

La importancia de
la empresa
en La Constitución de 1991



La importancia de
la empresa
en la constitución de 1991



Consejo Directivo

PRESIDENTE

Eduardo Pacheco Cortés

AUTOR DEL DOCUMENTO

Manuel José Cepeda Espinosa

VICEPRESIDENTE

Pedro Miguel Navas Sanz

Juan Carlos Mora Uribe
Carlos Mauricio Vásquez Páez
Carlos Arturo Londoño
Álvaro Peláez Arango
Daniel Haime Gutt
José Alejandro Cortés Osorio
Carlos Andrés Uribe Arango
Andrés Cadena Venegas
Mauricio Cárdenas Müller
Lucio Rubio Díaz
Dolly Montoya Castaño
María Consuelo Araújo

PRESIDENTA EJECUTIVA

María Carolina Castillo

Contenido

Cap. 1

Introducción 14

Cap. 2

La economía de mercado protegida por la Constitución dentro del Estado Social de Derecho 18

El mercado, la libertad económica y el Estado Social de Derecho 19

El contenido, alcance y dimensiones de la libertad de empresa y la iniciativa privada 24

Las empresas dentro de la sociedad civil 28

La ciudadanía activa con derechos 31

Cap. 3

El rol de las empresas y la iniciativa privada en los fines del Estado Social de Derecho 34

Libertad de empresa y ejercicio de los derechos fundamentales 35

Contribución a la realización de los fines del Estado 38

Cap. 4

Garantías institucionales de la libertad de empresa 44

Arreglos institucionales garantes de la libertad de empresa 45

Garantías sustantivas 48

Límites a las limitaciones a la libertad de empresa 52

Límites constitucionales en la imposición de deberes a particulares 59

Garantías judiciales 62

Garantías específicas en caso de declaratoria de estado de emergencia 65

Cap. 5

Herramientas jurídicas contra medidas que amenazan la libertad de empresa 70

Estigmatización y otras formas de abuso del discurso oficial 71

Excesos en la potestad reglamentaria 74

Trato discriminatorio 77

Desviación del poder 79

Desconocimiento de la seguridad jurídica y la confianza legítima 81

Cap. 6

Conclusiones 84

Presentación

Ante la multiplicación del discurso que limita el valor social de la libertad de empresa y su ejercicio, desde Probogotá Región decidimos analizar el régimen constitucional de la empresa en Colombia así como su impacto positivo en contribuir a que Colombia sea más equitativa y más democrática e invitamos al jurista Manuel José Cepeda para adelantara estudio sobre la libertad de empresa en la Constitución Política de 1991.

En medio de una época en la que pareciera ganar el ritmo vertiginoso de la información apresurada, en medio de una sociedad que reclama más empleo y mejores opciones para sus proyectos de vida, es indispensable retomar el valor constitucional de la libertad de empresa como el camino que nos permite avanzar hacia un país en el cual más colombianos logren sus proyectos de vida.

La institucionalidad democrática vigente, legítima por surgir de la iniciativa ciudadana y amplísimas concertaciones, asignó a la libertad de empresa un papel esencial en la satisfacción de los derechos constitucionales y en la provisión de bienes públicos.

El nuestro, es un Estado Social de Derecho incompatible con un modelo de capitalismo salvaje e incompatible con una economía centralmente planificada y estatizada en la cual no hay espacio para la iniciativa privada o la libertad de empresa.

El doctor Cepeda resalta que cuando hablamos de empresa en Colombia, se va más allá de la actividad económica. A través de la libertad de empresa se protegen otros derechos fundamentales como el libre desarrollo de la personalidad, la libertad de expresión, de asociación, la libertad de escoger profesión u oficio, la educación, la salud y la vivienda digna.

Impulsar la iniciativa privada es fundamental, pues ella es la garantía de la realización de los proyectos de vida y fuente de crecimiento para los ciudadanos. El trabajo y la libre iniciativa económica nos dignifican, nos posibilitan tener un plan de vida y trabajar por este.

Las empresas concurren a la conformación, evolución y dinamismo de la sociedad civil, para que Estado y sector privado podamos contribuir al goce efectivo de los derechos de la población.

Esperamos que este documento sea un insumo en la reflexión sobre la necesidad de respaldar la actividad empresarial para garantizar la dignidad humana, generar más empleo y mejorar los indicadores sociales en Colombia.



Ma. Carolina Castillo
Presidenta Ejecutiva



1. Introducción

Las organizaciones ciudadanas conformadas para producir bienes o prestar servicios -empresas- han jugado un rol fundamental en el desarrollo del país e impulsado el progreso social en diversos ámbitos.

No solo han sido motor de la economía Colombiana, sino que han cumplido trascendentales funciones sociales en las regiones donde despliegan sus actividades y contribuido por décadas a la evolución de las instituciones democráticas.

En defensa de las empresas se presentan usualmente argumentos en los cuales se enfatiza el rol de la empresa en la generación de crecimiento económico, la contribución al recaudo de impuestos y la provisión de empleos. Estos, por supuesto, son tres aspectos importantes en los cuales se evidencian efectos positivos para la sociedad.

Sin embargo, el rol de las empresas en la sociedad colombiana va más allá.

Las empresas cumplen un papel fundamental en la consecución de los fines del Estado Social y Democrático de Derecho establecido por la Constitución de 1991.

La Asamblea Nacional Constituyente optó por un régimen de economía de mercado con funciones sociales, descartando los extremos de una economía centralmente planificada y del capitalismo salvaje.

Así, en el marco constitucional, las empresas y en general del mercado, tienen un rol esencial en la provisión de bienes públicos y en la satisfacción de los derechos constitucionales, ambos necesarios

para la materialización del Estado Social y Democrático de Derecho.

Este documento presenta una explicación de la importancia de las empresas dentro del marco de la Constitución de 1991. Se trata de una explicación general, sin entrar en detalles, porque cada uno de los temas abordados constituye por sí solo un campo desarrollado por múltiples ramas del derecho, numerosas leyes y decretos y una copiosa jurisprudencia.

Las empresas, según el argumento que aquí se expone, no son ajenas a los mandatos del Estado Social ni de los derechos sociales.

Todo lo contrario, la actividad empresarial y la iniciativa privada son un camino necesario para la garantía de los derechos y para el logro de los fines del Estado Social de Derecho. Sin iniciativa privada, no se lograría alcanzar varios de los mandatos y objetivos de la Constitución de 1991.

Igualmente, bajo la Constitución, ser sujeto activo no es solo ejercer derechos políticos y libertades civiles, sino también disfrutar de derechos sociales, económicos y culturales, los cuales a su turno guardan una relación estrecha con el ejercicio de la libertad de empresa y la iniciativa privada dentro del diseño constitucional adoptado en 1991.

Además, en este documento se demuestra que en la actividad empresarial están vinculados varios derechos fundamentales, como el libre desarrollo de la personalidad, la libertad de asociación, la libertad de expresión, entre otros, y que

de la actividad empresarial depende la garantía de otros derechos fundamentales, como la salud, la educación, el acceso a la vivienda digna, el acceso a la propiedad accionaria, entre otros.

Estos aspectos se examinan en las secciones dos y tres de este documento.

Luego, en la sección cuatro se detallan las garantías institucionales que impiden que la libertad de empresa sea anulada por el gobernante de turno.

Entre ellas se encuentran garantías de arquitectura institucional, garantías procedimentales y garantías sustantivas, todas las cuales impiden que por medio de una medida administrativa súbita se anule el núcleo esencial del derecho a la libertad de empresa y a la iniciativa privada.

Finalmente, en la sección cinco se examinan algunas posibles medidas que amenazarían la libertad de empresa, y las herramientas jurídicas que pueden servir para contrarrestar dichas medidas.

Así, la libertad de empresa es protegida, no solo porque aparece en una norma específica de la Constitución (artículo 333), sino porque de ella depende el logro de los fines del Estado y la garantía de innumerables derechos constitucionales.

La actividad empresarial y la iniciativa privada son un camino necesario para la garantía de los derechos y para el logro de los fines del Estado Social de Derecho. Sin iniciativa privada, no se lograría alcanzar varios de los mandatos y objetivos de la Constitución de 1991.



2.

La economía de mercado protegida por la Constitución dentro del Estado Social de Derecho

2.1. El mercado, la libertad económica y el Estado Social de Derecho

Según el artículo 1 de la Constitución, “Colombia es un Estado social de derecho [...]”. Esta denominación introduce un modelo específico de Estado, en el cual este “ya no se limita solamente a asegurar la vida, la propiedad y la libertad mediante la protección contra el fraude, el hurto, el incumplimiento contractual o los daños ocasionados por terceros, funciones típicas del Estado gendarme”, sino que “[s]us fines tienen mayor alcance e incluyen, entre otros, promover la prosperidad general; garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; y asegurar la vigencia de un orden justo (art. 2° de la C.P.)”¹

Concretamente, el Estado Social de Derecho vincula a las ramas del poder público al logro de ciertas condiciones materiales para la población del país: “[l]a cláusula del Estado social de derecho (C.P. art. 1), tiene el poder jurídico de movilizar a los órganos públicos en el sentido de concretar, en cada momento histórico, un modo de vida público y comunitario que ofrezca a las personas las condiciones materiales adecuadas para gozar de una igual libertad”².

De acuerdo con la Corte Constitucional, la fórmula del Estado Social de Derecho “es la respuesta a las inequidades derivadas en el Estado liberal clásico”³. Esta fórmula inicial en la Constitución colombiana refleja “el consenso de las diversas tendencias, fuerzas y grupos políticos representados en la Asamblea Nacional Constituyente en el sentido de orientar al Estado de derecho de

conformidad con los derechos, objetivos y principios sociales reconocidos en la Constitución”⁴.

El Estado Social de Derecho consiste entonces en una fórmula que expresa la atribución al Estado de múltiples funciones y deberes positivos que van más allá de la garantía de las libertades clásicas. Estas deben ser respetadas, pero no basta con que el Estado se abstenga de vulnerarlas puesto que en el Estado Social de Derecho el Estado debe adoptar políticas públicas y medidas para que todas las personas puedan progresivamente mejorar sus condiciones de vida y gozar de manera real y efectiva de sus derechos constitucionales. Dentro de estas funciones se encuentran, entre otras, la función de intervención en la economía prevista en el artículo 334 de la Constitución⁵.

Dicha función no es estrictamente una novedad de la Constitución de 1991. En el constitucionalismo colombiano existe una larga tradición en esta materia, que encuentra sus orígenes en la reforma constitucional de 1936, la cual estableció por primera vez la facultad del Estado de intervenir en la economía “por medio de leyes”⁶, fórmula modificada posteriormente en el Acto Legislativo 1 de 1945 que facultó al Estado para intervenir “por mandato de la ley”⁷. En la Constitución de 1991 se mantuvo este mandato de intervención estatal en la economía, pero se establecieron límites a lo que el Estado puede hacer y garantías para preservar los derechos, incluida la libertad de empresa, como se explicará posteriormente (ver Capítulo 4.3).

Ahora bien, esta formulación del rol del Estado tiene consecuencias para el sistema económico del

país y para la relación entre el Estado y el sector privado.

El Estado Social de Derecho es incompatible con una economía centralmente planificada en la cual no hay espacio para la iniciativa privada o la libertad de empresa. Tal incompatibilidad surge de dos motivos: uno fundado en el texto de la Constitución y otro en el concepto del Estado Social de Derecho.

En primer lugar, el texto de la Constitución incluye múltiples cláusulas que se refieren específicamente a la propiedad, la libertad de empresa y la iniciativa privada. El artículo 58 garantiza el derecho a la propiedad privada, asignando a esta una función social⁸, lo cual es una primera confirmación de la relación necesaria entre el interés particular y el interés general en la protección de derechos económicos individuales como la propiedad. El artículo 60 se refiere a la garantía de acceso a la propiedad accionaria en las empresas. El artículo 64 al acceso progresivo a la propiedad de la tierra de los trabajadores agrarios, para que estos puedan ejercer la iniciativa privada. El artículo 333 establece expresamente que “[l]a actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común”. El artículo 336 prohíbe

los monopolios, incluidos los estatales, con el fin de garantizar la libre competencia. El artículo 365 expresamente permite que los servicios públicos sean prestados “por particulares” bajo la “regulación, [...] control y [...] vigilancia” del Estado, con el objetivo de lograr las “finalidades sociales del Estado”⁹.

Con estas cláusulas constitucionales, sería inconcebible una interpretación de la Constitución de 1991 que no diera cabida a la libertad de empresa y la iniciativa privada.

En segundo lugar, el concepto mismo de Estado Social de Derecho excluye el modelo de una economía planificada.

El Estado Social de Derecho se fundamenta, ante todo, en igual libertad e igual dignidad. El artículo 16 de la Constitución consagra el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el cual ha sido caracterizado por la jurisprudencia constitucional como “una cláusula general de libertad”¹⁰ que protege a individuos igualmente dignos. Por ese motivo, la jurisprudencia ha afirmado también que “[l]a filosofía que informa la Carta Política del 91 es libertaria y democrática [...]”¹¹.

En la iniciativa privada se encuentra no solamente una posible fuente de generación de crecimiento para el individuo y la sociedad, sino también una oportunidad de realización de un plan de vida. En ese sentido, la libre iniciativa económica puede inscribirse dentro de una de las tres variantes del principio fundamental de la dignidad humana, la cual ha sido entendida “como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera)”¹².

Es importante subrayar que la Constitución en su artículo 333 protege de manera expresa la “libertad económica”. Ésta ha sido definida por la jurisprudencia como la “facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según

sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar su patrimonio”¹³. El Estado tiene el deber de impedir que la libertad económica sea obstruida o restringida.

El Estado Social de Derecho, como un Estado que protege la igual libertad y dignidad, se encuentra comprometido fuertemente con la protección de las libertades económicas.

La Corte Constitucional ha señalado que el modelo económico adoptado por la Constitución de 1991 es uno de “economía social de mercado”:

“El Estado Constitucional colombiano es incompatible tanto con un modelo del liberalismo económico clásico, en el que se proscriben la intervención estatal, como con modalidades de economía de planificación centralizada en las que el Estado es el único agente relevante del mercado y la producción de bienes y servicios es un monopolio público.

En contrario, 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”¹⁴ (Énfasis añadido).

La economía social de mercado, fundada en la libertad de empresa y la iniciativa privada dentro de los límites del bien común, ha sido definida recientemente como “eje axial del sistema económico” en la Constitución de 1991¹⁵.

Por su importancia dentro del sistema protegido por la Constitución, según la jurisprudencia, el ejercicio de la libertad de empresa “debe acompañarse con la función social de la empresa, el interés

social, la necesidad de contar con un mercado competitivo, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación (Art. 333)”¹⁶. Con esta misma orientación, la jurisprudencia ha indicado que “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”¹⁷.

Lo anterior es un reconocimiento de que la empresa en el Estado Social de Derecho de intereses particulares dentro de proyecto de vida de quienes promueven la creación y el funcionamiento de empresas, y, a la vez, es una organización que contribuye a promover el interés general y a la satisfacción de funciones sociales.

Lo anterior quiere decir que la libertad de empresa tiene dos tipos de relación con el Estado Social de Derecho. En primer lugar, debe ser respetada, protegida y garantizada por el Estado.

Por lo tanto, las facultades de intervención del Estado en la economía le permiten a este limitar razonablemente las libertades económicas, siempre que las limitaciones estén previstas en la ley, no sacrifiquen el núcleo esencial y además sean proporcionales y razonables.

Este punto específico respecto de las posibles limitaciones se aborda más adelante en la sección cuatro.

En segundo lugar, la libertad de empresa es un instrumento para la consecución de los fines del Estado Social de Derecho. Como se detallará en las siguientes secciones de este documento, la actividad empresarial es la expresión de múltiples derechos fundamentales, no solo de la libertad de empresa, sino también del libre desarrollo de la personalidad, la libertad de asociación, la libertad

de escoger profesión u oficio, el derecho a la propiedad y la libertad de investigación, entre otras.

Además, la actividad empresarial en diversos sectores económicos, coadyuva al logro de los fines sociales del Estado.

Así, por ejemplo, el acceso al crédito permite la realización de múltiples derechos fundamentales de las personas, los medios de comunicación privados contribuyen al derecho a la información, la actividad agropecuaria es parte esencial del derecho a la seguridad alimentaria, la actividad de construcción permite acceder al derecho a la vivienda digna, y así sucesivamente. No en vano el artículo 334 de la Constitución califica la empresa como la “base del desarrollo”¹⁸.

Las empresas no son exclusivamente un instrumento de lucro particular, sino que el ejercicio de las actividades empresariales contribuye en sus resultados al interés general y a los fines del Estado Social de Derecho.

Por lo anterior, en el Estado Social de Derecho concebido en la Constitución de 1991, la libertad de empresa no solo se debe proteger, sino que la actividad empresarial se debe incentivar en diversos sectores, para que el Estado y el sector privado puedan simultáneamente y de manera coordinada contribuir al goce efectivo de los derechos fundamentales de la población.

Es por estos motivos que el artículo 333 de la Constitución establece un deber positivo del Estado de estimular el desarrollo empresarial¹⁹.

En la iniciativa privada se encuentra una posible fuente de generación de crecimiento para el individuo y la sociedad y una oportunidad de realización de un plan de vida. La libre iniciativa económica puede inscribirse dentro de una de las tres variantes del principio fundamental de la dignidad humana, la cual ha sido entendida “como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características”.

2.2. El contenido, alcance y dimensiones de la libertad de empresa y la iniciativa privada

La libertad de empresa, la libertad económica y la libre competencia económica se encuentran garantizadas en el artículo 333 de la Constitución, en los siguientes términos:

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

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

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

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

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

Esta norma incluye varios elementos:

- La protección de la libertad económica desde una perspectiva amplia que comprende

situaciones que rebasan la fundación u organización de empresas. Es cualquier “actividad económica” e “iniciativa privada” las que “son libres”.

- Un marco igualmente general dentro del cual la libertad es protegida, dentro de los límites del bien común.

- Un reconocimiento de la empresa como base del desarrollo.

- Una garantía contra obstrucciones administrativas caprichosas o discriminatorias mediante la consagración específica de una manifestación del principio de legalidad. En efecto, para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

- Un reconocimiento de las funciones de la empresa en la sociedad. Se advierte que tiene una función social que implica obligaciones, algunas de las cuales se encuentran más adelante, en el artículo 334, donde se ordena al Estado intervenir en la economía, entre otros motivos, para “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”.

- Un deber estatal de estimular el desarrollo empresarial.

- Un deber estatal de impedir que se obstruya o se restrinja la libertad económica.

- La enunciación de finalidades que justifican que el legislador eventualmente autorice limitaciones a la libertad económica y delimite su alcance, tales como el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

La jurisprudencia ha definido la libertad de empresa como “aquella libertad que se reconoce a los ciudadanos para afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente de capital) para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia”²⁰.

El núcleo esencial de la libertad de empresa ha sido definido de la siguiente manera:

“La definición de cuál es el “núcleo esencial” de las libertades económicas no es una tarea sencilla; en materia de libertad de empresa, entre otros contenidos, se pueden mencionar los siguientes: (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.”²¹

De acuerdo con las anteriores definiciones, la libertad de empresa cubre tanto las fases de formación de la empresa, como la administración de la misma y la obtención de utilidades.

La libertad de empresa tiene, entonces, varias dimensiones que se expresan en distintos momentos y por medio de distintas actividades. Por ejemplo, el ejercicio de la libertad de empresa incluye la decisión de asociarse o de constituir individualmente una empresa a través de las formas societarias dispuestas por la ley. También incluye la posibilidad de aportar recursos a la empresa y de organizarla, sin que el Estado interfiera en los asuntos internos de la empresa.

Esto, a su vez, implica una libertad contractual, en la medida en que la empresa tiene la prerrogativa de contratar o no con distintos clientes y proveedores, y una libertad de decisión en materia de los mercados a los que ha de concurrir o retirarse la empresa.

Al mismo tiempo, al existir como parte del núcleo esencial un derecho a recibir un beneficio económico razonable, la empresa tiene la libertad, dentro de los límites de la ley, de distribuir utilidades o no.

De igual forma, los accionistas o socios de una determinada empresa—cualquiera sea la forma societaria que tenga—tienen la libertad para decidir la permanencia jurídica de la empresa, de manera que pueden en cualquier momento, en una decisión autónoma, disolverla y liquidarla.

Ninguno de estos ámbitos específicos de libertad puede ser invadido o cooptado por el Estado, salvo causales específicas de la ley como las causales de disolución²², algunas intervenciones puntuales en mercados específicos como la toma de posesión de empresas de servicios públicos²³ o decisiones en ámbitos sancionatorios, como la cancelación de la personería jurídica prevista en el Código de Procedimiento Penal²⁴.

La libertad de empresa tiene una dimensión positiva y una dimensión negativa, como sucede con todos los derechos constitucionales.

La dimensión negativa impide que el Estado destruya o restrinja la libertad económica. Las limitaciones deben ser razonables y proporcionales. La dimensión positiva exige que el Estado actúe para estimular el desarrollo empresarial, para crear condiciones apropiadas para el funcionamiento de los mercados y para evitar abusos de posición dominante que sean contrarios a la libre competencia económica.

Ahora bien, la libertad de empresa puede ser limitada, pero existen límites a las posibles limitaciones, los cuales son analizados en la sección 4.3.



La libertad de empresa tiene una dimensión positiva y una negativa. La negativa impide que el Estado destruya o restrinja la libertad económica. La positiva exige que el Estado actúe para estimular el desarrollo empresarial, crear condiciones para el funcionamiento de los mercados y evitar abusos de posición dominante contrarios a la libre competencia económica.

2.3. Las empresas dentro de la sociedad civil

La Constitución de 1991 apunta a un modelo de Estado con una sociedad civil participativa y vigorosa. El artículo 1 señala que Colombia, además de ser un Estado Social de Derecho, es una república “[...] democrática, participativa [...]”. En esta visión, la participación democrática no ocurre exclusivamente en las instancias representativas, sino que “cada ciudadano es parte activa en las determinaciones de carácter público y que tiene algo que decir en relación con ellas”²⁵. Según la Corte Constitucional, “[e]l concepto de democracia participativa lleva ínsita la aplicación de los principios democráticos que informan la práctica política a esferas diferentes de la electoral. Comporta una revaloración y un dimensionamiento vigoroso del concepto de ciudadano y un replanteamiento de su papel en la vida nacional”²⁶.

Un elemento fundamental de este modelo de democracia es el fortalecimiento de la sociedad civil:

“la sociedad civil es uno de los actores principales en el proceso de participación democrática, principalmente a través de los organizaciones y entidades cívicas autónomas que representan, aglutinan y articulan la voluntad de la comunidad en torno a objetivos comunes, circunstancia que, vale decirlo, hace de estas instituciones interlocutores calificados en las instancias de participación, concertación, control y vigilancia de la gestión pública que desarrolla el Estado.”²⁷

La sociedad civil, en su sentido más amplio, se define como “la persona humana que, integrada a sus congéneres, construye precisamente la sociedad civil”²⁸.

Dentro de esta integración colectiva de personas, en distintos tipos de organizaciones, se encuentran

las empresas. En la sentencia C-608 de 2017, la Corte Constitucional se refirió a la participación de diversas organizaciones de la sociedad civil de la siguiente manera:

“se aumenta, de manera considerable, la participación de las organizaciones de la sociedad civil: desde empresariales y de producción hasta grupos de defensa y protección de derechos humanos, minorías étnicas y raciales, víctimas, población LGBTI y ambientalistas, entre muchas otras”²⁹

Las empresas en Colombia no solamente cumplen una función económica sino que concurren a la conformación, evolución y dinamismo de la sociedad civil. Durante décadas se han organizado para trabajar colectivamente por el interés general y han participado en grandes debates nacionales, regionales o locales. Lo hacen como expresión de la diversidad social y en ejercicio del derecho de participación en la toma de decisiones que las afectan e interesan, sin que se requiera de una ley previa que las habilite para ello puesto que tienen el derecho de hacerlo en una democracia participativa.

En algunos escenarios regulados por la ley, las empresas se encuentran representadas formalmente. Así ocurre en la Comisión Permanente de Concertación de Políticas Salariales y Laborales, creada por la Ley 278 de 1996, la cual incluye representantes “designados por las asociaciones nacionales gremiales más representativas de empleadores de los distintos sectores económicos del país, en forma ponderada y de conformidad con la participación de cada sector en el producto interno bruto y en la generación de empleo”³⁰.

También se encuentra el rol del sector empresarial en la conformación del Consejo Nacional de Planeación, cuyas funciones incluyen analizar, discutir y conceptuar sobre el Plan Nacional de Desarrollo. Dicho Consejo incluye, dentro de su integración, a cuatro miembros “en representación de los

sectores económicos, escogidos de ternas que elaborarán y presentarán las organizaciones jurídicamente reconocidas que agremien y asocien a los industriales, los productores agrarios, el comercio, las entidades financieras y aseguradoras, microempresarios y las empresas y entidades de prestación de servicios”³¹.

De igual manera, en el Consejo Nacional de Paz, creado por la Ley 434 de 1998, y modificado a Consejo Nacional de Paz, Reconciliación y Convivencia por el Decreto 885 de 2017, en el cual se implementó parte del Acuerdo de Paz con las FARC, los empresarios participan como parte de la sociedad civil. Desde su creación, este Consejo incluye a representantes de la de la Rama Ejecutiva, la Rama Legislativa, los órganos de control y la sociedad civil.

En este último sector se incluye, entre muchos otros elementos de la sociedad civil, a los empresarios: “[...] Dos en representación de los sectores económicos escogidos por las asociaciones nacionales que agremien a los empresarios de los sectores industrial y agropecuario. [...]”

Por fuera de los espacios formales y creados por las normas jurídicas, las empresas son y han sido una parte fundamental de la sociedad civil, particularmente a través de las organizaciones gremiales.

Por el papel importante que han cumplido en la vida democrática, el artículo 39 de la Constitución expresamente reconoce y regula a las organizaciones gremiales. No solo protege su existencia sino que garantiza su autonomía para constituirse y funcionar sin intervención del Estado. Por su trascendencia, la Constitución exige que la estructura interna y el funcionamiento de las organizaciones gremiales respondan a principios democráticos³².

Las empresas en Colombia no solamente cumplen una función económica sino que concurren a la conformación, evolución y dinamismo de la sociedad civil. Durante décadas se han organizado para trabajar colectivamente por el interés general y han participado en grandes debates nacionales, regionales o locales.

2.4. La ciudadanía activa con derechos

La carta de derechos prevista en la Constitución de 1991 tiene libertades básicas típicas del Estado liberal, y derechos sociales, económicos y culturales propios del Estado Social de Derecho. Ambas clases de derechos coexisten en la Constitución y dependen unos de los otros. De acuerdo con la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993, “[t]odos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí”³³.

De correr riesgos y obtener una remuneración conforme a esos riesgos, y de producir beneficios para la sociedad con una expectativa de una ganancia legítima. Así como la libertad política le permite participar en los espacios democráticos, la libertad económica le permite participar en los espacios económicos.

De esta manera, las libertades económicas hacen parte de los derechos sociales, económicos y culturales que, junto con los derechos clásicos de libertad forman un panorama completo de una carta de derechos que está funcionalmente dirigida a asegurar la dignidad humana.

En la Constitución colombiana, entonces, la actividad empresarial no tiene una mera importancia instrumental dirigida a generar crecimiento económico. Tiene, en cambio, un valor intrínseco.

La libertad de emprender está íntimamente ligada con los espacios de libertad y de participación que hacen parte esencial del concepto de un ser humano digno y de un ciudadano activo en un Estado Social y Democrático de Derecho.

Por ese motivo, la Corte Constitucional ha señalado que “sin la satisfacción de unas condiciones mínimas de existencia, o en términos del artículo

primero de la Constitución, sin el respeto “de la dignidad humana” en cuanto a sus condiciones materiales de existencia, toda pretensión de efectividad de los derechos clásicos de libertad e igualdad formal consagrados en el capítulo primero del título segundo de la Carta, se reducirá a un mero e inoportunismo formalismo [...]”³⁴.

En el Estado Social de Derecho, entonces, no solo se protegen las libertades clásicas, sino un amplio abanico de derechos sociales, económicos y culturales dentro de los cuales se encuentra la libertad de empresa y de iniciativa privada.

Estos derechos, además de estar protegidos por la Constitución, hacen parte de una concepción moderna del ciudadano.

De una concepción de ciudadanía activa, en la cual el derecho de participación no se agota en la participación en elecciones o en otros escenarios

formales de la política, sino que la participación se extiende a los distintos ámbitos de la sociedad. Por ese motivo, en la Constitución, el derecho a la participación se presenta como un derecho a la “participación de todos [...] en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación”³⁵.

La participación en la vida económica incluye la posibilidad de hacer parte del mercado en un papel más allá del de un mero consumidor. Incluye la libertad de todas las personas de crear un proyecto propio y presentarlo al mercado. De correr riesgos y obtener una remuneración conforme a esos riesgos, y de producir beneficios para la sociedad con una expectativa de ganancia legítima. Así como la libertad política le permite participar en los espacios democráticos, la libertad económica le permite participar en los espacios económicos.

De esta manera, las libertades económicas hacen parte de los derechos sociales, económicos y culturales que, junto con los derechos clásicos de libertad forman un panorama completo de una carta de derechos que está funcionalmente dirigida a asegurar la dignidad humana.

En la Constitución colombiana, entonces, la actividad empresarial no tiene una mera importancia instrumental dirigida a generar crecimiento económico. Tiene, en cambio, un valor intrínseco. La libertad de emprender está íntimamente ligada con los espacios de libertad y de participación que hacen parte esencial del concepto de un ser humano digno y de un ciudadano activo en un Estado Social y Democrático de Derecho.

En la Constitución colombiana la actividad empresarial tienen un valor intrínseco. La libertad de emprender está íntimamente ligada con los espacios de libertad y de participación que hacen parte esencial del concepto de un ser humano digno y de un ciudadano activo en un Estado Social y Democrático de Derecho.



En esta sección se destacan dos tipos de vínculos entre la empresa y los derechos fundamentales. En primer lugar, el vínculo entre la libertad de empresa y el ejercicio de los derechos fundamentales. En esa primera subsección se muestra que en la acción de conformar una empresa y de administrarla, se puede encontrar involucrado el ejercicio de múltiples derechos fundamentales. Luego, en la segunda subsección se mencionan algunos fines del Estado Social de Derecho a cuya realización coadyuva la actividad empresarial.

3.1. Libertad de empresa y ejercicio de los derechos fundamentales

Como se dijo anteriormente, para que las personas puedan disfrutar de las libertades básicas, deben tener unas mínimas condiciones materiales para poder vivir dignamente. Estas condiciones materiales están asociadas a la satisfacción de varios derechos sociales y se derivan no solo de políticas públicas, sino fundamentalmente del funcionamiento de la economía, dentro de la cual la empresa juega un papel esencial como “base del desarrollo”.

Esta relación también es cierta en el sentido contrario. Sin libertad, en particular libertad política y económica, no es posible garantizar los derechos sociales y las condiciones materiales de existencia por las cuales propugna el Estado Social de Derecho. El bienestar material, como uno de los tres elementos de la concepción constitucional de la dignidad humana³⁶, solo puede entenderse en conjunto con el elemento de autonomía, de acuerdo con el cual la dignidad humana incluye la autonomía de las personas para construir un plan de vida propio.

Dicha autonomía, por supuesto, incluye la libertad de las personas para emprender o no. Según la jurisprudencia constitucional, el libre desarrollo de la personalidad, garantizado en el artículo 16 de la Constitución, “[h]a sido definido constitucionalmente como la posibilidad que tiene cada persona de escoger su propia opción de vida, limitada únicamente por los derechos de los demás y por el ordenamiento jurídico.”³⁷ En esta materia la jurisprudencia se ha ocupado, principalmente de opciones de vida correspondientes a la apariencia de las personas, sus preferencias religiosas, su vida en pareja y su identidad sexual.

Sin embargo, la protección amplia de un derecho a escoger la propia opción de vida incluye, por supuesto, el derecho de una persona de escoger organizar una empresa. Es decir, de arriesgar tiempo y capital en la creación de un producto o servicio para el mercado.

Esta amplia protección también incluye, por expresa disposición constitucional, la libertad de asociación. El artículo 38 de la Constitución señala que:

“Artículo 38. Se garantiza el derecho de libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad.”

Una de estas actividades es, claramente, la actividad empresarial. Así, la conformación colectiva de una empresa, según la forma societaria específica que haya definido la ley, involucra el ejercicio de este derecho fundamental.

Así, por ejemplo, la legislación que exige que una determinada actividad económica se desarrolle exclusivamente bajo una determinada forma societaria “significa fundamentalmente un recorte significativo” de la libertad de asociación, la cual “comprende [...] la posibilidad de elegir cualquiera de las formas asociativas que contempla la propia Constitución, pero también aquellas que son de rango legal, entre ellas las distintas clases de corporaciones o asociaciones y, dentro de ellas, de sociedades”³⁸.

Cuando las empresas, además de ofrecer bienes o servicios, innovan en la creación de nuevas posibilidades para el mercado, por medio de la investigación y el desarrollo, se encuentra involucrado el ejercicio de la libertad de investigación, prevista en el artículo 27 de la Constitución. Esta libertad deriva en creaciones intelectuales fruto de la actividad empresarial. Específicamente en la propiedad intelectual que se encuentra protegida por el artículo 61 de la Constitución:

“La propiedad intelectual comporta aquella disciplina normativa a través de la cual se busca proteger y asegurar las creaciones intelectuales surgidas del esfuerzo, el trabajo o

la destreza del hombre, que en todos los casos son dignas de obtener el correspondiente reconocimiento y salvaguarda jurídica. El concepto de propiedad intelectual, abarca en un primer aspecto la propiedad industrial que se refiere esencialmente a la protección de las invenciones, las marcas comerciales y de fábrica, los diseños industriales, el nombre comercial, los modelos de utilidad, la enseña y el control y represión de la competencia desleal; y en un segundo aspecto, el derecho de autor, que comprende las obras literarias, científicas y artísticas, otorgando también la debida protección a los artistas, intérpretes y ejecutantes, a quienes son productores de fonogramas y a los propios organismos de radiodifusión respecto de su emisión.”³⁹

Por último, en la creación de las empresas y en su funcionamiento se encuentra involucrado el ejercicio del derecho a la propiedad, que se encuentra garantizado por el artículo 58 de la Constitución. Este derecho ha sido calificado por la jurisprudencia como un “derecho universal”, que incluye un impedimento constitucional a la introducción de “restricciones irrazonables o desproporcionadas, que impliquen el desconocimiento del interés legítimo que le asiste al propietario de contar con las condiciones mínimas de goce y disposición, así como de obtener una utilidad económica sobre sus bienes”⁴⁰.

Para que las personas puedan disfrutar de las libertades básicas, deben tener unas mínimas condiciones materiales para poder vivir dignamente, asociadas a la satisfacción de varios derechos sociales y se derivan no solo de políticas públicas, sino del funcionamiento de la economía, dentro de la cual la empresa juega un papel esencial como “base del desarrollo.

3.2. Contribución a la realización de los fines del Estado

De acuerdo con lo anterior, la Constitución no es neutra frente a la actividad empresarial, sino que por el contrario la protege, por estar involucrados en esta actividad múltiples derechos fundamentales. Adicional a ello, y como ya se mencionó, existe en la Constitución un deber estatal de estimular el desarrollo empresarial⁴¹.

El fomento del desarrollo empresarial no es valioso solamente por la contribución que puede dar este desarrollo, en abstracto, a la generación de empleo y al crecimiento económico. También es valioso porque, dependiendo del sector económico de que se trate, la empresa puede coadyuvar en el logro de los fines del Estado Social de Derecho.

A continuación, se mencionan algunos de estos. **Un primer ejemplo son los servicios públicos.**

El Capítulo 5 del Título XII de la Constitución regula la finalidad social del Estado y los servicios públicos. El artículo 365 indica el deber del Estado de asegurar la “prestación eficiente” de los servicios públicos “a todos los habitantes del territorio nacional”. El mismo artículo permite que los servicios públicos sean prestados “por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares”.

Este permite, igualmente, que el Estado se reserve determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, pero en tal caso debe “indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita”.

De acuerdo con esta norma, el Congreso expidió la Ley 142 de 1994 que contiene el régimen de los servicios públicos domiciliarios. Este permite a los particulares prestar los servicios públicos, al igual que al Estado y a empresas conformadas conjuntamente entre particulares y el Estado.

La ley contiene además toda la arquitectura institucional relativa a la regulación de los servicios públicos, función que hace parte de las facultades estatales de intervención en la economía⁴². La Ley 142 de 1994 contiene un régimen tarifario en el cual confluyen el interés general de la prestación de los servicios públicos y su expansión con el interés particular de las empresas de servicios públicos.

El artículo 87 de esta ley incorpora distintos criterios tarifarios, que han sido declarados constitucionales por la Corte⁴³, en los cuales se ven reflejados ambos tipos de interés, como los de eficiencia económica, suficiencia financiera, solidaridad y redistribución entre otros. Lo fundamental es que, en este régimen normativo, la actividad empresarial—pública, privada y mixta—es el instrumento principal para el logro del fin del Estado previsto en el artículo 365 de la Constitución.

Este esquema también ha operado en sector de la energía con la Ley 143 de 1994, la cual expresamente permite a “diferentes agentes económicos, públicos, privados o mixtos” participar en los distintos mercados de energía eléctrica, y señala que estos “gozarán de libertad para desarrollar sus funciones en un contexto de libre competencia, de conformidad con los artículos 333, 334 y el inciso penúltimo del artículo 336 de la Constitución Nacional, y el artículo 3° de esta Ley.”⁴⁴

Desde mediados de los años noventa, la ampliación de la cobertura en los distintos servicios públicos ha sido muy significativa.

Entre 1993 y 2017, la cobertura de energía pasó de 93,8% a 99,5%, la de acueducto de 79,8% a 90,3% y la de alcantarillado de 67,5% a 78,6%⁴⁵.

Las actividades de intermediación de recursos son un segundo ejemplo. El artículo 335 de la Constitución califica las actividades “financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación” como actividades “de interés público”. Estas actividades empresariales son, según la Corte Constitucional, “actividades básicas para el desarrollo económico, al ser el principal mecanismo de administración del ahorro público y, sobre todo, de financiación de la inversión pública y privada”⁴⁶.

En efecto, el sistema financiero es un instrumento indispensable para el logro de múltiples fines del Estado y la realización de distintos derechos constitucionales. Permite, por ejemplo, el acceso a créditos educativos y créditos de vivienda, con lo cual se contribuye al logro del derecho a la educación⁴⁷ y el derecho a la vivienda digna⁴⁸. Respecto del derecho a la educación, la Corte ha afirmado que “el inciso final del artículo 69 de la Constitución le impone la obligación al Estado de facilitar mecanismos financieros que hagan posible el acceso de todas las personas aptas a la educación superior”,

razón por la cual ha reconocido “la importancia del ICETEX dentro del ordenamiento jurídico colombiano, al ser la entidad encargada de proveer los mecanismos financieros que ayudan a materializar el acceso de todas las personas aptas a la educación superior”⁴⁹.

Aunque ICETEX es una entidad pública, esta se apalanca con los recursos del sistema financiero, impulsado principalmente por el sector privado.

Sobre la vivienda digna, la Corte Constitucional ha señalado que el acceso al crédito es un instrumento para el logro de ese derecho, y que este depende, a su vez, de la estabilidad del sistema financiero: “la promoción de sistemas de financiación a largo plazo para que todos los colombianos pueden adquirir vivienda digna, en los términos del artículo 51 constitucional no comporta que todas las solicitudes de crédito en tal sentido tengan que ser concedidas, prescindiendo de la informática en la valoración de la solvencia patrimonial y hábitos de los usuarios del crédito, porque la estabilidad de dichos sistemas, también está previsto en los artículos 333, 334 y 335 del mismo ordenamiento como un asunto de interés general, de modo que los riesgos derivados de tales solicitudes demandan el enjuiciamiento estricto de los niveles de solvencia, respaldo y respuesta del interesado”⁵⁰.

Un tercer ejemplo se encuentra en el derecho constitucional que tiene toda persona de “fundar medios masivos de comunicación”, previsto en el artículo 20 de la Constitución.

Esta libertad de fundar medios de comunicación no solo tiene una importancia intrínseca, por ser una parte de la libertad de información, sino que tiene una importancia instrumental para el pluralismo informativo.

El derecho de las personas a “recibir información veraz e imparcial”, también contemplado en el mismo artículo 20, se nutre con la existencia de

múltiples puntos de vista, los cuales pueden surgir en parte debido a la existencia de medios de comunicación de distintas tendencias, fundados, financiados y administrados por emprendedores particulares, y no por el Estado. En este campo, la iniciativa privada es fundamental para impedir que la totalidad del discurso público sea controlada por una sola opinión dominante. La libertad de empresa e iniciativa privada para fundar medios de comunicación es uno de los pilares de una democracia pluralista.

Un cuarto ejemplo tiene que ver con la concurrencia de los particulares en la garantía del derecho fundamental a la salud, establecido en el artículo 49 de la Constitución⁵¹. El artículo 48 de la Constitución permite expresamente que la seguridad social sea “prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley”. A su vez, la Ley 100 de 1993 permite la existencia de entidades promotoras de salud (EPS) “de naturaleza pública, privada o mixta”⁵², con sujeción a ciertos requisitos y autorización del Estado por medio de la Superintendencia Nacional de Salud.

La existencia de las EPS permite articular la oferta de servicios de salud y la pluralidad entre ellas permite que compitan por las afiliaciones. Entre 1993 y 2019, la cobertura en salud creció de 29,2% a 95,2%⁵³.

Un quinto ejemplo es la seguridad alimentaria. La Corte Constitucional ha establecido que la Constitución garantiza la seguridad alimentaria “como derecho al reconocimiento y a la protección especial de los derechos de las comunidades agrícolas a trabajar y subsistir de los recursos que les ofrece el ambiente donde se encuentran, y sobre el que garantizan su derecho a la alimentación”⁵⁴. La seguridad alimentaria es necesaria no solo para la subsistencia digna de las personas sino para proteger un pilar de la autonomía al evitar que la población pase a depender de la entrega de comida racionada por parte del Estado. Esta protege, entre

otras cosas, “la libre potestad de los Estados y los pueblos de determinar sus procesos de producción de alimentos; también implica que esos procesos de producción garanticen el respeto y la preservación de las comunidades de producción artesanales y de pequeña escala, acorde con sus propias culturas y la diversidad de los modos campesinos y pesqueros”⁵⁵.

Estas garantías constitucionales implican una protección de la iniciativa privada y la actividad económica particular en materia de producción agropecuaria, la cual a su vez contribuye a la producción de alimentos que según el artículo 65 de la Constitución goza de “especial protección del Estado”.

En este aspecto, es importante resaltar que ni la Constitución ni la Corte Constitucional han considerado que esta especial protección conlleve la estatización de la producción de alimentos. Todo lo contrario, lo que la Corte Constitucional ha protegido es la actividad autónoma y propia de los productores de alimentos para autoabastecerse y para concurrir al mercado a colocar la producción de alimentos.

Un sexto ejemplo es el acceso a servicios digitales. Estos eran incipientes cuando se redactó la Constitución de 1991. Mediante Ley 2108 de 2021 se declaró el acceso a Internet como servicio público esencial. No obstante esta declaración legislativa, el Congreso no restringió la iniciativa privada ni la prestación del Internet fijo o móvil por prestadores privados, sino que estableció algunas prohibiciones específicas (ej. prohibición de suspender mantenimiento de redes) y ordenó a la comisión de regulación respectiva adoptar medidas regulatorias dirigidas a ampliar el acceso a Internet, así como al Gobierno realizar nuevas inversiones con el mismo fin. Igualmente, la Corte Constitucional ha protegido la conexión a Internet en casos específicos⁵⁶. Sin embargo, en los nuevos desarrollos legislativos y jurisprudenciales que tienden a enfatizar la

importancia de los servicios digitales y su carácter de servicio público, se mantiene el énfasis también en la libre iniciativa privada. En efecto, sin iniciativa privada no habría servicios de Internet.

Por ese motivo, la Ley 2108 de 2021, con el fin de ampliar el acceso a Internet, no asigna al Estado la creación o ampliación de redes, sino que fija herramientas regulatorias que incentiven la provisión de Internet en todo el territorio nacional, por parte de los distintos proveedores.

Un séptimo ejemplo es la educación. Si bien la Constitución exige al Estado ofrecer servicios de educación, también protege la libertad de fundar establecimientos educativos privados.

El artículo 68 de la Constitución expresamente señala que “[l]os particulares podrán fundar establecimientos educativos”. En este marco, la Corte ha considerado que “[a]l permitirse la prestación del servicio público de la educación por una entidad particular, ésta ocupa el lugar del Estado para algo muy importante cual es la prestación de un servicio público; pero eso no excluye que la entidad aspire obtener una legítima ganancia”⁵⁷. Así mismo, esta posibilidad de los particulares de fundar establecimientos educativos se ha ligado al derecho de los padres de escoger el tipo de educación para su hijos, ya que “esta escogencia se puede orientar hacia la educación privada”⁵⁸. De igual forma, esta libertad para fundar establecimientos educativos está ligada a la diversidad de ofertas educativas y de investigación académica en una sociedad plural.

Un octavo ejemplo es el acceso a la cultura, previsto en el artículo 70 de la Constitución, según el cual “[e]l Estado tiene el deber de promover y fomentar el acceso a la cultura de todos los colombianos en igualdad de oportunidades”. La creación cultural necesariamente proviene de la iniciativa privada. Desde las creaciones individuales hasta las creaciones que provienen de las industrias

culturales, que han sido incentivadas desde el actual Plan Nacional de Desarrollo⁵⁹.

Un noveno ejemplo es el derecho al trabajo y a ejercer oficios y profesiones, derechos garantizados por los artículos 53 y 26 de la Constitución, respectivamente. El derecho al trabajo, en la faceta que es protegida por vía judicial, consiste simplemente en una protección contra ciertas actuaciones arbitrarias o injustas de los empleadores⁶⁰. Pero la verdadera garantía del derecho al trabajo se encuentra en la generación de puestos de trabajo, lo cual solo es posible si hay suficientes empresas que lleven a la disminución de los índices de desempleo, y ofrezcan condiciones de trabajo adecuadas.

Un ejemplo final abarca múltiples sectores en los cuales la provisión de bienes y servicios es indispensable para el ejercicio del derecho a la autonomía personal. Este derecho comprende la toma de decisiones sobre identidad personal, apariencia individual, proyectos de vida y relaciones con otros miembros de la comunidad.

Todas estas decisiones de millones de colombianos pasan por adquirir bienes y servicios que están disponibles en el mercado gracias a la actividad de empresas. Desde las decisiones cotidianas sobre vestuario y alimentación hasta las decisiones fundamentales sobre trabajo y ejercicio de oficios y profesiones, todas implican escoger entre alternativas ofrecidas por empresas o aprovechar oportunidades derivadas de actividades promovidas por empresas.

En estos ejemplos la relación entre libertad de empresa y algún derecho fundamental es directa y específica.

La iniciativa privada en distintos ámbitos de la vida nacional contribuye al goce efectivo de derechos constitucionales y a la realización de los fines del Estado democrático y social de derecho en beneficio de millones de colombianos.

En suma, la iniciativa privada tiene una importancia constitucional que no se agota en su aporte esencial al desarrollo económico, su contribución al recaudo de impuestos y la generación de empleo.

Las empresas—grandes, medianas y pequeñas—generan bienes públicos, prestan servicios públicos, coadyuvan a la realización de los fines del Estado Social de Derecho y contribuyen a asegurar el goce efectivo de derechos fundamentales. Como parte de la sociedad civil, juegan un rol fundamental en la construcción de comunidad en el marco de una economía social de mercado y le imprimen vitalidad a la democracia pluralista.

El fomento del desarrollo empresarial es valioso por su contribución al desarrollo, en abstracto, a la generación de empleo y al crecimiento económico. Y refuerza su valía, dependiendo del sector económico de que se trate, la empresa puede coadyuvar en el logro de los fines del Estado Social de Derecho.



4.

Garantías institucionales para la libertad de empresa

La libertad de empresa no puede ser destruida o violentada por el mero capricho del gobernante de turno. Para evitarlo, existen varias garantías, que en esta sección se resumen en tres tipos. En primer lugar, existen arreglos institucionales, como la autonomía técnica de las superintendencias y comisiones de regulación y su sujeción al principio de legalidad, que impiden que los instrumentos de intervención sean ejercidos con propósitos ilegítimos. En segundo lugar, la Constitución incluye garantías sustantivas. En particular, la indemnización para los casos de expropiación, los eventos en que se establece un monopolio estatal y los casos en que el Estado decide reservarse una actividad estratégica. Por último, la Constitución contiene límites a las posibles intervenciones del Estado que supongan una restricción a la libertad de empresa.

4.1. Arreglos institucionales garantes de la libertad de empresa

La Constitución faculta al Estado para intervenir en la economía. Dicha intervención, sin embargo, debe tener lugar “por mandato de la ley”⁶¹. Por ese motivo, los distintos instrumentos de intervención están inicialmente previstos en las leyes, es decir, no pueden ser adoptados por el Ejecutivo sin una ley que previamente haya ordenado, permitido o enmarcado la intervención estatal en la economía. Las principales instituciones que por medio de sus funciones plantean limitaciones o cargas para las empresas están sujetas a leyes que regulan su funcionamiento. Este es el caso de las distintas superintendencias y de las comisiones de regulación.

A través de las superintendencias, por medio de un acto de delegación, el Presidente de la República ejercer la inspección y vigilancia sobre los servicios públicos, sobre las personas que realizan actividades de intermediación, las entidades cooperativas

y las sociedades mercantiles⁶². Dicha inspección y vigilancia se ejerce, según el artículo 189 de la Constitución, “conforme a la ley”.

Por otra parte, a través de las comisiones de regulación, creadas inicialmente en la Ley 142 de 1994, se concreta la regulación como un instrumento de intervención del Estado en la economía. La función de regulación tiene las siguientes características señaladas por la Corte Constitucional:

“La función estatal de regulación está segmentada por sectores de actividad económica o social. El ejercicio de la función de regulación obedece a criterios técnicos relativos a las características del sector y a su dinámica propia. 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 socio-económica respectivo.

La función de regulación usualmente exige de 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.”⁶³

Ahora bien, para asegurar que el ejercicio de funciones de inspección y vigilancia, por un lado, y las de regulación por otro, correspondan a criterios técnicos, las leyes y los reglamentos contemplan garantías de autonomía técnica. Así, por ejemplo, el Decreto 1817 de 2015 estableció unas calidades mínimas y un procedimiento de invitación pública para el nombramiento de los superintendentes de Industria y Comercio, Financiero y de Sociedades⁶⁴. Por otra parte, las comisiones de regulación están conformadas principalmente por expertos comisionados designados para periodos de tres años, y con restricciones que impiden la renovación total de cada comisión durante un solo periodo presidencial⁶⁵.

Por otra parte, los regímenes legales que estos organismos estatales aplican respecto de las empresas incluyen causales específicas para cada tipo de intervención y procedimientos administrativos con la garantía de contradicción.

Ninguna aplicación de los instrumentos de intervención puede provenir de una decisión política adoptada por un presidente, sino que esta siempre debe estar mediada por un filtro técnico, adoptada por funcionarios competentes y sujeta a las causales de la ley.

La Constitución faculta al Estado para intervenir en la economía. Dicha intervención, sin embargo, debe tener lugar por mandato de la ley.

4.2. Garantías sustantivas

En Colombia la propiedad no es absoluta, sino que esta tiene una función social, razón por la cual puede ser válidamente limitada. Sin embargo, la limitación más extrema de la propiedad, que es la expropiación, siempre requiere indemnización. El inciso cuarto del artículo 58 de la Constitución señala que;

“Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa-administrativa, incluso respecto del precio.”

La Constitución contemplaba originalmente un inciso adicional, según el cual “por razones de equidad”, el Congreso podría determinar por mayoría absoluta los casos en que no habría lugar a indemnización. Esta posibilidad provenía de la Reforma Constitucional de 1936 adoptada durante el gobierno del Presidente Alfonso López Pumarejo. Este inciso fue derogado por el Acto Legislativo 1 de 1999. Desde entonces, no puede haber ningún caso en que la expropiación no tenga indemnización.

La expropiación requiere la concurrencia de los tres poderes públicos. El legislador define los motivos y los casos en los cuales se puede expropiar.

El ejecutivo promueve su aplicación según las necesidades y políticas públicas.

Un juez ordena la expropiación con la correspondiente indemnización. La expropiación por vía administrativa convierte en posterior la intervención

judicial, pero no la elimina ni restringe su alcance puesto que el monto de la indemnización puede ser controvertido ante la justicia.

Aunque la Constitución no dice expresamente que la indemnización debe ser “justa”, la jurisprudencia ha dicho que “[e]n ciertas ocasiones dicha indemnización puede cumplir una función meramente compensatoria, en otras, una función reparatoria que comprenda tanto el daño emergente como el lucro cesante, y ocasionalmente una función restitutiva, cuando ello sea necesario para garantizarle efectividad de derechos especialmente protegidos en la Carta, como se verá a continuación”⁶⁶.

Otra garantía sustantiva está en el artículo 336, que prohíbe como regla general el establecimiento de monopolios, salvo “como arbitrio rentístico, con una finalidad de interés público o social y en virtud de la ley”. En este punto, vuelve a ser esencial la intervención del Congreso en el establecimiento del monopolio, ya que este no puede establecerse con la sola voluntad de la Rama Ejecutiva, sino “en virtud de la ley”, y no puede establecerse para favorecer a un particular en desmedro de otros, sino “como arbitrio rentístico, con una finalidad de interés público o social”.

El inciso segundo del artículo 336 señala que;

“La ley que establezca un monopolio no podrá aplicarse antes de que hayan sido plenamente indemnizados los individuos que en virtud de ella deban quedar privados del ejercicio de una actividad económica lícita.”

Lo anterior demuestra que la libertad de empresa y la libre competencia económica, si bien pueden ser limitadas, no pueden ser anuladas por completo. La indemnización en este caso debe ser plena, es decir, “debe comprender el daño emergente y el lucro cesante que hayan sido causados al propietario cuyo bien ha sido expropiado” y “la indemnización no se limita al precio del bien expropiado”⁶⁷.

Una cláusula similar se encuentra en el artículo 365 previamente mencionado, el cual permite al Estado “reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos”, pero debe hacerlo “mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara”. Es decir, se requiere una mayoría absoluta, más exigente que la ordinaria de solo los asistentes, en el Congreso alrededor de la necesidad de reserva de determinada actividad estratégica. Esta decisión no puede emanar exclusivamente del Gobierno.

Además, según la misma norma “deberán indemnizar previa y plenamente a las personas que en

virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita”.

En los tres casos la Constitución exige que antes de que opere la indemnización, debe darse el pago de la indemnización.

La jurisprudencia ha explicado que para que la indemnización sea “previa” se requiere que “debe ser previa al traspaso del dominio del bien del particular al Estado”⁶⁸.

La indemnización previa, justa y plena es, de esta manera, una garantía institucional contra las expropiaciones y las leyes que súbitamente prohíban a las empresas en determinados sectores continuar concurrendo en el mercado.

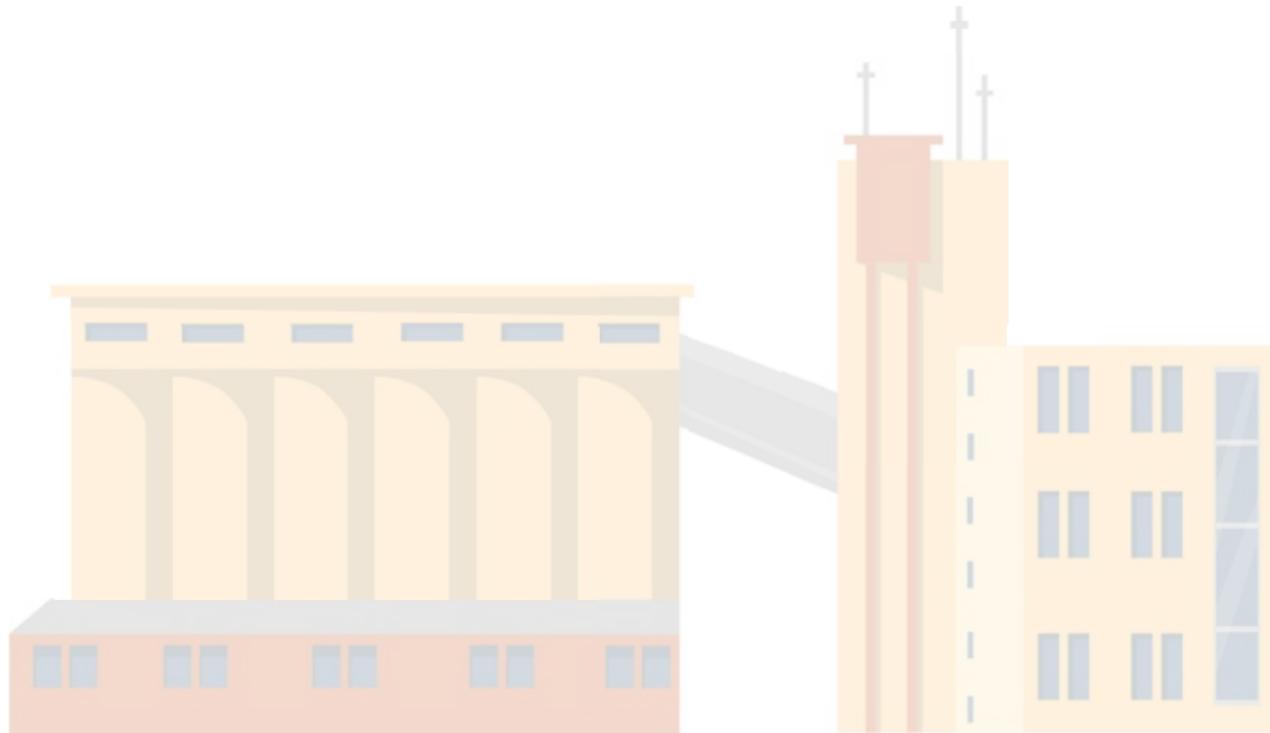
Una ley que en cualquiera de estas tres hipótesis no prevea el pago de indemnización con las características exigidas por la Constitución, puede ser declarada inconstitucional por la Corte Constitucional a solicitud de cualquier ciudadano.

La protección de la propiedad privada y de la libertad de empresa también se extiende a formas indirectas de expropiación, es decir, a las que resultan de un acto estatal que no quita la titularidad del bien, pero restringe en tal grado el uso y goce del bien, o el alcance de la actividad económica de la empresa, que le quita una porción muy significativa de su valor.

La Corte ha admitido la constitucionalidad de las cláusulas en tratados de libre comercio y de protección de inversiones que contemplan la figura de la expropiación indirecta, en la cual no hay una transferencia formal del título de propiedad al Estado, pero la medida regulatoria tiene efectos expropiatorios. Por ejemplo, en la sentencia sobre el tratado de libre comercio con Estados Unidos, la Corte señaló que “la expropiación indirecta por actos gubernamentales hace parte del marco constitucional del artículo 58, al confirmar la garantía de la propiedad

privada aplicable sin discriminación a nacionales y extranjeros, por lo cual se declarará la exequibilidad de esta disposición al no contrariar la Carta Política (arts. 9, 58, 226 y 227)”⁶⁹.

En el otro extremo se encuentra la confiscación de la propiedad, expresamente prohibida por la Constitución.



La indemnización previa, justa y plena es una garantía institucional contra las expropiaciones y las leyes que súbitamente prohíban a las empresas continuar concurrendo en el mercado. Una ley que no prevea el pago de indemnización con las características exigidas por la Constitución, puede ser declarada inconstitucional a solicitud de cualquier ciudadano.

4.3. Límites a las limitaciones a la libertad de empresa

Esta consiste en “la apropiación oficial indebida, sin causa y procedimiento legal, por vía de simple aprehensión, del patrimonio de una persona”⁷⁰.

4.3.1. Alcances de la facultad de intervención del Estado en la economía.

Como todo derecho constitucional, la libertad de empresa puede ser limitada por el Estado. Estas restricciones ocurren por lo general por medio de las intervenciones del Estado en la economía, dirigidas a lograr los fines enumerados en el artículo 334 de la Constitución: “[...] 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”.

La intervención del Estado “supone una restricción de la autonomía privada y de las libertades económicas”⁷¹. Tal intervención puede desarrollarse a través de distintos instrumentos. Entre ellos, las leyes de intervención económica previstas en el artículo 150, numeral 21 de la Constitución, y las leyes marco establecidas en el artículo 150, numeral 19.

Dichas leyes marco, a su vez, habilitan al Gobierno Nacional para reglamentar determinados asuntos con sujeción a las leyes. Al respecto, es importante recordar que las leyes marco deben fijar “los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno”⁷², a la vez que el Gobierno debe ejercer su facultad reglamentaria “de acuerdo con la ley”⁷³.

Otro instrumento consiste en la facultad de regular, la cual se utiliza, por ejemplo, en materia de servicios públicos:

“En un extremo se encuentra la facultad normativa de regulación, consistente en la adopción de normas que concreten reglas de juego dentro de ámbitos precisos predefinidos, en cumplimiento del régimen fijado por el legislador. En otro extremo se ubican facultades que, en principio, carecen de efectos jurídicos como la de divulgar información relativa al sector con el fin de incidir en las expectativas de los agentes económicos y consumidores o usuarios dentro del mismo, lo cual podría llevarlos a modificar su comportamiento. Entre estos extremos se pueden identificar múltiples facultades encaminadas al ejercicio de la función de regulación. Estas comprenden la facultad de conocer información proveniente de los agentes regulados con el fin de que el órgano de regulación cuente con todos los elementos de juicio para adoptar sus decisiones; la facultad de rendir conceptos a petición de un interesado, de oficio o por mandato de la ley; la facultad de emitir recomendaciones; la facultad de adoptar medidas individuales como autorizaciones o permisos; la facultad de efectuar el seguimiento del comportamiento de un agente regulado para advertirle que reoriente sus actividades dentro de los fines señalados por la ley o para dirigirle órdenes de hacer o no hacer después de haber seguido el procedimiento establecido en el régimen vigente; la facultad de presentar denuncias o iniciar acciones judiciales; la facultad de imponer sanciones administrativas respetando el debido proceso y el derecho de defensa; la facultad de definir tarifas dentro del régimen establecido por el legislador, en fin. Corresponde al legislador en ejercicio de su poder de configuración y respetando los límites constitucionales determinar qué facultades

son adecuadas para que el órgano de regulación correspondiente cumpla sus funciones en aras de promover el interés general y de alcanzar los fines públicos que justifican su existencia.”⁷⁴

Sin embargo, si bien es posible limitar la iniciativa privada y la libertad de empresa, “esta intervención no puede eliminar de raíz la mencionada libertad y debe obedecer a criterios de razonabilidad y proporcionalidad.”⁷⁵ Entre los requisitos de las intervenciones se encuentran los siguientes:

“[...] tal intervención: i) necesariamente debe llevarse a cabo por ministerio de la ley; ii) no puede afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa; iii) debe obedecer a motivos adecuados y suficientes que justifiquen la limitación de la referida garantía; iv) debe obedecer al principio de solidaridad; y v) debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad”⁷⁶

A continuación se revisan los principales elementos de este test jurisprudencial para determinar si una limitación de la libertad de empresa desconoce la Constitución.

4.3.2. Reserva legal en las medidas de intervención

Como se indicó con anterioridad, las intervenciones en la economía deben ocurrir “por mandato de la ley”. Esto quiere decir que, si bien la ley no debe agotar todos los detalles de la intervención, esta tampoco puede ser producto exclusivamente de una decisión del gobernante de turno. Además, las leyes de intervención en la economía deben cumplir los parámetros del artículo 150, numeral 21, de la Constitución, que señala;

“Artículo 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

[...]

21. Expedir las leyes de intervención económica, previstas en el artículo 334, las cuales deberán precisar sus fines y alcances y los límites a la libertad económica.”

Este numeral señala unas “condiciones mínimas de racionalidad legislativa” en la expedición de las leyes de intervención económica⁷⁷. Estas leyes son distintas a las que se expiden en otros ámbitos, ya que tienen un requisito específico de precisión de fines, alcances y límites a la libertad económica. De acuerdo con la Corte;

“es preciso resaltar algunas condiciones especialmente relevantes en este caso, exigidas por la Constitución al legislador, a la hora de intervenir en la economía. Estas condiciones versan sobre las características de las leyes de intervención económica, los ámbitos de la intervención económica y los fines de la misma. Cuando la Constitución se refiere a otras leyes no incluye expresamente condiciones equivalentes, lo cual reviste de mayor significado el tratamiento especial que el constituyente le otorgó a las leyes de intervención económica.

En efecto, según el artículo 150, numeral 21, de la Carta Política, corresponde al Congreso de la República expedir las leyes de intervención económica, previstas principalmente en el artículo 344 del mismo Estatuto. Estas leyes, prescribe el texto, deberán señalar, de forma precisa: a) sus fines y alcances, y b) los límites a la libertad económica.

Estas condiciones mínimas de racionalidad legislativa fijadas por el constituyente son especificadas en el artículo 334 de la Constitución, el cual establece que la dirección general de la economía estará a cargo del Estado y señala que éste intervendrá, por

mandato legal, en los siguientes ámbitos: a) explotación de los recursos naturales, b) en el uso del suelo, c) en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y d) en los servicios públicos y privados. El artículo 335 enuncia otros ámbitos específicos de intervención en actividades relacionadas con los recursos captados del público allí precisados, como la actividad aseguradora.

Posteriormente, el artículo 334 señala que el objetivo al que deben propender las leyes de intervención es el de racionalizar la economía, precisando a su vez que dicha racionalización debe buscar alguno de los siguientes fines: a) conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, b) la distribución equitativa de las oportunidades y c) los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano.

Finalmente, el artículo en cuestión, en su segundo inciso, advierte que constituyen fines adicionales, para los cuales el Estado interviendrá de manera especial: d) dar pleno empleo a los recursos humanos, e) asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos, f) promover la productividad y competitividad y g) promover el desarrollo armónico de las regiones.”

Teniendo en cuenta lo anterior, son las leyes las que deben fijar los límites a la libertad económica y no los reglamentos.

Así, por ejemplo, en materia de regulación, la Corte ha dicho que las leyes deben guiar de manera suficiente a la administración pública por medio de criterios inteligibles:

“las leyes que tratan sobre actividades o materias objeto de regulación por parte de los órganos administrativos, deben contener

criterios inteligibles que establezcan de manera clara: (i) “las finalidades que han de guiar a la administración y los criterios materiales que orientarán la regulación para alcanzarlas”; (ii) las prestaciones o derechos que se busca asegurar por medio de la actividad objeto de regulación; (iii) las reglas a las cuales se sujetará el órgano de regulación y que regirán la actividad regulada; y (iv) las previsiones que impidan que algunas personas sean objeto de tratamientos arbitrarios o de beneficios ilegítimos, y que especifiquen los parámetros de control por parte del juez contencioso administrativo”⁷⁸.

El principio de reserva legal tiene así dos facetas, una formal y una material. Desde el punto de vista formal, debe existir una ley que limite la libertad de empresa. Desde el punto de vista material, la ley debe contener unos límites claros a la actividad administrativa para impedir “tratamientos arbitrarios” o “beneficios ilegítimos”, los cuales “especifiquen los parámetros de control por parte del juez contencioso administrativo”. Una hipotética ley no podría, por ejemplo, facultar de manera abierta e indeterminada al Gobierno Nacional para intervenir en una determinada industria o limitar la libertad de empresa.

Las limitaciones siempre deben ocurrir “por mandato de la ley” y la respectiva ley debe tener un contenido que satisfaga los requisitos constitucionales mencionados.

4.3.3. Respeto por el núcleo esencial de la libertad de empresa

Ahora bien, incluso cuando las limitaciones son impuestas por la ley, estas deben obedecer ciertos límites sustantivos. La libertad de empresa, si bien puede ser limitada, no puede ser anulada por la ley,

ya que esta debe respetar su núcleo esencial. Como ya se anotó, el núcleo esencial de la libertad de empresa incluye los siguientes elementos

“La definición de cuál es el “núcleo esencial” de las libertades económicas no es una tarea sencilla; en materia de libertad de empresa, entre otros contenidos, se pueden mencionar los siguientes: (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.”⁷⁹

En este marco, el Consejo de Estado ha señalado algunos eventos en los cuales se desconoce este núcleo esencial:

“Las restricciones [a la libertad de empresa] que desarrolle la disposición administrativa no pueden entonces: 1. Conllevar un trato discriminatorio entre empresarios y competidores que se encuentren en la misma situación fáctica; 2. Afectar el derecho a decidir si concurre al mercado o se retira del mismo; 3. Impedir que la unidad empresarial se auto-organice y a que no se incida en la toma de decisiones internas y en los modelos de gestión que se escojan; 4. Generar la imposibilidad de iniciativa privada; 5. Prohibir la creación de establecimientos de comercio, y; 6. Impedir la recepción de los dividendos que se generan”⁸⁰.

La Corte Constitucional aún no ha sostenido que una medida legislativa anule el núcleo esencial de la libertad de empresa. Esto probablemente se debe a que tradicionalmente en Colombia la libertad de empresa, en términos generales, ha sido respetada⁸¹. La Corte sí ha avalado algunas limitaciones razonables a la libertad de empresa y ha señalado las razones por las cuales estas no infringen el núcleo esencial.

Por ejemplo, en la sentencia C-486 de 2009 la Corte declaró exequible la obligación de toda empresa a nivel industrial de tener un departamento de gestión ambiental, indicando que “no hay anulación o desconocimiento absoluto del derecho a la libertad de empresa, porque la norma demandada no regula totalmente la actividad empresarial, se limita a establecer la manera como las empresas a nivel industrial deben cumplir sus obligaciones en relación con la protección ambiental”⁸².

En la sentencia C-830 de 2010 la Corte declaró exequibles varias normas que restringen la publicidad de tabaco, debido a que “no afecta el núcleo esencial de las libertades económicas, puesto que es compatible con la producción y comercialización de los productos de tabaco y sus derivados”⁸³.

En esta sentencia, la Corte se detuvo sobre los posibles límites a las limitaciones de la libertad de empresa:

“Como se ha sostenido en esta decisión, las libertades económicas son garantías que encuentran restricción en las potestades de dirección del mercado por parte del Estado. No obstante, ese carácter autorrestringido no puede entenderse como un mecanismo que permita extender la medida de intervención más allá del núcleo esencial de la libertad de empresa y la libre iniciativa privada, de modo que las haga nugatorias y refrende un modelo económico de planificación centralizada. Antes bien, existe un interés

reconocido y protegido constitucionalmente, en el sentido que deben preservarse las garantías mínimas que posibiliten el intercambio comercial y, de manera más amplia, la participación de los agentes de mercado, en un marco de condiciones que permita el desarrollo económico y la libre competencia”⁸⁴.

Como se ha explicado en este documento, la Constitución de 1991 acoge un sistema de economía social de mercado, y no uno de planificación centralizada. Cualquier ley que tienda al modelo de planificación centralizada puede eventualmente ser cuestionada por anular el núcleo esencial de la libertad de empresa.

Lo mismo sucede con leyes que invadan las seis dimensiones de la libertad económica anteriormente mencionados.

4.3.4. Razonabilidad de las medidas

Las medidas de intervención en la economía que limitan la libertad de empresa, además de tener reserva legal y de no poder infringir el núcleo esencial del derecho, deben superar un juicio de razonabilidad. En la sentencia C-673 de 2001 la Corte explicó que, debido al amplio margen de configuración del Legislador en los temas económicos, “la Corte ha optado por aplicar un test leve de razonabilidad [...] en ciertos casos que versan exclusivamente sobre materias 1) económicas, 2) tributarias o 3) de política internacional, sin que ello signifique que el contenido de una norma conduzca inevitablemente a un test leve. Por ejemplo, en materia económica una norma que discrimine por razón de la raza o la opinión política sería claramente sospechosa y seguramente el test leve no sería el apropiado”⁸⁵.

El test leve consiste en determinar si el fin buscado por el Legislador es legítimo y si la medida también, además de ser adecuada para alcanzar el fin buscado. Por ejemplo, en la sentencia C-1041 de

2007 que restringió la integración vertical 2021, en el cual la Corte señaló que;

“Aunque la Constitución dotó al legislador de un amplio margen de configuración en materia económica y de servicios públicos domiciliarios, esta potestad no es absoluta. Para que la intervención del Estado en estas materias se ajuste a la Constitución, la medida: (i) no debe afectar el contenido iusfundamental de la libertad, y (ii) debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Sobre esto último, la jurisprudencia ha previsto que el control de constitucionalidad de una medida que limita una libertad se ejerce mediante un juicio de proporcionalidad, que permita determinar si la finalidad de la medida y la idoneidad del medio elegido son acordes a la Constitución.”⁸⁶

Sin embargo, en otros casos, la Corte ha declarado inconstitucionales algunas intervenciones que afectaban desproporcionadamente la libertad de empresa. En la sentencia C-615 de 2002, la Corte declaró inexecutable una norma que obligaba a las instituciones prestadoras de salud privadas a ajustarse a los planes bienales de inversiones en salud adoptadas por las secretarías de salud departamentales y distritales. La norma impedía a estas instituciones privadas realizar inversiones por fuera del plan bienal. La Corte Constitucional consideró que;

“Esta desproporción en la medida de intervención, a juicio de la Corte pervierte la finalidad constitucional de racionalizar la oferta de servicios de salud perseguida por el legislador. Ciertamente, dentro de la axiología constitucional la libertad de empresa y de competencia se reconocen, como se dijo, por razones de interés general pues se las estima motor del desarrollo. En el presente caso, se presenta un ejemplo claro de cómo la eliminación de estas garantías y del

esquema de mercado libre, trunca la posibilidad social de acceder a mejores ofertas de bienes y servicios. Al impedir la oferta libre de servicios, la ley produce un estancamiento de la ampliación de las redes en lo referente a infraestructura, equipos y servicios, y en la mejora de su calidad, con grave detrimento del interés general y de la garantía de la satisfacción de necesidades básicas y de derechos fundamentales. Lo anterior por cuanto aunque se ajusta a la Carta la planificación de la oferta de servicios públicos y su control y vigilancia a efectos de lograr la atención de las necesidades de la población en todos los niveles, el exceso de la reglamentación anula los beneficios del modelo legal vigente, con grave deterioro del interés colectivo.”

En la sentencia C-974 de 2002 la Corte declaró inconstitucional una norma similar, en la cual se requería aprobación del Ministerio de Salud respecto de las inversiones de las instituciones prestadoras de salud de naturaleza privada. La Corte consideró que “someter la inversión privada al mismo proceso de planeación que la inversión pública, implica quitarle uno de sus componentes esenciales, y resulta en ese contexto desproporcionado e irrazonable”⁸⁷.

Estos dos ejemplos demuestran que, aunque el Estado tiene amplias facultades para intervenir en la economía y limitar la libertad de empresa, estas no son ilimitadas. Las eventuales limitaciones a la libertad de empresa no pueden implicar un paso a una economía centralmente planificada o a una invasión del ámbito decisorio propio de la libertad económica.

Así, aunque pueden establecerse obligaciones y cargas a las empresas, ninguna ley puede implicar una intervención en los asuntos internos ni en las decisiones financieras y comerciales de las empresas que le son propias por ser expresión del contenido esencial de la libertad económica.



La libertad de empresa puede ser limitada por el Estado por medio de las intervenciones en la economía, dirigidas a lograr los fines del artículo 334 de la Constitución.

4.4. Límites constitucionales en la imposición de deberes a particulares

Por otra parte, la Constitución prevé deberes para todas las personas en el artículo 95 de la Constitución, y adicionalmente consagra en el artículo 1 el principio constitucional de solidaridad, de acuerdo con el cual se impone un deber “a toda persona por el solo hecho de su pertenencia al conglomerado social, consistente en la vinculación del propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés colectivo”⁸⁸.

Con estas premisas, eventualmente un gobierno podría buscar vincular a los particulares a deberes o cargas específicas. Sin embargo, esto solo sería posible mediante una ley. Según la Corte Constitucional, existe una diferencia crucial entre los deberes y los derechos fundamentales. Mientras que los derechos fundamentales son aplicables directamente, sin la necesidad de intermediación de la ley, no ocurre lo mismo con los deberes:

“En principio, los deberes que surgen de la Constitución Política sólo pueden ser exigidos a los particulares si media una norma legal que defina su alcance y significado de manera precisa. Para que un deber constitucional sea exigible de un individuo en un caso concreto se requiere, a diferencia de lo que sucede con los derechos fundamentales que son directamente tutelables, de una decisión previa del legislador consistente en precisar

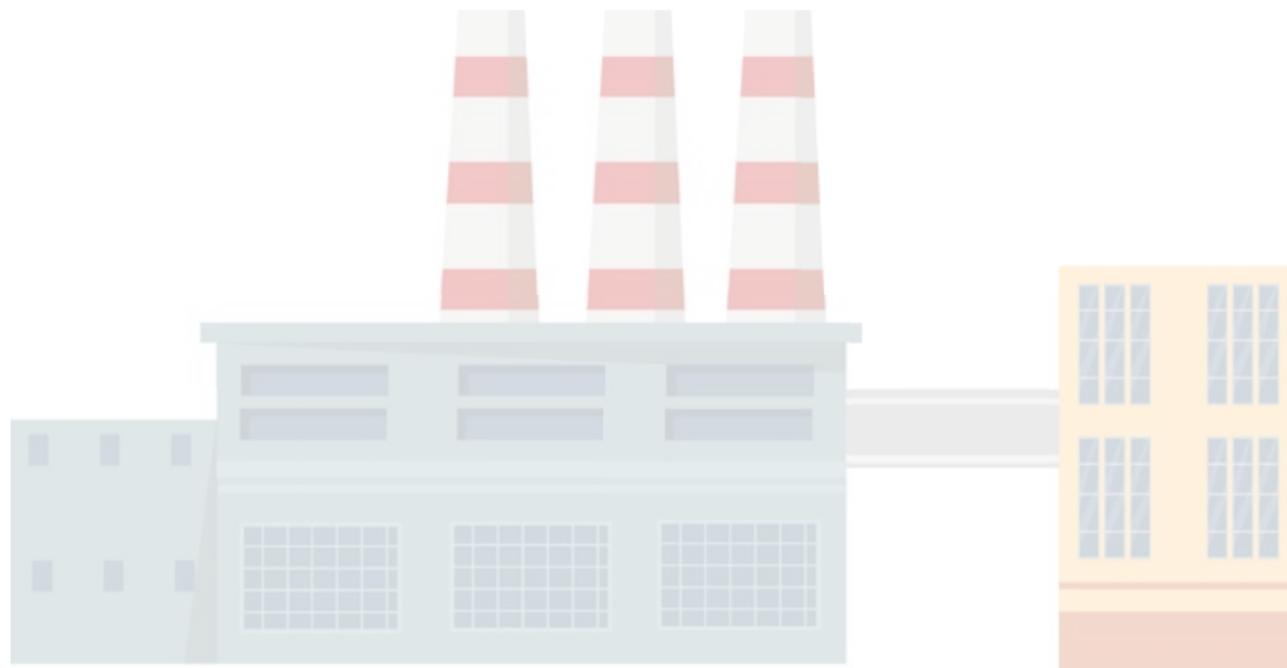
el alcance del deber constitucional, en establecer si de éste se derivan obligaciones específicas y en definir las, así como en señalar

las sanciones correspondientes, respetando principios de razonabilidad y proporcionalidad. Esto obedece a varios motivos dentro de los cuales cabe mencionar los siguientes. Primero, el mismo texto del artículo 95 de la C.P. distingue entre los conceptos de deber y el de obligación. En efecto, la norma Superior tan solo acude a la noción de obligación para calificar el cumplimiento de la Constitución y las leyes, la cual no está supeditada a que una ley específica la consagre. No obstante, aún en este caso, es el legislador el que ha de precisar las sanciones imponibles a las personas que la incumplan. Segundo, si bien los deberes constitucionales tienen fuerza normativa, su objeto, estructura y fundamentación son diferentes a los de las obligaciones exigibles a las personas en un caso concreto. Tercero, como Colombia es una república, una democracia, un sistema participativo y pluralista y un Estado Social de Derecho, no es de recibo una concepción de los deberes constitucionales que justifique que se exija a las personas la realización de conductas que no han sido legalmente establecidas”⁸⁹.

De acuerdo con lo anterior, en la sentencia citada la Corte consideró inconstitucional la imposición de deberes a los particulares por medio de actos administrativos puesto que solo la ley puede crear un deber de los particulares, definir su contenido preciso, señalar su alcance, y establecer las consecuencias jurídicas de su incumplimiento.

Además, en este mismo espíritu, la Corte Constitucional no ha permitido que por vía jurisprudencial se impongan a los particulares deberes que no han sido previstos previamente en la ley. Por ejemplo, en la sentencia SU-075 de 2018 la Corte rechazó una ampliación del fuero de maternidad que se fundamentaba en el principio de solidaridad y que iba más allá de lo previsto en la ley para esa garantía laboral.

Adicionalmente, en la imposición de deberes, al limitarse la libertad de las personas, se deben observar los parámetros de proporcionalidad. Los deberes que se impongan a particulares no solo deberán estar previstos en una ley, es decir previamente deliberados y decididos por el Congreso, sino que deberán ser razonables y proporcionales.



Los deberes que se impongan a particulares no solo deberán estar previstos en una ley, es decir previamente deliberados y decididos por el Congreso, sino que deberán ser razonables y proporcionales.

4.5. Garantías judiciales

Las empresas y los empresarios cuentan con un sistema de justicia para hacer valer los anteriores límites. De acuerdo con el artículo 229 de la Constitución, “[s]e garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia”.

Esto, en la práctica, incluye el acceso a múltiples instrumentos. Entre ellos, la acción de tutela, que puede ser ejercida tanto por personas naturales como por personas jurídicas. Al respecto, la Corte Constitucional ha reconocido que las personas jurídicas son titulares de derechos fundamentales y por lo tanto del derecho de acudir a la tutela para protegerlos:

“Hay derechos de las personas jurídicas, que ellas pueden reclamar dentro del Estado Social de Derecho y que las autoridades se obligan a respetar y a hacer que les sean respetados. Y, claro está, entre la inmensa gama de derechos que les corresponden, los hay también fundamentales, en cuanto estrechamente ligados a su existencia misma, a su actividad, al núcleo de las garantías que el orden jurídico les ofrece y, por supuesto, al ejercicio de derechos de las personas naturales afectadas de manera transitiva cuando son vulnerados o desconocidos los de aquellos entes en que tienen interés directo o indirecto. La naturaleza propia de las mismas personas jurídicas, la función específica que cumplen y los contenidos de los derechos constitucionales conducen necesariamente a que no todos los que se enuncian o se derivan de la Carta en favor de la persona humana les resulten aplicables.

Pero, de los que sí lo son y deben ser garantizados escrupulosamente por el sistema jurídico en cuanto de una u otra forma

se reflejan en las personas naturales que integran la población, la Corte Constitucional ha destacado derechos fundamentales como el debido proceso, la igualdad, la inviolabilidad de domicilio y de correspondencia, la libertad de asociación, la inviolabilidad de los documentos y papeles privados, el acceso a la administración de justicia, el derecho a la información, el habeas data y el derecho al buen nombre, entre otros.

En conexidad con ese reconocimiento, las personas jurídicas tienen todas, sin excepción, los enunciados derechos y están cobijadas por las garantías constitucionales que aseguran su ejercicio, así como por los mecanismos de defensa que el orden jurídico consagra. De allí que son titulares no solamente de los derechos fundamentales en sí mismos sino de la acción de tutela para obtener su efectividad cuando les sean conculcados o estén amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular.”⁹⁰

Adicionalmente, pueden acudir a la acción pública de inconstitucionalidad para cuestionar las leyes y otras normas con rango de ley ante la Corte Constitucional. Esta acción pública existe en Colombia desde 1910 y es excepcional en el mundo por su apertura y facilidad de acceso.

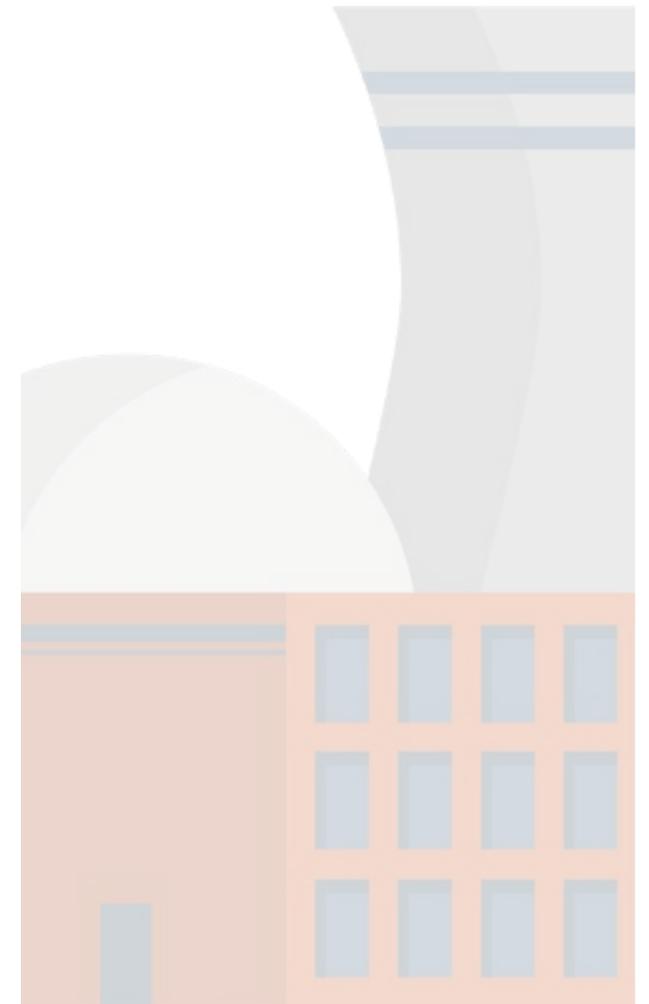
En otros lugares donde existe el control constitucional, este se ejerce por los tribunales constitucionales por petición de determinadas autoridades estatales o por grupos de parlamentarios. En Colombia, cualquier ciudadano, un solo ciudadano, puede utilizar la acción pública de inconstitucionalidad para que la Corte Constitucional determine si una ley es o no inconstitucional. Esta posibilidad,

además de estar cobijada por el derecho de acceso a la justicia, es también un derecho político, de acuerdo con el artículo 40 de la Constitución.

El Decreto 2067 de 1991, que regula las actuaciones en la Corte Constitucional, inicialmente contemplaba la posibilidad de presentar la demanda de inconstitucionalidad a nombre de otra persona natural o jurídica.

En la sentencia C-003 de 1993, la Corte declaró inconstitucional esa posibilidad, debido a que, al tratarse de un derecho ciudadano, no podía este extenderse a las personas jurídicas. Sin embargo, a través de cualquier ciudadano que desee ejercer este derecho, las empresas o los empresarios pueden cuestionar la constitucionalidad de las leyes.

La Corte Constitucional ha reconocido el rol que juega el sector privado en la sociedad, y de esta forma, al citar audiencias sobre distintos temas de interés general y al solicitar intervenciones escritas en los procesos de constitucionalidad, normalmente tiene en cuenta a los gremios y a los diversos sectores económicos interesados.



/// Hay derechos de las personas jurídicas, que ellas pueden reclamar dentro del Estado Social de Derecho y que las autoridades se obligan a respetar y a hacer que les sean respetados. Y, claro está, entre la inmensa gama de derechos que les corresponden, los hay también fundamentales, en cuanto estrechamente ligados a su existencia misma, a su actividad, al núcleo de las garantías que el orden jurídico les ofrece[...]

Sentencia SU-182 de 1998

4.6. Garantías específicas en caso de declaratoria de estado de emergencia

La Constitución de 1991 limitó las facultades del Gobierno Nacional en la declaración de estados de excepción. Mientras que la Constitución de 1886 permitía la declaratoria del Estado de Sitio y del Estado de Emergencia Económica con relativamente pocos requisitos y con una amplia latitud para la adopción de medidas de manera unilateral por parte del Presidente de la República y sus ministros, la Constitución de 1991 regula minuciosamente los requisitos, tanto de la declaratoria de los estados de excepción como de la expedición de los decretos legislativos.

El estado de emergencia económica, social y ecológica está contemplado en el artículo 215 de la Constitución. Este permite al Presidente de la República declarar el estado de emergencia “por períodos hasta de treinta días en cada caso, que sumados no podrán exceder de noventa días en el año calendario”. Esto quiere decir que un estado de emergencia no puede durar más de treinta días, y el mismo no puede prorrogarse, como sí ocurre con el estado de conmoción interior.

El decreto declaratorio debe estar motivado y debe enviarse de manera inmediata a la Corte Constitucional para que esta examine tanto la forma en que fue expedido, como las motivaciones del decreto. Desde la sentencia C-004 de 1992, en que la Corte revisó la declaratoria del estado de emergencia expedida por el gobierno de César Gaviria, esta ha revisado de fondo los motivos de las declaratorias, en contra de la tesis que anteriormente sostenía la Corte Suprema de Justicia en el sentido de que los actos declaratorios al ser actos políticos no eran justiciables. Esta facultad de control judicial

de las razones de la declaratoria ha permitido a la Corte Constitucional, por una parte, invalidar estados de emergencia enteros por fundamentarse en hechos que no constituían motivos sobrevinientes, así como condicionar estados de emergencia, imponiendo limitaciones a la facultad posterior para dictar decretos legislativos.

Por ejemplo, en la sentencia C-254 de 2009, la Corte declaró inexecutable la declaratoria del estado de emergencia que se originó en la crisis de las pirámides, debido a que el decreto carecía de motivación⁹¹.

En la sentencia C-252 de 2010, la Corte declaró inexecutable otra declaratoria de estado de emergencia relacionada con la crisis del sistema de salud, debido a que los hechos que fundaron esta emergencia no eran sobrevinientes y extraordinarios, y además el gobierno no había agotado los medios ordinarios para resolver los problemas del sistema de salud⁹². En la sentencia C-216 de 2011, la Corte declaró inexecutable el decreto que declaraba un segundo estado de emergencia por la ola invernal de 2010-2011, el cual seguía un primer estado de emergencia que había sido declarado y avalado por la Corte. La Corte indicó que los hechos no eran sobrevinientes y de hecho se habían presentado durante la vigencia del primer estado de emergencia⁹³. Esta sentencia impidió al gobierno adoptar varias medidas legislativas fundamentadas en el segundo estado de emergencia declarado.

Por otra parte, en la sentencia C-122 de 1999, la Corte condicionó un decreto de estado de

emergencia dictado por el gobierno, el cual se fundamentaba en la crisis financiera de ese año. La sentencia declaró la exequibilidad del decreto “pero sólo en relación y en función de las personas y sectores materialmente afectados por las circunstancias críticas a que éste alude y que son exclusivamente los siguientes: los deudores individuales del sistema de financiación de vivienda UPAC; el sector de las organizaciones solidarias que desarrollan actividades financieras y de ahorro y crédito, se encuentren o no intervenidas o en liquidación; y, las instituciones financieras de carácter público. En consecuencia, el Decreto No. 2330 de 1998, es inexecutable, en lo demás”.

En la sentencia C-145 de 2020, la Corte abordó el estado de emergencia en el marco de la pandemia del Covid-19. La Corte analizó con detenimiento los fundamentos fácticos de la declaratoria de emergencia, a pesar de que el Covid-19 era un hecho conocido, e hizo un análisis estricto de los requisitos para esta declaratoria.

Posteriormente, en más de cien sentencias se hizo el control material de los decretos legislativos expedidos en esa época por el Gobierno nacional. La Corte se pronunció, por ejemplo, sobre un decreto legislativo que permitía terminar unilateralmente los arrendamientos de locales comerciales por parte de los arrendatarios. En la sentencia C-409 de 2020, declaró inexecutable este decreto debido a que “la terminación unilateral de los contratos de arrendamiento de local comercial anula la autonomía de la voluntad privada entendida como derecho, ya que, además de modificar la regulación pactada entre las partes con una fórmula genérica, no promueve la negociación entre ellas”⁹⁴. Calificó el decreto como “muy problemático en términos del principio de seguridad jurídica, ya que abre la puerta a intervenir, por la vía de la legislación extraordinaria, incluso en el contenido de los contratos ya celebrados, respecto de los cuales las partes cuentan ya con unas condiciones a las cuales atenerse y están llamadas a cumplir de buena fe”⁹⁵.

Adicionalmente señaló que “el cuerpo normativo objeto de control dispuso una modificación abrupta a la regulación referente a la terminación de los contratos de arrendamiento de local comercial, ante situaciones imprevistas, que desconoce el

principio de seguridad jurídica”⁹⁶. La Corte resaltó que “el principio de seguridad jurídica es especialmente importante en los estados de excepción”⁹⁷.

En otros estados de emergencia, la Corte ha protegido el derecho a la propiedad privada. En la sentencia C-272 de 2011 declaró exequible un decreto legislativo que obligaba a contratistas del Estado a poner a disposición la maquinaria necesaria para obras de emergencia en la ola invernal. La Corte resaltó que el decreto respetaba el derecho de propiedad:

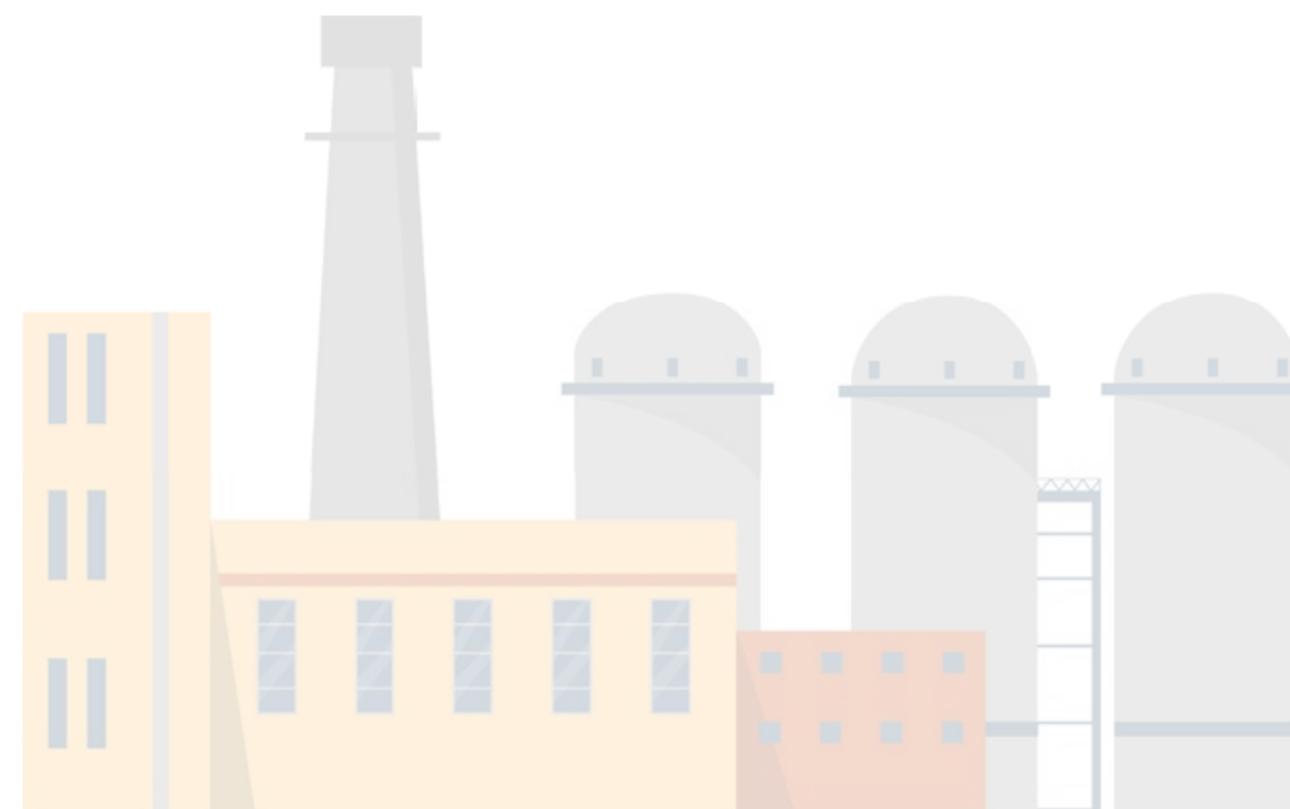
“En relación con el derecho de propiedad, se trata de una limitación menor porque los contratistas y concesionarios del Estado conservan la propiedad de la maquinaria, no se trata de una expropiación, pero con un derecho sobre su uso limitado por el Decreto, puesto que están obligados a emplear la maquinaria y los equipos de manera prioritaria en la atención de la emergencia en la zona próxima. En todo caso, los costos que la prestación del servicio genere son asumidos por el Estado. Además, la limitación es transitoria porque una vez solucionada la emergencia recuperan la libre disposición de dicha maquinaria y equipos.”⁹⁸

La anterior cita demuestra que, incluso en estados de emergencia, la propiedad y las libertades económicas limitan la facultad del Gobierno para legislar.

En términos generales, todos los decretos legislativos son revisados de manera automática por la Corte Constitucional y se someten a un examen formal así como material. El examen material

incluye un juicio de finalidad, un juicio de conexidad material, un juicio de motivación suficiente, un juicio de ausencia de arbitrariedad, un juicio de intangibilidad, un juicio de no contradicción específica, un juicio de incompatibilidad, un juicio de necesidad, un juicio de proporcionalidad y un juicio de no discriminación⁹⁹.

De esta forma, el marco general de restricción a los estados de excepción funciona como una garantía a favor de la libertad de empresa y, en general, las libertades económicas.



Los decretos legislativos son revisados de manera automática por la Corte Constitucional y se someten a un examen formal así como material. El examen material incluye un juicio de finalidad, de conexidad material, de motivación suficiente, de ausencia de arbitrariedad, de intangibilidad, de no contradicción específica, de incompatibilidad, de necesidad, de proporcionalidad y de no discriminación.



En Colombia se ha respetado tradicionalmente la libertad de empresa y desde el Congreso y el Gobierno, por regla general, se ha proporcionado un entorno jurídico que favorece la iniciativa privada. En esta sección se detallan posibles medidas que podrían amenazar la libertad de empresa y, junto con ella, los fines del Estado Social de Derecho, y los posibles argumentos jurídicos que podrían contrarrestar estas medidas.

5.1. Estigmatización y otras formas de abuso del discurso oficial

En los últimos años han surgido tendencias de discurso antiempresarial en algunos sectores políticos y de opinión pública. Este discurso en principio se encuentra protegido por la libertad de expresión, salvo que sea injurioso o en él se empleen hechos falsos, inexactos o que maliciosamente busquen causar un perjuicio a una determinada persona o empresa.

Cuando ello ha ocurrido, la Corte Constitucional ha concedido la tutela para proteger el buen nombre comercial de la empresa¹⁰⁰. Sin embargo, este discurso adquiere una connotación distinta en el evento de ser pronunciado, ya no por sectores específicos de la opinión, sino por un eventual gobierno.

La libertad de expresión de los funcionarios públicos “tiene mayores limitaciones” que la de las personas que no tienen esta calidad¹⁰¹. Por ese motivo, por ejemplo, la Corte Constitucional ordenó a la alcaldesa de Bogotá rectificar expresiones estigmatizantes y discriminatorias contra ciudadanos extranjeros, debido a que la información presentada por ella “no supera un análisis de veracidad y objetividad”¹⁰².

Las afectaciones a la libertad de empresa, incluyendo las medidas confiscatorias, empiezan con discursos de estigmatización. Dos casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativos a la confiscación de medios de comunicación privados permiten ejemplificar esta secuencia.

En 1997, una empresa operadora de un canal de televisión en Perú publicó varios reportajes referidos a las violaciones de derechos humanos cometidos por el gobierno de Alberto Fujimori. En respuesta, el gobierno peruano expidió un decreto que permitía cancelar la nacionalidad a los peruanos naturalizados, entre los cuales se encontraba el señor Baruch Ivcher Bronstein, de origen israelí pero naturalizado en Perú y accionista mayoritario del medio de comunicación. El gobierno peruano posteriormente revocó la nacionalidad del empresario lo cual le impedía ser propietario de una empresa concesionaria de un canal y permitió que se entregara la administración de la compañía a unos accionistas minoritarios favorables al gobierno. Toda esta secuencia de hechos vino precedida de un comunicado oficial del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, en la cual se denunciaba al señor Ivcher de “llevar a cabo una campaña difamatoria tendiente a desprestigiar a las Fuerzas

Armadas”¹⁰³. La Corte Interamericana declaró una violación de los derechos a la libertad de expresión, nacionalidad, protección judicial, garantías judiciales y propiedad privada. Como medidas de reparación, ordenó, entre otras cosas, facilitar las condiciones para que recuperara sus derechos como accionista mayoritario e indemnizarlo por el daño moral y las costas del proceso.

En Venezuela, la estación de televisión Radio Caracas Televisión, que operaba una concesión desde 1953, mantuvo una línea crítica del gobierno de Hugo Chávez desde que este se posesionó en 1999.

Después de haber apoyado las movilizaciones sociales que llevaron al golpe de Estado de 2002, RCTV fue objeto de intimidación y estigmatización por el gobierno de Chávez. El entonces presidente reiteradamente acusó a esta compañía de estar “envenenando a la gente”, “tratar de quebrar el país” y de estar comprometida “con el golpismo, el terrorismo y la desestabilización” así como de ser “enemigos del pueblo de Venezuela”¹⁰⁴. Con

posterioridad a estas declaraciones, el gobierno de Venezuela decidió no renovar la concesión, decisión que fue objeto de sentencia en 2015 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual ordenó restablecer la concesión de la frecuencia del espectro radioeléctrico a RCTV¹⁰⁵.

Para solicitar y obtener la protección constitucional, los empresarios no deben esperar a que los gobiernos materialicen medidas confiscatorias u otras contrarias a la libertad de empresa. Los discursos de intimidación y estigmatización contra sectores empresariales pueden ser enfrentados por medios judiciales por afectar injustificadamente el derecho al buen nombre.

Adicionalmente, cuando la empresa se encuentra vigilada por la Superintendencia Financiera, las informaciones falsas o inexactas que puedan afectar la confianza de clientes, usuarios, inversionistas o accionistas de la empresa, pueden ser denunciadas como constitutivas del delito de pánico económico, previsto en el artículo 302 del Código Penal.



Para obtener la protección constitucional, los empresarios no deben esperar a que los gobiernos materialicen medidas confiscatorias u otras contrarias a la libertad de empresa. Los discursos de intimidación y estigmatización contra sectores empresariales pueden ser enfrentados por medios judiciales por afectar injustificadamente el derecho al buen nombre.

5.2. Excesos en la potestad reglamentaria

El artículo 189 de la Constitución faculta al Presidente de la República para

“11. Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y ordenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes.”

La potestad reglamentaria se encuentra limitada por el ámbito de las leyes. De acuerdo con el Consejo de Estado,

“la función que cumple el Gobierno con el ejercicio del poder reglamentario es la de complementar la ley, en la medida en que sea necesario para lograr su cumplida aplicación, cuando se requiera por ejemplo, precisar definiciones o aclarar etapas del procedimiento previsto en aquella, con el propósito de permitir su ejecución, pero ello no conlleva la interpretación de los contenidos legislativos, como tampoco el modo de encuadrar las distintas situaciones jurídicas en los supuestos que contiene. Para el ejercicio de la atribución en cuestión, el ejecutivo debe limitarse a desarrollar la ley y subordinarse a su contenido, en ese orden, no le está dado introducir normas que no se desprendan natural y lógicamente de sus disposiciones, ampliar o restringir el sentido de la ley, como tampoco puede suprimirla o modificarla ni reglamentar materias que estén reservadas a ella, pues excedería sus competencias e invadiría las asignadas por la Constitución al legislador [...]”¹⁰⁶

El exceso en la potestad reglamentaria es un vicio de nulidad en los actos administrativos que afecta el principio democrático, ya que constituye un

intento del Gobierno de invadir las competencias del Congreso.

En contextos políticos en los cuales los gobiernos tienen dificultades en la aprobación de sus propuestas legislativas, surge la tentación de abusar de la potestad reglamentaria, expidiendo por decreto las medidas que no han podido o no podrán ser aprobadas por medio del debate público ante las instancias políticas representativas.

Por tal motivo, es posible que en eventuales escenarios contrarios a la libertad de empresa, las mayores limitaciones se intenten, no por medio de leyes, sino de actos administrativos que, con el pretexto de reglamentar las leyes, las excedan e intenten anular la libertad de empresa. La arbitrariedad administrativa constituye un riesgo para la seguridad jurídica y para las libertades económicas.

Al respecto, la Corte Constitucional ha dicho que:

“la regla según la cual el reglamento siempre tiene como fundamento la ley, e igualmente, toda disposición reglamentaria debe guardar conexidad con aquélla, es un desarrollo del principio de reserva de ley, tributario del Estado liberal, según el cual la libertad y la propiedad de los ciudadanos sólo pueden ser limitadas por la Asamblea Legislativa, mediante la expresión de la voluntad soberana del pueblo”¹⁰⁷.

Por lo tanto, “la extensión del campo para ejercer la potestad reglamentaria, no la traza de manera subjetiva y caprichosa el Presidente de la República, sino que la determina el Congreso de la República al dictar la ley¹⁰⁸”. Por lo anterior, “el desarrollo de la potestad reglamentaria por el Gobierno exige

que la ley haya configurado previamente una regulación básica o materialidad legislativa, a partir de la cual, el Gobierno puede ejercer la función de reglamentar la ley con miras a su debida aplicación, que es de naturaleza administrativa, y está entonces sujeta a la ley. Y es que si el Legislador no define esa materialidad legislativa, estaría delegando en el Gobierno lo que la Constitución ha querido que no sea materia de reglamento sino de ley. El requisito fundamental que supone la potestad reglamentaria, ha dicho esta Corte, es la existencia previa de un contenido o materia legal por reglamentar”¹⁰⁹.



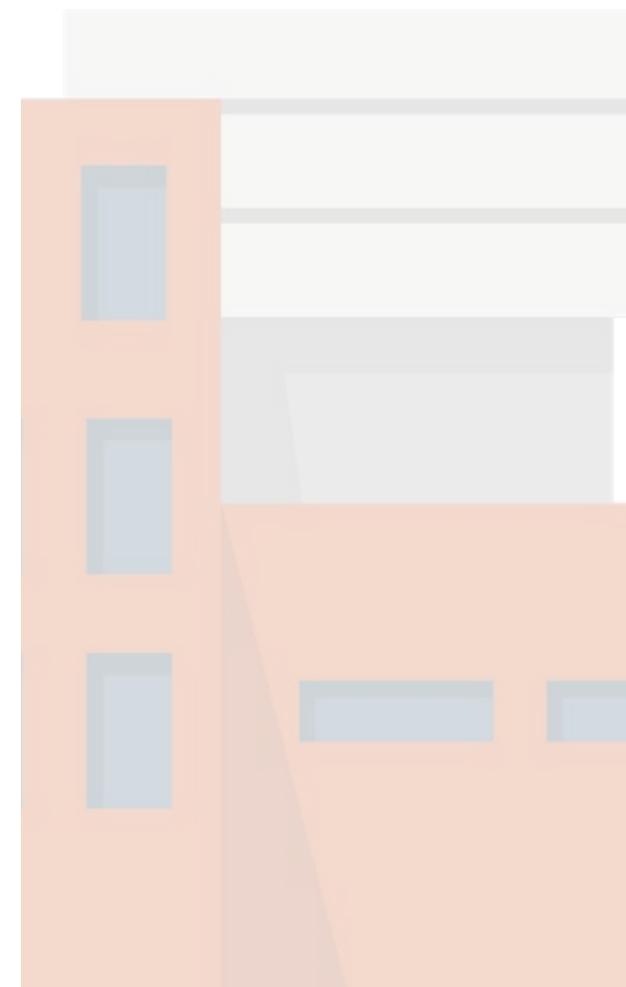
En eventuales escenarios contrarios a la libertad de empresa, las mayores limitaciones se intentan, por medio de actos administrativos que exceden e pretenden anular la libertad de empresa. La arbitrariedad administrativa constituye riesgo para las libertades económicas.

5.3. Trato discriminatorio

Otro riesgo para la libertad de empresa se encuentra en las eventuales medidas discriminatorias, las cuales serían contrarias al artículo 13 de la Constitución, el cual señala que todas las personas “recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”.

Aunque las autoridades tienen prohibida la discriminación, tienen permitido introducir diferenciaciones con criterios objetivos y razonables. La razonabilidad de las distintas distinciones se evalúa a través de un juicio de razonabilidad, el cual, como se ha explicado, es por lo general de intensidad débil cuando se trata de una medida económica¹¹⁰. Sin embargo, “en materia económica una norma que discrimine por razón de la raza o la opinión política sería claramente sospechosa y seguramente el test leve no sería el apropiado”¹¹¹. En tales casos, la norma estaría sujeta a un test estricto, en el cual se debe demostrar la búsqueda de un objetivo constitucionalmente imperioso, y además el juez constitucional debe indagar acerca de la necesidad y la proporcionalidad en estricto sentido de la medida.

Una administración hostil a la libertad de empresa puede, eventualmente, intentar discriminar a empresas de determinados sectores productivos dependiendo de su opinión política. En tales casos, será necesario demostrar el criterio discriminatorio utilizado con el fin de impulsar a los jueces a emplear los criterios más estrictos de control constitucional respecto de las medidas.



Una administración hostil a la libertad de empresa puede intentar discriminar a empresas de determinados sectores productivos dependiendo de su opinión política. En tales casos, será necesario demostrar el criterio discriminatorio utilizado con el fin de impulsar a los jueces a emplear criterios más estrictos de control de constitucional respecto de las medidas.

5.4. Desviación de poder

Las decisiones hostiles a la libertad de empresa pueden no mostrar sus intenciones abiertamente. Existen decisiones que pueden presentarse públicamente como neutras, objetivas e incluso como dirigidas a lograr el bienestar de la población y el interés general, pero que realmente estén guiadas por un objetivo distinto, dirigido a perjudicar a determinados particulares.

La jurisprudencia del Consejo de Estado considera la desviación del poder como un vicio de nulidad de los actos administrativos. La desviación de poder ocurre en dos circunstancias: “aquellos casos en que i) el acto o contrato administrativo es ajeno a cualquier interés público –venganza personal, motivación política, interés de un tercero o del propio funcionario; y, ii) el acto o contrato es adoptado en desarrollo de un interés público, pero que no es aquel para el cual le fue conferida competencia a quien lo expide o celebra; categoría a la que se aproxima igualmente la desviación de procedimiento en la que la administración disimula el contenido real de un acto, bajo una falsa apariencia, recurriendo a un procedimiento reservado por la ley a otros fines, con el fin de eludir ciertas formalidades o de suprimir ciertas garantías”¹¹².

Esta doctrina de desviación de poder puede permitir eventualmente cuestionar decisiones administrativas que busquen, bajo un manto de objetividad, castigar o perjudicar a determinadas empresas o sectores económicos.

La Corte Constitucional ha sido muy cautelosa en declarar inconstitucional una ley por desviación de poder. En 1998, consideró una demanda contra la Ley 335 de 1996 que alegaba que esta ley buscaba “generar consecuencias y cargas negativas para las programadoras que habían informado ampliamente y desplegado actividades de periodismo

investigativo sobre el proceso 8000”. La Corte se declaró inhibida en el caso concreto debido a que, en su concepto, se presentaba el fenómeno de la cosa juzgada. Sin embargo, en abstracto admitió la posibilidad de que una ley pudiera incurrir en el vicio de desviación de poder:

“La Corte admite la posibilidad de que se pueda invocar la desviación de poder o de las atribuciones propias del legislador que la Constitución le confiere, como motivo para excluir del ordenamiento jurídico una disposición inconstitucional, pero advierte que aquella no es, como en el derecho administrativo, una causal que pueda invocarse en forma autónoma para pretender la declaración de inconstitucionalidad de una norma; se requiere, por consiguiente, que se alegue y se demuestre por el demandante, en cada caso, que la finalidad perseguida por el legislador es contraria a las normas que en concreto recogen los valores, los principios, los derechos, los deberes y los fines constitucionales.

Consecuente con lo anterior estima la Sala que se trasgreden las normas receptoras de los aludidos valores, por vía de ejemplo, en los siguientes casos: I) cuando la ley tiene una finalidad discriminatoria, es decir, no realiza el principio de igualdad; II) cuando se desvía la voluntad legislativa del norte que le impone la Constitución de asegurar el respeto a la dignidad humana, y de realizar los fines esenciales del Estado (arts. 1 y 2 C.P.); III) cuando el órgano legislativo se aparta del fin de consultar la justicia, el interés general y el bien común, y decreta “actos de proscripción o persecución contra personas naturales o jurídicas” (arts. 133 y 136-5).”¹¹³

Así, por ejemplo, si respecto de una ley se demuestra un ánimo persecutorio contra una empresa o grupo de empresas, esta podría eventualmente ser cuestionada ante la Corte Constitucional por desviación de poder.

5.5. Desconocimiento de la seguridad jurídica y la confianza legítima

Por último, cabe recordar el concepto de confianza legítima que protege a la empresa de cambios intempestivos en el entorno jurídico, incluyendo cambios abruptos en la legislación o en la regulación. La confianza legítima no impide los cambios ni congela las normas, pero sí exige que a quienes se vean afectados por los cambios se les proporcionen el tiempo y los medios para hacer una transición hacia la nueva situación.

La Corte Constitucional ha admitido que el respeto por la confianza legítima forma parte del derecho colombiano, desde la sentencia C-478 de 1998, en la cual la Corte señaló que:

“Se trata entonces de situaciones en las cuales el administrado no tiene realmente un derecho adquirido, pues su posición jurídica es modificable por las autoridades. Sin embargo, si la persona tiene razones objetivas para confiar en la durabilidad de la regulación, y el cambio súbito de la misma altera de manera sensible su situación, entonces el principio de la confianza legítima la protege. En tales casos, en función de la buena fe (CP art. 83), el Estado debe proporcionar al afectado tiempo y medios que le permitan adaptarse a la nueva situación. Eso sucede, por ejemplo, cuando una autoridad decide súbitamente prohibir una actividad que antes se encontraba permitida, por cuanto en ese evento, es deber del Estado permitir que el afectado pueda enfrentar ese cambio de política.”¹¹⁴

La confianza legítima no impide que se realicen cambios en la legislación. Sin embargo, permite cuestionar los cambios súbitos, con el fin de otorgar a los particulares el tiempo y medios para adaptarse a la nueva política.

En la sentencia C-007 de 2002, la Corte incluso admitió la posibilidad de aplicar la confianza legítima respecto de la modificación y eliminación de exenciones tributarias, aunque en el caso concreto no encontró probados los elementos que la configuran. En esta oportunidad, advirtió que “la seguridad jurídica no impide cambios en las reglas de juego pero sí exige que éstos no se hagan arbitraria y súbitamente sin consideración alguna por la estabilidad de los marcos jurídicos que rigen la acción de las personas y en desmedro de la previsibilidad de las consecuencias que se derivan para los particulares de ajustar su comportamiento a dichas reglas”¹¹⁵.

Si respecto de una ley se demuestra un ánimo persecutorio contra una empresa o grupo de empresas, esta podría eventualmente ser cuestionada ante la Corte Constitucional por desviación de poder.

La confianza legítima no impide que se realicen cambios en la legislación. Sin embargo, permite cuestionar los cambios súbitos, con el fin de otorgar a los particulares el tiempo y medios para adaptarse a la nueva política.



Las empresas son fundamentales para la materialización del Estado Social y Democrático de Derecho.

La función social de las empresas es tan amplia que la libertad de empresa es constitucionalmente valorada por razones que van más allá de su contribución a los impuestos y al trabajo. Por tal motivo, la Constitución protege la libertad de empresa.

La realización de los fines del Estado Social de Derecho requiere un buen funcionamiento de los mercados, con un grado amplio de libertad para que las personas concurren a la oferta de bienes y servicios. La Constitución de 1991 no admite un sistema de economía centralmente planificada.

Las empresas son organizaciones medulares de la sociedad civil que contribuyen al pluralismo democrático y representan una manera de participar en la vida de la nación amparada por el principio de democracia participativa.

La ciudadanía activa con derechos, contemplada en la Constitución de 1991, incluye la concepción de un ciudadano que participa en la vida económica de la Nación por medio del emprendimiento y en ejercicio de sus libertades económicas.

En el ejercicio de la libertad de empresa están involucrados varios derechos fundamentales. Entre ellos el libre desarrollo de la personalidad, la dignidad humana, la libertad de asociación, el derecho a la propiedad y la libertad de investigación.



La libertad de empresa contribuye a realizar los fines del Estado Social de Derecho. Entre ellos, la prestación eficiente de los servicios públicos, el acceso al crédito y al sistema financiero, la vivienda digna, la libertad de información, la cobertura de salud, la seguridad alimentaria, el acceso a servicios digitales, la educación, el acceso a la cultura, el derecho al trabajo y el derecho a escoger profesión u oficio.

La Constitución contempla diversas garantías institucionales para la libertad de empresa:



La libertad de empresa contribuye a realizar los fines del Estado Social de Derecho. Entre ellos, la prestación eficiente de los servicios públicos, el acceso al crédito y al sistema financiero, la vivienda digna, la libertad de información, la cobertura de salud, la seguridad alimentaria, el acceso a servicios digitales, la educación, el acceso a la cultura, el derecho al trabajo y el derecho a escoger profesión u oficio.

Contempla garantías sustantivas, como el principio de legalidad, las limitaciones al poder de expropiar incluyendo la indemnización justa, previa y plena, acoge el concepto de expropiación indirecta y prohíbe las penas de confiscación.



Establece límites a los posibles límites a la libertad de empresa. Exige que las intervenciones del Estado sean mandadas por la ley (reserva legal), respeten el núcleo esencial de la libertad de empresa (ej. no invadan los asuntos internos de una empresa), y sean razonables a la luz del fin buscado.

Impide que se impongan deberes a los particulares que no se encuentren previstos en la ley o sean desproporcionados.



Contempla garantías judiciales, incluyendo el acceso a la tutela y a la acción pública de inconstitucionalidad, y otras acciones públicas.

Impide adoptar medidas arbitrarias en el marco de un estado de emergencia. La Corte Constitucional debe verificar los motivos del estado de emergencia, y además puede limitar las medidas a adoptar, asegurando que sean proporcionales y respeten la libertad económica y el derecho de propiedad.

Existen distintas medidas que amenazan la libertad de empresa. Entre ellas, la estigmatización del sector empresarial en el discurso oficial, el exceso en la potestad reglamentaria, el trato discriminatorio, la desviación de poder y el desconocimiento de la seguridad jurídica y confianza legítima. Para cada uno de estos comportamientos, la Constitución prevé herramientas jurídicas que permiten contrarrestarlos.

Citas

1 Sentencia C-776 de 2003.

2 Sentencia SU-111 de 1997.

3 Sentencia C-228 de 2012.

4 Sentencia C-1064 de 2001.

5 Constitución Política, Artículo 334. La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario. [...]

6 Acto Legislativo 1 de 1936, Artículo 11. El Estado puede intervenir por medio de leyes en la explotación de industrias o empresas públicas y privadas, con el fin de racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas, o de dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho. II Parágrafo. Las leyes que se dicten en ejercicio de la facultad que otorga este Artículo, requieren para su aprobación el voto favorable de la Mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara. ”

7 Acto Legislativo 1 de 1945, artículo 4: “Artículo 4º. El Artículo 28 de la Constitución quedará así: II ARTÍCULO 28 II El Estado puede intervenir por mandato de la ley en la explotación de industrias o empresas públicas y privadas, con el fin de racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas, o de dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho. II Esta función no podrá ejercerse en uso de las facultades del Artículo 69, ordinal 12, de la Constitución.”

8 Constitución Política, artículo 58: “La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica.”

9 Constitución Política, Artículo 367.

10 Sentencia SU-642 de 1998.

11 Sentencia C-221 de 1994.

12 Sentencia T-881 de 2002.

13 Sentencia C-063 de 2021.

14 Sentencia C-228 de 2010.

15 Sentencia -063 de 2021.

16 Ibíd.

17 Ibíd.

18 Constitución Política, artículo 333: “[...] La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. [...]”

19 Ibíd.

20 Sentencias C-524 de 1995, C-616 de 2001, C-228 de 2010 y C-263 de 2011.

21 Sentencias C-263 de 2011, C-197 de 2012 y C-909 de 2012.

22 Código de Comercio, artículo 218.

23 Ley 142 de 1994, artículo 58.

24 Ley 906 de 2004, artículo 91.

25 Sentencia C-021 de 1996.

26 Sentencia C-351 de 2013.

27 Sentencia C-580 de 2001.

28 Sentencia C-015 de 1996.

29 Sentencia C-608 de 2017.

30 Ley 278 de 1996, artículo 5, literal b.

31 Ley 152 de 1994, artículo 9, numeral 2.

32 Sentencia C-191 de 1996: “La Corte considera entonces que, por el carácter público y coactivo de los recursos parafiscales que manejan estas entidades, asociaciones o agremiaciones, es legítimo que la ley ordene la elección democrática de sus representantes. No se trata entonces de una injerencia de las autoridades en la autonomía de una entidad asociativa que pudiera desconocer su autonomía interna y, por ende, violar el derecho de asociación (CP art. 38), sino que es una expresión del carácter democrático que, por mandato de la propia Constitución, deben tener ciertas entidades, por las funciones particulares que ejercen en la sociedad (CP arts 26, 39 y 103)”

33 https://www.ohchr.org/documents/events/ohchr20/vdpa_booklet_spanish.pdf

34 Sentencia T-406 de 1992.

35 Constitución Política, artículo 2.

36 Ver sentencia T-881 de 2002.

37 Sentencia T-595 de 2017.

38 Sentencia C-384 de 2000.

39 Sentencia C-975 de 2002.

40 Sentencia T-585 de 2019.

41 Constitución Política, artículo 333.

42 Sentencia C-150 de 2003.

43 Ibíd.

44 Ley 143 de 1994, art. 7.

45 Mauricio Cárdenas, Introducción a la economía colombiana, cuarta edición.

46 Sentencia C-138 de 2018.

47 Constitución Política, art. 69.

48 Constitución Política, art. 51.

49 Sentencia T-243 de 2020.

50 Sentencia T-592 de 2003.

51 Sobre este derecho y su naturaleza de derecho fundamental, ver sentencia T-760 de 2008.

52 Ley 100 de 1993, artículo 180.

- 53 Jhorland Ayala García, Del situado fiscal al SGP: evolución y logros de las participaciones territoriales en Colombia, Banco de la República, 2021.
- 54 Sentencia T-325 de 2017.
- 55 Sentencia T-348 de 2012.
- 56 Sentencia T-030 de 2020.
- 57 Sentencia SU-624 de 1999.
- 58 *Ibíd.*
- 59 Bases del Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022, p. 725: “X. Pacto por la protección y promoción de nuestra cultura y desarrollo de la economía naranja”
- 60 Sentencia T-611 de 2001.
- 61 Constitución Política, artículo 334.
- 62 Constitución Política, artículo 189, numerales 22 y 24.
- 63 Sentencia C-150 de 2003.
- 64 Declarado nulo parcialmente en Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 14 de mayo de 2020, Rad. 11001032400020150054200.
- 65 Ley 142 de 1994, artículo 71.
- 66 Sentencia C-1074 de 2002.
- 67 *Ibíd.*
- 68 *Ibíd.*
- 69 Sentencia C-750 de 2008. La figura de la expropiación indirecta es, a grandes rasgos, equivalente con las regulatory takings que, de acuerdo con el derecho estadounidense, son equivalentes a expropiaciones.
- 70 Sentencia C-677 de 1998.
- 71 Sentencia C-186 de 2011.
- 72 Constitución Política, artículo 150-19.
- 73 Constitución Política, artículo 189-25.
- 74 Sentencia C-150 de 2003.
- 75 Sentencia C-615 de 2002.
- 76 *Ibíd.*
- 77 Sentencia C-867 de 2001.
- 78 Sentencia C-150 de 2003.
- 79 Sentencias C-263 de 2011, C-197 de 2012 y C-909 de 2012.
- 80 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 23 de mayo de 2012, Rad. 40743, C.P. Enrique Gil Botero.
- 81 La Corte sí ha declarado inconstitucionales algunas limitaciones a la libertad de empresa por ser desproporcionadas, como se detalla en la siguiente subsección de este documento.
- 82 Sentencia C-486 de 2009.
- 83 Sentencia C-830 de 2010.
- 84 *Ibíd.*
- 85 Sentencia C-673 de 2001.
- 86 Sentencia C-063 de 2021.
- 87 Sentencia C-974 de 2002.
- 88 Sentencia C-767 de 2014.
- 89 Sentencia C-246 de 2002.
- 90 Sentencia SU-182 de 1998.
- 91 Sentencia C-254 de 2009.
- 92 Sentencia C-252 de 2010.
- 93 Sentencia C-216 de 2011.
- 94 Sentencia C-409 de 2020.
- 95 *Ibíd.*
- 96 *Ibíd.*
- 97 *Ibíd.*
- 98 Sentencia C-272 de 2011.
- 99 Ver, entre muchas otras, la sentencia C-151 de 2020.
- 100 Ver por ejemplo la sentencia T-361 de 2020, en la cual se protegió el buen nombre comercial de una aseguradora frente a la publicación de una valla que la desacreditaba comercialmente. La Corte Constitucional indicó que “[c]uando la afectación del buen nombre de la compañía se genera por una divulgación que obedezca al propósito deliberado de causar una afectación en función de lo que se percibe en un incumplimiento de la empresa, que no ha sido acreditado ante las instancias competentes, el juez constitucional, para conceder el amparo, debe advertir: (a) que de lo aportado en sede de tutela se pueda concluir que lo expresado no corresponde a la verdad; y (b) que la expresión publicada tenga la capacidad para causar un menoscabo efectivo del buen nombre comercial o good will, que es un activo valioso de la personas jurídicas.”
- 101 Sentencia T-386 de 2021.
- 102 *Ibíd.*
- 103 Corte IDH. Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 76(k).
- 104 Corte IDH. Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2015. Serie C No. 293, párr. 75.
- 105 *Ibíd.*, punto resolutivo 15.
- 106 Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 6 de julio de 2017, Rad. 11001-03-24-000-2008-00390-00(0585-09).
- 107 Sentencia C-699 de 2015.
- 108 Sentencia C-1005 de 2008.
- 109 *Ibíd.*
- 110 Sentencia C-673 de 2001.
- 111 Sentencia C-673 de 2001.
- 112 Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 30 de marzo de 2017, Rad. 3822-15.
- 113 Sentencia C-456 de 1998.
- 114 Sentencia C-478 de 1998.
- 115 Sentencia C-007 de 2002.



PROBOGOTÁ

Fundación para el progreso de la Región