d) El principio de protección de las minorías.

### Razones válidas y suficientes

Una vez que se establecen razones constitucionales válidas para establecer la relación sujeto obligado, es posible que surjan colisiones entre principios, por lo que es necesario aplicar el test de proporcionalidad: finalidad, adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Sintetizando los tres elementos vistos, un derecho subjetivo, en la perspectiva de Arango, es una “posición normativa con razones válidas y suficientes”.

Luego de esto Arango desarrolla la segunda parte del nuevo concepto de derecho desarrollando el tema del daño individual como elemento básico para el reconocimiento de los derechos subjetivos.

### 2.2.3 El daño individual inminente

Ahora desde la perspectiva del daño, Arango analiza la diferencia tradicional en la comprensión del daño en los derechos de abstención y de prestación. Ese es claro que en los derechos de abstención, la doctrina jurídica ha afirmado que su no reconocimiento genera un daño, y es, en la mayoría de los casos objeto de protección mediante la acción de tutela. Pero no ha ocurrido lo mismo con los derechos de prestación porque ha sido difícil de determinar tanto al obligado como el contenido. Afirma Arango, en consecuencia que, “la indeterminación de los obligados y del contenido de la obligación se comunica al reconocimiento de su violación”<sup>38</sup>.

Por ello plantea dos criterios básicos:

1) El primer criterio analiza el daño individual inminente. Para este estudio, se debe superar la dicotomía derechos negativos y positivos, y en su lugar analizar si con el no reconocimiento de un derecho, de abstención, de igualdad o de prestación se produce un “daño individual inminente”. En el caso de los derechos de prestación, la pregunta sería si el no reconocimiento de una prestación, es decir una omisión, produce un daño inminente.

Como surge el problema de la indeterminación del derecho subjetivo, es el análisis sobre la “urgencia”<sup>39</sup> de una situación lo que determina la necesidad o no si debe protegerse el derecho. Esta urgencia está dada no tanto por el tipo de derecho (negativo, de igualdad, positivo) sino por la situación fáctica concreta, que se analiza de una argumentación contrafáctica. Esta argumentación sirve para proyectar la situación que se produce en caso de que una actuación jurídica no se realice. Es un estudio consecuencialista.

2) El segundo criterio es “el no reconocimiento injustificado de una posición normativa”. En este criterio, Arango desarrolla el principio de la subsidiariedad del Estado: cuando una persona particular es la obligada principal a una acción positiva y no la presta, entonces es el Estado quien debe asumir esa responsabilidad, tomando el lugar de obligado; a esta obligación se puede sustraer sólo si demuestra que carece de las condiciones fácticas o jurídicas necesarias para hacerlo<sup>40</sup>.

### 2.3 Cambio de paradigma

Para Arango, el derecho moderno parte de una premisa: la autonomía de la persona. Y este principio, a su vez, implica otros dos: la responsabilidad personal y el principio de subsidiariedad.

El principio de responsabilidad personal protege una necesidad fundamental: la autonomía. Según el principio de

38 *Op.cit.* p. 310.

39 Una interesante cita sobre los criterios de esta urgencia la toma Arango de Partha Dasgupta, quien afirma: “Las demandas de necesidades sugieren un sentido de urgencia (...) Podemos posponer oír una pieza musical o ir a una fiesta, pero no podemos posponer el consumo de agua cuando tenemos sed, de comida cuando tenemos hambre, o de atención médica cuando estamos enfermos”. P. Dasgupta, *An Inquiry into Well-Being and Destitution*, Oxford, 1993, p. 39. Cita de Arango, Nota 271, p. 317.

40 Ver: *Ibid.*, pp. 313-317.

subsidiariedad, una persona debe ser ayudada cuando no se puede ayudar así misma. La familia, la comunidad nacional o la comunidad humana son posibles obligados cuando el peso de las cargas es de tal dimensión para el individuo o el grupo, que no sea razonable exigir su cumplimiento.<sup>41</sup>

Es decir, que en esta visión del derecho subjetivo, el Estado es obligado subsidiario, pero también en una visión global de la responsabilidad subsidiaria, Arango introduce las categorías de obligados en cabeza de la comunidad nacional, o la comunidad humana, lo que implica una visión solidaria de las responsabilidades en la realización de los derechos.<sup>42</sup>

El planteamiento de Arango se hace desde otra perspectiva<sup>43</sup> de la afirmada por Kant o incluso Habermas, por que para estos las obligaciones positivas hacen parte del campo de la ética y no del derecho.

*“KANT rechaza el recurso al Estado, ya que parte de la idea de hombres autónomos, sanos, adultos y fuertes, y concibe la ayuda al necesitado como un deber ético, el deber de beneficencia, que forma parte del deber de amar a los demás. HABERMAS se expresa exclusivamente a favor de la autonomía del individuo porque teme a las consecuencias negativas del paternalismo estatal. Pero de este modo, ambos autores sacrifican a los recién nacidos y las personas que no pueden ayudarse así mismas. No sólo el individuo, sino el Estado*

*como representante de la comunidad normativa está obligado a actuar de modo positivo fáctico frente al individuo en situaciones de emergencia.<sup>44</sup>”*

## **2.4 Análisis jurídico de la propuesta de intervención de Arango**

1) Arango pretende superar la disyuntiva tradicional “derechos negativos- derechos positivos” mediante la creación de “un concepto más completo del derecho subjetivo”.

2) El esquema de Arango involucra en la misma posición normativa el aspecto argumentativo, que es muy propio del constitucionalismo moderno. Son razones válidas y suficientes las que determinan la relación sujeto-obligado. No existe una adjudicación previa sino que ésta se da por medio de la argumentación

3) Lo que determina la protección de un derecho mediante acciones como la tutela o el recurso de amparo es la “necesidad” y la “urgencia” de protección de ese derecho. Desde este punto de vista un derecho económico es tutelable no por ser un derecho negativo o positivo sino por el grado de necesidad y urgencia de su protección.

4) Las razones válidas desde el punto de vista constitucional que permiten la intervención en los contratos están dadas por:

- a) La igualdad de trato.
- b) Respeto a las reglas.

41 *Ibíd.*, p. 316.

42 Este es sin duda un tema por desarrollar. Porque es necesario establecer qué se entiende con precisión por comunidad nacional, o humana, y cuál sería el mecanismo idóneo para hacer efectiva la posición normativa, es decir lograr el encuentro del sujeto con el obligado, en entidades como las mencionadas. Sin embargo, es indudable, que cada vez existe más protección a los derechos fundamentales, por parte de entidades supranacionales, en los eventos en que éstos no sean protegidos por los Estados.

43 En esto Arango se fundamenta en Amartya Sen, Henry Shue, Ernst Tugendat, Martha C. Nussbaum.

44 *Ibíd.*, p. 318.

- c) Concepto de libertad.
- d) Principio de protección de minorías.

5) La intervención Estatal se da en la transformación de hechos brutos a hechos institucionales. Los hechos brutos son las emociones, necesidades intereses que se transforman en hechos institucionales cuando aparece la posición normativa (relación sujeto-obligado). Como ya se dijo el proceso de establecimiento de la posición normativa se da mediante razones válidas y suficientes y en el caso de existir conflictos de principios, se aplica el principio de proporcionalidad.

6) En caso de que los directos responsables de la protección de un derecho como lo es la familia, incumpla su obligación, corresponde al Estado, según Arango, por el principio de “subsidiariedad” asumir esta obligación de protección; en caso de que este tampoco proteja el derecho lo debe hacer la comunidad internacional.

## CONCLUSIONES

El concepto de “libertad” es básico para determinar el modo como se debe organizar la economía. Y esta organización se da por medio de normas, es decir a través del derecho. Así pues, hay tres conceptos que la historia de las corrientes económicas muestran entrecruzados: la noción de libertad humana, de economía y de derecho.

La libre empresa siendo semejante a la libre actividad económica, puede ejercer una empresa sumado a este la libre iniciativa privada, donde pueden emprender una empresa con ánimo de lucro, entre el mismo sistema económico de libre mercado, y se protege la libre empresa no solo en su ejercicio, sino en su acceso bajo

parámetros de igualdad. Con ello propende por la promoción de condiciones sociales y económicas básicas en el marco del Estado Social de Derecho.

La intervención tiene razón de ser para lograr el equilibrio general del mercado, ya que éste en su movimiento y funcionamiento construye falencias que no se superan rápidamente y que se originan cuando no existen mercados para todos los bienes, cuando los sujetos (consumidores y productores) obtienen importancia, es cuando los productores se ven limitados en su acción de fortalecer y acrecentar sus ganancias, o cuando nacen irregularidades en la información. Por ello, para la creación de políticas de rango económico, normalmente se conserva un trasfondo que evidencia la imperiosa necesidad de un equilibrio social que no se puede ignorar y que en fin de cuentas es uno de los fines del Estado.

La Corte Constitucional también ha intervenido en la regulación del tema económico, buscando proteger los derechos fundamentales que las políticas económicas, o los contratos económicos vulneren. Lo ha hecho en fallos sobre acceso a la vivienda, indexación salarios, mínimo vital, control de intereses. Estos fallos tienen como trasfondo el test de proporcionalidad, en la que se evalúa desde el punto de vista constitucional, si la medida tiene finalidad constitucional, es adecuada y necesaria. Estos fallos han dividido las opiniones en quienes valoran las intervenciones como formas necesarias de intervenir para proteger valores, principios y derechos constitucionales, y quienes ven en estas medidas una usurpación de funciones por parte de la Corte Constitucional, con efectos nocivos para el conjunto de la economía (Ver anexo).

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. Pág.95.
- ALEXY, Robert. Teoría sobre los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- Alfaomega, abril de 2001.
- ALFONSO Vargas, Luis Antonio. "Libertades Jurídicas en la Doctrina Constitucional de Colombia" 2011. Pág. 37.
- ALMONACID Sierra, Juan Jorge y GARCÍA Lozada, Nelson Gerardo. Derecho de la Competencia. Bogotá: Legis, 1998.
- ARANGO, Rodolfo. El concepto de derechos sociales fundamentales. Bogotá, Legis, 2005. Pág. 298.
- BARRERA, Carlos Helver. "Familia Jurídica Romano-Germánica o Neorrománica".
- BIDART CAMPOS, Germán J. y GUIDO I. RISSO. "Los derechos humanos del siglo XXI, La Revolución inconclusa". Sociedad Anónima Editora, p. 101.
- BOBBIO, Norberto. *Liberalismo y democracia*. Bogotá: fondo de cultura económica, 1993.
- BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Pág. 65 .s.s.
- Carta Política Colombiana de 1886.
- CLAVIJO, Sergio. "fallos y fallas de la Corte Constitucional". Bogotá: "fallos y fallas de la Corte Constitucional". Bogotá: Alfaomega, abril de 2001. (Colección libros de cambio).
- Código de Comercio Colombiano.
- Constitución Política de Colombia de 1991.
- DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel*, 2éme éd., París, Ancienne Librairie Fontemoing & Cie..Editeurs, 1921.
- NORTH, Douglass. *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*. Fondo de Cultura Económica. México: 1995.
- ECHEVERRY Uruburu, Álvaro. Teoría Constitucional y Ciencia Política, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, D.C. Pág. 340.
- KALMANOVITZ, Salomón. "Las instituciones colombianas en el siglo XX". Bogotá, Alfaomega, 2001.
- LÓPEZ Martínez, Miguel Andrés. Gráfico tomado de los apuntes del Módulo de Derecho Privado-clase de Analítica, IV semestre, año 2011.
- LÓPEZ Valderama, Andrés. La autonomía privada y la Función Social de la Empresa. Revista Facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, número. 10. Bogotá, 1997.
- MIRANDA Londoño, Alfonso y MÁRQUEZ Escobar, Carlos Pablo. *Intervención pública, regulación administrativa y economía: elementos para la definición de los objetivos de la regulación*. Universidad del Quindío, 2005. Pág. 11.
- MORENO, Fernando Sainz. "La Constitución como Norma Jurídica en el Tribunal Constitucional" de Eduardo García de Enterría. Revista Española de Derecho Constitucional.
- NARANJO Mesa, Vladimiro. Teoría Constitucional e Instituciones Políticas, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, año 2000.
- OCHOA Suárez, Yenny Carolina. Apuntes tomados en clase de Analítica de III Semestre, Año 2009.
- P. Dasgupta, *An Inquiry into Well-Being and Destitution*, Oxford, 1993, p. 39. Cita de Arango, Nota 271.
- PATIÑO, Jorge Enrique. *Apuntes tomados en clase de Responsabilidad Pública y privada, año 2011, señalando que el profesor LEÓN DUGUIT, es una de las mentes más lúcidas del derecho*.
- SAINZ Moreno, Fernando. "La Constitución como Norma Jurídica en el Tribunal Constitucional" de Eduardo García de Enterría. Revista Española de Derecho

*Constitucional. p. 339. (Material de Trabajo de la clase).*

- SEGOVIA, Juan Fernando. Derechos Humanos y Constitucionalismo. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2004. Pág. 15-23.

#### **REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES**

- Sentencia SU-476/97, Magistrado Ponente. Vladimiro Naranjo.
- Sentencia C-581 de 2001, Magistrado Ponente. Jaime Araújo Rentería.
- Sentencia T-826 de 2005, Magistrado Ponente. Humberto Antonio Sierra.
- Art. 15, Acto Legislativo N° 1 de 1936.
- Art. 6, Acto Legislativo N° 1 de 1968.
- Sentencia T-425 de 1992. Magistrado

Ponente. Ciro Angarita Barón.

- Sentencia C-616/01, 13 de junio de 2001. M. P. Rodrigo Escobar Gil.
- En sentencia C-535 de 1997 Magistrado Ponente. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Sentencia C-265 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- Sentencia C-490/93. M. P: Alejandro Martínez Caballero.
- Sentencia T-426 de 1992, Magistrado Ponente. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Sentencia T-423 de 2003. MP. Eduardo Motealegre Lynett.
- La sentencia C-955 de 2000 condensa la jurisprudencia reiterada de anteriores pronunciamientos: C-252 de 1998; C-383 de 1999; C-700 de 1999. En igual sentido, la ley 546 de 1999 y las circulares externas 048 y 056 de 2000.

## ANEXO

Efectos positivos y negativos para la economía de fallos económicos. Tomado del estudio de Sergio Clavijo<sup>1\*</sup>, realizado para la publicación seriada de libros de la Revista Cambio.

**1) Corrección monetaria y sistema de financiamiento (Sentencias C-252 de 1998; C-383, 700 y 747 de 1999; ley 546 de 1999).**

### Efectos positivos:

- 1) Al atarla a la inflación, evita sorpresas en tasas de interés real.
- 2) Al prohibir la capitalización de intereses y regular los sistemas de amortización, evita sobresaltos en el servicio de la deuda futura.
- 3) Al aceptar prepagos, promueve la competencia, (sujeto a que las tasas de interés puedan absorber esta contingencia).
- 4) Al fijar la tasa de interés real se facilita la “titularización” (sujeto a que no se altere frecuentemente los pasos de financiación).
- 5) Al exigir un mínimo de 30% en cuota inicial, evita esquemas insostenibles y posibles “anatocismo”.

<sup>1\*</sup> CLAVIJO, Sergio. “fallos y fallas de la Corte Constitucional”. Bogotá: Alfaomega, abril de 2001. (Colección libros de cambio. **B. Reliquidación de deudas hipotecarias: Sentencia C-383 de 1999 y ley 546 de 1999.**

\* CLAVIJO, Sergio. “fallos y fallas de la Corte Constitucional”. Bogotá: Alfaomega, abril de 2001. (Colección libros de cambio. **B. Reliquidación de deudas hipotecarias: Sentencia C-383 de 1999 y ley 546 de 1999.**

### Efectos negativos:

Redujo el acceso al crédito:

-Por el lado de demanda:

- a) Al requerirse mayor cuota inicial.
- b) Al prohibir la capitalización de interés.

-Por el lado de la oferta:

- c) introducir el riesgo de prepago.
- d) extender los plazos en un ambiente de incertidumbre (afecta titulación y el valor de la garantía).
- e) el generar un descalce financiero entre el activo y el pasivo.

### Efectos positivos:

Al recalcular la tasa de interés real original, se restituye el saldo real del crédito y la capacidad de honrar la obligación.

### Efectos negativos:

-Agravó la iniquidad:

- a) Por tratamiento asimétrico ahorro vs. deuda.
- b) Por reliquidaciones sin distinción de estrato (sesgo en la tasa).
- c) Por reliquidación sin límite en cuantía (sesgo en el monto).
- d) Todo lo anterior implica más impuestos vía gravámenes indirectos.

### **C. Imposición de límites a las tasas de interés de vivienda: Sentencia C-995 de 2000**

#### Efectos positivos:

1) Frente a la existencia de oligopolios y/o información restringida, ayudaría a evitar abusos de posición dominante.

2) La tasa preferencial para la vivienda de interés social (VIS) podría mejorar la distribución del ingreso, si los subsidios son “transparentes” y se aplican adecuadamente.

**Efectos negativos:**

1) Al exigir que sean las más bajas del “mercado normal”, termina por limitar la oferta de recursos para esta actividad.

2) Al instituir subsidios generalizados, se deteriora la distribución del ingreso (p.e. el recorte de tasas se concentró en los más pudientes).

3) Al argumentar que “la construcción de vivienda no debe ser un negocio” se ataca el sistema económico aceptado institucionalmente.

4) Al instituir “intervenciones sobre el sector financiero” destruye la confianza en el negocio y la paraliza, agravando el desempleo.

**D. Indexación de los salarios: Sentencias C-815 de 1999 y C-1433 de 2000.**

**Efectos positivos:**

1) Mantiene el poder adquisitivo de los asalariados y, en épocas recesivas, para ayudar a mantener el consumo de corto plazo.

2) Evita la “fuga del buen capital humano”.

**Efectos negativos:**

1) Viola el principio económico: salario = inflación +/- productividad.

2) En épocas recesivas induce los despidos al no poderse reducir el costo salarial real a nivel individual. A escala macro genera desigualdad: salarios reales estables vs. mayor número de desempleados.

3) Dificulta el proceso de “desinflación” al entorpecer las metas plurianuales.

4) Dificulta el equilibrio fiscal, al añadir la indexación salarial a la indexación pensional (Art. 48 de la CP), y genera el antecedente de “omisiones presupuestales”.