

INTERVENCIÓN DEL ESTADO COLOMBIANO EN EL SECTOR SOLIDARIO

Por
ALEXANDER CRUZ MARTINEZ

ROCÍO ARAUJO OÑATE
Directora

Informe final de investigación para optar al título de Magister en Derecho
Administrativo

**UNIVERSIDAD DEL ROSARIO
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
BOGOTÁ DC
2010**

CONTENIDO

	pág.
INTRODUCCIÓN	7
 1. LAS GARANTÍAS DE IGUALDAD Y LIBERTAD COMO FUNDAMENTOS DE LA ACTIVIDAD INTERVENTORA DEL ESTADO EN LAS ACTIVIDADES DE LOS PARTICULARES	 9
1.1 PRESENTACIÓN DEL CAPÍTULO	9
1.2 EL ESTADO COMO GARANTE DE LA LIBERTAD Y SU INTERVENCIÓN MÍNIMA EN LA ESFERA PRIVADA	9
1.2.1 Enfoque constitucional	9
1.2.2 Enfoque político	12
1.3 EL ESTADO COMO GARANTE DE LA IGUALDAD Y SU INTERVENCIÓN NECESARIA EN LA ESFERA PRIVADA	18
1.3.1 Enfoque constitucional	18
1.3.2 Enfoque político	22
1.4 EL ESTADO COMO GARANTE DE LA IGUALDAD Y LA LIBERTAD CONVERGENTES	24
1.4.1 Presentación general	24
1.4.2 Límites a la libertad y la igualdad a partir de la intervención del Estado	28
1.5 CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO	32
 2. EL MODELO DE INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA	 34
2.1 PRESENTACIÓN DEL CAPÍTULO	34
2.2 EL MODELO ECONÓMICO COLOMBIANO	34
2.2.1 Conceptualización	34
2.2.2 Antecedentes históricos	36
2.2.3 Las libertades de orden económico: libertad económica, libertad de empresa y libertad de competencia	39
2.2.4 Enunciación de la cláusula de intervención en la Constitución Política	41

2.3	ÁMBITOS Y TIPOLOGIA DE LA INTERVENCIÓN	45
2.3.1	El mercado y sus fallas	45
2.3.2	Ámbitos de interferencia estatal	48
2.3.3	Tipología de la intervención	49
2.4	CARACTERISTICAS DE LA INTERVENCIÓN ECONÓMICA	51
2.5	INSTRUMENTOS DE INTERVENCIÓN	53
2.5.1	La actividad de policía	54
2.5.2	La función normativa y la regulación administrativa en materia económica	56
2.5.3	El servicio público	68
2.5.4	La gestión económica	70
2.5.5	La planeación y la política económica	73
2.5.6	El fomento	76
2.6	CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO	77
3.	LA ACTIVIDAD INTERVENTORA DEL ESTADO EN EL SECTOR SOLIDARIO	80
3.1	PRESENTACIÓN DEL CAPITULO	80
3.2	JUSTIFICACION DE LA INTERVENCIÓN EN EL SECTOR SOLIDARIO	80
3.3	PRINCIPIOS	86
3.3.1	Solidaridad	86
3.3.2	Primacía de la persona sobre los medios de producción	88
3.3.3	Empresarialidad o emprendimiento solidario	89
3.3.4	Autonomía: autogestión, autodeterminación, autocontrol y autogobierno	89
3.3.5	Sin ánimo de lucro	90
3.3.6	Otros principios	93
3.4	ACTORES	94
3.4.1	Entidades de promoción, fomento, inspección, vigilancia y control	96
3.4.1.1	Entidades estatales	96
3.4.1.2	Entidades de otra naturaleza	100
3.4.2	Organizaciones solidarias	101
3.4.2.1	Organizaciones de economía solidaria OES	101
3.4.2.2	Organizaciones solidarias de desarrollo OSD	118
3.4.3	Organizaciones asimiladas que no pertenecen al sector	128
3.4.3.1	Empresas asociativas de trabajo	128

3.4.3.2	Sociedades agrarias de transformación	129
3.5.	INSTRUMENTOS DE INTERVENCIÓN EN EL SECTOR	129
3.5.1	Enunciación	129
3.5.2	Pronunciamientos judiciales en torno a la dinámica interventora a través de los diferentes instrumentos	132
3.6	LOS MODELOS	141
3.7	CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO	143
4.	MODELOS DE INTERVENCIÓN FUERTE Y LIGERA EN EL SECTOR SOLIDARIO	146
4.1	PRESENTACIÓN DEL CAPÍTULO	146
4.2	ESTUDIO DEL MODELO DE INTERVENCIÓN FUERTE: COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO Y COOPERATIVAS QUE EJERCEN ACTIVIDAD FINANCIERA	146
4.2.1	Cooperativas de trabajo asociado	146
4.2.1.1	Importancia y marco jurídico	146
4.2.1.2	Principales características	149
4.2.1.3	Aspectos relevantes de la intervención estatal en su dinámica interna	151
4.2.1.4	Análisis del modelo de intervención	155
4.2.2	Cooperativas con actividad financiera	158
4.2.2.1	Presentación general	158
4.2.2.2	Aspectos relevantes de la supervisión	165
4.2.2.3	Análisis del modelo de intervención	168
4.3	ESTUDIO DEL MODELO DE INTERVENCIÓN LIGERA: FUNDACIONES ASOCIACIONES Y CORPORACIONES	171
4.3.1	Aspectos generales	171
4.3.2	Regímenes jurídicos	180
4.3.3	Análisis del modelo de intervención	184
4.4	EVALUACIÓN DE LOS MODELOS DE INTERVENCIÓN	185
4.5	CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO	189
5.	APLICACIÓN DE ALGUNOS INSTRUMENTOS DE INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN EL SECTOR SOLIDARIO	192
5.1	PRESENTACIÓN DEL CAPÍTULO	192

5.2	LA TRIBUTACIÓN EN EL SECTOR SOLIDARIO	192
5.3	LA PLANEACIÓN	194
5.3.1	Directrices de los planes de desarrollo contenidos en las leyes 812 y 1151 en relación con el sector solidario en Colombia	194
5.3.2	El Documento Conpes 3639 de 2010	197
5.4	EL ACCIONAR LEGISLATIVO	199
5.4.1	Proyectos de Ley recientes	199
5.4.1.1	Proyecto de Ley 144 de 2002 Senado	199
5.4.1.2	Proyecto de Ley 118 de 2004 Senado	208
5.4.2	Lineamientos propuestos	213
5.5	CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO	218
	CONCLUSIONES	221
	BIBLIOGRAFÍA	227

RESUMEN

Los principios de igualdad y libertad condicionan y modulan la dinámica interventora del Estado en las actividades de los ciudadanos y en especial en las de tipo económico, en donde los gobernantes debe atender a los mandatos constitucionales a efectos de incidir o no en determinados sectores y actividades, de acuerdo con la importancia y los fines definidos en la Carta Política.

En relación con el sector solidario, la misma Constitución ordena su protección, fomento y fortalecimiento, lo cual debe hacerse efectivo a través de una serie de instrumentos que dependen en gran medida del tipo de organización en específico. Sin embargo, ello no resulta del todo fácil por la misma situación de indefinición que las caracteriza a pesar de la existencia de un marco legal.

Para estos efectos se ha identificado una intervención fuerte que se lleva a cabo para las cooperativas de trabajo asociado y con actividad financiera, de una parte, y una intervención ligera que corresponde a las asociaciones, corporaciones o asociaciones, desde el enfoque de la supervisión de la actividad. Empero, desde el fomento se nota una considerable despreocupación del Estado que requiere un cambio en el accionar público, pues el sector solidario constituye un motor de desarrollo social y coadyuva en la realización de los cometidos estatales.

Palabras claves: Intervención del Estado en la economía, sector solidario, modelo económico, intervención fuerte, intervención ligera, regulación económica, instrumentos de intervención, constitución económica.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación pretende exponer algunas ideas respecto a si el Estado colombiano ha desarrollado mecanismos efectivos de intervención que garanticen la promoción, protección y fortalecimiento de las formas solidarias, partiendo del respeto al principio de autonomía, autodeterminación y autogobierno en que ellas se fundan y en cumplimiento de lo ordenado por los artículos: 58 de la Constitución Política que señala que “El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad” y 333 que indica que “El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial”.

Con tal propósito, esta investigación se desarrolla a través de cinco capítulos. En el primero se estudian, desde la óptica económica y política, los principios de igualdad y libertad como fundamentos de la actividad interventora del Estado y se presenta el escenario de convergencia de éstos para edificar la teoría del Estado Social de Derecho.

En el segundo capítulo se define y se caracteriza el modelo económico colombiano describiendo cómo es el proceso de intervención del Estado en nuestra economía, cuáles son sus fundamentos y sus fines y qué hace cada una de las estructuras constitucionales frente a la dinámica económica a través de los instrumentos de intervención.

El tercer capítulo presenta el sector solidario, en su concepción histórica, finalística y orgánica. Caracterizarlo no es una tarea fácil ya que ni la legislación ni la doctrina han logrado ponerse de acuerdo en los alcances del sector como algo más amplio que la simple economía solidaria, o que el sector asociativo no lucrativo; lo cierto es que éste posee una racionalidad que trasciende lo económico y se constituye en un generador de capital social, permitiendo afirmar que la intervención estatal tiene unos contenidos, instrumentos y fines específicos y particulares.

A su turno, el cuarto capítulo describe de manera general dos modelos de intervención en el sector: el modelo fuerte, de barreras de entrada y de control, que se aplica a las cooperativas de trabajo asociado y a las que ejercen actividad de ahorro y crédito y financieras, lo cual se justifica en la medida en que en la práctica se venían pervirtiendo los fines sociales en detrimento de los derechos de los trabajadores; de otro lado se presenta el modelo de intervención ligera que se aplica a las fundaciones, corporaciones y asociaciones. Éste es demasiado flexible, al punto que también ha sido empleado inadecuadamente en la práctica para fines totalmente contrarios a la filosofía de estas organizaciones.

En última instancia, el quinto capítulo señala cómo se aplican tres instrumentos típicos tales como la tributación, la planeación y el accionar legislativo. Por tanto se hace un recuento de los principales aspectos que contienen los proyectos de Ley que se han presentado ante el Congreso de República intentando en principio reorganizar el sector. Si bien es cierto que ellos contienen elementos valiosos de intervención y desregularización, aún falta enriquecerlos a partir de debates

académicos que cuestionen la pertenencia de los diferentes instrumentos y la función de regulación de los mercados en los que se desarrollan sus propósitos.

Cabe anotar que esta investigación interesa de manera especial al derecho administrativo en cuanto es a través de la administración misma y de sus medios de actuar que se lleva a cabo la intervención, dentro de un marco de finalidades y propósitos públicos instituidos en la Constitución y en la Ley. En otras palabras, aunque el legislativo, como Estado, puede definir esos dispositivos y los jueces pueden hacer efectivas las garantías, interesa especialmente el papel de la administración de cara al actuar de las organizaciones solidarias.

Esta investigación también pretende determinar cuáles son los instrumentos de intervención del Estado en la economía solidaria, pero especialmente, analizar la efectividad de los mismos frente al mandato constitucional sobre promoción, protección y fortalecimiento de estas organizaciones.

Sobre este asunto se puede suponer, a manera de hipótesis, que tal intervención hasta el momento no ha sido idónea para lograr el cometido constitucional puesto que si bien es cierto que existe un andamiaje administrativo del nivel central encargado de formular la política pública para el sector y de ejercer la supervisión de las organizaciones y de sus actividades, ella no resulta suficiente para atenderlas en todo el ámbito nacional.

Otro aspecto a considerarse, es que no hay una definición clara de las organizaciones del sector ni una asignación específica de algunos instrumentos de fomento en cabeza de una sola autoridad, ya sea por la tipología o por la actividad que desempeñan, lo cual dificulta lograr los fines de la intervención. Planteado este panorama, se presentan entonces los resultados de esta investigación que se considera importante para las ciencias jurídicas y en especialmente para el derecho administrativo, dejando abierta la puerta para que la academia y los juristas opinen, critiquen y enriquezcan las ideas aquí esbozadas.

LAS GARANTÍAS DE IGUALDAD Y LIBERTAD COMO FUNDAMENTOS DE LA ACTIVIDAD INTERVENTORA DEL ESTADO EN LAS ACTIVIDADES DE LOS PARTICULARES

1.1 PRESENTACIÓN DEL CAPÍTULO

Las garantías de la libertad y de la igualdad han estado históricamente enfrentadas generando tensiones ideológicas. Tratando de aliviarlas, filósofos y doctrinantes han propuesto modelos de pensamiento, en cuyo núcleo siempre ha permanecido la discusión sobre el respeto al derecho de propiedad y a la necesidad de que el aparato estatal incida o no en los procesos económicos de los individuos, dependiendo de la ponderación e importancia que se le dé a cada una de éstas.

En este capítulo se presenta, de manera general, el marco constitucional colombiano de estas prerrogativas a partir de la interpretación que la Corte Constitucional Colombiana ha hecho en relación con su defensa y se desarrolla la idea de que el Estado, con base en un mandato constitucional interviene o no en las actividades de los particulares, o adopta cualquier posición intermedia; de tal manera que una Constitución igualitarista generará un Estado socialista de corte inminentemente intervencionista, mientras que una Constitución fundada en la libertad dará pie a un Estado Liberal de Derecho en el que éste no incide, o lo hace poco, en la esfera privada.

1.2 EL ESTADO COMO GARANTE DE LA LIBERTAD Y SU INTERVENCIÓN MÍNIMA EN LA ESFERA PRIVADA

1.2.1 Enfoque constitucional

A continuación se presenta un recuento de los enfoques e interpretaciones que la Corte Constitucional Colombiana ha realizado en relación con la libertad, como derecho o como garantía:

- **La cláusula de libertad**

Un primer límite a las libertades de los ciudadanos lo constituye el derecho como sistema normativo. La Corte Constitucional ha reconocido que ésta es la única alternativa de vida civilizada y que además es el instrumento con que cuenta el Estado para promover la integración social, satisfacer las necesidades colectivas, establecer pautas de comportamiento y decidir los conflictos que se presentan al interior de la sociedad¹. Esta interferencia, que el derecho ejerce sobre el comportamiento humano, propende por el mantenimiento de un orden social y está mediada por las convicciones filosóficas, políticas y sociales imperantes en cada

¹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-802/02, M. P.: Jaime Córdoba Triviño. Bogotá: 2 de octubre de 2002.

época que hacen que el Estado asuma, en cada caso, un modelo de organización que puede ir desde el autoritarismo hasta el liberalismo².

Por ello en el Estado de Derecho, que tiene como uno de sus pilares la garantía de las libertades, se parte del supuesto de que el individuo goza, en principio, de una libertad ilimitada que le habilita para realizar todo aquello que no le esté expresamente prohibido por una norma jurídica. De esta manera es libre y no necesita disposición alguna que le permita el ejercicio de su libertad. De ahí que sea posible concluir que efectivamente existe una cierta esfera en la que el Estado no puede entrar y si, de hecho penetra, existen formas jurídicas para sacarlo de allí. Esa esfera funciona con un ámbito de libertad y es un dique que protege del Estado y sirve para controlar el poder político³.

También ha dicho la Corte Constitucional en relación con la libertad que, como principio y como derecho humano, que le reconoce al hombre el poder de autodeterminarse, comprende en su núcleo esencial tanto “la posibilidad y el ejercicio positivo de todas las acciones dirigidas a desarrollar las aptitudes y elecciones individuales que no pugnen con los derechos de los demás ni entrañen abuso de los propios”, así como “la proscripción de todo acto de coerción física o moral que interfiera o suprima la autonomía de la persona sojuzgándola, sustituyéndola, oprimiéndola o reduciéndola indebidamente”⁴.

La cláusula general de libertad, que se consagra en los textos constitucionales, es una opción política que representa una visión del hombre y del ámbito de interferencia que recíprocamente se le reconoce al Estado; sin embargo ésta, no es la única alternativa con que han contado las sociedades para afincar los cimientos de su organización política y jurídica pues históricamente ha concurrido también la posibilidad de concebir al hombre como un ser incapaz de trazar su propio destino⁵.

- **Restricciones a la libertad y orden público**

Si se opta por la aplicación de la cláusula general de libertad en la organización política, se debe reconocer a la persona humana la facultad de desplegar libremente su personalidad sin más limitaciones que las impuestas por el reconocimiento de los demás como seres dignos y, en consecuencia, libres. De allí que la cláusula general de libertad se conciba de tal manera que promueva un punto de equilibrio entre el despliegue de las propias potencialidades de cada ser humano y el reconocimiento de los espacios necesarios para la realización de las demás personas como seres titulares de iguales atributos.

² CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-802/02, M. P.: Jaime Córdoba Triviño. Bogotá: 2 de octubre de 2002.

³ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-501/01, Salvamento de voto de Jaime Araujo. Bogotá: 15 de mayo de 2001.

⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-301/93, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá: 2 de agosto de 1993.

⁵ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-252/03, M. P.: Jaime Córdoba Triviño Bogotá: 25 de marzo de 2003

Es así como la vida en comunidad conlleva forzosamente el cumplimiento de una serie de deberes recíprocos por parte de los asociados; el más importante de ellos es el de respetar los derechos de los demás, y en consecuencia éstos deben ser ejercidos dentro de los parámetros de preservación de los valores esenciales para la vida comunitaria como son el orden, la convivencia pacífica, la salubridad pública, la moral social y especialmente la dignidad⁶.

Dentro de este marco y con tales fines, la libertad es restringida por el mismo Estado. De hecho, se deduce una regla legal que consiste en que al ciudadano lo que no le está expresamente prohibido le está permitido; mientras que al funcionario público lo que no le está expresamente atribuido, le está prohibido. Este esquema fundamental de relaciones entre gobernante y gobernado en un Estado de Derecho, es consecuencia del principio de que la libertad del hombre es en principio ilimitada, y de que el hombre era libre antes de entrar en relaciones políticas y debe continuar siéndolo dentro de éstas⁷.

Cabe anotar que esas restricciones encuentran fundamento en el concepto de orden público, entendiendo por tal, las condiciones mínimas de seguridad, tranquilidad, salubridad y moralidad que deben establecerse al interior de una comunidad para garantizar el normal desarrollo de la vida en sociedad. Su conservación implica la adopción, por parte de las autoridades, de medidas que regulen el ejercicio de los derechos y libertades de los gobernados. La aplicación de éstas debe extenderse hasta donde el mantenimiento del bienestar general lo haga necesario, con observancia de las condiciones mínimas de respeto a la dignidad humana y a los demás derechos fundamentales a través del llamado “poder de policía administrativo”⁸.

Tales restricciones deben estar plenamente justificadas⁹ en el cumplimiento de fines necesarios para la protección de derechos o bienes constitucionales y, además, ser notoriamente útiles y manifiestamente indispensables para el logro de tales objetivos. De otro lado, se requiere que el efecto negativo sobre la libertad

⁶ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia SU-476/97, M. P.: Vladimiro Naranjo. Bogotá: 25 de septiembre de 1997.

⁷ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-1053/01, Salvamento de voto de Jaime Araujo Rentarías y Rodrigo Escobar Gil. Bogotá: 4 de octubre de 2001.

⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia SU-476/97, M. P.: Vladimiro Naranjo. Bogotá: 25 de septiembre de 1997.

⁹ Estas restricciones se hacen efectivas a través del poder, la función y la actividad de policía. La Corte Constitucional ha distinguido estos conceptos de la siguiente manera: a. Poder de policía: Es la potestad de limitar o restringir el ejercicio de los derechos y las libertades públicas, que ordinariamente tiene el Congreso de la República mediante la expedición de Leyes, con el fin de preservar y restablecer el orden público. b. Función de policía: Es la potestad de aplicación o concreción de las normas legales dictadas en virtud del poder de policía, que ostentan autoridades administrativas, mediante la expedición de actos administrativos de contenido particular y concreto, tales como permisos o autorizaciones, órdenes, prohibiciones e imposición de medidas correctivas y sanciones. c. Actividad de policía: Es la potestad de ejecución material de las normas legales dictadas en ejercicio del poder de policía y de los actos administrativos expedidos en ejercicio de la función de policía, mediante el uso de la fuerza del Estado, por parte de los miembros de la Policía Nacional, por ejemplo, al realizar un allanamiento, vigilar y controlar el desarrollo de una manifestación pública o efectuar el cierre físico de un establecimiento abierto al público. Ver: CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-024/94, M. P.: Alejandro Martínez Caballero. Bogotá: 27 de enero de 1994; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-366/96, M. P.: Julio César Ortiz Gutiérrez. Bogotá: 14 de agosto de 1996; entre otras.

que se restringe, sea suficientemente mitigado con el beneficio que se alcance a raíz de su restricción. Al respecto la Corte Constitucional¹⁰ ha precisado que:

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

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

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

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

1.2.2 Enfoque político

El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define la libertad¹¹ como la facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos¹². Es decir que de acuerdo con esta acepción gramatical el actuar, o la omisión al actuar, es una decisión que asume cada individuo de manera autónoma, esto es, consciente y sin presión alguna. Aquí el Estado tiene un papel activo para garantizar que los individuos ejerzan su libertad de forma autónoma pues su neutralidad puede causar su restricción, en tanto que su consagración constitucional por si sola no basta para salvaguardarla a menos que existan verdaderos instrumentos, de la más alta jerarquía y con real efectividad, que la hagan posible.

Es difícil elaborar una definición universal sobre libertad, no obstante, se pueden tomar algunos elementos comunes y decir que es un atributo inherente a la persona humana para hacer y pensar en un determinado sentido o abstenerse de ello, conforme a su fuero interno, respetando los derechos de los demás y el ordenamiento jurídico. En este contexto, ella se entiende como algo que por esencia tiene límites, si no fuera así se estaría frente otro tipo de categorías totalmente

¹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-581/01, M. P.: Jaime Araujo Rentería. Bogotá: 6 de junio de 2001.

¹¹ Sobre la idea de libertad se edifica la doctrina del liberalismo cuya definición está ligada al contexto en el cual se vaya a emplear el término. Existe alguna confusión en relación con lo que debe entenderse por liberalismo, ya que en algunos casos se identifica la doctrina liberal con el partido liberal y se opone de manera directa a los postulados doctrinarios del partido conservador; de la misma forma, también se tiene como referente de esta categoría a la democracia y se le opone el totalitarismo. Ver: PLAZAS VEGA, Mauricio. Derecho de la Hacienda Pública y Derecho Tributario. Bogotá: Temis, 2000, p. 13.

¹² Ver Diccionario de la Real Academia de la Lengua [en línea], [Consultado 23 de mayo de 2007]. Disponible en <<http://buscon.rae.es/draeI/SrvltGUIBusUsual>>.

diferentes como son el libertinaje y el egoísmo, que tienen una connotación semántica negativa.

Teniendo en cuenta que la libertad puede manifestarse en múltiples y diferentes ámbitos del actuar y de la conciencia humanos como son la locomoción, el pensamiento, la escogencia de profesión u oficio, de establecimiento de empresa, etc., se han identificado las características particulares para que con base en ellas se establezcan esos límites y controles. Estos generalmente son impuestos por el aparato estatal a través de dispositivos formales como el derecho mismo y sus instituciones, lo cual no impide que existan instancias informales en el seno de la sociedad, la religión, la ética, etc.

Estos han sido desarrollados en las constituciones políticas en donde se presentan las bases para que los gobernantes de turno las efectivicen dando vida al pacto social del que emana la sociedad política, espacio en el que se ordenan y aconductan las relaciones de los individuos, bajo el entendido de que los hombres en su estado natural son bondadosos, buenos y respetan sus derechos, pero que al nacer la propiedad privada reina el egoísmo y la necesidad de unos parámetros que definan su actuar correcto¹³.

Partiendo del supuesto de que el liberalismo debe definirse con base en la libertad del individuo, es posible plantear que el liberalismo político¹⁴ nace como reacción a las doctrinas absolutistas monárquicas, cuyo planteamiento central se basaba en la libertad absoluta del monarca y en la gradación de la libertad en proporción con la tenencia de la tierra, de tal manera que quienes en la escala de propiedad no poseían nada quedaban despojados de cualquier libertad y eran reducidos a simples medios de producción¹⁵. La doctrina del liberalismo fue el fundamento del Estado de Derecho caracterizado por¹⁶.

a. Garantía plena por parte del Estado frente al ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas por parte de los asociados. Hasta aquí se han estudiado los conceptos libertades públicas y derechos fundamentales como una misma categoría, a pesar de que dentro de la teoría constitucional se hace una diferenciación sustancial entre ellos. Según Jean Rivero¹⁷, para la concepción liberal, los derechos fundamentales son inherentes al hombre por su condición humana, mientras que las libertades públicas se explican a partir de su consagración en una norma jurídica, acorde con un proceso de positivización del

¹³ RAMÍREZ CARDONA, Alejandro. El Estado de Justicia: Más allá del Estado de Derecho. Tercera edición. Bogotá: Editorial El Búho, 2006, p. 232.

¹⁴ El liberalismo político también es llamado liberalismo filosófico o liberalismo ideológico.

¹⁵ La revolución francesa marca el fin de ese antiguo régimen y el nacimiento de uno nuevo influenciado positivamente por el Estado de Derecho y negativamente por el excesivo individualismo y apoyo desmedido por el progreso de la sociedad burguesa capitalista, que se siente empoderada por la declaración de 1789, que en su artículo 17, consagra la propiedad como derecho “inviolable y sagrado”, en detrimento de los no propietarios. Agravado lo anterior por el hecho de haberse concebido la soberanía en un sentido nacional y no popular, que conllevó a que tributariamente se distinguieran ciudadanos activos y pasivos, dependiendo de la tenencia de bienes y consigo la defensa a ultranza del derecho de los propietarios contribuyentes a formar parte del cuerpo electoral (sufragio censitario) Ver: DÍAZ, Elías. Estado de Derecho y Sociedad Democrática. Bogotá: Aguilar, 1996, p. 42.

¹⁶ PLAZAS VEGA, Mauricio, op. cit., p. 20.

¹⁷ RIVERO, Jean. Páginas de Derecho Administrativo: Libro homenaje. Bogotá: Temis, 2002, p. 35.

derecho; de lo cual se concluye que la primera tiene un origen iusnaturalista mientras que la segunda, uno iuspositivista¹⁸.

Cada uno de los derechos fundamentales y de las libertades públicas del individuo son importantes, pero no todos tienen la misma jerarquía ni implican el mismo rol del Estado para garantizar su ejercicio. Algunas veces es necesario que éste permanezca neutro o se abstenga de actuar, en otros casos se requiere su actividad constante y permanente a través de diferentes medios. No así, en el Estado liberal que aparece con la revolución francesa se protegen por igual los derechos y libertades de los propietarios y de los no propietarios puesto que el premio de quienes llevaron a cabo y ganaron la revolución no fue repartido entre todos; sólo hasta siglos después la idea de igualdad en el disfrute de los derechos erradica, en teoría, las distinciones de raza, sexo, origen o condición, y democratiza su ejercicio.

Ahora bien, aparece una relación dialéctica entre el ejercicio de tales libertades por parte de las personas y el ejercicio del poder público por quienes han de gobernar, que se concreta en los conceptos “libertades límite y libertades oposición”¹⁹. Las primeras se vinculan de manera amplia con la teoría del pacto social en cuanto las libertades civiles constituyen un límite para el ejercicio del actuar del gobernante (vb.gr. derecho de propiedad, libertad de comercio, industria, de pensamiento). A su vez, las libertades oposición se entienden como la defensa contra la arbitrariedad del gobernante que resulta del ejercicio de libertades que se dirigen hacia el hecho de que las ideas de las personas se difundan ampliamente (vb.gr. prensa, reunión, asociación)²⁰.

b. Separación de poderes. Aunque este principio tiene sus raíces en Grecia, con base en las ideas de Aristóteles, es Montesquieu²¹ quien replantea y organiza las tres funciones básicas del Estado (creación, ejecución y aplicación de la Ley). Tal estructuración se justifica para proteger al ciudadano de los abusos del poder del Estado, por medio del sistema de controles entre las mismas²², equilibrio y distribución. En sus inicios dicha teoría constituyó el hito más notable del rompimiento con el sistema absolutista en el cual el soberano concentraba en su única persona la mayor parte de las funciones estatales, y las que no estaban en su cabeza eran dominadas, influenciadas y manejadas a su antojo.

c. Imperio de la Ley, reserva de Ley y principio de legalidad. El imperio de la Ley se erige como el postulado más importante del Estado de Derecho y consiste en que la conducta del ciudadano es limitada por el poder público a través de leyes

¹⁸ Con la revolución francesa se da tránsito del iusnaturalismo racionalista de los siglos XVII y XVIII al positivismo liberal del siglo XIX y con ello aparecen grandes cambios en la concepción de la ciencia jurídica. La dignidad y la racionalidad del derecho natural pasan a ser atributos del derecho positivo. Ver. DIAZ, Elías, op. cit., p. 41.

¹⁹ DUVERGER, Maurice. Introducción a la política. Decimoprimer edición. Barcelona: Ariel, 1997, p. 54.

²⁰ VIDAL PERDOMO, Jaime. Derecho Constitucional General e Instituciones Políticas Colombianas. Novena edición. Bogotá: Legis, 2005, p. 46.

²¹ DE SECONDAT, Carlos (Barón de Montesquieu). Del Espíritu de las Leyes. Cuarta edición. Madrid: Tecnos, 1998, p. 350.

²² LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la Constitución, traducción: GALLEGU ANABITARTE, Alfredo. Barcelona: Ariel, 1970, p. 120.

que ordenan hacer o no hacer determinados comportamientos para garantizar la convivencia y la justicia social. Las normas jurídicas, en conjunto, constituyen el derecho como sistema, en el cual se establece formalmente una jerarquía normativa en cuya cúspide se encuentra la Constitución Política a la que se deben sujetar las demás.

La reserva de Ley hace alusión al factor competencia en la expedición de las diferentes normas jurídicas. La Constitución es la Ley superior que emana del constituyente, la Ley procede también de la voluntad del pueblo representada en el parlamento que tiene tal facultad de manera exclusiva.

En materia administrativa, el principio de legalidad es la consecuencia del imperio de la Ley aplicado a ese sector específico. Tal postulado define el ámbito de acción de la administración pública puesto que sus agentes sólo pueden hacer aquello que establezcan las normas²³ y su incumplimiento está sometido a controles y genera responsabilidad. Esta sujeción de la administración al derecho tiene como pilar fundamental un sistema de justicia administrativa que opera a favor del administrado y en contra de la arbitrariedad de quienes ejercen funciones públicas.

Complemento del enfoque político es el económico, en donde la libertad se relaciona con el derecho de propiedad y con el ejercicio de las demás libertades que le producen al ser humano un bienestar material o económico. Este tema ha resultado ser muy polémico a lo largo de la historia ya que la consideración de la propiedad como un derecho absoluto ha conllevado a inequidades y al aumento de problemas de tipo social²⁴.

En los inicios del constitucionalismo moderno y concomitante con las ideas del liberalismo económico de los siglos XVIII y las reflexiones en torno a la garantía de la propiedad y de las actividades económicas de los particulares, a través del abstencionismo de Estado o su intervención mínima, aparecieron algunas doctrinas

²³ Al respecto puede indagarse a SLAGSTAD, Rune. El constitucionalismo Liberal y sus Críticos: Carl Schmitt y Marx Weber, En: SLAGSTAD, Rune y ELSTER, Jon. Constitucionalismo y Democracia. México: Fondo de Cultura Económica, 2001, p.131-136, quien explica este principio desde la crítica de Carl Smith y Max Weber al sistema jurídico. Además puede consultarse a SEJERSTED, Francis. La democracia y el Imperio de la Legalidad: Algunas Experiencias Históricas de Contradicciones en la Lucha por el Buen Gobierno, En: SLAGSTAD, Rune y ELSTER, Jon, op. cit., p. 156-173 quien presenta su punto de vista respecto del imperio de la legalidad frente al ejercicio de la libertad en sentido positivo y negativo.

²⁴ El liberalismo económico, en términos conceptuales, no puede reducirse a las doctrinas del librecambismo europeo de los siglos XVIII. Plazas Vega explica que por liberalismo económico se entiende la concepción clásica smithiana y por esa razón, allí solo encuadran las doctrinas laissezferistas que defienden el Estado mínimo y la función inalterable del mercado. A estas primeras formas se le llamó liberalismo optimista o liberismo y se fundó en la máxima, laissez faire laissez passer, (dejar hacer dejar pasar), postulado que plantea que lo principal en un estado liberal es la libertad de industria y de comercio. Dejar hacer significa libertad de producción y dejar pasar significa libertad de comercio de bienes y servicios. En el siglo XVIII se generó una corriente del liberalismo que pretendía reducir al máximo las restricciones arancelarias entre países; como posición contraria, Adam Smith (1723-1790) y David Ricardo, propusieron la doctrina del proteccionismo comercial frente a otros estados. De lo anterior es posible afirmar que el enfoque económico del liberalismo tiene dos ámbitos, uno que tiene que ver con la libertad a nivel de individuos, y el otro que se relaciona con el comercio en el ámbito de las naciones. Ver: PLAZAS VEGA, Mauricio, op. cit., p. 35.

como el mercantilismo, el laissezferismo y la fisiocracia²⁵. Corrientes que reforzaron la idea de que el mercado se rige por unas leyes propias en las que el Estado no debe ejercer ninguna intromisión ni siquiera con el propósito de mejorar las condiciones de vida de los ciudadanos, pues el sistema de manera autónoma debe resolver estos problemas.

El mercantilismo, que fue una de las doctrinas más importantes, apareció como una etapa anterior al laissezferismo, y permitió estructurar un Estado intervencionista, cuya finalidad no fue la igualdad sino la riqueza egoísta del monarca que condujo al control económico por parte de éste²⁶. Posteriormente aparece la escuela de la fisiocracia que reafirmó que la única fuente de poder y riquezas se encontraba en la tierra, lo cual conduce a pensar que sólo la explotación de la misma pueda generar un producto económico, por esta razón la clave de la producción está vinculada al sector agrario.

En el siglo XIX madura el sistema capitalista con el desarrollo del maquinismo, la revolución industrial y el crecimiento de la población en las ciudades. La burguesía se consolidó como clase dominante gracias a su poder económico y la explotación de las industrias urbanas, que era la nueva forma de producción, lo que conlleva al declive absoluto del sistema de producción artesanal y gremial. Ese modelo de funcionamiento del mercado trajo consecuencias devastadoras en el nivel de vida de los trabajadores, por lo cual se generaron corrientes de pensamiento de corte social que propugnaban por un cambio del papel del aparato estatal, para que fuera realmente activo controlando y regulando la libertad individual en favor de la igualdad.

A comienzos del siglo XX se dieron revoluciones sociales y socialistas importantes como la mexicana de 1917 que posibilitó la expedición de la Constitución de Querétaro, además la revolución rusa de 1917 y la posterior promulgación de la Constitución de Weimar de 1919. Durante esta época se desarrollan modelos económicos con fuerte acento intervencionista que ampliaron la esfera de actuación del Estado teniéndose que acudir al crecimiento de las instituciones públicas y de las estructuras burocráticas. Lo anterior exigió una financiación considerable, generalmente a través de impuestos, en detrimento de sus propios fines, esto es, los de mejorar las condiciones sociales de la población, lo que suscitó discusiones muy interesantes en torno al regreso a las teorías clásicas liberales bajo el nombre de neoliberalismo²⁷.

²⁵ Sobre este tema es importante consultar la obra de LANDRETH, Harry. Historia del Pensamiento Económico. Cuarta edición. Traducción: RABASCO, Esther. Barcelona: McGraw Hill, 2006, p. 216.

²⁶ Entre las características más importantes de esta etapa, se encuentran, de acuerdo con Landreth "...la definición de la riqueza de los países en función de la producción de bienes necesarios para la subsistencia; el papel protagónico de un Estado interventor y regulacionista; el interés por el tema de las finanzas públicas, en armonía con la concepción intervencionista; y la preocupación por el superávit en la balanza comercial, originada en un exceso de las exportaciones sobre las importaciones". Ver: LANDRETH, Harry, op. cit., p. 216.

²⁷ El neoliberalismo se da desde los dos enfoques económicos del liberalismo: desde lo interno que consiste en el retiro efectivo en la prestación de los servicios públicos por parte de la administración (reducción del Estado) con fenómenos como la privatización, y en el ámbito de la apertura económica de los estados como política de globalización del mercado. Ver SARMIENTO PALACIO, Eduardo. Cómo Construir una Organización Económica: La Estabilidad Estructural del Modelo Neoliberal. Elementos para un Estado Estratégico. Bogotá: Oveja Negra, 2000, p. 37. Sobre la conveniencia o no de volver al liberalismo clásico, economistas, juristas,

Estos elementos políticos y económicos son las bases del Estado liberal de Derecho que tiene dos componentes clásicos, por una parte el Estado liberal histórico que es mayoritariamente omisivo o abstencionista frente al comportamiento de los particulares en el mercado para que éstos puedan ejercer sus libertades económicas de manera plena. De otro lado, el Estado de Derecho en el que la Ley, como expresión de voluntad general, debe cumplirse y respetarse, además de la separación de los poderes públicos y la garantía de respeto a los derechos fundamentales y las libertades públicas.

El Estado liberal de Derecho es un Estado simplemente formal porque la efectividad de las garantías y derechos se da gracias a su consagración positiva y no como consecuencia de la adopción y cumplimiento de mecanismos eficientes. El papel del Estado es mínimo y por ende da mayor libertad a sus asociados, situación que no es buena en la medida en que el desarrollo de las libertades económicas sin una presencia activa del ente estatal lleva finalmente a que en el escenario socioeconómico sólo sean libres unos pocos.

El punto de partida de este modelo de Estado, que marca el papel suyo en la economía, es el hombre como ser individual y egoísta, pero racional, autónomo y con capacidad para escoger lo que mejor le parezca en términos económicos (*homo economicus*). Generalmente, tales discernimientos humanos apuntan al desarrollo de su actividad económica y de las libertades conexas (contratación, competencia, empresa profesional, propiedad privada, de establecimiento y de asociación) para generar mayores utilidades y ganancias para sí. Tales planteamientos han sido refutados históricamente a raíz de las grandes crisis sociales en las que se ha visto enormemente afectados los derechos de los consumidores y de los grupos sociales más vulnerables como producto de las

sociólogos y filósofos contemporáneos han fundado escuelas de pensamiento. En primera instancia se encuentra la escuela económica de Chicago que nace hacia 1950, cuyos exponentes más notables son George Stigler y Milton Friedman. Ver: FRIEDMAN, Milton. Libertad de Elegir: Hacia un Nuevo Liberalismo Económico, Serie obras maestras del pensamiento contemporáneo, núm. 30. Barcelona: Planeta, 1993, p. 341. Ésta apoya la idea de los clásicos en relación a que la economía debe regularse por sí sola, pero se caracteriza por su enfoque monetarista que consiste en analizar la incidencia que la oferta del dinero tiene sobre las demás variables macroeconómicas, especialmente en la inflación. Ver: BUTLER, Eamonn. Milton Friedman: Su Pensamiento Económico. México: Limusa, 1989, p. 245. Otra es, la escuela de la elección pública “public choice”, cuyo representante es James Mc Gill Buchanan quien aplica a la política la metodología propia de la economía en aspectos como las elecciones, la eficiencia en la asignación de recursos, el funcionamiento de la burocracia, y en general la dinámica del sector público. Posteriormente se estructuró la escuela del capital humano cuyos principales expositores son Theodore William Schults y Garay S. Becker, quienes llevan los principios económicos a los campos sociológicos y criminalísticos, entre otros, concluyendo que son tres los postulados del neoliberalismo: la libertad, el individualismo y la responsabilidad económica. BUCHANAN, James Mc Gill. Ética y Progreso Económico. Traducción: GARCÍA-DURÁN DE LARA, José A. Barcelona: Ariel, 1996, p. 118. Y BECKER, Gary S. Teoría económica. México: Fondo de Cultura Económica, 1982, p. 169. También aparece la escuela jurídica de los derechos de propiedad, en cabeza de Ronald Coase quien habla del coste social, los contratos, la muerte de las empresas y el comunismo como elementos influyentes para un modelo de economía liberal. Igualmente, es importante hacer mención adicional a la escuela de Austria con representantes como Ludwig Von Mises, Wilhelm Roepke y Friedrich A. Von Hayek, críticos del estado interventor y partidarios del individualismo y de la libertad. El teorema de coste social es explicado por ARINO ORTIZ, Gaspar. Principios de Derecho Público Económico: Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 75 y HAYEK, Friedrich August Von. La Teoría Pura del Capital. Madrid: Aguilar, 1946, p. 39.

disfuncionalidades de los sistemas macroeconómicos de los estados, por lo que se ha llegado a la conclusión de que este modelo debe ser matizado y no aplicarse de manera pura.

1.3 EL ESTADO COMO GARANTE DE LA IGUALDAD Y SU INTERVENCIÓN NECESARIA EN LA ESFERA PRIVADA

1.3.1 Enfoque constitucional

- **Presentación de la cláusula general de igualdad**

La Corte Constitucional ha dicho que la igualdad tiene tres dimensiones: la primera de ellas se da ante el ordenamiento jurídico, en virtud la cual la Ley debe ser aplicada de la misma forma a todas las personas. Este derecho se desconoce cuando ésta se ejecuta de forma diferente frente a una o a varias personas con relación al resto de ellas. Esta dimensión garantiza que la Ley se aplique por igual, pero no que la Ley en sí misma trate igual a todas las personas.

La segunda es la igualdad de trato que garantiza a todas las personas que la Ley que se va a aplicar no regule de forma diferente la situación de personas que deberían ser tratadas igual, o lo contrario, que regule de forma igual la situación de personas que deberían ser tratadas diferente. La Ley desconoce esta dimensión cuando existen diferencias de trato y éstas no son razonables.

La tercera es la igualdad de protección que permite a los ciudadanos, según el artículo 13 de la Carta, gozar de los mismos derechos, libertades y oportunidades. La Corte Constitucional ha indicado que ésta dimensión es sustantiva y positiva. Es sustantiva porque parte de la situación en que se encuentran los grupos a comparar para determinar si el tipo de protección que reciben y el grado en que se les otorga es desigual, cuando debería ser igual. Es positiva porque en caso de presentarse una desigualdad injustificada en razones objetivas relativas al goce efectivo de derechos procede que el Estado adopte acciones para garantizar la igual protección²⁸.

Así las cosas, el Estado está en la obligación de remover todos y cada uno de los obstáculos que en el ámbito económico y social constituyan efectivas desigualdades de hecho. La Corte Constitucional ha señalado que la igualdad sustancial revela, entonces, un carácter remedial, compensador, emancipatorio, corrector y defensivo de personas y de grupos ubicados en condiciones de inferioridad, mediante acciones positivas del Estado. No obstante, éstas pueden generar una desigualdad, pero se toman como medio para conseguir una sociedad menos inequitativa y para asegurar materialmente el goce efectivo de los derechos²⁹.

²⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-507/04, M. P.: Manuel José Cepeda E. Bogotá: 25 de mayo de 2004.

²⁹ *Ibíd.*

Pero no sólo la igualdad se predica en las relaciones ciudadano-Estado, sino también en las privadas, en donde la exigibilidad del respeto al principio de igualdad tiene sus límites en la autonomía, el pluralismo y la diversidad cultural. Es así como el Estado no podría imponer el respeto del derecho a la igualdad a una asociación de personas que decide explícitamente excluir como potenciales socios a personas de otro origen (sociedad de nacionales) o con determinadas características (convicciones políticas, morales o religiosas), por ejemplo, colegios sólo para mujeres, organizaciones sólo para miembros de una confesión religiosa, conjuntos residenciales sólo para personas de la tercera edad, los cuales tendrían como fundamento constitucional el derecho a la autonomía y la garantía del pluralismo³⁰.

De otro lado, la igualdad como concepto, como principio, o como derecho, reconocido al interior del ordenamiento jurídico, es una noción que no responde a un sentido único sino que admite múltiples acepciones aplicables de acuerdo con las particularidades de cada caso³¹. Por ejemplo como derecho, corresponde a una categoría relacional que involucra usualmente, cargas, bienes o derechos constitucionales o legales, y cuya efectiva garantía, no se traduce en la constatación de una paridad mecánica y matemática, sino en el otorgamiento de un trato igual compatible con las diversas condiciones del sujeto.

En otras palabras, el principio de igualdad permite el trato desigual a los desiguales, y esto incluye una prohibición de tratar igual a los desiguales que puede ser desdoblada en cuatro mandatos a saber³²:

Mandato de trato	Situación - circunstancia
Idéntico	A destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas
Enteramente diferenciado	A destinatarios cuyas situaciones no compartan ningún elemento en común
Paritario	A destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes que las diferencias (trato igual a pesar de la diferencia)
Diferenciado	A destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes (trato diferente a pesar de la similitud).

- **Tipología de acciones de trato diferente o desigual**

De lo dicho por la Corte Constitucional sobre este tema, las acciones de trato diferente o desigual pueden ser clasificadas como injustificadas o justificadas, en el primer evento se les llama acciones de discriminación, que implican un trato carente de razonabilidad y causante de un perjuicio, sea porque genere un daño, cree una

³⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-1042/01, M. P.: Manuel José Cepeda. Bogotá: 28 de septiembre de 2001.

³¹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-090/01, M. P.: Carlos Gaviria Díaz. Bogotá: 31 de enero de 2001.

³² CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-826/05, M. P.: Humberto Antonio Sierra. Bogotá: 10 de agosto de 2005.

carga, excluya a alguien del acceso a un bien o servicio de uso común o público, o retenga o quite un beneficio³³.

Adicionalmente, una disposición o una conducta es discriminatoria cuando no se puede justificar razonablemente el trato diferencial que ella establece respecto de dos situaciones similares, es decir, cuando ante situaciones iguales se da un tratamiento jurídico diferente de manera injustificada. Esto también significa, en sentido contrario, que no se está frente a un trato diferencial injustificado cuando las hipótesis sobre las que recae la supuesta discriminación son totalmente disímiles³⁴.

De allí surge el principio de no discriminación asociado precisamente con el perfil negativo de la igualdad, el cual parte de ciertos criterios que deben ser irrelevantes a la hora de distinguir situaciones para otorgar tratamientos distintos. Estos motivos o criterios que en la Constitución se enuncian, aunque no en forma taxativa, se refieren a aquellas categorías que se consideran sospechosas, pues su uso ha estado históricamente asociado a prácticas que tienden a subvalorar y a colocar en situaciones de desventaja a ciertas personas o grupos, por ejemplo mujeres, negros, homosexuales, indígenas, entre otros.

Estos criterios sospechosos se caracterizan por fundarse en rasgos permanentes de las personas, de las cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad. El constituyente consideró, entonces, que cuando se acude a esas características o factores para establecer diferencias en el trato, se presume que se ha incurrido en una conducta injusta y arbitraria que viola el derecho a la igualdad³⁵.

En el segundo grupo, el del trato diferente justificado, se encuentran las acciones afirmativas y las acciones de discriminación a la inversa o positiva. Ha sostenido la Corte que con la expresión acciones afirmativas se designan³⁶:

“... las políticas o medidas dirigidas a favorecer a determinadas personas o grupos, ya sea con el fin de eliminar o reducir las desigualdades de tipo social, cultural o económico que los afectan, bien de lograr que los miembros de un grupo subrepresentado, usualmente un grupo que ha sido discriminado, tengan una mayor representación. Los subsidios en los servicios públicos, las becas y ayudas financieras para estudiantes con recursos escasos o el apoyo económico a pequeños productores, son acciones afirmativas”.

Las medidas de discriminación inversa o positiva se diferencian de las acciones afirmativas por dos razones: porque toman en consideración aspectos como el sexo o la raza, que son considerados como criterios sospechosos o potencialmente prohibidos, y porque la discriminación inversa se produce en una situación de

³³ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-1042/01, M. P.: Manuel José Cepeda. Bogotá: 28 de septiembre de 2001.

³⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-589/02, M. P.: Jaime Araujo Rentería. Bogotá: 9 de septiembre de 2002.

³⁵ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-371/00, M. P.: Carlos Gaviria Díaz. Bogotá: 29 de marzo de 2000.

³⁶ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-044/04, M. P.: Jaime Araujo Rentería. Bogotá: 27 de enero de 2004.

especial escasez de bienes deseados, como suele ocurrir en puestos de trabajo o cupos universitarios, lo que lleva a concluir que el beneficio que se concede a ciertas personas, tiene como forzosa contrapartida un perjuicio para otras.

En uno u otro caso, la Corte ha dejado en claro que la validez de estas medidas depende de la real operancia de circunstancias discriminatorias y que no toda medida de discriminación inversa es constitucional. En cada caso habrá de analizarse si la diferencia en el trato, que en virtud de ella se establece, es razonable y proporcionada y que las acciones afirmativas deben ser temporales, pues una vez alcanzada la "igualdad real y efectiva" pierden su razón de ser".

- **Métodos de análisis por parte de la Corte Constitucional**

En el análisis de la vulneración de la igualdad, como derecho o como principio, la Corte Constitucional ha aplicado el test o juicio de igualdad, que en términos generales es un análisis destinado a definir si la norma acusada o si la situación particular, según sea una acción de inconstitucionalidad o una acción de tutela, persigue un objetivo con el trato diferente, si ese objetivo es válido y, si el trato diferencial es razonable³⁷. No obstante lo anterior, también existe un modelo de análisis más integral que se compone del juicio de proporcionalidad³⁸ y el test de igualdad.

En la aplicación de estos test, el operador jurídico debe, entonces, estudiar si la medida es adecuada, en tanto persiga un fin constitucionalmente válido y si es necesaria, ante la inexistencia de otra alternativa para obtener el mismo resultado con un sacrificio menor de principios constitucionales. Así, el juez lleva a cabo un examen de proporcionalidad en estricto sentido, en el cual hace una ponderación costo beneficio respecto del eventual sacrificio de otros valores y principios constitucionales³⁹.

Al aplicar el juicio de igualdad, se debe examinar principalmente que las personas se encuentren efectivamente en distinta situación de hecho; que el trato distinto que se les otorga tenga una finalidad; y que dicha finalidad sea razonable, vale decir, admisible desde la perspectiva de los valores y principios constitucionales. Además, los supuestos de hecho -esto es, la diferencia de situación, la finalidad que se persigue y el trato desigual que se otorga- sean coherentes entre sí, o sea, guarden una racionalidad interna; y que ésta sea proporcionada, de suerte que la

³⁷ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-676/01, M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra. Bogotá: 28 de junio de 2001.

³⁸ Otras sentencias que tratan el tema son: CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-230/94, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá: 13 de mayo de 1994; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-563/94, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá: 6 de noviembre de 1994; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-337/97, M. P.: Carlos Gaviria Díaz. Bogotá: 17 de julio de 1997; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-454/98, M. P.: Alejandro Martínez Caballero. Bogotá: 31 de agosto 1998; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-861/99, M. P.: Carlos Gaviria Díaz. Bogotá: 28 de octubre de 1999; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-445/95, M. P.: Alejandro Martínez Caballero. Bogotá: 4 de octubre de 1995; entre otras.

³⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-301/04, M. P.: Eduardo Montealegre L. Bogotá: 25 de marzo de 2004.

consecuencia jurídica, que constituye el trato diferente, no guarde una absoluta desproporción con las circunstancias de hecho y la finalidad que la justifican⁴⁰.

Antes de hacer el análisis es indispensable determinar el grado de intensidad con el que se adelantará éste, es decir, si se aplicará un juicio estricto, moderado o débil de igualdad⁴¹. Si, por ejemplo, se decide por el juicio de igualdad estricto, entonces el estudio de la “adecuación” deberá ser más riguroso, y no bastará que la medida tenga la virtud de materializar, así sea en forma parcial, el objetivo propuesto.

Será necesario que ésta sea realmente útil para alcanzar los propósitos constitucionales. Además debe efectuarse un estudio de la “indispensabilidad” del trato diferente que también puede ser graduado. Así, en los casos de escrutinio flexible, basta que la medida no sea manifiesta y groseramente innecesaria, mientras que en los juicios estrictos, la diferencia de trato debe ser necesaria e indispensable y, ante la presencia de restricciones menos gravosas, la limitación no tendría fundamento.

En el análisis de las acciones afirmativas, la Corte ha sostenido la tesis de que adelantarse un juicio estricto, como regla general, podría afectar su existencia misma, en tanto estaría latente el riesgo de limitar excesivamente el ámbito de discrecionalidad no sólo del legislador sino también de las diferentes autoridades públicas, ya que sería poco probable encontrar acciones afirmativas que fueran absolutamente indispensables. Pero tampoco sería acertado acudir siempre a un juicio intermedio o débil de igualdad, teniendo en cuenta el criterio (sospechoso) en el que se fundamentan⁴².

1.3.2 Enfoque político

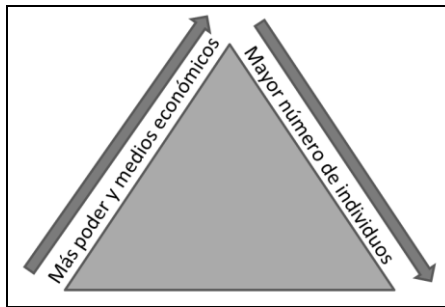
La igualdad ha sido uno de los fundamentos del desarrollo del hombre como ser social, más debatidos y discutidos en toda su historia. El anhelo de igualdad riñe de manera abierta contra la real desigualdad que puede originarse en una situación física, que es intrínseca, como sería la condición sexual, la raza, la edad, el estado de salud, la inteligencia, etc., o en una situación exterior relacionada con el origen social, las posesiones materiales, la educación, entre otras.

A través de la historia se evidencia que esos factores se han conjugado para determinar un sistema de estamentos y clases sociales cuya jerarquía y movilidad han dependido en gran medida del factor económico. La forma gráfica de la estructura que representa el sistema es piramidal porque atiende al número de personas que se ubican en cada posición, de tal suerte que en la base, que corresponde a quienes menos poder y medios económicos tienen, se encuentra el mayor número de individuos; a su vez que en su cúspide, donde se concentra el poder y los medios económicos, se ubica el menor número de personas.

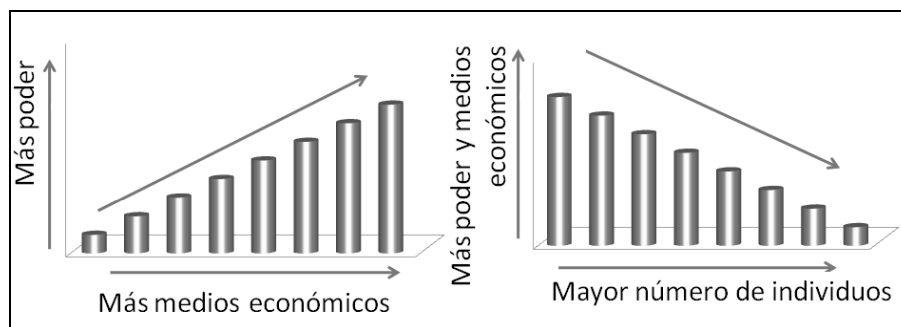
⁴⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-530/93, M. P.: Alejandro Martínez C. Bogotá: 11 de noviembre de 2004.

⁴¹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-393-04, M. P.: Alfredo Beltrán Sierra. Bogotá: 29 de abril de 2004.

⁴² CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-500/02, M. P.: Eduardo Montealegre L. Bogotá: 6 de agosto de 2002.



Así las cosas, al conjugarse las variables: medios económicos, poder y cantidad de personas, se encuentra que entre las dos primeras se dan relaciones de progresividad en el sentido de que son directamente proporcionales, de tal manera que a mayor medios económicos, mayor poder. En cambio no ocurre lo mismo con la variable número de personas, que está ligada a estas dos en una relación inversamente proporcional, de tal suerte que a mayor poder, o medios económicos, menor será el número de personas en esas condiciones.



Fue así como desde las primeras civilizaciones, el poder y los medios económicos se empezaron a concentrar en pocas manos, lo cual hacía evidente una desigualdad progresiva que se acentuaba aún más ante la explotación de individuos en condiciones infrahumanas; tales avenencias entre las clases sociales dieron origen a diferentes revoluciones y guerras a lo largo de la historia. Con el advenimiento del iluminismo del siglo XV, la explotación feudal y la gremial desaparecieron porque tales formas de producción no pudieron satisfacer la demanda originada con la apertura de nuevos mercados. La manufactura no bastó y por tanto se debió acudir procesos más coordinados y más ágiles, siendo la industria la solución a estas nuevas demandas, la que a su vez aceleró el desarrollo del comercio y de los medios de transporte.

A partir del maquinismo y la revolución industrial del siglo XIX se desarrollaron técnicas adecuadas para acelerar los usos capitalistas, lo que propició el crecimiento de muchas riquezas particulares de la naciente burguesía que se consolidaba para entonces como clase económica, en contravía con las condiciones de vida de los campesinos que desmejoraron notablemente y que se vieron obligados a desplazarse a las grandes urbes, originando allí problemas de miseria y de marginamiento social.

En tal sentido, el trabajador y su familia fueron sometidos a jornadas extenuantes de trabajo por parte de los industriales que pagaban a un costo irrisorio sus labores, generando una constante oposición entre estas dos clases sociales: proletariado y burguesía. En ese nuevo sistema capitalista empezó a generarse un malestar generalizado dentro de la clase proletaria, y también entre filósofos y pensadores, que como Marx y Engels culparon de todos esos males a la inequidad en la distribución de oportunidades económicas, pero en especial al mantenimiento de la propiedad privada como fundamento de la libertad burguesa.

La solución propuesta fue eliminar la propiedad privada, hecho que generaría inmediatamente el exterminio de las clases sociales. Así, los individuos estarían en condiciones de igualdad y las relaciones entre ellos ya no tendrían como fundamento la dominación por causa de factores económicos, sino que éstas serían entre iguales con fundamento en la solidaridad y el trabajo. En este contexto el Estado transmutaría sus finalidades y asumiría un papel diferente frente a la sociedad y a los individuos.

La idea de Marx⁴³ en relación con el Estado partía de la concepción de que éste es un órgano de dominación de la sociedad que cobra relevancia cuando no se pueden conciliar los problemas de clase y éste respalda y legitima al más fuerte. El Estado extiende el territorio en perjuicio de las demás naciones con toda su maquinaria, impuestos y Gobierno, los que irrefutablemente están al servicio de la clase imperante.

Otros pensadores menos radicales y de otra orientación ideológica plantearon que para lograr la igualdad en lo económico no es necesario que el Estado desaparezca, sino que asuma un direccionismo fortalecido a través del crecimiento de la burocracia y de la infraestructura pública. Obviamente, esto demanda mayores ingresos y una consecuente presión fiscal, pues busca también asumir la prestación directa de los servicios que generalmente son deficitarios.

Así las cosas, se puede afirmar que lograr la igualdad resulta ser un proceso casi imposible, ni siquiera en el modelo de régimen socialista podría darse ya que involucra falacias tales como un Estado ampliamente fuerte y dominador que sacrifica los derechos y las libertades individuales generando exclusiones que imposibilitan su funcionalidad armónica.

1.4 EL ESTADO COMO GARANTE DE LA IGUALDAD Y LA LIBERTAD CONVERGENTES

1.4.1 Presentación general

De lo dicho hasta aquí, es viable inferir, que los modelos radicales de libertad absoluta o de igualdad absoluta no resultan ser buenos ni tampoco son posibles de implantar con vocación de permanencia en el tiempo, pues finalmente generan

⁴³ MARX, Karl. Manifiesto del Partido Comunista. Barcelona: Alianza Editorial, 2002, p. 210.

como consecuencia inestabilidad, luchas y problemas sociales. Lo ideal sería que existiera un modelo intermedio que socialice las libertades públicas, es decir que limite los derechos en beneficio de la colectividad, pero a través del consenso y sin caer en radicalismos.

La crisis de 1929 resulta ser un momento histórico interesante para reflexionar en torno a lo que pueden ser los modelos extremos de no intervención del Estado en las actividades de los particulares. Para la década de los años veinte del siglo pasado, existía una considerable abundancia de bienes y servicios (sobreoferta) y este hecho se enfrentó a una escasez de compradores, lo cual llevó inevitablemente a la ruina y quiebra de las empresas y de sus inversionistas⁴⁴; esto no hubiera ocurrido si el Estado hubiera adoptado las medidas indicadas para contener o mitigar sus efectos. Tal experiencia conllevó a un replanteamiento del papel del Estado en la economía en el ámbito mundial.

Dentro de este panorama, se formularon propuestas que buscaban replantear los modelos democráticos y sociales que han existido históricamente. Se consolidó entonces la idea de una opción alterna a los modelos liberales e intervencionistas, dentro del contexto norteamericano e inglés, que pretendió especialmente la recuperación de la libertad individual sin alterar las fuerzas espontáneas de mercado⁴⁵. En esta alternativa ideológica, cuyo principal exponente es Giddens⁴⁶, se propuso que los valores de la tercera vía, como son la igualdad, la protección a los débiles, la libertad con autonomía, ningún derecho sin responsabilidad, ninguna autoridad sin democracia, pluralismo cosmopolita, entre otros, impregnaran la sociedad de manera natural como parámetros éticos que son⁴⁷.

Por ejemplo para garantizar la igualdad y la libertad convergentes, la Constitución Política colombiana incluye en sus artículos primero y segundo una serie de

⁴⁴ NERE, Jacques. 1929: *Análisis y Estructura de una Crisis*. Traducción: AGUADO. Madrid: Biblioteca Universitaria de Economía - Guadiana de Publicaciones, 1970, p. 152.

⁴⁵ Actualmente se habla de neointervencionismo como la antítesis o respuesta al neoliberalismo. Esta teoría, también llamada neoproteccionista, fue desarrollada por la Universidad de Cambridge y por el Instituto Tecnológico de Massachussets, Estados Unidos, y fue puesta en práctica en el Gobierno de Ronald Reagan. Sus postulados apuntan hacia que el Estado ejerza una función más activa desde lo social, aunque implique más tributos, y a que se pueda desarrollar el libre comercio con sujeción a los intereses nacionales. Ver PLAZAS VEGA, Mauricio, op. cit., p. 139.

⁴⁶ GIDDENS, Anthony. *La tercera vía: la renovación de la social democracia*. Traducción: CIFUENTES HUERTAS, Pedro. Madrid: Taurus, 1999, p. 85.

⁴⁷ Otra corriente de pensamiento contemporáneo de convergencia entre igualdad y libertad es el comunitarismo, en Colombia, Sarmiento Narváez, es uno de sus mayores defensores. El afirma que “El comunitarismo reconoce principios tan importantes a la tradición conservadora como el orden y la autoridad (...) Para el comunitarismo el binomio autoridad - obediencia es necesario en cualquier comunidad, pero exige no confundirlo con el binomio poder - servilismo. Del liberalismo, el comunitarismo rescata la valoración que aquel hace por los principios de autonomía y libertad. El comunitarismo afirma la necesidad de que cada sujeto social que legítimamente invoque estos principios, los ejerzan en el horizonte de la responsabilidad social (...) Con el socialismo el comunitarismo comparte su interés por la justicia social pero lo hace reivindicando la digna diversidad y no dentro de lógicas que colinden o apuesten por modelos colectivistas de vocación igualitarista. La digna distribución de riqueza económica, poder político, poder cultural son propias de una visión comunitarista. El comunitarismo supera la visión dualista privado vs público y reconoce la necesaria concurrencia de estos dos sectores, con sus respectivas lógicas económicas y formas jurídicas en la gestión del bien común...”. Ver. SARMIENTO NARVAEZ Alfredo, *Comunitarismo y solidaridad: fundamentos del estado comunitario* [en línea], 2006. [Consultado 23 de mayo de 2007]. Disponible en <http://www.dansocial.gov.co/admin/files/Ane-Noticia_382006164510.pdf>

elementos conceptuales que definen el Estado colombiano a partir de sus características y fines. La dignidad humana, la solidaridad y la prevalencia del interés general⁴⁸ son categorías que llevan implícito un componente social que es reforzado al indicarse que las autoridades de la República están instituidas para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

Todos estos elementos mencionados coadyuvan en la estructuración del modelo de Estado Social de Derecho que consiste en la fusión armónica del Estado Liberal de Derecho con el Estado Social en el que las condiciones de legalidad, separación de poderes y respeto a los derechos fundamentales se suman a la prestación, o por lo menos la garantía efectiva, de ciertos servicios sociales.

Desde la óptica económica al Estado Social suele llamársele “Estado del bienestar” y se caracteriza por ser un Estado prestador de bienes y servicios y garante de la procura existencial. Sin embargo, la identificación de Estado Social con Estado Bienestar no resulta ser del todo acertada puesto que este último es un concepto de corte económico mientras que el primero, además de involucrar lo económico, introduce elementos que trascienden el sentido humano de la sociedad⁴⁹.

La teoría del Estado bienestar parte del supuesto de que la procura existencial⁵⁰ debe hacerse efectiva siempre, ya que el individuo controla un espacio, o mejor, una serie de condiciones que en conjunto son llamadas mínimo vital dominado, y se sale de su esfera de dominio otros aspectos que cada día crecen en número, perdiendo control sobre la estructura y medios de su existencia; y es allí donde debe intervenir el Estado para garantizar que el individuo siga subsistiendo por sí mismo en condiciones de dignidad.

Gaspar Ariño resalta dos fundamentos doctrinales en la construcción de la teoría del Estado social, el primero de ellos es el aporte del jurista anglosajón Roscoe Pound⁵¹ quien analiza el cambio de sentido de la acción estatal de los últimos años, los retos o peligros de su expansión, y el establecimiento de la frontera entre lo público y lo privado, la inexorable socialización de nuestras necesidades y de nuestros remedios y el creciente y desbordador mito de la igualdad en el acceso a los bienes y servicios.

El segundo aporte es el de Daniel Bell quien su obra “*the comunal society*” califica a nuestra sociedad por el aumento en el número y alcance de los bienes públicos que son para el goce de todos, la extensión de las externalidades y el control que debe hacer el Gobierno, y el reconocimiento más o menos radical de la igualdad de las

⁴⁸ La categoría jurídica interés público/ interés común/ interés general, que incluso la misma Constitución lo equipara con el de bien común, es un concepto jurídico indeterminado, indefinido en cuanto nadie lo define e indefinible objetivamente al no existir un criterio objetivo para realizar esta operación, lo cual permite que las autoridades tomen partido sobre su contenido para legitimar sus decisiones.

⁴⁹ ARIÑO ORTIZ, Gaspar, op. cit., p. 138. Explica que este modelo se desarrolló en Europa entre 1930 y 1980.

⁵⁰ La teoría de la procura existencial fue formulada Forsthoff. Ver. GARCIA-PELAYO, Manuel. Las transformaciones del Estado Contemporáneo: El Estado y sus transformaciones. Septiembre de 2000. Texto en PDF suministrado por la doctora Marcela Anzola para la clase fundamentos económicos del derecho administrativo de la maestría de derecho administrativo de la Universidad del Rosario.

⁵¹ ARIÑO ORTIZ, Gaspar, op. cit., p. 139. cita el artículo “The rise of the service state and its consequences” publicado en 1949.

personas y el afianzamiento de la idea del mínimo vital. Además, para Gaspar Ariño son cuatros los contenidos fundamentales del Estado bienestar: la oferta de bienes tutelares como educación, sanidad y vivienda; la garantía de rentas como ocurre con el tema de pensiones de jubilación, enfermedad, desempleo familiar; la garantía de relaciones laborales; y la garantía del medio ambiente.

Este Estado benefactor se plasmó en la Constitución de Weimar. Su programa se concretó en una política de pleno empleo, en la protección de los derechos sociales y la existencia de una política fiscal redistributiva, buscando generar la igualdad y la extensión del bienestar ciudadano⁵². En este propósito, el Estado regula la economía, presta servicios públicos y formula una política social adecuada y coherente. Además compatibiliza el capitalismo como forma de producción con la consecución del bienestar social general.

Gaspar Ariño⁵³ afirma que el Estado resulta ser absolutamente necesario para el mantenimiento de cualquier sociedad civilizada y más aún en las sociedades avanzadas contemporáneas. El Estado tal como se conoce hoy en día es el producto de un proceso histórico que define unas reglas de obediencia por parte de todos los asociados para combatir de alguna manera el nazismo. Este autor sostiene que no sirve cualquier tipo Estado, que se necesita un Estado de Derecho y que mejor aún si se trata de un Estado Social de Derecho en el cual se conjuguen los valores de libertad y solidaridad para que especialmente se sostenga la economía y que la sociedad sea libre y autónoma. En torno a la participación de Estado en la economía, dice que "El Estado puede ser un agente económico pero no absorber, ni dirigir a todos los agentes económicos. La confusión entre Estado y sociedad es algo pernicioso y no debe darse en la realidad"⁵⁴.

Retomando la noción de Estado Social de Derecho, se tiene que muchas de las ideas socialdemócratas planteadas por Lasalle contribuyeron de manera concreta en la formulación teórica que sobre éste hizo Herman Heller, quien al ser consciente de la crisis de la democracia puramente formal y del Estado de Derecho, propuso que se pasara del simple formalismo a un modelo más garantista y que se le dotara de contenido económico y social para superar crisis dictatoriales como la vivida en Alemania⁵⁵.

De esta manera, el Estado Social de Derecho tiene como fines la procura existencial, la efectividad de los valores básicos del Estado Liberal como por ejemplo la propiedad individual, la igualdad, la seguridad jurídica y la participación popular en las decisiones estatales, la realización de unas prestaciones sociales, que para el caso alemán no están en la Constitución Política, la fijación de un salario vital mínimo y la atención a personas incapacitadas para trabajar, mediante un sistema de seguridad social.

⁵² MARTINEZ NEIRA, Néstor Humberto. De la Intervención del Estado en la Economía o del Estado imposible. En: Boletín Jurídico Financiero, número 957. Bogotá: Asobancaria, 1998, p. 5.

⁵³ ARIÑO ORTIZ, Gaspar, op. cit., p. 31.

⁵⁴ *Ibíd.*

⁵⁵ VELASQUEZ, Carlos Alberto. El Intervencionismo del Estado en la Iniciativa Privada. En: Revista Foro del Jurista, vol. VIII, núm. 16. Medellín: Cámara de Comercio de Medellín, mayo de 1995, p. 70.

Como características del Estado Social de Derecho se encuentra que es un Estado distribuidor, que no le interesa la titularidad de los medios de producción; es un Estado director de los procesos económicos; es un Estado democrático y es un Estado de Derecho. En el ámbito económico, como también lo afirma el profesor García Pelayo, éste se basa en la teoría de Keynes en cuanto el aumento del consumo aumenta la demanda y por tanto el bienestar general, también busca el pleno empleo a través del aumento del consumo, lo cual además produce un crecimiento constante.

1.4.2 Límites a la libertad y la igualdad a partir de la intervención del Estado

En un Estado de Social de Derecho que tiene como pilar fundamental la Constitución Política, la cual consagra la forma ideal de cómo debe operar el individuo y el aparato estatal para que exista equilibrio en sus relaciones, se edifica la idea de imponer limitaciones para ambos extremos, en especial cuando existen intereses económicos cuyos desarrollos pueden ir en detrimento de la capacidad misma de las personas para avanzar desde lo social. El intervencionismo estatal nace como un presupuesto lógico para alcanzar el máximo de bienestar colectivo, pero implica por el contrario atenuar la posibilidad de un ejercicio absoluto de la libertad de las personas y de la consecución de una igualdad simplemente desde lo formal.

No obstante, cuando el Estado interviene en el ámbito privado debe contenerse de actuar arbitrariamente y por ello también tiene unos límites. Este planteamiento establece una dialéctica Estado, libertad-igualdad, límite, que resulta ser compleja por cuanto las categorías de libertad e igualdad se enfrentan y encuentran un punto óptimo, definido constitucionalmente en abstracto, sólo a partir de la incidencia del Estado en éstas, y adicionalmente, el ejercicio de la libertad y el anhelo de igualdad es de suyo un límite para el intervencionismo de Estado. La libertad y la igualdad son limitadas por el Estado, a su vez que el accionar estatal es mermado por la libertad de los individuos.

En el ámbito propio de las libertades, en especial las de tipo económico, su ejercicio es condicionado por el intervencionismo de Estado en dos hipótesis básicas teniendo en cuenta que éste no tiene como fin garantizar de manera absoluta la libertad. La primera es la disputa en concreto de una libertad individual frente a otra de la misma categoría. En esta situación el aparato estatal, en desarrollo de su función jurisdiccional, actúa ex post facto, para preservar la paz y hacer prevalecer la justicia, acorde con leyes preestablecidas, sin que estos hechos trasciendan a lo colectivo. La segunda hipótesis comprende la tensión entre los derechos individuales frente a los colectivos, ya sea en abstracto o en un caso concreto.

En este supuesto, los límites al ejercicio de las libertades individuales impuestos por la intervención del Estado, tienen como eje principal el “interés general, interés colectivo, interés social o interés público”, el cual forma parte de la categoría de conceptos jurídicos indeterminados, por ser indefinidos e indefinibles. Son indefinidos en la medida en que ninguna norma lo hace, e indefinible ya que no existe un criterio objetivo para realizar esa operación. El interés general tiene una función ideológica y legitimadora del actuar de los poderes públicos sin que ésta

tenga una aplicación precisa⁵⁶ y por ello el Estado acude a él para justificar su injerencia en determinadas situaciones limitativas de la libertad o para proveer condiciones de igualdad a sus asociados.

Nuestra Carta Política utiliza este concepto en diferentes apartes. Es viable citar como ejemplos los siguientes: el artículo 1 para señalar su prevalencia; en el 56 se dice que la propiedad privada lleva implícita esta noción; en el 62 se prohíbe que las donaciones que se hagan con este propósito sean variadas por el legislador; en el 118 se asigna al Ministerio Público su defensa; en el 209 se indica que la función administrativa está a su servicio; en el 333 se precisa que la Ley delimitará la libertad económica cuando éste lo exija; en el 335 se indica que las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo y aprovechamiento de dineros del público ostentan esta calidad; en el 336 se determina que los monopolios sólo podrán ser establecidos como arbitrios rentísticos por su virtud; y finalmente en el 365 se permite que el Estado, previa expedición de una Ley y una indemnización, se reserve ciertas actividad para hacerlo efectivo.

Estos ejemplos constituyen una manifestación de que existe una libertad más o menos amplia del Estado para intervenir en aras de dar aplicación a este concepto. También de que éste es un límite a la libertad considerada de manera particular por lo que cualquier enfrentamiento entre estos ámbitos debe ceder a favor del interés general, entendido como aquello que beneficia a la mayoría acorde con los fines establecidos en la Constitución Política. Empero, en materia económica este interés se circunscribe aún más, pues es claro que la principal razón de ser de la intervención del Estado en la economía es conciliar los intereses privados que se encuentran presentes en la actividad empresarial de los particulares, con el interés general que está involucrado en dicha actividad. Tal argumento se deriva del postulado de Estado Social de Derecho y la consecuente función social y ecológica de la propiedad.

Aunque hay que advertir que ese interés general no tiene siempre el mismo alcance y ello se evidencia, por ejemplo, al comparar éste en una empresa de la industria de producción de bienes suntuarios, frente a una empresa de servicios públicos domiciliarios, cuya importancia en este último evento ha sido considerada desde la Constitución misma por su función primordial en la satisfacción de necesidades básicas de los ciudadanos. Y es esa condición el elemento fundamental que determina el grado o intensidad de la intervención del Estado en la economía de manera que, en las normas que en la materia expide el legislador, está presente la tensión entre la libertad de empresa y la prevalencia del interés general. Al respecto la Corte Constitucional⁵⁷ ha señalado que:

“Pero más allá de esta tensión entre el interés público y el privado, es preciso recordar que la libertad de empresa es reconocida a los particulares por motivos de interés público. Al margen de lo que las distintas escuelas económicas pregonan sobre la

⁵⁶ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado, Madrid: s. n., 1996, p. 70-80.

⁵⁷ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-615/02, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Bogotá: 8 de agosto de 2002.

incidencia de la competencia libre en la satisfacción de las necesidades individuales y colectivas, lo cierto es que la Carta, como se dijo, admite que la empresa es motor de desarrollo. Por ello, a la hora de evaluar la tensión entre el interés público y el privado presente en las normas de intervención económica, el juez constitucional debe acudir a criterios de proporcionalidad y razonabilidad...”

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional es posible concluir que las colisiones que se presentan entre las libertades económicas y el interés general pueden conducir a la limitación sobre aquéllas (libre competencia económica, libertad de empresa, libre iniciativa privada, entre otros) bajo las siguientes condiciones: 1. Que se lleven a cabo por ministerio de la Ley pues así lo determina la Carta Política en su artículo 334; 2. Que respeten el núcleo esencial de la libertad objeto de limitación, lo cual debe ser valorado frente a cada caso en concreto; 3. Que obedezcan al principio de solidaridad o algún otro principio o finalidad expresamente señalados en la Constitución y; 4. Que respondan a criterios de razonabilidad y proporcionalidad, entendidos como la actuación motivada en razones coherentes y la adecuada correspondencia entre los fines y las acciones empleadas o las medidas tomadas⁵⁸.

En materia de igualdad el único límite que se impone por la Carta para que proceda la intervención en la economía por parte del aparato estatal, es para hacerla efectiva desde lo material y no desde lo puramente formal. Para este efecto resulta jurídicamente aceptable el empleo de acciones de trato diferente, como se explicó, siempre que éstas resulten justificadas, substancialmente, en favor de grupos discriminados o marginados y para proteger a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, como en efecto lo plantea el artículo 13 constitucional.

Desde lo económico es natural que los sectores poblacionales con menos posibilidades de ingresos sean objeto de políticas especiales en su favor y diferenciadas en comparación con quienes no están en tales circunstancias, como por ejemplo el fomento hacia actividades locales de comunidades marginadas, la posibilidad de acceder a créditos por parte de ellos, subsidios condicionados y servicios subvencionados, entre otras tantas medidas que se pueden tomar encaminadas a lograr su superación y no su dependencia a perpetuidad. Para este fin la economía solidaria resulta ser la opción más acertada para lograr estos fines.

De esta manera las medidas diferenciadas hacia grupos que se encuentran en situaciones diferentes permiten lograr la igualdad desde lo material y consigo una gran aproximación hacia la realización de un Estado social. Esas medidas generan un escenario en donde puede ser posible la efectivización de las libertades y la igualdad como principios mediadores en la actividad interventora estatal, ya que en la medida en que se socialicen las libertades, en especial las de tipo económico, es posible alcanzar niveles óptimos de igualdad económica y por ende de desarrollo colectivo.

⁵⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-516/04. M.P. Jaime Córdoba Triviño. Bogotá: 25 de mayo de 2004.

De otra parte, pese a que el Estado dirige la economía, al desplegar su acción interventora está limitado, de acuerdo con el artículo 334 de la Carta Política, a la existencia de un mandato legal que lo habilite, siempre que ésta se dé de manera prevalente en el sector de la explotación de los recursos naturales, el uso del suelo, la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y servicios públicos y privados.

Todo ello con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Igualmente para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos, y para promover la productividad y la competitividad y el desarrollo armónico de las regiones.

Ese accionar no puede ser exagerado en todos los casos porque en vez de promocionar y asegurar la libertad económica puede causar como efecto su merma o anulación, por tanto ésta debe ser ponderada y atender al principio de necesidad y subsidiariedad, pues no en todos los sectores y actividades económicas se hace necesario su presencia en la misma intensidad. Su intervención tiene distinta modulación según el sector económico sobre el cual recaiga, ya que mientras en determinadas actividades o servicios públicos considerados estratégicos puede ser muy intensa al punto de eliminar la iniciativa privada (monopolio estatal), en otros sectores tiene un menor grado en forma tal que se faculta a los particulares para desarrollar determinadas actividades económicas con un permiso, autorización o licencia, e incluso, no se requiere de esto para el ejercicio de una determinada actividad, industria u oficio, pues allí opera como regla general la libre iniciativa sin permisos previos (art. 333 Constitución Política)⁵⁹.

Esta es una evaluación que deben hacer los órganos encargados de direccionar la economía al momento de planear sus acciones o de expedir una política pública con incidencia en el manejo económico, o de aplicar un determinado instrumento de intervención. También le corresponde hacerla a los órganos jurisdiccionales cuando conocen de este tipo de asuntos y deben valorar la legalidad o constitucionalidad de las medidas económicas tomadas por la administración o el legislador, aunque esta situación ha generado polémica, especialmente en lo que corresponde a la competencia de nuestra Corte Constitucional frente a las órdenes que ha impartido a la Administración y al Legislativo con incidencia en la ejecución de recursos en diferentes materias tales como salud, desplazados, pensionados, reclusos, entre otros.

Quienes defienden la tesis de que los Tribunales no deben conocer de temas económicos se fundamentan en que los jueces no tienen la idoneidad técnica, por lo cual su intervención es inapropiada ya que sus políticas no son de calidad y carecen de un análisis técnico del impacto fiscal y presupuestal de sus decisiones y ello conlleva a que ésta sea generosa en la protección de los derechos de las minorías

⁵⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-616/01, M. P. Rodrigo Escobar Gil. Bogotá: 13 de junio de 2001.

en la que hay implícita una tendencia al “populismo judicial” en detrimento del sistema de división de poderes, el interés general⁶⁰ y la participación democrática, en virtud a que los ciudadanos pueden optar por cambiar la lucha electoral y la movilización política por la interposición de acciones judiciales contra leyes, sobrecargando la actividad de los jueces constitucionales. También es posible que se ponga en peligro la seguridad jurídica en especial la de contratos y sus regulaciones, puesto que la Corte con una decisión puede cambiar las reglas de juego de los agentes de una manera unilateral.

Como contraargumento, el exmagistrado Manuel José Cepeda sostiene que algunos fallos de la Corte Constitucional con implicaciones económicas fijan un marco genérico y no entran de manera alguna en detalles de política pública, puesto que dejan un amplio margen de configuración legislativa y normativa a los poderes encargados de elaborarlos. Sostiene que es legítima la intervención en todos los asuntos en los que deban protegerse las libertades fundamentales.

Incluso en aquellos con efectos presupuestales porque una cosa es que los recursos sean escasos y otra bien diferente es admitir que estos sean vulnerados en aras de ahorrarle dinero al Estado⁶¹. La garantía de los derechos y la igualdad material cuesta y los órganos jurisdiccionales no pueden dejar de defender la Constitución y las leyes so pretexto de no contar con una facultad que evidentemente está allí definida.

1.5 CONCLUSIONES DEL CAPITULO

En un Estado Social de Derecho, como el nuestro, la Constitución Política recoge una serie de herramientas para garantizar una adecuada convergencia de las garantías de libertad e igualdad en el desarrollo de las actividades de los particulares. Es así como la cláusula de libertad se efectiviza en principio por sí sola, bajo el entendido de que la acción del Estado para contenerla es subsidiaria y justificada cuando su ejercicio atenta contra el interés general, entendido como el orden jurídico y los derechos de los demás.

En el campo económico la libertad se relativiza un poco más dado que los derechos de esta naturaleza cumplen una función social que deja abierta la puerta a que el Estado ejerza una injerencia que es matizada en su grado de intensidad al conjugarse con la garantía de la igualdad. Esta última, frente al Estado, puede reclamarse en los ámbitos de igualdad ante la Ley, de trato y de protección, siempre que existan contextos idénticos para asegurar un trato igual a iguales, y desigual en casos de discriminación positiva y de acciones afirmativas, que en cada situación concreta le corresponderá valorar al juez constitucional aplicando test de escrutinio rígidos o flexibles que protejan al ciudadano de los abusos del poder.

⁶⁰ UPRIMNY YEPES Rodrigo, RODRIGUEZ GARAVITO César, y GARCIA VILLEGAS Mauricio ¿Justicia para todos? Sistema Judicial, derechos sociales y democracia en Colombia. Bogotá: Norma, 2006, p. 151-152.

⁶¹ CEPEDA ESPINOSA, Manuel José. Polémicas constitucionales. Bogotá: Legis, 2007, p. 122-147.

Al acudir a los antecedentes históricos es posible probar cómo el exceso del Estado en la protección de la libertad o de la igualdad, han conllevado a modelos en los que las personas pierden su dignidad a favor del sistema económico. Un liberalismo a ultranza conlleva inequidades sociales y un igualitarismo exagerado que puede ocasionar que las personas pierdan hasta la posesión de sus mismos derechos. En ese sentido, la consagración de las garantías en la Carta, como marco de acción de los gobernantes, debe desarrollarse en la práctica atendiendo a unas políticas que logren los cometidos propios de un Estado Social de Derecho.

Desde lo económico, la Carta Constitucional ha diseñado una dinámica de límites al ejercicio de las libertades, la igualdad como principio y la actividad interventora del Estado. Estos límites se relacionan con una interacción de esos elementos para el adecuado funcionamiento del sistema. En relación con las libertades individuales, en especial las de tipo económico, su ejercicio es legitimado al enfrentarse a los derechos colectivos, pues éstos llevan implícitos la noción de “interés general” que se encuentra presente en la mayoría de las actividades de los particulares, aunque en diferentes grados, lo cual determina la intensidad de los instrumentos que utiliza el aparato estatal, acorde con la Constitución Política.

Para que el Estado pueda operar de esta manera se requiere que exista una Ley previa, que se respete el núcleo esencial de la libertad objeto de limitación, que obedezcan al principio de solidaridad o algún otro principio o finalidad expresamente señalados en la Carta y que respondan a criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

De otra parte, en cuanto a la igualdad, el Estado tiene un papel activo para que ésta se logre desde lo material, es decir distinguiendo las particularidades específicas de los grupos sociales y buscando la nivelación económica de aquellos que se encuentran marginados, a través de acciones de fomento que posibiliten su desarrollo integral con educación, servicios públicos de calidad, vivienda digna, y demás derechos, en donde la economía solidaria ofrece alternativas tendientes al logro de estos propósitos.

También el Estado debe atenerse a su papel como director de la economía, a través de los diferentes órganos que lo conforman y de acuerdo con lo establecido en el artículo 334 Superior teniendo como fin de su accionar el conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Ese actuar también está circunscrito a los principios de ponderación, necesidad y subsidiariedad, pues no en todos los sectores y actividades económicas se hace necesaria su presencia en la misma intensidad.

Esa modulación depende del sector económico sobre el cual recaiga. En las actividades consideradas como estratégicas debe ser muy intensa (intervención fuerte), de tal manera que puede llegarse a eliminar la iniciativa privada, mientras que en otros sectores no estratégicos puede darse una intervención mínima (intervención ligera). Lo anterior es un parámetro importante a la hora de definir por parte de los órganos jurisdiccionales las normas y las actuaciones de los demás poderes públicos en relación con la aplicación de instrumentos y políticas públicas.

2. EL MODELO DE INTERVENCION DEL ESTADO EN LA ECONOMIA

2.1 PRESENTACIÓN DEL CAPÍTULO

En el capítulo anterior se tuvo la oportunidad de estudiar la evolución de las ideas políticas y económicas en torno a las garantías de libertad e igualdad que son la base para la configuración de los modelos económicos, los cuales sirven de parámetro frente a la actividad jurisdiccional cuando deben fallar asuntos de esta naturaleza y definen las pautas de incidencia del Ejecutivo y Legislativo en la actividad de los particulares. Así las cosas, corresponde en este acápite de la investigación conceptualizar en términos generales sobre lo que significa un modelo económico, sus características y tipos.

Una vez establecido ello, se estudiará en el caso colombiano si la Constitución definió uno en especial y qué se ha dicho en torno a este asunto y a su conveniencia, bajo el entendido que cualquier forma de injerencia del Estado en la economía debe interpretarse bajo los principios de subsidiariedad, ponderación y necesidad y modularse de acuerdo con los sectores en los que se aplique, con base en unos fines sociales que se derivan de la cláusula de Estado Social de Derecho.

Además se harán precisiones históricas y filosóficas en torno a la introducción del concepto de función social de la propiedad y de la consagración de las libertades de tipo económico, como son la libertad de empresa y la de competencia en un juego mercado que por sí solo es difícil su autorregulación porque presenta fallas y distorsiones que justifican un comportamiento activo del aparato estatal frente a él, a través de la utilización de diferentes instrumentos tales como la normatividad, la regulación, la noción de policía, el servicios públicos, la gestión estatal, la planeación y el fomento.

2.2 EL MODELO ECONÓMICO COLOMBIANO

2.2.1 Conceptualización

Un modelo económico, también llamado sistema económico, es el conjunto de elementos que se interrelacionan armónicamente para que pueda funcionar un mercado. El sistema no se agota en sus componentes físicos (estados, compradores, vendedores, bienes y servicios, etc.) sino que adicionalmente incorpora elementos racionales, políticos, filosóficos e históricos, entre otros, en los que siempre se debate en torno al papel que debe cumplir el Estado frente al mercado.

De acuerdo con Jorge Méndez Munévar⁶² el término modelo es utilizado en primer lugar como un diseño simplificado de cómo funciona un sistema; sin embargo hay

⁶² MENDEZ MUNÉVAR, Jorge. Los Modelos de Desarrollo y el Papel del Estado. En: Revista Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, núm. 562. Bogotá: s. n., 1993, p. 40.

que tener en cuenta sus características, las cuales se derivan de las políticas de las autoridades, la estructura de las relaciones de poder o propiedad entre las clases sociales, la organización constitucional, jurídica o política existente, las formas de relación con el mundo en cuanto al comercio, lo financiero, y la forma en la que el Estado ha querido influenciar en la estructura social y productiva.

Los modelos suelen clasificarse de maneras distintas: en un primer grupo se habla de cerrados cuando es el Estado y nadie más que éste quien dirige toda la economía e interviene de manera absoluta; abiertos en caso de que el gobernante de turno, de acuerdo con su ideología, decida en qué y cómo debe intervenir; o de economía social de mercado que va más de la mano con el Estado Social, que está programado desde la Constitución y que permite el juego de mercado pero con un grado de intervención.

En un segundo grupo suele hablarse de modelos clásicos como son: el intervencionista, en el que el Estado tienen un papel activo e incide en la interacción de los elementos; el liberal o neutro, en el que el Estado se separa de manera absoluta del ámbito económico dejando que el mercado por si solo se regule y se ordene; y el modelo mixto que reúne elementos de neutralidad para ciertos sectores y actividades e igualmente de intervencionismo para otros, con base en lineamientos precisos que parten de la Constitución, de las leyes o del direccionamiento que dé el gobernante de turno.

Al interior de este grupo, se distinguen sus características con base en los principios que rigen la iniciativa pública frente a la iniciativa privada. En tratándose del modelo liberal, los poderes públicos se someten al principio de subsidiariedad y respetan las leyes de mercado (principio de conformidad con el mercado); mientras que en el modelo intervencionista, que se identifica con el socialismo democrático, se busca que los poderes públicos puedan dirigir el proceso sin que ello signifique dejar a los actores privados sin sus derechos tradicionales de iniciativa privada y acceso al mercado, por ello podría hablarse aquí de la aplicación del principio de compatibilidad entre la iniciativa pública y la privada, con predominio de la primera. Finalmente está el modelo socialcapitalista, o mixto que se caracteriza por la actuación conjunta entre el principio de compatibilidad (con predominio de la iniciativa privada) y el principio de conformidad con el mercado (interpretado de manera amplia)⁶³.

Actualmente es difícil encontrar modelos puros de intervencionismo de Estado o de neutralidad absoluta, éstos siempre estarán matizados y por tanto en el escenario mundial predominan los modelos mixtos con tendencias hacia el liberalismo, los cuales se organizan generalmente a partir de recomendaciones de organismos internacionales o supranacionales de corte económico, que mayoritariamente son discrecionales en su adopción por parte de los estados. Pero es lógico que no haya un modelo puro en la medida en que, por ejemplo, el Estado de derecho concreta las libertades económicas y el Estado intervencionista o planificador, los derechos sociales. En nuestro caso está definido que debe atenderse a los dos.

⁶³ DE JUAN ASENJO, Oscar. La Constitución Económica Española. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 21.

Se tiene como punto de partida el hecho de que el Estado debe garantizar que haya pluralidad de oferentes y de compradores a través de la prohibición de los monopolios de manera general y de la aceptación de forma excepcional por razones mismas de mercado. También debe prohibir la especulación y el acaparamiento de los productos en determinadas circunstancias. Asimismo debe asegurar la elección libre de los agentes a través de información clara y suficiente y de unos productos estandarizados y homogeneizados en aspectos de salubridad y de pesas y medidas, que está acorde con una racionalidad libre y no coaccionada por parte de los sujetos.

El modelo económico se deduce a partir de las reglas que la misma Constitución Política ha determinado y por ello, para concluir respecto a las características de éste es pertinente deducir cuestiones tales como: si éstas configuran una ordenación económica abierta a una pluralidad de sistemas económicos o si identifican un modelo en concreto y excluyente; si ellas, por si solas constituyen una plataforma necesaria para el control de los poderes económicos; y si desde el punto de vista jurídico poseen visos de eficacia⁶⁴.

Todo lo anterior, sin dejar de un lado que el centro de gravedad de esta cuestión se configura a partir de la definición de la relación de la iniciativa privada frente a la iniciativa pública que se armoniza en desarrollo del principio de compatibilidad que parte de la existencia real y legítima de cada una de ellas, pero se cuestiona frente a ambas, sus fines, sus medios y sus límites. Por ejemplo, es pertinente la discusión en torno a si en la iniciativa pública es más importante la calidad que la cantidad en los medios de acción, y si la iniciativa privada es abierta e ilimitada. Tales disquisiciones forman parte de la dialéctica iniciativa pública – iniciativa privada, que en el modelo intervencionista se resuelve ampliando de manera sustancial la pública y reduciendo la privada; en el modelo liberal, por el contrario reduciendo la iniciativa pública y ampliando la privada.

En las Constituciones de los estados, también se plantea, generalmente, si existe un modelo o no, pues las normas que se relacionan con los derechos y deberes sociales y económicos y con la organización misma del Estado, para que pueda ser útil en la defensa de éstos y que en esencia regulan la tensión iniciativa privada – iniciativa pública, sientan las bases del modelo. Prueba de ello, es que en las Constituciones de los países socialistas existe una gran cantidad de artículos de esa naturaleza dentro de los textos superiores, mientras que en los países de modelo más liberales, son pocas cuantitativamente⁶⁵.

⁶⁴ DE JUAN ASENJO, Oscar, op. cit., p. 13.

⁶⁵ Gaspar Ariño presenta el panorama de la Constitución Española en cuanto a si se trata de una economía social de mercado o una economía mixta, también presenta la interpretación de principios de la Constitución, y critica los puntos de vista de García Pelayo sobre este tema. Concluye diciendo que "No existe ciertamente en la Constitución Española un modelo económico rígido que imponga soluciones uniformes en todos los sectores y en todos los tiempos. Existe un gran margen de alternativas con mayor o menor presencia estatal en la vida económica. Pero sí existen unas líneas maestras de sistema económico que se deducen, en interpretación conjunta, de los derechos fundamentales reconocidos al ciudadano y de los títulos de intervención reconocidos al Estado". Ver: ARIÑO ORTIZ, Gaspar, op. cit., p. 174.

2.2.2 Antecedentes históricos

En la Constitución de 1886, en su versión original, no aparece expresa una cláusula de intervención del Estado en la economía; sólo con la reforma de 1936 se introducen nuevos lineamientos de orden superior. Hasta antes de ese año, la única norma que podría haber servido como soporte constitucional para el incipiente intervencionismo de Estado de la época fue el artículo 19 que indicaba que “Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y asegurar el respeto recíproco de los derechos naturales, previniendo y castigando los delitos”.

No obstante, el artículo 32 se refería al tema de la propiedad privada, y fue objeto de reformas y adiciones. La versión original decía que “En tiempo de paz nadie podrá ser privado de su propiedad en todo ni en parte, sino por pena, o apremio, o indemnización, o contribución general, con arreglo a las leyes, por graves motivos de utilidad pública, definidos por el legislador, podrá haber lugar a enajenación forzosa, mediante mandamiento judicial, y se indemnizará el valor de la propiedad, antes de verificar la expropiación”.

El cambio que se realiza en 1936 se produce a raíz de diferentes factores de orden mundial⁶⁶. En el campo del ideario político, se demostró que la economía no podía seguir siendo gobernada por leyes naturales que obligaban al Estado a permanecer neutro ante los fenómenos económicos; se dio un viraje del modelo de economía liberal hacia un modelo en el que el Estado pudiera regularla y orientarla hacia determinados fines no con mecanismos coactivos directos sino más bien de coerción indirecta tales como estímulos, programas de ayuda, subvenciones, fomento y planes que coadyuvaban en la organización de la actividad económica privada⁶⁷.

Otros factores fueron la primera guerra mundial y la recesión de 1929, que hicieron que los estados en general adoptaran medidas a través de reglamentos y de la prestación de servicios necesarios para los ciudadanos, e igualmente medidas que posibilitaran superar la recesión económica generada, incluso con medidas de protección a sectores fuertemente golpeados por la crisis. En este nuevo rol

⁶⁶ Los historiadores coinciden en que para Colombia el intervencionismo de Estado aparece en el año de 1936 con las reformas constitucionales que introducen la función social a la propiedad y consigo un papel activo del Estado para garantizar tal postulado. Ver: LOPEZ GARAVITO, Luís Fernando. Intervencionismo de Estado y Economía en Colombia. Segunda edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 15. Este autor distingue tres clases: el totalitarista, el moderado y el limitado. El primero de ellos se dio en Rusia, Cuba y China entre 1917 y 1985 y consiste en el predominio del régimen socialista; el segundo se da en Francia, Japón, Brasil y Colombia entre los años de 1946 y 1994 con predominio de la economía de mercado. El último se da en Estados Unidos en los años de 1946 y 1994. Sin embargo, Bernardo Tovar Zambrano, refiriéndose a las primeras crisis del año 1923 en Colombia, dice que el problema no consiste en saber quién introdujo la intervención del estado en la economía (qué Gobierno) sino en establecer para cada periodo la forma específica de relación entre el Estado y la economía “dado que entre estas dos esferas de la sociedad no existe una relación de exterioridad (ni tampoco la posibilidad de una ausencia de relación) sino una relación de mutua implicación”. Ver: TOVAR ZAMBRANO, Bernardo. La intervención Económica del Estado en Colombia: 1914-1936. Bogotá: Biblioteca Banco Popular, 1984, p. 290.

⁶⁷ REBELLÓN REBELLÓN, Bernardo. Elementos de Derecho Económico. Bogotá: ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1994, p. 29.

interventor, el Estado modificó su estructura administrativa creando entidades técnicas que permitieron hacer posibles tales cometidos.

El proceso de reforma comenzó en 1934, fecha en la cual el Ministro de Gobierno del Presidente Alfonso López Pumarejo, doctor Dario Echandía, presentó a consideración de la Cámara de Representantes un proyecto de reforma a los artículos 31 de la Carta Política y 5 del Acto Legislativo 3 de 1910. La norma fue aprobada como artículo 11 del Acto Legislativo 1 de 1936, de la siguiente manera:

“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.

“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”.

Dicha norma previó dos requisitos ineludibles de cualquier medida de intervención, el primero de ellos es sustancial y se refiere al fin de la misma que consistió en la racionalización de las etapas del ciclo económico, lo cual implicó que en ellos se minimizaran los costos económicos y se maximizaran los beneficios sociales, o también para proteger los derechos de los trabajadores. El otro requisito tuvo que ver con las formalidades adicionales en la aprobación del proyecto de Ley de intervención.

La Ley 125 de 1937 sobre fomento de la industria del banano del país se produjo en el marco de esta norma. Algunos artículos de esta Ley fueron demandados y por ello, la Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, se pronunció por primera vez sobre la intervención del Estado en la economía⁶⁸. Allí la Corte Suprema hizo una serie de consideraciones en torno a los motivos que conllevaron a la expedición del Acto Legislativo 1 de 1936, haciendo énfasis en las razones fácticas y la situación económica del país, adicionalmente describió las exigencias que hacía la Carta en materia medidas de intervención, en cuanto a fines y a la formalidad para la aprobación de las medidas a través de leyes expedidas por el Congreso de la República. En sus consideraciones describió los modelos de intervención que para la época imperaban en el mundo, y asignó a nuestro Estado uno de economía

⁶⁸ En esta sentencia la Corte Constitucional señaló que “Después de la guerra europea surgió una lucha económica de proporciones enormes y un estado de desequilibrio no conocido hasta entonces. Hubo un período de inflación del papel moneda y aumento de la producción industrial y agrícola de grandes proporciones, después del cual vino la catástrofe financiera y económica: el equilibrio entre la oferta y la demanda, mantenido artificialmente, se rompió en todas partes y trajo la ruina de las industrias, la paralización del crédito, el desempleo y el hambre. Entonces se impuso el intervencionismo de Estado como único medio de regular la vida de los organismos económicos amenazados de muerte. Los países de estructura democrática incorporaron en sus legislaciones los textos necesarios para realizar la intervención y en otros se impusieron las dictaduras. Un eminente autor divide así la intervención del Estado. ‘A ese intervencionismo se le llama hoy economía dirigida, economía regimentada y economía compensada’. Lo apropiado de cada uno de esos calificativos depende de la forma más o menos extensa o intensa, de la intervención del Estado y de los fines que persigue. Ejemplos clásicos de la economía dirigida los encontramos en las organizaciones socialistas y fascistas, y de la economía regimentada en la revolución económica del Presidente Roosevelt. La economía compensada obedece a un teoría intermedia, que justifica la intervención del estado cuando quiera que ella es necesaria para obtener por compensación determinados bienes sociales, como la elevación de vida de la clase trabajadora”. Ver REBELLÓN REBELLÓN, Bernardo, op. cit., p. 612.

compensada en la que existe intervención siempre que ella sea necesaria para obtener por compensación en determinados bienes sociales, como el bienestar de los trabajadores.

Años después, fue aprobado el Acto Legislativo 1 de 1945 que en su artículo cuarto reformó el artículo 32 de la Constitución Política, en los siguientes términos:

“El Estado puede intervenir por mandato de la Ley en la explotación de las industrias o empresas públicas o 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.

“Esta función no podrá ejercerse en uso de las facultades del artículo 76, ordinal 12 de la Constitución”.

El cambio sustancial radicó en que, aún siendo la legislación el principal instrumento de intervención, se abrió la posibilidad a la administración para que ejecutara la Ley a través de otros medios, pero siempre atados a los parámetros de una Ley habilitante y previamente establecida. Lo que sí se restringió fue que esta norma no pudiera ser de aquéllas que revisten, pro tempore, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias cuando la necesidad lo exija o las conveniencias públicas lo aconsejen. A este último es a lo que hace referencia el ordinal 12 del artículo 76 de esa Constitución.

En el año de 1968 se hace la última reforma a la Constitución de 1961 en materia de intervencionismo de Estado. A través del artículo 6 del acto legislativo 1 de 1968 se reformuló nuevamente el artículo 32, quedando redactado así:

“Se garantiza la libertad de empresa y la iniciativa privada dentro de los límites del bien común, pero la dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la Ley, en la producción, distribución y consumo de los bienes y en los servicios públicos y privados, para racionalizar y planificar la economía a fin de de lograr el desarrollo integral.

“Intervendrá también el Estado, por mandato de la Ley, para dar pleno empleo a los recursos humanos y naturales, dentro de una política de ingresos y salarios, conforme a la cual el desarrollo económico tenga como objetivo principal la justicia social y el mejoramiento armónico e integrado de la comunidad y de las clases proletarias en particular”.

La forma como se escribió este nuevo precepto cambia enteramente el enfoque que se le venía dando al tema de la intervención, pues de ahí en adelante, ésta ya no sería facultativa (antes se decía: puede intervenir) sino que a partir de ese momento pasó a ser un imperativo (intervendrá). Asimismo se introdujo el concepto de bien común, que aunque tiene un significado abierto e indeterminado, puede ser asimilado a interés general, y se dijo claramente que el Estado era el director de la economía.

En este nuevo enfoque se cambia el término riqueza por el de bienes y servicios, que es más técnico; y se agregó la planeación como un nuevo elemento o fin de la intervención, siempre que ésta buscara el desarrollo integral. Sobre este último punto, el inciso segundo se encargaría de ampliar la idea explicando que dentro de

los fines de la intervención se encuentra el pleno empleo, los salarios y el desarrollo económico en general.

2.2.3 Las libertades de orden económico: libertad económica, libertad de empresa y libertad de competencia

La Corte Constitucional ha manifestado que la definición de libertad económica no es fácil precisarla, por tratarse de una cláusula abierta e indeterminada, que es susceptible de distintas interpretaciones según la concepción que se tenga del hombre y de la sociedad. Al respecto ha dicho que “... es una facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar su patrimonio”⁶⁹.

Por eso, la Corte Constitucional reconoce que en 1991 se adoptó un modelo propio de una economía social de mercado y se introdujo una serie de principios e instituciones para armonizar la intervención del Estado con la libertad de los ciudadanos, entre las cuales la libertad económica tiene un valor superior que garantiza a los asociados desplegar su libre iniciativa en orden a la satisfacción de sus necesidades, sin que se permita privilegiar unos sujetos, en detrimento de otros. Por ello, esta garantía constitucional se extiende por igual a empresas organizadas y a las que no lo están, a las personas naturales o jurídicas; todo ello dentro de los límites del bien común y del interés social, que constituyen uno de los fundamentos del Estado Social de Derecho.

Junto con la libertad de competencia, la libertad de empresa es uno de los ámbitos de la libertad económica. A la libertad de empresa también se le llama libre iniciativa privada y se fundamenta en la libre de organización y disposición de los factores de producción, la cual incluye la libertad contractual, que ejercida por el sujeto económico libre, atiende la finalidad de que en el mercado confluya un equilibrio entre los intereses de los distintos agentes. La libertad de empresa fue definida por la Corte Constitucional en los siguientes términos⁷⁰:

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

De otra parte, la Corte Constitucional ha señalado que la competencia se presenta cuando “un conjunto de empresarios (personas naturales o jurídicas), en un marco normativo, de igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos o recursos en la

⁶⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-425/92, M. P.: Ciro Angarita Barón. Bogotá: 24 de junio de 1992.

⁷⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-524/95, M. P.: Carlos Gaviria Díaz. Bogotá: 16 de noviembre de 1995.

conquista de un determinado mercado de bienes y servicios”. La libertad de competencia supone la ausencia de obstáculos entre una pluralidad de empresarios en el ejercicio de una actividad económica lícita⁷¹.

Pero el artículo 333 de la Carta limita su ejercicio a la responsabilidad que éste presupone, y a la función social que debe cumplir. Su ejercicio se presenta en el contexto de una economía social de mercado, en la que por un lado existe la libre iniciativa privada y por el otro presupone un Estado que se presenta como instrumento de justicia social con intervención redistributiva de la riqueza y de los recursos para corregir las desigualdades sociales originadas por los excesos individuales o colectivistas⁷².

Para la Corte Constitucional, su ejercicio deriva una tensión entre los intereses opuestos de los agentes participantes en el mercado, cuyo mantenimiento exige la garantía de ciertas libertades básicas, como son⁷³:

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

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

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

Adicionalmente se ha establecido que la libre competencia como derecho exige su protección efectiva en el ámbito general de las actividades de intervención atenuada, propias de la libertad económica, y también en actividades sujetas a intervención intensa. De tal manera que el aparato estatal puede regular cualquier actividad económica libre introduciendo excepciones y restricciones sin que ello signifique menoscabo a las libertades básicas y a la libre competencia en especial⁷⁴.

2.2.4 Enunciación de la cláusula de intervención en la Constitución Política

De las catorce definiciones que trae el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española⁷⁵ sobre el término intervenir, no se encuentra en ellas una calificación teleológica positiva o negativa del vocablo, es decir que éste en sí mismo no

⁷¹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-616/01, M. P.: Rodrigo Escobar Gil. Bogotá: 13 de junio de 2001.

⁷² CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-533/92, M. P.: Eduardo Cifuentes M. Bogotá: 23 de septiembre de 1992.

⁷³ ALMONACID SIERRA, Juan Jorge y GARCIA LOZADA, Nelson Gerardo. Derecho de la Competencia. Bogotá: Legis, 1998, p. 40. Citado directamente por la Corte Constitucional.

⁷⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-616/01, M. P.: Rodrigo Escobar Gil. Bogotá: 13 de junio de 2001.

⁷⁵ Diccionario de la Real Academia de la Lengua [en línea], [Consultado 23 de mayo de 2007]. Disponible en <<http://www.rae.es/>>: “intervenir. (Del lat. *intervenire*) ... 4. tr. Dicho de una autoridad: Dirigir, limitar o suspender el libre ejercicio de actividades o funciones. El Estado de tal país interviene la economía privada o la producción industrial”.

determina su fin; pero si se hace una ligazón a las funciones del Estado se podrá encontrar que ésta siempre busca algo relacionado con el bienestar y el buen funcionamiento de la sociedad.

Tal definición se enuncia como “Dicho de una autoridad: Dirigir, limitar o suspender el libre ejercicio de actividades o funciones”. En ella se cualifica al sujeto: debe ser una autoridad; además se mencionan tres acciones por medio de la cual se hace efectiva la intervención: dirigir, limitar o suspender, que en si constituyen medios o formas de intervención.

El intervencionismo del Estado en la economía se presenta como un fenómeno en el que aquél incide en los procesos económicos para normalizarlos e incentivar su crecimiento en aras de la prosperidad general. El profesor Jorge Witker⁷⁶ dice que “la intervención del Estado en la economía surge como el instrumento temporal por el cual el poder público penetra al sistema económico, para corregir las contradicciones y crisis internas del sistema económico liberal”.

La Corte Constitucional define la intervención del Estado en la economía como “la capacidad constitucional del ente estatal de incidir sobre las variables macroeconómicas”⁷⁷; de manera tal que puede afectar el actuar de los agentes económicos de forma favorable o desfavorable sin que ello implique violación a los derechos económicos. La acción estatal debe estar ponderada y debe ser proporcional al fin que se pretenda alcanzar, por sus propósitos deben ser serios, razonables y mesurables; y se debe respetar el núcleo esencial de las garantías en las reglamentaciones y en las medidas que se tomen, la legalidad y el Estado de derecho y el principio de igualdad⁷⁸, para que cada medida, en caso de afectar estos derechos, siempre se dé en razón del bienestar general.

El artículo 333 de la Constitución se establece que la actividad económica y la iniciativa privada son libres⁷⁹; hasta ahí se podría pensar que la Carta consagra como modelo el de una economía de mercado pura al estilo clásico liberal, sin embargo a continuación la misma Carta Política impone como límite a esos derechos económicos el bien común, entendido como interés general. Pero ese límite se concreta un poco más, cuando se aclara que los permisos previos y requisitos deben ser impuestos por el legislador observando aspectos tales como el ambiente y el patrimonio público. De lo cual es válido concluir que en Colombia el régimen es mixto, esto es de intervención y de libertad, dependiendo del sector y del

⁷⁶ WITKER, Jorge. Derecho Económico. Colección de Textos Jurídicos. México: Harla, 1985, p. 28.

⁷⁷ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-490/93. M. P.: Alejandro Martínez Caballero. Bogotá: 28 de octubre de 1993.

⁷⁸ Andrés López menciona como límites a la facultad de intervención del estado el principio de proporcionalidad con énfasis en la ponderación de los intereses en caso de conflicto, del deber de respetar el núcleo esencial, el principio de igualdad y la noción de Estado de derecho. Ver. LÓPEZ VALDERRAMA, Andrés. La autonomía privada y la Función Social de la Empresa. En: Temas jurídicos – Revista de la Facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, num. 10. Bogotá, 1997, p. 172.

⁷⁹ Estos artículo forman parte de lo que se ha denominado Constitución Económica, rótulo con el cual se designa el conjunto de normas de la Constitución, que determinan el marco jurídico fundamental bajo el cual deberá desarrollarse la actividad económica, señalando sus fundamentos esenciales y las pautas que deben tener los operadores económicos. Véase: LÓPEZ VALDERRAMA, Andrés, op. cit., p. 174.

tipo de actividad. Ello gradúa la intensidad y se asocia a los principios de igualdad y libertad.

La cláusula general de intervención del Estado en la economía está enunciada en el artículo 334 de la Constitución Política en los siguientes términos:

“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 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.

“El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y la competitividad y el desarrollo armónico de las regiones”.

Tal norma constitucional pone en cabeza del Estado la dirección de la economía en general, es decir que las políticas macroeconómicas deben emanar de los poderes públicos, de acuerdo con la distribución general de competencias que ha señalado la Carta, pero además el Estado debe intervenir en asuntos específicos para asegurar la efectividad del Estado Social de Derecho en procura de mejorar la calidad de vida de los habitantes, la distribución de oportunidades y beneficios, la preservación de un ambiente sano, la racionalización de la economía, y el aseguramiento de que las personas van a acceder efectivamente a bienes y servicios básicos. En ese sentido, la Constitución Política en su artículo 2 señala que son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, entre otros.

Esta norma junto a otras disposiciones constitucionales, de este tipo, han sido llamadas por la doctrina constitucional, Constitución Económica. En torno a ellas se han suscitado debates importantes respecto a si deben o no incorporarse en la Ley fundamental, a que una vez incorporadas cuál es su jerarquía dentro de la Carta, a cuáles deben ser las reglas de interpretación por parte de los jueces constitucionales, a su grado de adaptabilidad a las circunstancias coyunturales de los estados, entre otros. La Corte Constitucional⁸⁰ ha dicho que:

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

⁸⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-865/04, M. P.: Rodrigo Escobar G. Bogotá: 7 de septiembre de 2004.

Además, ha indicado la Corte Constitucional, que el título XIII de la Constitución Política, que versa sobre el Régimen Económico y de la Hacienda Pública, debe interpretarse en armonía con los principios rectores del Estado colombiano y los valores consagrados en el Preámbulo y en el Título I, y por otra parte los derechos fundamentales y los derechos económicos sociales y culturales enunciados en el Título II⁸¹.

La Corte Constitucional, como intérprete máximo ha entendido “la cláusula de Estado Social de Derecho como la llave maestra del orden constitucional económico y así lo ha dado a entender desde sus primeras decisiones”⁸². También ha indicado que la adopción de este modelo constitucional guarda estrecha relación con la consagración en el texto constitucional de “un Estado interventor a través de un conjunto sistemático de disposiciones jurídicas destinadas a la realización de un orden económico y social justo”⁸³.

Pero ello, no significa, de manera abierta, que se haya adoptado “un modelo económico restringido, rígido, inamovible, que tuviera como efecto legitimar exclusivamente una ideología o partido y vetar todas aquellas que le fueren contrarias”, ni tampoco que fuera un texto neutro, indiferente al comportamiento económico de los particulares o del Estado. Al contrario, ha dicho esa Corporación que “el nuevo derecho constitucional diseña un marco económico ontológicamente cualificado, que parte del reconocimiento de la desigualdad social existente (art. 13), de la consagración de ciertos y determinados valores como la justicia y la paz social, principios como la igualdad y la solidaridad, y derechos y libertades civiles, sociales, económicos y culturales que conforman la razón de ser y los límites del quehacer estatal”⁸⁴.

Por ello, la Constitución dota al aparato estatal “de una serie de instrumentos de intervención en la esfera privada, en el mundo social y económico, con el fin de que a partir de la acción pública se corrijan los desequilibrios y desigualdades que la propia Carta reconoce y se pueda buscar, de manera real y efectiva, el fin ontológicamente cualificado que da sentido a todo el ordenamiento” e igualmente otorga “a los agentes sociales, individuales y colectivos, mayores instrumentos de gestión, fiscalización, control y decisión sobre la cosa pública”⁸⁵.

Concluye la Corte Constitucional que “la intervención del Estado en la economía tiene justificación no sólo desde una perspectiva organizacional, sino también desde un punto de vista axiológico pues persigue la materialización de principios y valores consagrados en el texto constitucional”⁸⁶.

⁸¹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-426/92, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá: 24 de junio de 1992.

⁸² CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-860/06, M. P.: Humberto Sierra Porto. Bogotá: 18 de octubre de 2006.

⁸³ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-074/94, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá: 27 de octubre de 1994.

⁸⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-860/06, M. P.: Humberto Sierra Porto. Bogotá: 18 de octubre de 2006.

⁸⁵ *Ibíd.*

⁸⁶ *Ibíd.*

La facultad de intervención del Estado en la economía se plasma en el artículo 333 de la Constitución que expresamente dispone que “la Ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación” y en el artículo 334 de la misma Carta Política, conforme al cual la dirección general de la economía está a cargo del Estado. En ese sentido, manifiesta la Corte Constitucional que la actividad intervencionista pretende conciliar los intereses privados presentes en la actividad empresarial de los particulares, con el interés general que está involucrado en ciertos casos, como en el de la prestación de los servicios públicos que se vincula la satisfacción de necesidades básicas de los ciudadanos. Por ello, en las normas de intervención debe estar presente la tensión entre la libertad de empresa y la prevalencia del interés general.

La intervención estatal en la economía tiene distinta modulación según el sector económico sobre el cual recaiga, pues mientras en determinadas actividades o servicios públicos considerados estratégicos puede ser muy intensa, al punto de eliminar la iniciativa privada, en otros sectores tiene un menor grado, de forma tal que se faculta a los particulares para desarrollar determinadas actividades económicas con un permiso, autorización o licencia por parte del Estado, e incluso, en algunos casos no se requiere ningún permiso o autorización previa para el ejercicio de una determinada actividad, industria u oficio, pues allí opera como regla general la libre iniciativa sin permisos previos⁸⁷.

2.3 ÁMBITOS Y TIPOLOGIA DE LA INTERVENCIÓN

2.3.1 El mercado y sus fallas

Partiendo de la premisa de que en un Estado Social de Derecho, el aparato estatal debe proteger y garantizar los derechos y las libertades públicas, entre ellas las de tipo económico, es necesario que éste disponga de medios concretos que garanticen las relaciones armónicas entre los asociados. Siendo el tema económico un aspecto que genera tensiones, desigualdades, egoísmos y en concreto una serie de relaciones de dominación que van en detrimento de las condiciones sociales de los individuos, el Estado necesariamente debe intervenir para garantizar el funcionamiento adecuado del sistema.

Ese funcionamiento armónico se concreta en el modelo de equilibrio general del mercado que plantean teóricos como Arrow⁸⁸ y Debreu⁸⁹ con base en los trabajos

⁸⁷ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-616/01, M. P.: Rodrigo Escobar Gil. Bogotá: 13 de junio de 2001.

⁸⁸ Kenneth Joseph Arrow (23 de agosto de 1921), economista estadounidense nacido en Nueva York, ganó el Premio Nobel de Economía en 1972 junto con John Richard Hicks.

⁸⁹ Gerard Debreu (4 de julio de 1921 – 31 de diciembre de 2004) fue un economista nacido en Francia, pero nacionalizado estadounidense, que ganó el Premio Nobel de Economía en 1983.

del economista Walras⁹⁰. En este modelo, la economía está formada por dos tipos de agentes: los consumidores y los productores. Ellos intercambian unos bienes y servicios para los que existe un mercado y un precio. Los consumidores están sometidos a restricciones y además entienden que su actuar no puede modificar los precios; de tal suerte que las cantidades consumidas, los precios, las preferencias y el conjunto de las posibilidades de consumo constituyen la función de demanda del mercado⁹¹.

De otra parte, los productores desarrollan una función que implica la compra de bienes y servicios a otros productores y a los consumidores, la transformación, el transporte, almacenamiento, entre otras. Los productores tienen objetivos en el mercado que generalmente parten de la maximización de ganancias con base en una buena selección de la actividad desplegada e igualmente restricciones como por ejemplo el conocimiento y el desarrollo en términos tecnológicos de su actividad. Para este evento, la función de oferta de mercado se forma con la suma de las ofertas individuales.

Para Arrow y Debreu, en la economía de propiedad privada, los productores pertenecen a los consumidores, pero puede ocurrir que “un consumidor dado no tenga participación en ninguna empresa, que una empresa sea propiedad de un solo consumidor, que su propiedad esté distribuida entre todos o cualquier distribución de la propiedad. Las ganancias de los productores se distribuyen entre los consumidores en esta misma proporción”⁹². Algunas alternativas que plantean al modelo descrito son: la economía socialista cuyas empresas son propiedad del Estado, la economía cooperativa en la que las empresas son de sus trabajadores, y la economía mixta en la que parte de las empresas es de los consumidores, parte de los trabajadores y parte del Estado.

El modelo de equilibrio competitivo en una economía de propiedad privada parte del equilibrio de los consumidores, los productores y los mercados en relación con las restricciones que existe para cada uno de ellos. Un concepto que se utiliza para describir el punto de equilibrio es el de Punto (u óptimo) de Pareto que consiste en que en una economía una distribución de consumo x es punto de Pareto “sino existe otra, producible por una economía con los mismos conjuntos de posibilidades de producción y dotaciones iniciales, que permita dar a cada uno de los consumidores un consumo que sea equivalente de acuerdo con sus preferencias y, por lo menos a uno de ellos, uno que sea estrictamente mejor”⁹³.

Para que se dé el Punto de Pareto o el mercado de equilibrio competitivo, deben cumplirse las siguientes suposiciones básicas, como lo indica el profesor Manuel Ramírez:

⁹⁰ León Walras (Évreux, Francia, 16 de diciembre 1834 - Clarens-Montreux, Suiza, 5 de enero 1910), economista francés quien es considerado el primero en describir el equilibrio general de la competencia perfecta de los mercados.

⁹¹ RAMÍREZ GOMEZ, Manuel. Regulación y Mercado. En: La regulación económica: Tendencias y desafíos. Bogotá: Colección de textos de jurisprudencia – Universidad del Rosario, 2004, p. 33.

⁹² *Ibíd.*

⁹³ *Ibíd.*

a. Existencia de mercados para todos los bienes. Se dan casos en los que no existen mercados a raíz de las externalidades positivas o negativas, en las que deben crearse unos que den solución a éstas. Otro caso es el de la integración vertical en la que un bien es producido por una empresa y utilizado por la misma como insumo para producir otro bien. Un tercer caso es el de la ausencia de mercados para el futuro (mercados contingentes).

b. Agentes sin poder de mercado. Para que se dé tal condición, la participación de éstos debe ser tan mínima que no puedan influir en ninguna de las variables del mercado especialmente en el precio. En la práctica existe poder de mercado otorgado por el Estado mediante la legislación a personas o grupos pequeños de personas para la explotación de un determinado mercado, lo cual se justifica en razones de conveniencias teóricas o políticas, tal es el caso de las licoreras y loterías por ser fuente de ingresos para los entes territoriales; en las patentes el incentivo innovador y creativo; y en los servicios públicos las altas inversiones que requieren.

c. Los productores buscan maximizar sus ganancias. Esto no ocurre siempre en primer lugar porque algunas empresas maximizan sus ventas al punto de producir mucho más de lo que es óptimo desde el punto de vista social; en segundo lugar por la maximización de ingresos de un factor intermedio en el proceso de producción, por ejemplo mejores salarios para los trabajadores, mejor pago para una compañía que suministra un bien o servicio, mayores intereses y pagos a entidades financieras, etc.; y en tercer lugar, el caso de empresas que buscan maximizar la cantidad suministrada de un bien o servicio por razones extraeconómicas, como por ejemplo, las empresas de servicios públicos domiciliarios o de salud, educación, etc.

d. Información simétrica que se produce cuando todos los agentes conocen la misma información o tiene la misma posibilidad de acceder a ésta. En la realidad se da con frecuencia una información asimétrica que consiste en que la que tiene uno de los agentes es diferente a la que tienen los demás. Los principales problemas son: la selección adversa que consiste en que hay diferentes tipos de agentes, cada uno de los cuales conoce sus características, pero el principal las ignora, como ejemplos suelen citarse el mercado de carros usados en el que el comprador ignora las características del mercado, mientras que el vendedor sí las conoce.

Otro problema es el del riesgo moral que no versa sobre el conocimiento de la información sino sobre las acciones que uno de los agentes tomarán, por ejemplo un trabajador puede dedicar diferentes grados de esfuerzo a su labor, o un tomador de seguros puede emprender diferentes acciones respecto a su salud, como sería el fumar, no hacer deportes, etc.

El tercer problema de asimetría es el de agencia que consiste en que el agente recomienda al principal una acción dentro de un conjunto de acciones posibles, la acción la ejecuta el agente que a su vez tiene interés en el resultado de la misma, por ejemplo en un tratamiento médico, el profesional lo realiza dentro de las

múltiples posibilidades y su ingreso depende del que se elija, creando un conflicto de intereses entre el paciente y el médico⁹⁴.

De otra parte, tales fallas y contradicciones del mercado se relacionan en primera instancia con la asignación ineficiente de recursos a partir de bienes públicos, es decir que el mercado de manera autónoma cierra la posibilidad para que determinados sectores sociales gocen de bienes indispensables para su subsistencia.

En segundo lugar, existe una distribución inequitativas de las rentas y de los ingresos, por tanto el Estado debe captar rentas de manera progresiva y direccionarlas hacia las clases menos favorecidas a través de programas que hacen que la sociedad sea más justa. Finalmente y en tercer lugar, aparecen desequilibrios macroeconómicos, que presionan al Estado a desarrollar estrategias tendientes a estabilizar la economía para lograr que se utilice todo el potencial de crecimiento.

2.3.2 Ámbitos de interferencia estatal

El término intervención económica no se agota en su formulación conceptual puesto que tal interferencia si bien es económica, en el trasfondo de la discusión aparece el elemento social que la justifica y que a la vez gradúa la intensidad y rigurosidad de las medidas que se adopten. Es decir que la intervención se dirige hacia dos ámbitos diferenciados, pero consecuentes: el mercado y la convivencia social.

El primero es un fenómeno económico que existe en la medida en que el Estado establece una serie de instituciones básicas como son el derecho de propiedad, la libertad contractual, y un sistema de responsabilidad de los particulares que se hace respetar a través de una justicia y una administración pública efectiva. El segundo, que es social, depende también de muchos elementos relacionados con la imposición de reglas que deben ser respetadas y cuya infracción debe ser sancionada. Según la Corte Constitucional⁹⁵ en un Estado Social de Derecho éste debe intervenir en el ámbito socio económico para cumplir sus funciones. Estas son:

- De redistribución del ingreso y de la propiedad. Esta función ha sido cuestionada por quienes defienden el Estado liberal en razón a que con ello se imponen costos y trabas en las transacciones, y se pueden crear privilegios e inequidades. El fin de tal función es alcanzar un orden político, económico y social justo como se establece en el preámbulo de la Constitución Política.
- De estabilización económica que busca la coherencia y el equilibrio entre todos los elementos que componen el sistema macroeconómico. Tal función se deduce a partir de los artículos de la Constitución Política: 334 sobre cláusula general de intervención del Estado en la economía, 339 sobre planes de desarrollo, 347 relativa a presupuesto y Ley de apropiaciones, 371 y 373 relativos al funcionamiento del Banco de la República.

⁹⁴ RAMIREZ GOMEZ, Manuel, op. cit., p. 39.

⁹⁵ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-150/03, M. P.: Manuel José Cepeda E. Bogotá: 25 de febrero de 2003.

- De regulación económica y social aplicada a sectores y actividades específicas determinadas trazados en la Constitución. Por ejemplo la atención en salud y el saneamiento básico consagrados en el artículo 49 de la Carta Política.

Otros dos ámbitos de intervención del Estado que deben diferenciarse claramente son: el de la intervención en la producción que se dirige hacia la prevención y la resolución de los problemas que se suscitan entre las empresas a su interior o en el mercado de competencia. El otro es el de la distribución, que se enfoca en el consumidor como persona digna que merece respeto y libertad. Empero, es válido distinguir de manera más precisa tres áreas funcionales a los que se dirige la intervención: la ordenación de la actividad económica, la satisfacción de necesidades sociales, y la dirección del proceso económico.

2.3.3 Tipología de la intervención

Antes de entrar a precisar los tipos de intervención económica, es importante retomar lo dicho anteriormente respecto a que la intervención económica no puede dejar de lado su contenido social. Actividades que a primera vista resultarían ser eminentemente sociales como la cultura, el deporte, la salud, a manera de ejemplo, tiene inmerso un carácter económico en la medida en que ellas en si mismas pueden ser explotadas por agentes económicos con miras a obtener un beneficio material y no simplemente la satisfacción personal o el altruismo.

Frente a las modalidades de intervención, no existe un criterio único que permita agruparlas. Oscar de Juan Asenjo⁹⁶ considera que éstas pueden ser compiladas en dos tipos de actividades que son la regulación y la gestión. En la primera, el Estado hace uso de su *imperium* o poder político e impone obligaciones y prohibiciones a los agentes económicos, mientras que en la segunda, el Estado utiliza sus medios de acción participando en el mercado sin limitar la libertad de los agentes.

En uno u otro caso, los medios no se establecen mayoritariamente con una finalidad "límite" sino con una función promocional y programática, lo que significa que por el mismo contenido social de la Constitución, todo el ordenamiento jurídico se edifica sobre el fomento de la convivencia social y económica armónica en donde el Estado tienen un actuar positivo para que tales condiciones se den, y nunca para desmotivar prácticas o actuaciones, a menos, obviamente, que tales comportamientos atenten contra el principio de conformidad con el mercado.

El Estado, a través de su estructura administrativa, actúa y hace posible que fluyan relaciones entre los particulares entre sí y entre los particulares y el Estado; para ello existen tres medios tradicionales como son la policía, el servicio público y el fomento⁹⁷. La policía entendida como conjunto de actividades que mediante medidas coactivas, garantiza el orden público y por consiguiente el interés general; a su turno el servicio público, cuyo concepto, si bien es cierto fue acuñado por la

⁹⁶ DE JUAN ASENJO, Oscar, op cit., p. 100.

⁹⁷ MARTIN MATEO, Ramón. Manual de Derecho Administrativo, 25ª edición. Navarra: editorial Aranzadi, 2003, p. 354.

escuela francesa y se entiende como aquellas actividades de interés general cuya prestación corresponde en principio al Estado, hoy en día no es tan fácil de delimitar, debido a que muchas actividades son de prestación de los particulares, y algunas han perdido su carácter esencial, mientras que han aparecido otras.

Es decir que ya no es posible identificarlo conjugando de manera armónica la prestación en cabeza del Estado, que el objeto corresponda a una actividad de carácter general y con aplicación de un régimen de derecho público. A su turno, el fomento ha sido identificado como el conjunto de acciones que buscan proteger o promover un sector del cual podría obtenerse cierta utilidad pública, sin mediar coacción, a través de subsidios, incentivos tributarios, cofinanciación, etc.

Frente a esta doctrina tradicional, existe la posición del profesor Martín Mateo quien indica que tales modalidades tradicionales pueden ser replanteadas bajo tres grupos de acción a saber, en primer lugar, se tiene la acción administrativa de garantía, que de alguna manera corresponde a la tradicional de policía, sólo que en la garantía no se trata de simple coacción sino que se actúa proactivamente para que las condiciones de convivencia social se den de manera efectiva y le corresponde un papel arbitral o mediador bastante amplio.

Otro segundo grupo recoge la acción administrativa de prestación que tiene como objetivo entregar o facilitar bienes o servicios. Al respecto, no ha habido claridad conceptual y jurídica y por tanto tal prestación puede revestir una modalidad pública y una privada. En la modalidad privada, el Estado compete con otros agentes en igualdad de condiciones, bajo las reglas del derecho privado; mientras que en el régimen público, los órganos públicos aplican las prerrogativas del derecho administrativo; no obstante que es la naturaleza misma del bien o del servicio la que define el régimen aplicable, de manera preponderante frente a otros criterios.

En un tercer y último grupo se encuentra la acción administrativa de estimulación que coincide con la técnica clásica de fomento, a través de la cual la Administración otorga beneficios jurídicos, fiscales, monetarios, etc. a los agentes económicos para que se comporten de determinada manera, cuya acción beneficia al colectivo. Establecido lo anterior, es admisible sostener que el Estado interviene en la gran mayoría de las actividades de los agentes económicos para proteger, ante todo, los intereses de la sociedad. De acuerdo con la Corte Constitucional, esas manifestaciones de intervención pueden agruparse en torno a las formas, los contenidos, los sujetos como se aprecia a continuación⁹⁸:

TIPO	CONTENIDO	EJEMPLO
Global	Cuando versa sobre la economía como un todo	Medidas para controlar la inflación
Sectorial	Cuando recae en una determinada área de actividad	Elevar la calidad en la prestación de servicios de salud
Particular	Si apunta a una cierta situación como por	Medidas particulares para proteger

⁹⁸ Tomado de: CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-150/03, M. P.: Manuel José Cepeda. Bogotá: 25 de febrero de 2003, que a su vez, ha tomado la información de Sabino Cassese, La Nuova Costituzione Economica; Editori Laterza, Roma, 1995, p.12 y ss.

	ejemplo a la de una empresa	Acerías Paz del Río de una liquidación forzada
Directa	Cuando recae sobre la existencia o la actividad de los agentes económicos	Creación de barreras de entrada para los prestadores del servicio de televisión.
Indirecta	Cuando está orientada, no a la actividad económica propiamente dicha, sino al resultado de la misma	Prohibición de consumo de alcohol a menores de edad.
Unilateral	Cuando el Estado autoriza, prohíbe o reglamenta una actividad económica	Medidas para controlar la evasión de impuestos sin concertar con ningún sector.
Convencional	Cuando el Estado pacta con los agentes económicos las políticas o programas que propenden por el interés general	Negociación con sindicatos el aumento del salario mínimo mensual.
Por vía directiva	Cuando el Estado adopta medidas que orientan a los agentes económicos privados	Establecimiento de requisitos para obtener habilitación para prestar el servicio de transporte público.
Por vía de gestión	Cuando el Estado se hace cargo el mismo de actividades económicas por medio de personas jurídicas generalmente públicas.	Creación de la empresa industrial y comercial del Estado "Servicio Aéreo a territorios Nacionales SATENA.

De acuerdo con su función⁹⁹ la intervención del Estado en la economía puede ser: Conformativa (establece los requisitos de existencia, formalización y funcionamiento de los actores económicos), finalística (señala los objetivos generales o las metas concretas a los cuales han de propender los actores económicos) y condicionante (fija las reglas de juego del mercado o de un sector económico).

A su vez y según su contenido, los actos o medidas de intervención estatal pueden someter a los actores económicos a los siguientes regímenes: de declaración (sólo exige que los actores económicos presenten a las autoridades determinada información), de reglamentación (se fijan condiciones para la realización de una actividad), de autorización previa (impide el inicio de la actividad económica privada sin que medie un acto de la autoridad pública que lo permita), de interdicción (prohíbe ciertas actividades económicas juzgadas indeseables), y de monopolio (el Estado excluye del mercado determinadas actividades económicas, y se reserva para sí su desarrollo sea de manera directa o indirecta según lo que establezca la Ley).

2.4 CARACTERÍSTICAS DE LA INTERVENCIÓN ECONÓMICA

El fenómeno de la incidencia del Estado en el mercado en Colombia, tiene las siguientes características:

- **Responde a necesidades sectoriales**

La intervención por sectores o actividades responde con criterios muy técnicos a necesidades específicas y realidades propias por lo que a veces resulta imposible

⁹⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-150/03, M. P.: Manuel José Cepeda. Bogotá: 25 de febrero de 2003.

aplicar instrumentos de manera generalizada a varios sectores o actividades. Ello no es obstáculo para que en algunos aspectos muy generales se apliquen criterios también muy generales de intervención para todos los sectores como por ejemplo en cuanto a moneda, inflación, tasas de usura, banca, tributos nacionales, etcétera.

El principio de necesidad resulta ser fundamental porque el Estado no puede incidir en todas las actividades de los particulares sino sólo en aquellas en las que se justifique. Al respecto Gaspar Ariño dice que la suma de actividades no trascendentales para la sociedad, es decir las puramente privadas añadidas a las que reciben un control administrativo liviano, de tipo policivo, deben ser mayores que las afectadas por la regulación fuerte, es decir que el espacio regulatorio o espacio público debe ser menor que el ámbito de la iniciativa privada¹⁰⁰.

El principio de necesidad tiene una estrecha relación con el principio de subsidiariedad, mediante el cual el Estado actúa cuando se han surtido al interior de la sociedad y el mercado prácticas autogestionarias y éstas por si solas no garantizan la normalidad en el funcionamiento del sistema; de tal manera que el fin de esta intervención es el de garantizar el bien común y satisfacer las necesidades generales del conglomerado social.

- **Tiene un contenido político en lo general**

El Congreso de la República, a través de las leyes, fija las directrices generales de intervención, las cuales están fuertemente influenciadas por criterios de tipo político que obedecen ciertamente a coyunturas y momentos históricos determinados que pueden cambiar fácilmente.

- **Tiene un contenido técnico en lo especial**

A través de la función administrativa¹⁰¹ se desarrolla en gran medida la actividad intervencionista. La Constitución y la Ley han asignado competencias que son ejecutadas por los órganos administrativos, en los diferentes sectores económicos y sociales, los cuales tienen objetos de acción más especializados que otros en el ámbito económico. En su seno se adoptan medidas técnicas, por medio de actos administrativos, y se desarrollan funciones económicas, a través de empresas del Estado, adscritas o vinculadas a la cabeza del sector. Por ejemplo el sector educación es más especializado en lo que le corresponde que el sector planeación, cuyas funciones son de corte transversal y general, a los demás sectores.

Pero la estructura del Estado no se agota en sus ramas, sino que otras funciones de naturaleza especialísima son desarrolladas a través de órganos independientes y autónomos, en cuyo caso la adopción de políticas de regulación se hace dependiendo de la dinámica propia del sector en el mercado y en la convivencia

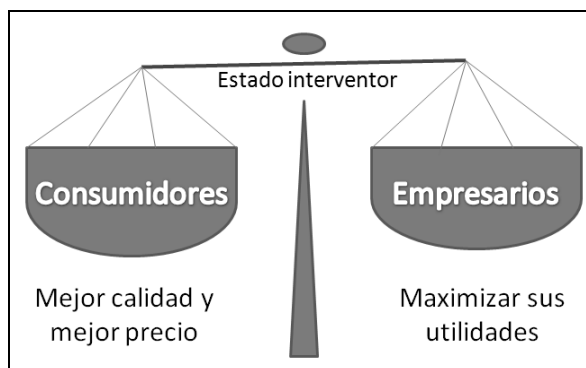
¹⁰⁰ ARIÑO ORTIZ, Gaspar, op. cit., p. 37.

¹⁰¹ García de Enterría sostiene que “administrar sería toda actuación del Estado distinta de legislar o de enjuiciar (escuela alemana desde MAYER, que reaparece insólitamente en la Ley Norteamericana de Procedimiento Administrativo de 1946), criterio cuyo sentido vendría del hecho de que legislar y juzgar se habrían separado del complejo de funciones del viejo Estado absoluto como simples técnicas formales...”. Ver GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. Curso de Derecho Administrativo, Tomo I. Décima edición. Madrid: Civitas, 2000, p. 29.

social, pero especialmente en su consagración en la Carta Política que las hace más autónomas que otras. En el caso colombiano, la Constitución de 1991 creó de manera directa órganos intervención especializada (también llamados de regulación o autoridades independientes) como son el Banco de la República en materia monetaria, cambiaria y crediticia; y la Comisión Nacional de televisión en el ámbito correspondiente¹⁰².

- **Exige la armonización de intereses contrapuestos**

Efectivamente los ámbitos a los que se dirige la actividad interventora, el mercado y lo social, implican medidas conciliatorias o de armonización, ya que los intereses de cada agente son generalmente contrapuestos y lo que se busca en esencia es llegar a acuerdos y tomar medidas que beneficien a todos ellos. En síntesis, las empresas buscan primordialmente maximizar sus utilidades y el consumidor, mayor calidad y menor precio.



2.5 INSTRUMENTOS DE INTERVENCIÓN

En desarrollo del principio de legalidad de la actuación de las autoridades públicas, éstas deben estar sujetas a la existencia de una norma previa que laS faculte para obrar o no obrar en un asunto determinado. En este sentido son escasas las posibilidades de discrecionalidad y por tanto cualquier instrumento de intervención del Estado en el desarrollo de las actividades de los particulares, debe partir de la existencia de un título de habilitación constitucional, legal o de acto administrativo. Estos últimos pertenecen a lo que se ha denominado el ámbito de la regulación.

¹⁰² Sobre el particular, La Corte Constitucional ha manifestado que "a) La especial autonomía que la Constitución predica del Banco de la República y de su Junta Directiva como autoridad monetaria, crediticia y cambiaria proyecta en nuestra organización constitucional la presencia de las denominadas autoridades independientes que en la doctrina y en la organización de los estados ha venido enfatizándose bajo la primigenia inspiración de instituciones similares de los Estados Unidos, posteriormente del Reino Unido y más recientemente del constitucionalismo europeo continental (Francia, España, por ejemplo), encargadas de la regulación de actividades sociales -organismos reguladores- con el agregado de las especiales peculiaridades que evidencia el modelo de banca central también paulatinamente acogido en diferentes estados. b) Ahora bien, en la organización colombiana a partir de 1991 y en consonancia con experiencias institucionales de otros estados, el organismo encargado de las funciones de banca central no es solamente regulador y titular de funciones de supervisión sino que su acción se proyecta, además, en el ámbito de ejecución directa de las políticas estatales en la materia...". Ver: CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-827/01, M. P.: Álvaro Tafur Galvis. Bogotá: 8 de agosto de 2001.

Es difícil enlistarlos de manera taxativa, aunque la Corte Constitucional¹⁰³ ha enunciado algunos ejemplos que básicamente consisten facultades o competencias que tienen los órganos administrativos encargados del sector específico. Ellos son: normativa de regulación (consistente en la adopción de normas que concreten reglas de juego dentro de ámbitos precisos predeterminados, en cumplimiento del régimen fijado por el legislador), de divulgación de 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, y 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.

De igual forma, de rendir conceptos a petición de un interesado, de oficio o por mandato de la Ley, de emitir recomendaciones, de adoptar medidas individuales como autorizaciones o permisos, 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, de presentar denuncias o iniciar acciones judiciales, de imponer sanciones administrativas respetando el debido proceso y el derecho de defensa, de definir tarifas dentro del régimen establecido por el legislador, y de proteger los derechos de las personas, por ejemplo en materia de servicios públicos.

De alguna manera se puede hablar de instrumentos de corte más o menos convencionales. Aunque todos tengan su fundamento en una norma jurídica, algunos de ellos son tradicionales y típicos, como es el caso de la función policial o de vigilancia, el fomento, la prestación directa de servicios públicos por parte del Estado, la gestión en los servicios, la planificación, etc. Otros en cambio nacen con los avances tecnológicos y sociales como puede ser la obligación de adquirir determinada técnica o tecnología por parte de las empresas en aras de proteger el medio ambiente, por ejemplo.

Antes de estudiar algunos de los instrumentos más importantes se hace indispensable distinguir que la actividad interventora del Estado en la economía se puede llevar a cabo por parte de cualquiera de las tres ramas del poder público de acuerdo con la asignación de competencias que la Constitución ha hecho para cada una de ellas. De esta manera, el Juez, y en especial el Administrativo y el Constitucional en sus fallos pueden incidir en procesos económicos y de mercado, de la misma manera que el Legislador a través de leyes de intervención desarrollan otros instrumentos que son finalmente aplicados por la autoridad administrativa.

2.5.1 La policía en el ámbito económico

El término policía está asociado al imperio o poder del Estado para mantener el orden público, entendido este último como el conjunto de condiciones de seguridad,

¹⁰³ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-150/03, M. P.: Manuel José Cepeda. Bogotá: 25 de febrero de 2003.

tranquilidad, moralidad y salubridad que permiten la prosperidad general y el goce de los derechos humanos. El orden público, según lo ha dicho la Corte Constitucional¹⁰⁴ en el Estado Social de Derecho, es un valor subordinado al respeto a la dignidad humana, y por tanto a la protección de los derechos humanos, que son a su vez el fundamento y el límite de la policía en términos generales. La preservación del orden público, puede entonces asegurar el disfrute de los derechos de la mayoría mediante ciertas restricciones, limitaciones, coacciones o cargas que garanticen la convivencia y no a través de la supresión de las libertades ciudadanas de manera general. La policía puede revistar las siguientes formas:

Forma	Definición
Poder de policía	Es la facultad jurídica, no discrecional política, de hacer la Ley policiva, de dictar reglamentos de policía, de expedir normas generales, impersonales reguladoras del comportamiento ciudadano, que tienen que ver con el orden público y con la libertad. Es normativo: constitucional, legal o reglamentario. Corresponde a la facultad legítima de regulación de la libertad. En sentido material es de carácter general e impersonal. Debe ser preexistente.
Función de policía	Es reglada y se halla supeditada al poder de policía. Supone el ejercicio de competencias concretas asignadas por éste a las autoridades administrativas de policía. No otorga competencia de reglamentación ni de regulación de la libertad. Se aplica de manera particular y concreta.
Actividad de policía	Asignada a los cuerpos uniformados, es estrictamente material y no jurídica, corresponde a la competencia de ejercicio reglado de la fuerza, y está subordinada al poder y la función de policía. Por lo tanto, tampoco es reglamentaria ni menos reguladora de la libertad.

En el campo estrictamente económico, la Corte Constitucional, ha aceptado la noción de policía asociada al concepto de orden público económico para condicionar, corregir o alterar los parámetros naturales del mercado, imponiendo ciertas obligaciones a los agentes que actúan en él. En este caso, el Estado sale del juego del mercado para imponer a terceros condicionamientos frente a su libertad económica; razón por la cual el constituyente estableció los derechos y libertades públicas de los ciudadanos en esta materia y como oposición natural consagró algunas sus limitaciones; por ejemplo el artículo 26 posibilita que toda persona sea libre de escoger profesión u oficio, pero la Ley podrá exigir títulos de idoneidad. De otra parte, en el artículo 333 constitucional se expresa que la actividad económica y la iniciativa privada son libres pero dentro de los límites del bien común.

En el ámbito legislativo, ya sea a través del Congreso de la República, o cuando el presidente actúa con facultades para expedir legislación, se desarrollan con sujeción a la Carta, los derechos económicos y sus limitaciones; lo cual adicionalmente puede ser objeto de un desarrollo más específico a través de los reglamentos. Por tanto, la policía del orden económico puede revestir diferentes formas, que van desde las leyes hasta la regulación administrativa propiamente dicha, pero siempre sujeta al principio de legalidad, y conservándose una jerarquía en las autoridades administrativas, en cabeza del Presidente de la República y cuyas órdenes deben ser cumplidas por los gobernadores en los departamentos, y las de estos últimos

¹⁰⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-024/94, M. P. Alejandro Martínez C. Bogotá: 27 de enero de 1994.

por los alcaldes en sus municipios. La Corte Constitucional¹⁰⁵ se ha pronunciado al respecto:

“La noción de orden público económico hace referencia al sistema de organización y planificación general de la economía instituida en un país. En Colombia, si bien no existe un modelo económico específico, exclusivo y excluyente, el que actualmente impera, fundado en el Estado Social de Derecho, muestra una marcada injerencia del poder público en las diferentes fases del proceso económico, en procura de establecer límites razonables a la actividad privada o de libre empresa y garantizar el interés colectivo.

“... en el sistema político colombiano, el orden público económico se consolida sobre la base de un equilibrio entre la economía libre y de mercado, en la que participan activamente los sectores público, privado y externo, y la intervención estatal que busca mantener el orden y garantizar la equidad en las relaciones económicas, evitando los abusos y arbitrariedades que se puedan presentar en perjuicio de la comunidad, particularmente, de los sectores más débiles de la población”.

Tales límites los impone la Constitución y la Ley y en tanto no le es dado a la Administración definir lo que se entiende por orden público económico porque las normas jurídicas establecen el marco de acción en ese sentido. Cuando la administración interviene en la economía, su facultad es derivativa del poder general de intervención que implica control sobre las libertades de empresa e iniciativa privada que tienen todos los ciudadanos. Incluso lo anterior tiene aplicación en los eventos de declaratoria del Estado de Emergencia Económica de que trata el artículo 215 de la Constitución que es procedente ante la ocurrencia de hechos que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico o que constituyan grave calamidad pública.

2.5.2 La función normativa y la regulación administrativa en materia económica

En relación con el término regulación, el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española lo define como “1. f. Acción y efecto de regular”; a su vez precisa el término en dos grupos de significados, el primero de ellos como verbo o acción¹⁰⁶ que debe entenderse como ajustar a un parámetro ideal una actividad, el segundo como sustantivo sinónimo de normalización¹⁰⁷.

En el contexto jurídico suele confundirse regulación con normatividad, esto a raíz de que la mayor parte de la teoría de la intervención del Estado proviene del

¹⁰⁵ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-083/99, M. P.: Vladimiro Naranjo Mesa. Bogotá: 7 de febrero de 1999.

¹⁰⁶ Diccionario de la Real Academia de la Lengua [en línea], [Consultado 23 de mayo de 2007]. Disponible en <<http://www.rae.es/>> “regular. (Del lat. regulāre). 1. tr. Medir, ajustar o computar algo por comparación o deducción. 2. tr. Ajustar, reglar o poner en orden algo. Regular el tráfico. 3. tr. Ajustar el funcionamiento de un sistema a determinados fines. 4. tr. Determinar las reglas o normas a que debe ajustarse alguien o algo. 5. tr. Econ. reajustar (|| aumentar o disminuir coyunturalmente). Regular las tarifas, los gastos, la plantilla de empleados”.

¹⁰⁷ Diccionario de la Real Academia de la Lengua [en línea], [Consultado 23 de mayo de 2007]. Disponible en <<http://www.rae.es/>> “regular 2 (Del lat. regulāris). 1. adj. Ajustado y conforme a regla. 2. adj. Uniforme, sin cambios grandes o bruscos. 3. adj. Ajustado, medido, arreglado en las acciones y modo de vivir. 4. adj. De tamaño o condición media o inferior a ella. 5. adj. Se dice de las personas que viven bajo una regla o instituto religioso, y de lo que pertenece a su estado. U. t. c. s ... 12. adv. m. Medianamente, no demasiado bien. En las pruebas me fue regular”.

derecho anglosajón cuya lengua de origen es el inglés y en ese idioma normatividad es sinónimo de regulación¹⁰⁸; ello no sucede en nuestra lengua, pero ya ha empezado a hacer carrera. Desde ese punto de vista, la regulación como normatividad es uno de los instrumentos de intervención del Estado en la economía. Sobre este asunto, se ha dicho que "la regulación económica se ha identificado comúnmente como una de las formas de intervención del Estado en la economía"¹⁰⁹.

No obstante, antes de entrar en más detalles, se debe precisar la naturaleza y la posición jerárquica que ostenta la normatividad que expiden las autoridades administrativas, que es conocida comúnmente bajo la denominación de reglamento. Según la jurisprudencia del Consejo de Estado¹¹⁰, la voz reglamento se refiere al conjunto normativo generador o regulador de situaciones jurídicas generales, impersonales o abstractas, proferido por aquellos órganos del Estado que no ejercen, desde el punto de vista formal, la función legislativa o jurisdiccional, sino que, por el contrario, constitucionalmente tienen asignado, el ejercicio de funciones administrativas. Estos, entonces pueden estar dentro de la Rama Ejecutiva del Poder Público, o ser autónomos e independientes de la estructura clásica del Estado.

Actualmente, los reglamentos suelen ser clasificados de acuerdo con la posición jerárquica que ocupen dentro del ordenamiento jurídico, es decir si están o no subordinados a la Ley. De tal manera que se denominan reglamentos "ejecutivos" o "secundum legem" aquéllos dictados en ejecución o por requerimiento de una Ley preexistente con el fin de que se detalle, desarrolle, complemente o para preparar su ejecución. De la misma forma, existen reglamentos "independientes" o "praeter legem" que no tienen como condición para su expedición una Ley previa sino que por el contrario se ocupan de materias de las cuales el legislativo no lo ha hecho, en virtud a que el Constituyente ha decidido, deliberada y justificadamente, que la Ley no se ocupe de esas materias, o que sea sólo de manera parcial. Así pues, el reglamento como fuente del derecho no ocupa una única posición en la jerarquía normativa interna y por ello no siempre se encuentra estrictamente subordinado a la Ley. Esta situación no ocurría en vigencia de la Constitución anterior a la de 1991 pues no se permitían la existencia de ámbitos de regulación exclusiva en favor de reglamento.

También se ha dicho que la justificación en la existencia de una potestad normativa diferente a la que está en cabeza del Legislador tiene asidero en la necesaria organización de los servicios de la Administración de manera detallada y especializada por materias, cosa que la Ley no podría hacer por su carácter generalísimo y porque las circunstancias son cambiantes y los procedimientos de reforma legislativa son más rígidos que los de los actos de las autoridades

¹⁰⁸ "regulation: -noun 1. a law, rule, or other order prescribed by authority, esp. to regulate conduct" tomado de Dictionary.com Unabridged (v 1.1) Based on the Random House Unabridged Dictionary, © Random House, Inc. 2006, disponible en <http://dictionary.reference.com/>

¹⁰⁹ LIZARAZO RODRIGUEZ, Liliana y ANZOLA GIL, Marcela. Regulación, Autorregulación y Desregulación. En: La regulación Económica: Tendencias y Desafíos. Bogotá. Colección de Textos de Jurisprudencia. Bogotá: Universidad del Rosario, 2004, p. 53.

¹¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Radicación: 11001-03-26-000-1999-00012-01(16230), Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Bogotá: 14 de agosto de 2008.

administrativas. Tampoco podría entrar en detalles técnicos, que deben ser ajenos a los debates políticos, y que pueden ser precisados de manera más contundentes por los órganos especializados en las respectivas materias, como lo hacen las Comisiones de Regulación. Según el Consejo de Estado existen los siguientes tipos de reglamentos:

Reglamento expedido por el Presidente de la República: Es dictado en ejercicio de la potestad reglamentaria con el propósito de dar cumplimiento a la Ley. Tal facultad está constitucionalmente atribuida al Presidente de la República por el artículo 189 numeral 11 superior y por tanto subordinados a la Constitución como a la Ley.

Reglamento constitucional autónomo: Son disposiciones de carácter general, impersonal y abstracto expedidas por diferentes autoridades a las que la misma Constitución atribuyó esta competencia normativa sin sujeción a la Ley. Constituyen un desarrollo directo de la Carta. Aunque ostentan una jerarquía igual a la de la Ley, no pueden invadir la órbita competencial que corresponde al legislativo.

Reglamento que desarrolla Ley marco: Las leyes marco son aquellas en las cuales el Congreso aprueba normas genéricas en relación con ciertas materias y señala, al mismo tiempo, los objetivos y criterios generales que debe seguir el Gobierno al momento de expedir la reglamentación complementaria frente a estas. Lo que en sí se establece es un reparto de competencias normativas entre el Congreso y el Ejecutivo, que deben respetarse mutuamente. El reglamento que expide el ejecutivo busca brindar respuestas prontas y oportunas, mediante procedimientos ágiles, a las necesidades regulatorias de ciertas materias caracterizadas por su variabilidad y contingencia, razón por la cual deben ser más flexibles para su modificación.

Reglamento que desarrolla Ley habilitante: Es aquél que deben ser proferidos los casos en los que a una autoridad pública se le ha atribuido una competencia que puede conllevar el ejercicio de actividad normativa, cuando dicha facultad ha sido atribuida directamente por la Constitución, pero su ejercicio ha sido sometido, por la misma Carta Política, a una habilitación legal, para ello se utiliza la fórmula “de conformidad con la Ley”, al asignar potestades normativas al Gobierno, a organismos autónomos, o a otras autoridades.

El Consejo de Estado excluye de esta categoría los dictados en virtud de lo dispuesto en el artículo 189-11 superior por parte del Presidente de la República que lo faculta para la expedición de reglamentos que deben sujetarse a las normas con rango formal de Ley. En primer lugar porque es exclusiva del Presidente y en segundo, porque bajo ella puede expedir reglamentos cuya facultad no emana del Carta Constitucional sino de la misma Ley a la cual va a reglamentar.

Reglamento subsidiario o residual: Mediante éstos el Gobierno efectúa la regulación de un asunto que, en principio, se encuentra dentro de la competencia normativa propia del legislador, pero ante la falta de expedición de Ley por el Congreso, por ministerio de la Constitución, esta es expedida por el Ejecutivo, como ejemplo se cita la norma del Gobierno para poner en vigencia el plan de desarrollo

cuando el Congreso no lo aprueba dentro de los tres meses siguientes a su presentación con base en lo ordenado en el artículo 341 constitucional. En este caso el Gobierno goza de autonomía y amplitud para establecer las reglas y previsiones pertinentes.

Reglamento en asunto especializado: Son reglamentos proferidos por cualquier autoridad administrativa en ejercicio de la facultad que le asiste en el sentido de regular la ejecución de las funciones o la prestación de los servicios a su cargo, por tanto se dan con mayor frecuencia frente asuntos de naturaleza técnica. Estas están subordinadas a la Constitución, a la Ley, a los reglamentos expedidos por el Presidente en virtud de la facultad que emana del artículo 189-11 constitucional y a las demás reglamentaciones expedidas por otras autoridades o instancias administrativas de superior jerarquía.

La mayoría de tratadistas¹¹¹ e incluso la misma Corte Constitucional¹¹² equiparan los términos intervención económica con regulación económica, lo cual no es del todo acertado en cuanto son dos categorías jurídicas que se encuentra en niveles diferentes. La intervención del Estado en la economía es sin duda la incidencia de

¹¹¹ Para Gaspar Ariño, régimen jurídico y esquema regulatorio, son lo mismo, por lo tanto cuando se refiere a los reguladores, lo hace frente a cualquier autoridad estatal, dependiente o independiente, con potestad para expedir normas jurídicas tales actos reformativos a la Constitución, Leyes y Actos Administrativos. Ver ARIÑO ORTIZ, Gaspar, op. cit., p. 47

¹¹² La Corte Constitucional ha manifestado que “En un sentido amplio, todas las decisiones del Estado respecto del funcionamiento de la economía y la organización de la sociedad constituyen una forma de regulación económica y social. Así, el mercado económico no es un fenómeno natural sino que depende de que el Estado establezca una serie de instituciones básicas, como el derecho de propiedad, la libertad contractual y un sistema de responsabilidad contractual y extracontractual cuya efectividad obedece a que exista una administración de justicia y una policía administrativa capaces de hacer respetar tales instituciones. Sin dicha regulación general del Estado, el mercado económico no podría existir ni funcionar. En este orden de ideas, el Código Civil, por ejemplo, constituye una modalidad de regulación tanto de las condiciones básicas del mercado como de la organización social.

“No obstante, en determinadas circunstancias históricas, esta forma básica de regulación socio-económica ha sido considerada inadecuada para alcanzar ciertos objetivos sociales valorados por una comunidad política, como, por ejemplo, la disminución de la pobreza y de las desigualdades sociales o la protección de un ambiente sano. Además, la dinámica misma del mercado, así regulado, puede llevar a consecuencias indeseables en el plano macroeconómico, como concentración de la propiedad en pocas manos, altas tasas de desempleo, ciclos económicos profundos y prolongados, entre otras. Por ello, desde hace un siglo, el Estado ha intervenido con fines de protección social, de redistribución o de estabilización económica”

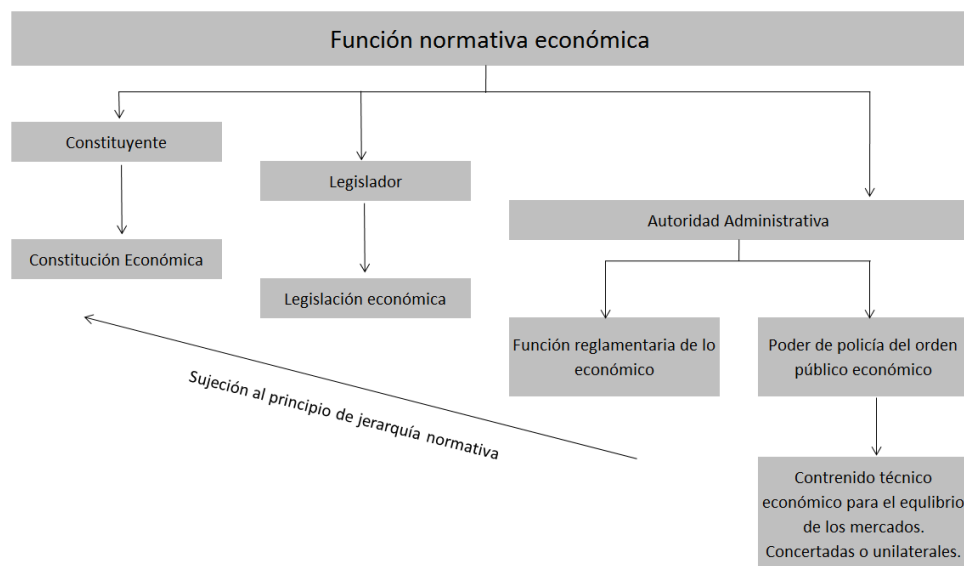
“....

“Así pues, la intervención estatal se justifica cuando el mercado carece de condiciones de competitividad o para proteger al mercado de quienes realizan acciones orientadas a romper el equilibrio que lo rige, fenómenos ambos que obedecen al concepto de ‘fallas del mercado’. En efecto, el análisis de este fenómeno permite concluir que la regulación del mercado por parte de los órganos respectivos, es uno de los mecanismos de los que dispone el Estado para proporcionar respuestas ágiles a las necesidades de sectores que, como el de los servicios públicos, se encuentran sujetos a permanentes variaciones. La corrección del mercado por medio de la regulación es una tarea entre cuyas funciones –además de perseguir condiciones básicas de equidad y solidaridad como ya se analizó– se encuentra la de propender por unas condiciones adecuadas de competitividad. Por eso la Corte ha dicho que ‘La regulación que hagan las comisiones respectivas sobre las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, sin tener una connotación legislativa, implica la facultad para dictar normas administrativas de carácter general o particular, de acuerdo con la Constitución, la Ley, el reglamento y las directrices presidenciales, dirigidas a las personas que prestan servicios públicos domiciliarios para lograr su prestación eficiente mediante la regulación de monopolios y la promoción de la competencia’ . Ver CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-150/03, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá: 25 de febrero de 2003.

éste en los procesos económicos, ya sea en el ámbito micro o macroeconómico, es decir que se trata de una categoría genérica. La regulación que se estudia, en cambio es un fin y es uno de los múltiples instrumentos con que se cuenta para intervenir, que consiste en la expedición de normas jurídicas de corte económico, dictadas por la autoridad administrativa en desarrollo de su función de policía del orden público económico.

La Corte Constitucional hace, entonces, una inadecuada asimilación de los conceptos intervención y regulación que conlleva un reduccionismo en los alcances del concepto de intervención porque la visión es más amplia. Por ello existe la necesidad de diferenciar ambos, pues si bien es cierto que los mecanismos, dispositivos o herramientas de intervención son adoptados generalmente a través de la normatividad, esto es, por medio de la Constitución misma, las leyes y los actos administrativos, no es extraño que existan otros modos de actuar de la administración que generan intervención directa como son los hechos, las operaciones administrativas y los contratos. Tampoco sería extraño que un juez a través una sentencia genere instrumentos de intervención en la economía en aras de proteger los derechos y libertades individuales o colectivas.

Para entender lo anterior de una manera mejor, se plantea que dentro del marco del intervencionismo del Estado en la economía se desarrolla la función normativa económica, que no es más que la típica función de producción de normas por parte de los diferentes órganos del Estado, de acuerdo con la asignación general de competencias, pero de contenido económico, ya sea parcial o total. Si ésta es desarrollada por el constituyente, será función constitucional; si es desarrollada por el legislador será función legislativa, y si se trata de la autoridad administrativa podrá revestir el carácter de función reglamentaria o de función de regulación, cuyas formas jurídicas pueden llegar a ser atípicas y concertadas con los destinatarios, como se explicará más adelante. De manera gráfica sería:

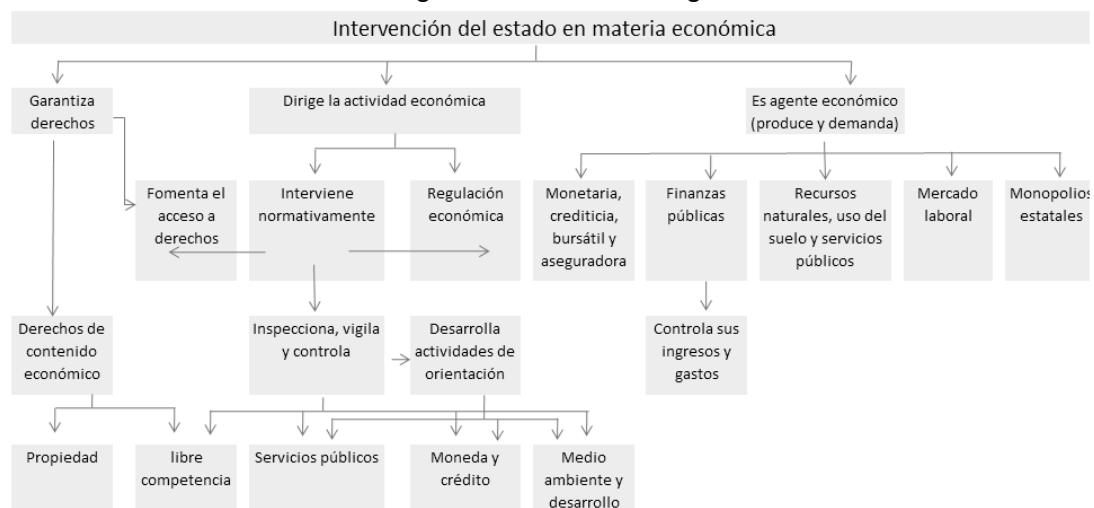


La regulación y el intervencionismo tienen una relación de género a especie, en donde la regulación es una especie, y por supuesto, el intervencionismo el género,

de tal manera que comparten en lo teórico los mismos fines, pero en la práctica difieren en cuanto a su operatividad, especialmente porque la vocación de la regulación es el equilibrio del mercado y por tanto un concepto de corte económico. Ello se justifica en la medida en que existe una economía de mercado, con garantía de la propiedad privada y escasez de bienes, en la que los agentes económicos buscan maximizar sus beneficios; los oferentes, maximizar sus ganancias a través de la comercialización de los bienes y servicios ofrecidos compitiendo en el mercado y por el mercado; a su vez los demandantes o consumidores buscan la mejor calidad al menor precio.

En esta pugna económica debe existir necesariamente un árbitro que garantice condiciones de equilibrio, ya que como se ha visto, el mercado por si solo tiende a pervertirse a través de un sistema de fallas que le afectan. Siendo el Estado ese árbitro del mercado, éste cumple cinco funciones básicas, como: de redistribución del ingreso y de la propiedad, de estabilización económica o de racionalización en el manejo de los recursos públicos, de asignación de recursos, esto es, de distribución del presupuesto público para garantizar los deberes asignados al Estado, de defensa a la libre y leal transparencia del mercado, corrigiendo las externalidades que afectan su normal funcionamiento, y de regulación económica y social¹¹³.

Alfonso de Miranda Londoño, identifica tres ámbitos de intervención del Estado en la economía. El primero de ellos corresponde a la garantía de los derechos de contenido económico, entre los cuales se encuentra el de la propiedad privada y la libre competencia; en segundo lugar, se encuentra el de direccionismo económico en donde se orienta la economía de acuerdo con los fines constitucionales, a través de diferentes medios; y finalmente, se encuentra el ámbito de actuar como agente económico, esto es como consumidor o productor de bienes y servicios en mercados como el monetario, el crediticio, el bursátil, el asegurador, entre otros. Este autor estructura el modelo gráficamente de la siguiente manera:



¹¹³ Ver: MIRANDA LONDOÑO, Alfonso y MARQUEZ ESCOBAR, Carlos Pablo. Intervención pública, regulación administrativa y economía: elementos para la definición de los objetivos de la regulación. Armenia: Universidad del Quindío, 2005, p. 11 citando a POLO-ROSETO, Miguel. La Comisión de Regulación de telecomunicaciones. En: Revista de la maestría de derecho económico, núm. 2. Bogotá: Javegraf, 2004.

Dentro de la función de direccionismo económico, el profesor Miranda Londoño señala que es la Constitución la que le otorga la facultad de dirigir la economía y a ello se le ha denominado intervención normativa, cuyo objetivo es la definición de las restricciones a la libertad empresarial y por tanto no debe dirigirse a corregir las fallas del mercado, ni a buscar un orden económico preciso sino que debe reflejar la política y los intereses del Estado, que en parte se encuentran plasmados en la Constitución y son desarrollados por la Ley. En cambio, la facultad de regulación está orientada hacia el equilibrio del mercado; ella sí busca corregir las fallas que se presenten, imponiendo el orden y el equilibrio a esas actividades. Tal facultad de regulación tiene como presupuesto la función de policía de la administración pública que permite establecer restricciones y límites al ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos

Sobre la diferencia entre la regulación administrativa y el poder reglamentario de la administración, Miranda Londoño¹¹⁴ afirma que:

“Teniendo en cuenta lo anterior, podemos afirmar que la regulación no se refiere a las normas generales de intervención en la economía, sino a aquella intervención del Estado, que ejecuta la administración y que tiene como fin la consecución de un orden económico definido en la Constitución. En este sentido, la adopción del concepto es problemática, ya que el desarrollo legal y constitucional del que se deriva la regulación se refiere usualmente a la reglamentación o potestad reglamentaria del ejecutivo, cosa que afecta el sentido de la noción regulación. Asimismo, encontramos que el término regulación es anfibológico, no tiene un sustento semántico claro, se le atribuyen distintos significados en cada legislación, y por ello su funcionalidad jurídica resulta débil. Esta penumbra nos la refleja el autor Polo-Rosero al indicarnos que en la Constitución colombiana la función de regulación es reconocida en el artículo 365 y, “consiste en la facultad del Estado de expedir normas de carácter general y/o particular de alcance no sólo jurídico sino también económico e informativo, destinadas a preservar con exclusividad el normal y transparente funcionamiento del mercado, corrigiendo las fallas que atenten contra su habitual estabilidad”.

De esta manera hay que distinguir que si bien es cierto que tanto la regulación como las demás potestades normativas tiene como producto final normas, las normas de regulación tienen un contenido técnico-económico y buscan el equilibrio del mercado, no obstante no siempre se manifiesta formalmente como actos administrativos bajo los esquemas tradicionales heredados del derecho continental sino que pueden revestir otras formas jurídicas como acuerdos, que llevan diferentes grados de coacción para su cumplimiento, autorizaciones, sanciones, incentivos, informes, propuestas, acto administrativo negociado, solución de conflictos, etc.

En este sentido cualquier mecanismo o dispositivo de intervención del Estado en la actividad económica de los particulares puede provenir autónomamente de cualquier rama del poder público, pero cuando proviene de la administración, no en ejercicio de la facultad reglamentaria, y tiene como fin el equilibrio de los mercados se ubica dentro fenómeno de la regulación administrativa. Lo anterior no opera de

¹¹⁴ MIRANDA LONDOÑO, Alfonso y MARQUEZ ESCOBAR, Carlos Pablo, op. cit., p. 25.

manera autónoma puesto que en todos los casos, la regulación siempre debe producirse con sujeción a la Constitución y a la Ley¹¹⁵.

Miranda Londoño¹¹⁶ también afirma a partir de lo expuesto por la Corte Constitucional, frente a los fines de la regulación, que éstos se producen en dos sentidos, el primero es eliminar la posibilidad de que los agentes del mercado

¹¹⁵ La Corte Constitucional en sentencia C-1162 de 2000, ha dicho que:

“Ahora bien, se hace necesario que la Corte precise el alcance y las implicaciones jurídicas de la atribución de “regular”, toda vez que si se le otorgara el sentido de sustituir al legislador en estas materias, o el de dictar reglas sobre servicios públicos sin base en las prescripciones legislativas ni en las políticas del Gobierno, se violaría la Constitución, y el parágrafo debería ser declarado inexecutable.

“...

“Es importante señalar que la regulación es una forma de intervención estatal en la economía, y se convierte en una eficaz herramienta constitucional tendiente a evitar que la sola operancia de las Leyes del mercado pueda desdibujar los fines sociales de nuestro Estado (Preámbulo, artículos 1, 2, 333, 334, 365, 367 y 370 CP).

“...

“En efecto, “completar” según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, significa “añadir a una magnitud o cantidad las partes que le faltan”, y ello implica que “regular” ha sido erróneamente asimilado a “legislar”, en tanto ha sido entendida como la función de llenar los vacíos legales. Y como se vio, el artículo 370 de la Constitución condiciona la potestad reguladora del Presidente a que ella se haga ‘con sujeción a la Ley’, no ‘para completar la Ley’.

“...

“Por otra parte, como se ha advertido, la regulación tampoco se asimila a una función reglamentaria propia del Presidente de la República, y ello por cuanto esta facultad encuentra su fundamento en un texto diferente (artículo 189, numeral 11, C.P.). En efecto, esta última disposición constitucional define la potestad reglamentaria como la facultad presidencial para expedir decretos, resoluciones y órdenes necesarias para la cumplida ejecución de las Leyes, mientras que el artículo 370 se refiere a la fijación de políticas generales, con arreglo a Ley, en dos materias muy precisas: administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios.

“Cabe entonces preguntarse: ¿cuál es la naturaleza de la regulación si no es ejercicio de función legislativa, ni tampoco de la potestad reglamentaria?

“Para absolver ese interrogante, es importante tener en cuenta que en la exposición de motivos de la Ley bajo estudio, se definió así la función reguladora: ‘La función reguladora no debe ser entendida como el ejercicio de un intervencionismo entorpecedor de la iniciativa empresarial. En su visión moderna, la regulación es una actividad estatal que fomenta la competencia en aquellas áreas donde existe y es factible; impide el abuso de posiciones de monopolio natural, donde esta es ineludible; desregula para eliminar barreras artificiales a la competencia y, finalmente, calibra las diversas áreas de un servicio para impedir prácticas discriminatorias o desleales para el competidor’ (Gobierno Nacional. Exposición de Motivos al proyecto de Ley 135 Senado. Gaceta del Congreso N° 162 de 17 de noviembre de 1992 p. 21. Se subraya).

“...

“En suma, el campo de la regulación debe restringirse al desarrollo, con arreglo a la Ley, los reglamentos y las políticas gubernamentales, de las actividades de intervención y dirección técnica, en materias que, por involucrar intereses superiores, no se pueden abandonar al libre juego del mercado. De suerte que, en economías en las que aquél presenta más imperfecciones, se hace necesaria una mayor regulación; ésta se reconoce como indispensable, pero no como una modalidad de imposición al usuario ni para hacer más gravosas y difíciles sus condiciones ante quienes prestan los servicios públicos -sea el propio Estado o los particulares-, sino, al contrario, para promover las condiciones que faciliten la efectividad de sus derechos y garantías, la fijación de controles tarifarios y de calidad de los servicios, las reglas mínimas que deben observar los prestadores de los mismos y la introducción del equilibrio y la armonía en las actividades que, en competencia, adelantan las empresas, las que necesitan de una permanente función interventora del Estado.

“...

“La regulación es básicamente un desarrollo de la potestad de policía para establecer los contornos de una actividad específica, en un ámbito en el que han desaparecido los monopolios estatales. Aquella tiene como fines primordiales asegurar la libre competencia y determinar aspectos técnico-operativos que buscan asegurar la prestación eficiente de los servicios.

Ver: CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-1162/00, M. P.: José Gregorio Hernández G. Bogotá: 6 de septiembre de 2000.

¹¹⁶ MIRANDA LONDOÑO, Alfonso y MARQUEZ ESCOBAR, Carlos Pablo, op. cit., p. 25.

marchen sin control y el segundo es corregir las fallas que se presenten buscando que el modelo económico sea eficiente. Sin embargo, la regulación no siempre constituye un acto de imposición del Estado, pueden darse regulaciones económicas propias de los agentes, las cuales se conocen como autorregulación, que no siempre tiene la misma fuerza vinculante ni extienden sus efectos a terceros, ejemplo de esto son las normas sobre calidad y procedimientos pactadas por los gremios y cuyo sometimiento por parte de los integrantes es voluntaria, o igualmente los pactos por la transparencia y por el comercio justo¹¹⁷.

Entonces, a la regulación administrativa lo que más le interesa es que se conserven las condiciones de los mercados perfectamente competitivos, las cuales fueron planteadas por León Walrras¹¹⁸:

“a. Muchos compradores motivados por el interés propio y actuando para maximizar su utilidad;

“b. Muchos vendedores también motivados por el interés propio y actuando para maximizar sus beneficios;

“c. Tanto compradores como vendedores no tienen la capacidad de generar ningún tipo de control sobre los precios del mercado y por ello son tomadores de precios;

“d. El precio que surge de las presiones de demandantes y oferentes sirve como una guía para los agentes comunicando la escasez del bien, servicio o factor tranzado;

“e. Los productos están estandarizados, es decir, son homogéneos, en cada mercado;

“f. No hay barreras de entrada o salida del mercado, entonces consumidores y productores son libres de entrar o dejar el mercado de productos y factores;

“g. Tanto compradores como vendedores están completamente informados en lo que respecta a las transacciones de mercado y, por ello, poseen previsión perfecta de las transacciones de mercado;

“h. Todos los bienes y servicios del mercado son mantenidos en propiedad privada estando todos ellos bien definidos y asignados; y

“i. Las leyes de contratación, los derechos de propiedad y las normas de responsabilidad civil son completamente garantizadas por parte del Estado”.

¹¹⁷ El tema de la regulación está muy ligado al papel del derecho frente a la sociedad; al respecto se han elaborado nuevos esquemas sobre los sistemas abiertos y los cerrados, la autorregulación y el funcionalismo. Niklas Luhmann afirma que el derecho es un sistema regulativo al servicio de la adaptación de las sociedades a su entorno y por ello explica la nueva visión de la regulación como un asunto flexible. Ver: LUHMANN, Niklas. El derecho de la Sociedad. Madrid: Herder, 2005, p. 625-644. También existen aportes importantes por parte de las teorías marxistas y socialistas del derecho desde el pensamiento jurídico contemporáneo que explican el funcionamiento de la economía política y del derecho frente a la forma jurídica, la mercancía y la producción, la justicia de clase, ver: MAZUREK, Per. El pensamiento jurídico contemporáneo. En: El pensamiento jurídico contemporáneo. Madrid, editorial debate, 1992, p. 333-347. De manera similar, José Eduardo Faria se refiere al derecho de la producción y la sociedad organizacional, a la democracia organizacional de exclusión y de derecho social. Ver: FARIA, José Eduardo. El derecho en la economía globalizada, Madrid, editorial Trotta, 2001, 284 p. También es importante el análisis de Max Weber sobre el papel del orden económico enfrentado al orden social, la coacción de lo jurídico contrastado con la economía, las relaciones, las sociedades abiertas y cerradas, entre otros tópicos. Ver: WEBER, Max. Economía y Sociedad. México: Fondo de Cultura Económica, 2004, p. 251-289.

¹¹⁸ MÁRQUEZ ESCOBAR, Pablo. Introducción a la relación entre el Derecho y la Economía [en línea]. Bogotá: Javegraf. [Consultado 28 de agosto de 2008]. Disponible en <http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1001&context=carlos_pablo_marquez>

Según este autor, estas características pueden ser reagrupadas en tres categorías generales que son:

“1. Los agentes del mercado maximizan, son tomadores de precios y no hay barreras de entrada o salida del mercado. Esto quiere decir que ninguno de ellos tiene la capacidad o el poder de, por sí sólo, influenciar los precios del mercado sea por intermedio de las cantidades producidas o de la variación del número de agentes.

“2. Los bienes y servicios transados en el mercado son homogéneos, están en cabeza de propiedad privada y los derechos de propiedad son garantizados por el Estado. Cuando se dice que el bien es homogéneo se busca es analizar los bienes de un mercado particular para que puedan ser sujetos a adición como lo que son. Así pues, aun cuando sean sustitutas, no es posible sumar peras con manzanas a menos que estemos mirando el mercado agregado de las frutas. Los derechos de propiedad y su garantía permiten que la asignación de bienes y servicios el mercado se maneje de forma eficiente.

“3. La información de los participantes en el mercado es simétrica y completa y, por ello, cada uno de los agentes posee previsión perfecta. Esto quiere decir que, en el mercado, ninguno de los agentes tiene más información que otro, de manera tal que cada uno conoce que saben los demás y los demás saben que cada uno de los participantes conoce lo que los demás saben, de modo que todos saben que cada uno conoce que ellos conocen lo que los demás saben. Teniendo claro que nadie tiene ventajas en la información, podemos deducir que todos tienen la capacidad de prevenir perfectamente el comportamiento de los demás, de manera tal que es posible determinar para todos previamente cuál será el efecto de la acción de cada agente.

La regulación como forma de intervención del Estado en la economía adquirió importancia con la eliminación del esquema proteccionista, cepalino, y de sustitución de importaciones, en el que se buscaba que la industria nacional pudiera competir con empresas extranjeras. En este modelo, el Estado prestaba directamente los servicios públicos dando aplicación al principio de solidaridad mediante el subsidio a la oferta para hacer llegar a la población más pobre, con graves problema de financiación y burocratización de las empresas públicas.

En su reemplazo, se acogió desde los años ochentas, en el ámbito latinoamericano, un modelo de apertura, en el que el Estado abre la competencia en materia de servicios y se dividen las funciones de prestador y de regulador en personas distintas. En ese escenario se plantean acciones de privatización, liberalización y desregulación para que puedan actuar las leyes del mercado, y los particulares puedan competir libremente. Obviamente, el Estado sigue interviniendo con unos propósitos específicos que emanan de la Constitución misma. Dentro de este nuevo esquema, se introducen concepciones anglosajonas, en las que se propende por la existencia de órganos técnicos que trabajen con alto grado de autonomía frente a la Administración Central al separar el regulador y el regulado.

El modelo regulatorio ha sido objeto de críticas. La teoría de la regulación basada en el interés público, la escuela de Chicago y la teoría de la elección pública han estudiado la regulación como instrumento de intervención de Estado. Al respecto, la teoría de la regulación basada en el interés público, desarrollada comienzos de los años 70, planteó que el fenómeno de la regulación administrativa es adecuado para superar los problemas que resultan de la competencia imperfecta, las fallas del

mercado y todos aquellos efectos no deseados, por ello es importante que las instituciones garanticen el normal funcionamiento del mercado, los derechos de propiedad, los contratos y que se corrijan, de alguna manera, las fallas externas.

En esta teoría no hay problema con los costos puesto que se considera que tal regulación no produce muchos, sin embargo frente a esta escuela de pensamiento económico se hacen considerables críticas por cuanto la regulación sobre fenómenos como los monopolios produce pocos o ningún efecto; en lo que respecta a los precios cuando éstos son subsidiados tampoco producen muy buenos resultados, por esto se piensa en la desregulación como una buena alternativa. Quienes se oponen a esta escuela han dicho que ella "parte del concepto de que una institución eficiente es capaz de reemplazar o de corregir las instituciones reales imperfectas"¹¹⁹ pero en la práctica esto es válido si se dejan de lado los costos administrativos y de transacción.

La teoría del Gobierno de Chicago establece que detrás de la teoría del interés general hay un interés político que busca establecer transferencias de ingreso a favor de la industria que persigue obtener apoyo político, y en tanto, establece que lo que realmente se da es una regulación de los beneficios. Esta corriente pareciera enfrentarse a las doctrinas del mercado libre; sin embargo, lo que puede haber aquí es un enfrentamiento entre métodos de control público¹²⁰.

La escuela de la elección pública liderada por Buchanan y Tullock surge también como crítica a la escuela de la regulación pública. Se plantea que la regulación es susceptible de control por parte de los grupos de presión que persiguen intereses particulares, así las cosas, se parte de la premisa de que los individuos buscan su propio beneficio en el mercado y por consiguiente también lo buscan en su vida política¹²¹. Lo que finalmente se da es una captura del regulador por parte de los grupos de interés que están en el mercado, presionando para que la regulación normativa sea el reflejo de la forma como ellos quieren que se comporte el mercado y no para corregir fallas o para hacer efectivos los fines que la Constitución y la Ley han previsto para ello.

Como corolario de lo defendido por estas escuelas, existen argumentos para criticar de manera abierta el papel de la regulación frente a las fallas del mercado. En primer lugar porque tanto poder de la administración para dirigir los mercados puede conllevar efectos mucho más graves que los que producen las fallas mismas; en segundo orden porque el regulador es incompetente para analizar los fenómenos reales de las fallas del mercado dado el escenario de incertidumbre y de información en los que se desenvuelve; y en tercer lugar, porque se sostiene que realmente las fallas no existen y que por el contrario, es la forma natural como operan los mercados¹²².

¹¹⁹ LIZARAZO RODRIGUEZ, Liliana y ANZOLA GIL Marcela, op. cit., p. 53.

¹²⁰ *Ibíd.*, p. 54

¹²¹ *Ibíd.*

¹²² Ver MIRANDA LONDOÑO, Alfonso y MARQUEZ ESCOBAR, op. cit., p. 39.

Frente al fenómeno de la desregulación¹²³, que es propio de la concepción liberal, cada una de las escuelas antes mencionadas, tomaron posición. Para la teoría basada en el interés público, la regulación es necesaria porque las fallas del mercado se superan gracias a los avances tecnológicos de factores ligados a la demanda. La escuela de Chicago, por su parte, sostiene que las causas de la desregulación son posibles gracias a cambios favorables del trabajo eficiente por parte del grupo de presión mejorando los intereses de las personas. En Europa también se ha visto surgir este fenómeno a raíz de la prestación de los servicios públicos mediante un proceso de liberación por parte de los gobiernos.

La función de regulación, en el campo económico, de acuerdo con lo sostenido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional¹²⁴ tiene como propósito lograr la efectividad de los fines sociales de aquél y corregir los defectos o imperfecciones del mercado. En el primer caso se trata de objetivos sociales que el mercado por sí mismo no alcanzará, según las prioridades de orden político definidas por el Estado y de conformidad con el rango temporal que éste se ha trazado para alcanzarlos.

En cuanto a los fines económicos relacionados con el mercado, se busca que éste funcione adecuadamente en beneficio de todos, no de quienes dentro de él ocupan una posición especial de poder, “en razón a su predominio económico o tecnológico o en razón a su acceso especial al proceso de toma de decisiones públicas tanto en el órgano legislativo como en los órganos administrativos clásicos”¹²⁵.

Con base en las especificidades de la función de regulación y las particularidades de cada sector de actividad socio-económica regulado, dicha función se puede manifestar en facultades de regulación y en instrumentos muy diversos. Veamos:

- a. De una parte se encuentra la facultad normativa de regulación, que consiste en “la adopción de normas que concreten reglas de juego dentro de ámbitos precisos predeterminados, en cumplimiento del régimen fijado por el legislador”.
- b. De otra lado, se encuentran 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.

Un aspecto que se tiene en cuenta en la regulación es el esquema adoptado ya sea por el constituyente o el legislador que adquiere rasgos y propiedades específicos. Por ejemplo, en algunos sectores, se presenta la necesidad de proteger los

¹²³ Como suplemento de la desregulación hay que estudiar el fenómeno de la autorregulación, el cual ha tenido mayor desarrollo en Norteamérica y consiste básicamente en la creación de sistemas privados gremiales para regular mercados, con base en la teoría de la elección pública y de los costos de transacción. Vale la pena analizar el elemento de coercibilidad que está ausente por no haber sido expedido por el legislador y por no tener un respaldo directo y visible del poder soberano del Estado.

¹²⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-1120/05, M. P.: Jaime Araujo R. Bogotá: 1 de noviembre de 2005.

¹²⁵ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-150/03, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa; Salvamento Parcial de Voto de Alfredo Beltrán Sierra y Clara Inés Vargas Hernández; Salvamento de Voto de Jaime Araújo Rentería.

derechos de las personas; cuando ello ocurre, la función de regulación se orienta en sus aspectos estructurales, instrumentales y procedimentales al cumplimiento de esa finalidad primordial. Actualmente la regulación ha empezado a dejar de verse como un estricto método de control y ha pasado a ser un instrumento de aproximación del Estado a las empresas y a las industrias, de manera tal que regulador y regulado deben acordar metas que conlleven a lograr los objetivos.

Para la Escuela austriaca en el mercado se lleva a cabo un proceso constante de innovación en el que el precio es el principal instrumento de información pues indica las preferencias de los consumidores y cómo se está comportando éste. Así las cosas, la intervención pública, y en especial, la regulación administrativa bloquea la espontaneidad y dinamismo del mercado y direcciona el proceso a favor de determinados grupos para favorecerlos al imponer los comportamientos con criterios organizacionales y no con base en las conductas de los agentes del mercado, como si le interesara más lo formal sobre lo sustancial.

Para algunos pensadores de la escuela austriaca como Hayek, los mercados deberían desregularizarse de tal manera que el derecho privado, como un derecho que garantiza la propiedad privada y las libertades contractuales haga lo suyo, cerrando la puerta al derecho público, entendido como un derecho de interferencia, de control, de obediencia y limitativo. Pero el papel ideal del Estado frente al orden espontáneo de los mercados no es su inactividad absoluta, él estaría determinado para lograr la coordinación y mantener un orden económico adecuado derivado de la libre competencia y la autonomía de la voluntad privada, a través de procedimientos concertados.

Londoño Miranda¹²⁶ cita como ejemplos de este fenómeno, los acuerdos ambientales, que consisten en mecanismos libertarios de política ambiental que eliminan la intervención estatal de comando y control y la sustituyen por acuerdos empresariales que tienen como fundamento la libertad negocial y el derecho de propiedad. Tales contratos son suscritos entre el regulador y los particulares y buscan que las decisiones no sean impuestas por el regulador sino que se den procesos de concertación que permitan un flujo de información adecuado entre las empresas y el agente administrativo que regula.

2.5.3 El servicio público

El servicio público es una noción, que desde lo histórico, fue clave para definir el derecho administrativo, ya que administración y servicio público fueron desde la teoría francesa dos conceptos íntimamente relacionados: donde estaba la administración, había servicio público y viceversa. Tal circunstancia determinaba la aplicación inequívoca del régimen de derecho público y por ende la presencia de la jurisdicción contencioso administrativa para solucionar cualquier conflicto que se suscitara; sin embargo con el paso del tiempo, el Estado evolucionó en su papel de prestador de los servicios a garantizador de estos, por lo que este concepto, como centro de gravedad, hizo crisis y perdió su fuerza.

¹²⁶ MIRANDA LONDOÑO, Alfonso y MARQUEZ ESCOBAR, op. cit., p. 49.

Hoy en día éste sigue siendo muy importante en cuanto se asocia a los fines esenciales del Estado Social de Derecho, en especial, en los de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (artículo 2) y porque en virtud de lo dispuesto en el artículo 365 constitucional son inherentes a la finalidad social del Estado y éste debe asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Sobre la definición de servicio público, el Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 430 que fue modificado por el Decreto Extraordinario 753 de 1956, en relación con la prohibición de la huelga en este tipo de actividades, señala que para los efectos de esa disposición es “toda actividad organizada que tienda a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua, de acuerdo con un régimen jurídico especial, bien que se realice por el Estado, directa o indirectamente, o por personas privadas”. Como corolario de lo anterior, la Ley 80 de 1993 señaló en su artículo 2 que para efectos de esa norma se entiende por tal: “Los que están destinados a satisfacer necesidades colectivas en forma general, permanente y continua, bajo la dirección, regulación y control del Estado, así como aquellos mediante los cuales el Estado busca preservar el orden y asegurar el cumplimiento de sus fines”.

De la misma manera, la jurisprudencia y la doctrina han ido definiendo lo que se entiende por servicio público a partir de sus principales características. En principio su prestación y titularidad corresponde al Estado y no los particulares, en razón a que estas actividades llevan implícito una finalidad de satisfacción de necesidades generales y no individuales. Pero esa teleología del servicio público es difícil de manejar por tratarse también de un concepto jurídico indeterminado. Así, no resulta fácil precisar bajo qué criterio se define si una actividad es servicio público; empero esto va muy ligado al grado de intervencionismo en la economía y al modelo de Estado, pues la calificación de tal implica una supervisión más fuerte e incluso la prestación directa de la actividad en monopolio o en competencia con agentes particulares.

Aunque también es una opción del Estado dejar que estas actividades, pese a su importancia, sean prestadas únicamente por particulares en un juego exclusivo de mercado, en el que éste sólo tendrá como papel la regulación para corregir sus fallas. Para ello utiliza dispositivos jurídicos como la habilitación, la autorización, el permiso, la concesión, entre otros. Frente a la dificultad en la precisión inequívoca del concepto, actualmente el criterio predominante es el normativista, es decir que es servicio público, aquello que la Constitución y la Ley hayan determinado así. En algunos casos, tal declaratoria, posibilita que el particular que explota el servicio público haga las veces de autoridad y tenga esta prerrogativa pudiendo así expropiar, imponer tasas, decretar prohibiciones a particulares, imponer cláusulas especiales en los contratos, aunque bajo el control de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

El Código Sustantivo del Trabajo determinó, para efectos de prohibir la huelga, que son servicios públicos, entre otros, los que se presten en cualquiera de las ramas del poder público; en las de empresas de transporte, y de acueducto, energía

eléctrica y telecomunicaciones; en los establecimientos de asistencia social, de caridad y de beneficencia; en las plantas de leche, plazas de mercado y mataderos; en la empresas de servicios de la higiene y aseo de las poblaciones; en la empresas de explotación, elaboración y distribución de sal; en las empresas de petróleo y sus derivados, cuando estén destinadas al abastecimiento normal de combustibles del país, a juicio del Gobierno; y cualesquiera otras que a su criterio interesen a la seguridad, sanidad, enseñanza y a la vida económica o social del pueblo.

Se observa así que muchas de esas actividades actualmente no son servicios públicos debido a que éstas perdieron la importancia que revestían para la época, o adquirieron una nueva configuración en razón a cambios tecnológicos y de la evolución misma de la sociedad. Frente a ellos existen algunos pronunciamientos de inexequibilidad a partir de la expedición de la Constitución de 1991, que en su artículo 56 circunscribió la huelga a los servicios públicos bajo el carácter de esencial que defina el legislador.

En consecuencia son servicios públicos aquellos que el legislador haya definido como tales, ya sean bajo la denominación de esenciales para efectos de prohibir la huelga, entre los que se puede mencionar la seguridad social en salud y pensiones (artículo 4 de la Ley 100 de 1993), la Banca Central (artículo 39-2 de la Ley 31 de la Ley 1992), los servicios públicos domiciliarios (artículo 4 de la Ley 142 de 1994), y la administración de justicia (artículo 125 de la Ley 270 de 1996); o simplemente como servicios públicos. Sobre este asunto la Corte Constitucional¹²⁷ ha señalado que:

“El Constituyente estableció la noción de servicio público esencial como un límite material a la capacidad de limitación del Legislador del derecho de huelga. Es entonces ilógico suponer que el Congreso pueda redefinir, de manera discrecional, estos límites establecidos por la Constitución, lo cual sucede si el Congreso puede calificar cualquier actividad de servicio público esencial y la Corte no ejerce un control material sobre esas definiciones legales. En efecto, si el Congreso puede redefinir los límites constitucionales de un derecho fundamental, entonces el Legislador, en sentido estricto, deja de estar sujeto a la Constitución y el derecho deja de estar garantizado por la Carta.

“...

“Desde el punto de vista sistemático, la Constitución distingue normativamente los servicios públicos de los servicios públicos esenciales a fin de hacer de los segundos una especie de los primeros. Y es a partir de tal constatación que el Legislador debe definir los servicios públicos esenciales y que la Corte debe ejercer, en un futuro, el control material de tales definiciones, en caso de que éstas sean sometidas a su revisión”.

No es posible entonces definir un papel unívoco del Estado frente al servicio público, cada actividad considerada individualmente demanda una posición o actuación, que ha sido definida en la Ley y que se ajusta al modelo de Estado. Por ejemplo hay servicios públicos que son prestados por éste directamente en razón a su importancia como son la seguridad nacional y la actividad de policía; en otros casos el Estado se asocia con particulares y crea empresas de capital mixto como fuente de ingresos. También puede prestarlo directamente y permitir que particulares lo

¹²⁷ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-473/94, M. P.: Alejandro Martínez Caballero. Bogotá: 27 de octubre de 1994.

hagan, muestra de ello es el servicio educativo. Finalmente, puede dejar que esos servicios públicos sean ejecutados de manera exclusiva y directa por particulares bajo un grado de intervención más o menos fuerte, a través de la figura de la concesión.

2.5.4 La gestión económica

Como se anotó anteriormente, la posición del Estado, como empresario, puede estar fuertemente vinculada con el aseguramiento de la prestación efectiva de los servicios públicos; sin embargo existen casos en que los entes públicos participan como empresarios y agentes del mercado para proveer bienes y servicios a consumidores determinados o indeterminados con un propósito eminentemente económico. Este rol del Estado se diferencia del que desempeña cuando presta un servicio público, precisamente en la existencia de un interés económico general y no de utilidad pública. En este evento, la función que desarrolla éste es de “dación de bienes al mercado”¹²⁸.

Cuando el Estado decide estar en el mercado hay que considerar tres aspectos: el primero de ellos es el tipo de bien o servicio, el segundo es la clase de mercado en el que despliega la actividad y el tercero es la forma jurídica que adopta para ello. Frente a lo primero son múltiples los bienes y servicios de los cuales puede ocuparse, pero hay que considerar que cuando se trata de servicios públicos de carácter administrativo no puede hablarse de “gestión económica” como es el caso de la seguridad y la justicia. Esta apunta más hacia bienes y servicios de considerable rentabilidad pues a partir de su producción, distribución y comercialización puede proveerse de recursos para su funcionamiento e inversión. Como ejemplo de ello puede citarse el petróleo, la banca, la industria hotelera, las telecomunicaciones, entre otros.

Otro aspecto es el tipo de mercado en el que participa puesto que no siempre su accionar se da en un mercado de competencia, sino que en algunos casos ostenta una posición monopolística, ya sea de manera natural, como el caso de municipios que prestan directamente el servicio de acueducto y alcantarillado cuando las características técnicas y económicas y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen (artículo 6 de la Ley 142 de 1994), o en virtud de un mandato legal o constitucional como sucede con los arbitrios rentísticos de juegos y azar y licores de que trata el artículo 336 de la Carta Política, bajo condición de que al establecerse sean indemnizados previamente los afectados, que tengan una finalidad de interés público o social y que sean eficientes.

Por último, hay que establecer la forma jurídica que adopta el Estado para hacer posible el desarrollo empresarial de actividades industriales y comerciales que históricamente fueron concebidas desde el mismo derecho francés, en el cual, la crisis de la noción del servicio público devino en gran parte por la cantidad de funciones públicas y privadas que desarrollaba el Estado sin una estructuración coherente de principios y aplicación práctica. En concreto y paralelo a la prestación de los servicios administrativos, los establecimientos públicos llevaban a cabo

¹²⁸ ARIÑO ORTIZ, Gaspar, op. cit., p. 296.

actividades industriales y comerciales con ánimo de lucro, restringiendo la participación de los particulares en ciertas actividades económicas. Por vía jurisprudencial y doctrinal se empezó a distinguir entre establecimientos públicos de naturaleza administrativa y de naturaleza industrial y comercial.

En Colombia hasta antes de la reforma administrativa de 1968 tampoco existía una claridad frente a esta forma de descentralización por servicios, y menos aún en la naturaleza misma de los servicios que debía prestar el Estado; no era del todo clara la función de gestión cuando se trataba de distinguir lo puramente administrativo, de lo económico. Por esta razón, la reforma mencionada dotó al Estado de una estructura coherente que permitió, en su momento, hacer la diferenciación y fomentar la empresariedad estatal en muchos sectores al punto de propiciar un crecimiento vertiginoso y desproporcionado de éste durante los años setentas y los ochentas, aumentando la burocracia y consigo ineficiencias y alteraciones innecesarias del mercado.

Hoy en día, y a raíz del modelo administrativo que se plantea en la Ley 489 de 1998, la prestación de servicios de tipo administrativo está en cabeza de los denominados organismos adscritos, tanto en el ámbito nacional como territorial, entre los que se encuentran los establecimientos públicos propiamente dichos. En cambio las actividades económicas son desarrolladas por los organismos vinculados, entre los que cuentan las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixtas y las sociedades públicas.

Las empresas industriales y comerciales se caracterizan por aplicar el derecho privado, salvo algunas excepciones, ser de creación o autorización legal, contar con personería jurídica propia derivada de su condición de descentralizada, tener autonomía administrativa y financiera y un capital independiente pero de naturaleza pública. No obstante y a pesar de tener algunas prerrogativas que la Ley y la Constitución conceden a la Nación y a los entes territoriales, cuando éstas compiten con empresas privadas, no pueden ejercerlas si implican menoscabo de los principios de igualdad y de libre competencia frente a las empresas privadas. A su turno, las sociedades de economía mixta también desarrollan actividades industriales y comerciales bajo la forma de sociedades mercantiles en las que converge capital público y privado, sin requisito alguno frente a los porcentajes mínimos de participación de cada uno de estos¹²⁹. Ellas se rigen por el derecho privado, son de autorización legal y creación contractual, y tienen personería jurídica y autonomía administrativa.

Las entidades anteriores son denominadas por la doctrina y la jurisprudencia entidades descentralizadas directas o de primer grado, indistintamente si pertenecen a la Nación o a los entes territoriales, por lo que existe otra categoría denominada: indirectas o de segundo grado que se constituyen por la asociación entre cualquiera de las personas jurídicas antes enunciadas. La Ley 489 de 1989 contempla como manifestación de esta categoría la asociación entre entidades públicas para cooperar en el cumplimiento de sus funciones o prestar de manera

¹²⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-953/99, M. P. Alfredo Beltrán Sierra. Bogotá: 1 de diciembre de 1999.

conjunta servicios que se hallen a su cargo, a través de convenios interadministrativos o conformación de personas jurídicas sin ánimo de lucro (empresas solidarias) que se regirán por el Código Civil. Asimismo, es posible la asociación o la conformación conjunta de fundaciones, entre las entidades públicas y particulares sin ánimo de lucro, a través de convenios para el desarrollo de conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones que la Ley les asigna, con sujeción al artículo 355 de la Carta Política.

Estos modelos administrativos demuestran cómo el Estado en su papel de empresario o gestor, tiene la posibilidad directa de desplegar un objeto económico en el mercado, con o sin ánimo de lucro, y en las mismas condiciones de los particulares, o con prerrogativas especiales. Cualquiera de estas opciones corresponde al desarrollo de una política económica propia de los gobernantes de turno, ya sea desde el ejecutivo o legislativo, de acuerdo con el reparto de competencias, pero siempre sujeta al marco constitucional. Por supuesto que esta dinámica no sólo compromete la creación de estas figuras jurídicas sino también la liquidación, transformación, escisión o liquidación, en suma, la reorganización del Estado como empresario.

2.5.5 La planeación y la política económica

Las líneas gruesas de la actividad interventora se desarrollan a través de la política económica y de la planeación. La política económica es de corto plazo mientras que la planeación es de mediano y de largo plazo. La política económica es definida por López Garavito¹³⁰ como un “conjunto de acciones y medidas que puede emprender un Estado en el corto plazo, mediante los cuales busca la utilización de instrumentos o variables económicas que le permitan alcanzar con el menor costo social, objetivos deseables tendientes a obtener una mejor eficiencia en las formas de organización para llevar a cabo la producción y distribución de bienes y servicios, mayores niveles de producción y mejores condiciones de distribución en el ingreso y la riqueza nacional, con un alto nivel de empleo de los factores productivos existentes”.

Pero la política económica no es un proceso unilateral en su formulación ya que no parte únicamente del Estado y de sus órganos, sino que involucra a los diferentes actores de la vida económica y social, quienes de alguna manera participan para defender sus intereses. A estos grupos se les llama “grupos de presión” y entre ellos se encuentran los gremios de producción, los sindicatos y los gremios de profesionales, entre otros. López Garavito manifiesta que la fortaleza de estos grupos radica en “la capacidad de montar un sistema de información y comunicación que impacte en la opinión pública, de tal forma que ésta los apoye, obligando al Gobierno a estructurar su política de tal forma que no lesione, o lo haga menos, frente a los intereses de los grupos de presión”¹³¹.

Este proceso de planeación se lleva a cabo a través de etapas tales como: presentación y aprehensión del problema, formulación de acciones que permitan

¹³⁰ LOPEZ GARAVITO, Luis Fernando, op. cit., p. 190.

¹³¹ *Ibíd.*

responder a la problemática, comunicación de la problemática y formulación de las acciones adoptadas, aplicación de medidas formuladas, y apreciación de resultados. De tal manera que la selección del instrumento o medida a tomar, tiene necesariamente que pasar por un análisis técnico que responda con certeza, y sin lugar a equívocos las preguntas: cuál es el instrumento óptimo que debe seleccionarse, quién lo manejará, dónde operará, con qué instrumentos y objetivos se relacionará, de qué modo se aplicará, en qué momento se aplicará y por cuánto tiempo se aplicará¹³².

López Garavito clasifica los instrumentos de política económica según el grado coercitivo o el nivel de limitación socio-económico que propague éste al total del sector privado de la economía o en parte de éste en: instrumentos de persuasión (el Estado invita a los agentes a que se comporten de determinada manera, que puede consistir en la adopción de un nuevo comportamiento); instrumentos que establecen interacciones electivas (el Gobierno orienta la voluntad de los agentes dando a una alternativa un rendimiento mayor); instrumentos que limitan la capacidad financiera (implican reducción del riesgo disponible en los agentes del sector privado, como por ejemplo ampliación de tributos o de su base; o ampliación del encaje bancario); instrumentos que limitan la disponibilidad física de recursos o bienes finales (control sobre la oferta o producción de bienes); e instrumentos que modifican la intervención del Estado (son estructurales y fijan una verdadera política en cualquier materia).

A partir de los lineamientos que la Constitución Económica establece, se distinguen cinco tipos de políticas económicas, las tres primeras son formas tradicionales, a su vez que las dos últimas son no tradicionales:

a. Política fiscal: Se relaciona con decisiones que afectan los ingresos y gastos del Estado, su deuda pública, y las transferencias del nivel central a los territorios. Ella busca la redistribución del ingreso y tiene su origen a partir de las tesis keynesianas, en especial. Algunos instrumentos utilizados son los impuestos, que son directos como el de renta y patrimonio, e indirectos como los que recaen en el comercio exterior (aduanas, a las exportaciones), en la producción y consumo (IVA, sobre tasa a la gasolina); y sobre los servicios. También están los gastos públicos corrientes, las transferencias, la inversión pública y el gasto público social.

b. Política Monetaria: Se relaciona con la producción del dinero y la cantidad del circulante dentro el sistema económico. El fundamento de esta política está en las teorías de los monetaristas. Algunos instrumentos de esta política son: la emisión primaria de dinero, creación secundaria del dinero, emisión de bonos y título estatales, manejo de redescuento bancario, crédito de fomento y controles a las tasas de interés.

c. Política externa y cambiaria: Tiene relación con los aranceles, el sistema de integración económica con otros países, barreras de ingreso y de salida de productos, exportaciones e importaciones. En esencia, busca un funcionamiento

¹³² A ese examen se le denomina “Hexámetro Técnico para la Aplicación de Instrumentos de Política Económica”. Ver: LOPEZ GARAVITO, Luis Fernando, op. cit., p. 216.

armónico de la balanza comercial. Algunos de sus instrumentos son: la reducción o ampliación de aranceles, la emisión de certificados de cambios y títulos canjeables, subsidios a las exportaciones y acuerdos comerciales bilaterales.

d. Política de empleo: Busca mejorar el nivel del capital humano de un país. Algunos aseguran que el empleo no puede ser un objetivo, sino que necesariamente es un instrumento de progreso y de crecimiento. Muchos de los instrumentos tienen que ver con políticas de empleabilidad, salarios mínimos, condiciones laborales y flexibilización de las relaciones laborales, etc. Algunos instrumentos son: el fomento a las exportaciones con alto componente de mano de obra, fomento a la pequeña y mediana empresa y manejo y reglamentación de la economía informal.

e. Política de ingreso y salarios: Busca la mejor distribución del ingreso en el ámbito de la población con manejo de precios que ayuden a darle una mayor eficiencia al ingreso. Algunos instrumentos son: manejo de salario mínimo, control de oferta y precios de bienes y servicios esenciales y establecimiento de salario integral.

Adicionalmente, la política económica se desarrolla de la mano con objetivos puntuales tales como el crecimiento, el desarrollo, y la estabilidad económicos. El crecimiento y el desarrollo económico proponen elevar el indicador del producto interno bruto año tras año a través de medidas que mejoren las condiciones de empleo de los recursos físicos y humanos de tal suerte que mejore la productividad de los factores de producción. El objetivo de desarrollo económico apunta a redistribuir de una forma más equitativa el ingreso y la riqueza generando una dinámica económica entre las clases sociales, adicionalmente propende por mejorar los indicadores socio-económicos, entre los que se halla el analfabetismo, las tasas de mortalidad, las tasas de desempleo, la esperanza de vida y el ingreso per cápita.

Mientras que el objetivo de estabilidad económica apunta a los sectores externo e interno, buscando la reducción del crecimiento interno de precios para controlar la inflación, el equilibrio en la balanza de pagos, equilibrio en el ingreso y el egreso de divisas por compra y venta de bienes y servicios con el resto del mundo y las entradas y salidas de capital.

La planeación, por su parte, responde a una visión de largo plazo en la que el Estado define la forma en la que incidirá en los aspectos económicos y sociales, para que se cumplan los objetivos propuestos con el menor costo social y con los mejores resultados. Para López Garavito, esa influencia del Estado:

“...está propiciando un tipo de intervención de fondo, donde a mediano, o largo plazo se modifiquen las estructuras o tendencias del sistema, que por depender de múltiples variables sociales y económicas, es difícil pensar que puedan modificarse en el corto plazo. La planeación debe ser la máxima expresión de eficiencia de la intervención estatal... Con este elemento el Estado muestra su capacidad de diagnosticar o reconocer la problemática nacional, y a la vez la capacidad de formular estrategias viables para alcanzar las soluciones y los objetivos que esa problemática requiere, algo así como una demostración de su real capacidad de gerencia”.

La planeación y la política económica tienen elementos comunes y elementos diferenciadores. En lo que respecta a sus procesos de definición, sus objetivos e instrumentos son diferentes; pero en lo que toca con el campo de acción ambos se interceptan, de tal manera que los instrumentos pueden ser los mismos o ser complementarios independientemente de que los tiempos sean diferentes.

El principal instrumento de Planeación es sin lugar a dudas el Plan Nacional de Desarrollo que se fundamenta en el artículo 339 superior que se preceptúa que está conformado por una parte general que contiene los propósitos y objetivos nacionales de largo plazo, las metas y prioridades de la acción estatal a mediano plazo y las estrategias y orientaciones generales de la política económica, social y ambiental que serán adoptadas por el Gobierno; y un plan de inversiones que contendrá los presupuestos plurianuales de los principales programas y proyectos de inversión pública nacional y la especificación de los recursos financieros requeridos.

También enseña que las entidades territoriales tendrán planes de desarrollo concertados con el Gobierno Nacional. Toda esta planeación tendrá como soporte una instancia consultiva denominada Consejo Nacional de Planeación integrado por representantes de las entidades territoriales y de los sectores económicos, sociales, ecológicos, comunitarios y culturales.

2.5.6 El fomento

El fomento económico, en los términos del artículo 334 de la Constitución, constituye una forma legítima de intervención del Estado en la economía y corresponde a una técnica de dirección y manejo de los agentes y variables que en ella inciden, que por su eficacia resulta imprescindible en las actuales condiciones¹³³. Este tiene como medio de acción la oferta de estímulos positivos para los agentes del mercado que de manera libre y espontánea colaboran en el logro de los objetivos concretos de una determinada política a través de la cual se satisfacen necesidades de interés público, sin que el Estado se vea en la necesidad de crear o gestionar directamente el servicio o la actividad económica de que se trate.

Ha dicho la Corte Constitucional que no obstante no existir una contraprestación específica a cargo de las empresas y personas favorecidas con las medidas de apoyo, el Estado y la sociedad pueden beneficiarse en el mediano y en el largo plazo, pues si éstas tienen éxito el crecimiento de los agentes económicos puede repercutir en mayores impuestos, creación de un mayor número de empleos, aumento de las reservas cambiarias del país y, en fin, un mayor poder de ordenación y control de la administración sobre el respectivo sector de la economía. Adicionalmente:

“Las medidas y medios que conforman una específica política de fomento económico, deben estar autorizadas en la Ley. De una parte, las subvenciones y ayudas en las que normalmente se traduce el fomento económico, pueden implicar gasto público. De otra parte, el fomento económico, como forma peculiar de intervención en la economía, se sujeta al mandato legal y a su precisa incorporación en los planes de inversión pública. La reserva

¹³³ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-254/96, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá: 1 de junio de 1996.

de Ley, en este caso, obedece también a los efectos que las medidas directas o indirectas de subvención o ayuda a los agentes económicos, tienen sobre la libertad de empresa, la libre competencia y la igualdad”.

“La circunstancia de que una política de incentivos involucre la aplicación de recursos del erario y que incida de manera tan nítida en la libertad de empresa y en la libre competencia, exige que la Ley establezca el marco dentro del cual la administración proceda a su adjudicación sobre la base de la igualdad, la racionalidad, la transparencia, la concurrencia y la objetividad. Así la distribución de las subvenciones se realice a través de una sociedad de economía mixta, sujeta al derecho privado, aquélla trasluce una clara función pública y como tal no podrá considerarse exenta de fiscalización por parte de los órganos de control”¹³⁴.

El Estado no es indiferente frente al resultado económico de las empresas. En algunos casos se desearía favorecer la industrialización de una determinada región; en otros, los objetivos de la política económica, pueden orientarse a desestimular ciertas iniciativas y empresas, ya sea por una excesiva oferta en el mercado o por sus efectos perjudiciales en términos de absorción de determinadas materias primas o recursos financieros. En estos casos, aparte de los medios de intervención directa, el Estado puede legítimamente establecer políticas de estímulo de las que se beneficiarían los operadores económicos que sigan sus pautas.

El conjunto de estas políticas (créditos de fomento, exenciones tributarias, garantías, autorizaciones especiales, facilidades crediticias y cambiarias, contratos-programa, premios, inversiones en el capital social etc.), sin duda, amplía la esfera de la empresa, en la medida en que ella efectivamente secunde los objetivos de la intervención estatal hacia una función social específica. Cabe concluir que en ciertos casos la función social de la empresa, se logra como una contrapartida a los incentivos económicos que el legislador decide otorgar con miras a alcanzar determinados objetivos económicos de interés general.

2.6 CONCLUSIONES DEL CAPITULO

Un modelo económico es el producto de la interacción del Estado, los compradores, los vendedores, los bienes y servicios, entre otros que se interrelacionan armónicamente para que pueda funcionar un mercado. Este incorpora, además, elementos racionales, políticos, filosóficos e históricos. Un modelo puede ser cerrado o intervencionista en la medida en que el Estado sea quien dirija toda la economía, y abierto, en caso de que sea el gobernante de turno quien lo decida de acuerdo con su conveniencia; neutro o liberal cuando el Estado se separa de manera absoluta del ámbito económico dejando que el mercado se regule por sí mismo. Es mixto o de economía de mercado si reúne elementos de neutralidad para ciertos sectores y actividades, y de intervencionismo para otros.

En todo caso, en un modelo como el nuestro, que se edifica en la convergencia entre el Estado de derecho que concreta las libertades de orden económico como lo son la libertad económica, la libertad de empresa y la libertad de competencia, y el Estado social que se encarga de hacer efectivo el bienestar general de los

¹³⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-254/96, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá: 1 de junio de 1996.

ciudadanos, no puede hablarse una neutralidad ni de un intervencionismo absoluto, sino de una naturaleza mixta. Lo anterior se puntualiza constitucionalmente en el artículo 334 de la Constitución Política que consagra la cláusula general de intervención y dirección del Estado en la economía en procura de mejorar la calidad de vida de los habitantes, la distribución de oportunidades y beneficios, la preservación de un ambiente sano, la racionalización de la economía, y el aseguramiento de que las personas van a acceder efectivamente a bienes y servicios básicos.

Desde el ámbito puramente económico, la intervención se justifica para lograr el equilibrio general del mercado, ya que éste en su dinámica y su funcionamiento genera una serie de fallas que no se superan por si solas y que se ocasionan cuando no existen mercados para todos los bienes, cuando los agentes (consumidores y productores) adquieren un poder relevante dentro de éste, cuando los productores se ven mermados en su acción de maximizar sus ganancias, o cuando se originan asimetrías en la información. No obstante, en la formulación de políticas de tipo económico, siempre existe un trasfondo que evidencia la necesidad de un equilibrio social que no se puede desconocer y que en últimas es también uno de los fines del Estado.

De cualquier modo, la intervención del Estado en desarrollo del principio de subsidiariedad debe responder a necesidades sectoriales, con un contenido político en lo general y técnico en lo especial, con el ánimo de armonizar los intereses contrapuestos de los agentes del mercado a través de diferentes instrumentos como son la policía, la intervención normativa, la regulación económica, la prestación de servicios públicos, la gestión o empresarialidad estatal, el fomento y la planeación, entre otros.

En ese orden de ideas, la noción de policía asociada al concepto de orden público económico tiene como propósito condicionar, corregir o alterar los parámetros naturales del mercado, imponiendo ciertas obligaciones a los agentes que actúan en él con el fin de garantizar el interés general. Tal facultad emana de la Constitución misma como límite al ejercicio de las libertades en aras de garantizar la justicia social y es desarrollada a través de la Ley, de manera tal que cuando la administración interviene en la economía, su facultad es derivativa del poder general de intervención que implica control sobre las libertades de empresa e iniciativa privada de los ciudadanos.

Concomitante con esta facultad estatal, existe la función normativa económica, que no es más que la típica función de producción de normas por parte de los diferentes órganos del Estado, de acuerdo con la asignación general de competencias, pero de contenido económico, ya sea parcial o total. Si ésta es desplegada por el constituyente, será función constitucional; si es desarrollada por el legislador será función legislativa, y si se trata de la autoridad administrativa podrá revestir el carácter de función reglamentaria o de función de regulación. De manera específica, la regulación está orientada hacia el equilibrio del mercado y busca corregir las fallas que se presenten, imponiendo el orden y el equilibrio a esas actividades.

El servicio público es también un instrumento de intervención, el cual desde el punto de vista histórico, es el que más le ha aportado a la definición del rol interventor del Estado en las actividades de los particulares pues además de haber sido el centro de gravedad del derecho administrativo le imprimió una dinámica de prestación de los mismos en cabeza del Estado, lo cual con el tiempo conllevó a una distinción clásica entre servicios públicos administrativos propiamente dichos y los de naturaleza industrial y comercial, también conocidos como económicos.

Frente a los económicos se ha permitido que sean prestados únicamente por particulares en un juego de mercado, en el que el Estado incide para corregir sus fallas y garantizar los derechos de los agentes, bajo la figura de la concesión. En otros, ha participado con empresas propias o mixtas, reservándose facultades especiales, ya sea en un mercado de competencia o mediante el privilegio de agente único bajo la figura del monopolio. En estos últimos casos, se ha dicho que el papel de gestión o prestación corresponde a un instrumento de intervención. El rol es eminentemente de “dación de bienes al mercado” para la obtención de un lucro que le permita generar rentas estatales.

Otro mecanismo de intervención es la planeación y la política económica, a través de las cuales el Estado visualiza a futuro, condiciones de desarrollo óptimas en los diferentes campos en que se desarrolla la sociedad y partir de ello direcciona acciones y recursos para que ello sea posible. En concreto esas acciones específicas hacia un sector determinado se conocen como políticas públicas. En todo el proceso de planeación deben interactuar especialmente el legislativo y el ejecutivo, para concretar no sólo los postulados y fines del Estado, sino además los programas e ideologías de los gobernantes.

En último lugar se encuentra como instrumento de intervención, el fomento, que corresponde a una técnica de dirección y manejo económica a través de estímulos positivos para los agentes del mercado que de manera libre y espontánea colaboran en el logro de los objetivos concretos de una determinada política. El fomento no busca una contraprestación específica por parte de las empresas y personas favorecidas, sino a largo plazo un crecimiento adecuado de los sectores y consigo una reactivación de los mismos.

3. LA ACTIVIDAD INTERVENTORA DEL ESTADO EN EL SECTOR SOLIDARIO

3.1 PRESENTACION DEL CAPITULO

En los capítulos anteriores se ha estudiado la teoría del Estado intervencionista y se ha precisado que la interferencia del aparato estatal en la actividad de los particulares se justifica en un Estado Social de Derecho en la medida en que se garanticen de manera armónica la libertad y la igualdad; para ello, los instrumentos empleados deben ser adecuados a las características específicas del sector a intervenir, dentro de criterios de subsidiariedad, necesidad y ponderación.

Presentado este panorama, se pretende ahora, estudiar el modelo de intervención que se aplica al sector solidario, los principios que sirven de barrera de contención frente a la acción estatal, los actores involucrados en el proceso, sus características y particularidades y la enunciación genérica de los mecanismos especiales de intervención.

3.2 JUSTIFICACION DE LA INTERVENCION EN EL SECTOR SOLIDARIO

La Constitución Política en su artículo 58 asignó al Estado la función de proteger y promover las formas asociativas y solidarias de propiedad. Asimismo en su artículo 333 se refirió al tema poniendo en cabeza del Estado el fortalecimiento de las organizaciones solidarias teniendo en cuenta su importancia como motor del desarrollo económico para el país. Es indispensable destacar que el hecho de haber dado un rango constitucional a su protección, fortalecimiento y fomento no implicó haber definido un modelo de intervención rígido o flexible, sino que dejó al legislador la posibilidad de diseñarlo, a través de la Ley y en armonía con el principio de razonabilidad.

Adicionalmente se deben considerar las competencias de las demás ramas del poder público para hacer efectivo tal mandato. Actualmente existe en este sector una intervención general que se hace respecto la forma solidaria dada su naturaleza e importancia, y que se matiza ampliamente dependiendo del sujeto en concreto (intervención subjetiva) pues no es idéntica para una cooperativa que para una asociación sin ánimo de lucro. También existen unos instrumentos claramente diferenciados dependiendo del sector económico en el que desplieguen su objeto (intervención objetiva) pues allí se atendería a unos criterios que le son inherentes a esa actividad, por ejemplo si se trata de un servicio público es diferente a si recae en una actividad de comercialización de bienes y servicios no esenciales.

El modelo de intervención en el sector, al igual que en la economía en general, no tiene unos caracteres unívocos pues ellos dependen en gran medida del sujeto en especial y de su actividad, pero se justifica en razón a los fines que persiguen las organizaciones objeto de la intervención que se agrupan bajo la denominación de sector solidario, cuya conceptualización no ha sido una tarea aún terminada. En Colombia, al igual que en la mayoría de los países, no existe aún una definición de

tipo legal de lo que es y comprende el sector solidario¹³⁵, sin embargo a partir de construcciones teóricas de algunos doctrinantes y de las directrices impartidas por el Estado, a través de los órganos encargados de formular la política pública para este sector, se puede afirmar que está integrado por organizaciones económicas y sociales cuya racionalidad funcional lleva implícito el concepto de solidaridad.

En relación con el término “sector solidario” como su agrupador, los doctrinantes tampoco tienen una posición unificada y por ello existen otras formas de denominarlo como son: sector de la economía solidaria, tercer sector, sector de la empresariedad social y solidaria, sector de la economía social, entre otros. Pese a lo anterior, se acoge el término sector solidario como el más preciso en cuanto la condición de solidaridad resulta ser la más acertada, precisa e identificadora de las prácticas que al interior de este tipo de organizaciones se dan.

Al no existir una caracterización de orden imperativo¹³⁶ que permita definir, delimitar y establecer sus rasgos esenciales y de manera concisa el conjunto de las organizaciones que de él forman parte, no es posible la formulación de una política clara al respecto lo cual las hace débiles frente al sector de la economía capitalista o tradicional¹³⁷. Al respecto el Gobierno Nacional en cabeza del Departamento Nacional Administrativo de la Economía Solidaria tiene clara esta problemática y así lo ha manifestado:

“Es evidente que en nuestro país hay un vacío conceptual alrededor de la definición del sector solidario, pues para referirse a éste, se utilizan denominaciones que tienen otros significados o sólo recogen algunas de las organizaciones del sector. Algunos al hacer alusión al sector utilizan la expresión “sector cooperativo” que sólo recoge a las cooperativas, precooperativas, y sus instituciones auxiliares, tal como lo señala el artículo 122 de la Ley 79 de 1988. Otros asocian el concepto de sector solidario con el de “economía solidaria”, que sólo agrupa al sector cooperativo, a las asociaciones mutuales, fondos de empleados, y empresas comunitarias, más todas aquellas organizaciones que cumplan con la características señaladas en el artículo 6 de la Ley 454 de 1998.

¹³⁵ El proyecto de Ley 144 de 2002 “por el cual se regula el sector solidario” que no fue aprobado por el Congreso de la República definía el sector solidario como “aquel que se encuentra constituido por las organizaciones contempladas en esta Ley, sus órganos integradores, las entidades públicas y privadas que las fomenten, apoyen, vigilen y controlen que cumplan con las características establecidas en esta Ley. La esencia del Sector Solidario es constituirse en la expresión organizada de las relaciones económicas, culturales y sociales que generan las diversas formas de trabajo y producción fundamentadas en la ayuda mutua y a terceros, la autogestión entre y para las personas, que propician la incorporación de las diferentes manifestaciones de la Solidaridad en la teoría y en la práctica de las actividades de desarrollo social a través de diversas formas de organización que socialmente favorecen la construcción de tejido comunitario, políticamente contribuyen al despliegue de la democracia participativa, económicamente valoran el trabajo en comunidad, se comprometen con la distribución equitativa del ingreso y, culturalmente, fomentan y estimulan la plena realización personal y grupal de las potencialidades humanas”.

¹³⁶ A manera de ejemplo el artículo 1 del Decreto 305 de 1995 menciona que hacen parte del sector social solidario las sociedades fiduciarias y las administradoras de fondos de pensiones y/o cesantías, en las que más del cincuenta por ciento (50%) del capital social pertenezca a entidades cooperativas, fondos de empleados, fondos mutuos de inversión, organizaciones sindicales, bancos cooperativos o cajas de compensación familiar. Tal imprecisión permite entonces que entidades con ánimo de lucro y de corte mercantilistas pertenezcan al sector.

¹³⁷ Al referirnos a la economía capitalista hacemos alusión al tipo de economía que busca la optimización de utilidades para un reparto directo de utilidades entre los propietarios de las empresas.

“Otro término muy difundido es el de “tercer sector” que según el estudio realizado por Rodrigo Villar (Dimensión y estructura del tercer sector en Colombia) está conformado por las entidades consideradas sin ánimo de lucro y que cumplen los siguientes criterios: ser instituciones, privadas no gubernamentales, con formas propias de autogobierno, sin distribución de excedentes entre sus miembros y creadas voluntariamente...”¹³⁸.

Lo cierto es que la Carta Política le dio rango constitucional a la promoción de estas organizaciones y sentó las bases para su reconocimiento, las cuales se encuentran establecidas en el artículo segundo, que dicta de manera genérica los fines esenciales del Estado colombiano, y entre ellos, el de servir a la comunidad y promocionar la prosperidad general y la garantía de los principios, derechos y deberes allí consagrados, de la misma manera que señala que las autoridades están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades.

También se tiene como fundamento jurídico el artículo 38 que establece el derecho asociación; los artículos 70 y 71 que dan piso e incentivan la conformación de personas jurídicas que propendan por el desarrollo de actividades de naturaleza cultural, científica, tecnológica, artística, investigativa. De otra parte, se encuentra el artículo 103 que ordena al Estado contribuir a la organización, promoción y capacitación de las asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales.

La dinámica de estas organizaciones toma como base la teoría del pacto social, la cual aportó los primeros vestigios de lo que es en esencia la solidaridad. Al respecto, Juan Jacobo Rousseau¹³⁹ dijo que

“...como los hombres no puede engendrar nuevas fuerzas, sino ni dirigir las que existen, no tienen otro medio de conservarse que constituir, por agregación, una suma de fuerzas que pueda acceder a la resistencia, ponerla en marcha con miras a un único objetivo, y a actuar de común acuerdo...Encontrar la forma de asociación que defienda y proteja de toda fuerza común a la persona y a los bienes de cada asociado, y gracias a la cual cada uno, en unión de todos los demás, solamente se obedezca asimismo y que sea tan libre como antes, éste es el problema fundamental que resuelve contrato social”.

Es decir que el fenómeno solidario es consecuente con la condición social del hombre, que le determina una capacidad para desprenderse de lo suyo y de sumarlo a lo de los demás para sacar adelante un proyecto. En este sentido las organizaciones solidarias nacen de la necesidad misma de trabajar mancomunadamente y progresar colectivamente, no para derrotar el sistema capitalista, pues la economía solidaria no es su antítesis, sino a partir de un enfoque social y humano de ésta. En relación con lo anterior, Celso Furtado¹⁴⁰ dice que:

¹³⁸ PEREA, Germán. Estructuración del Sector Solidario en Colombia. Primer Congreso de Investigación del sector solidario. Ponencias centrales. Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung, Dansocial, Pontificia Universidad Solidaria, 2004, p.183.

¹³⁹ ROUSSEAU, Juan Jacobo. El Contrato Social. Buenos Aires: s. n., 1988, p. 14.

¹⁴⁰ FURTADO, Celso. Raul Prebisch: Un homenaje, las raíces de la globalización, En: El desarrollo económico en los albores del siglo XXI, Editor: OCAMPO, José Antonio. Bogotá: CEPAL- ALFAOMEGA, 2004, p. xiii.

“A partir del siglo XIX, se empieza a tomar conciencia de que las sociedades tienen su origen en un pacto de dominación que favorece a unas minorías que monopolizan el ejercicio del poder. Los movimientos sociales de oposición, que han existido desde la antigüedad, adquirieron un nuevo carácter en los tiempos modernos, al dejar de ser simples revueltas y convertirse en reivindicaciones de reconstrucción institucional destinadas a elevar el nivel de bienestar”.

En términos de este autor, estos movimientos sociales son un rasgo característico de un nuevo capitalismo en donde lo social tiene una importancia alta, que permite evolucionar los criterios de racionalidad en la estructuración de las formas sociales desde tres ángulos, en primer lugar desde la introducción de nuevos procesos productivos que solucionan las necesidades sociales, en segundo lugar en las nuevas condiciones de la masa trabajadora a partir de procesos de urbanización y asignaciones salariales, y en tercer lugar el dinamismo derivado de la capacidad de mediación de conflictos sociales. Empero, tales planteamientos parecen ser una utopía pues en la práctica no se da una mayor utilización a la capacidad productiva, no hay reducción de las desigualdades sociales ni perfeccionamiento de los recursos humanos.

Dentro de este contexto es pertinente preguntarse si realmente existe un sector solidario y qué se entiende por tal. Zabala Salazar¹⁴¹ señala que “la palabra con la cual se quiere denotar, en el medio latinoamericano contemporáneo, una forma de hacer economía que se contrapone a las prácticas de acumulación y lucro individuales y de explotación de los factores productivos en beneficio del capital, presenta serias dificultades para identificarse plenamente con el más profundo sentido teórico de esa economía y sus racionalidades prácticas”.

El profesor Gonzalo Pérez citado por Zabala Salazar¹⁴² dice que este término incursionó en el lenguaje jurídico doctrinario, político y cultural “sin beneficio de inventario” lo cual imposibilitó debates en torno a temas que permitieran decantarlo y que frenaran su utilización dilatante, a manera de “simple marca de fábrica para unidades productivas ubicadas casi siempre en los segmentos marginales de la economía y con escasa vitalidad orgánica y empresarial para proyectarse como modelos originales y dinámicos”.

Este autor plantea que la solidaridad es una acepción que fue utilizada por diversas escuelas filosóficas y movimientos sociales que se han hecho populares desde la primera mitad del siglo XIX. Por ello hay quienes hablan de solidaridad política, solidaria religiosa, solidaridad de clases, solidaria de los pueblos, etc. En las justificaciones racionales se ubica como mecanismo para alcanzar la plena conciliación de intereses sociales y fenómenos explicativos de la división del trabajo social, así como la obligación de compartir con los débiles. Desde un enfoque político es el sustento de la mutualidad entre oprimidos y el enlace necesario para la acción popular. Concluye diciendo que la solidaridad es “un concepto mitificado por el positivismo y las teorías de derecho que tal pensamiento influenció”.

¹⁴¹ ZABALA SALAZAR, Hernando, op. cit., p. 35.

¹⁴² *Ibíd.*, p. 95.

Rodrigo Villar¹⁴³ habla de un tercer sector¹⁴⁴ y lo identifica con las entidades sin ánimo de lucro –ESAL– para presentar varios debates, entre ellos, el de la autonomía de estas organizaciones y su papel de coordinación en programas con el Gobierno para desarrollar parte de sus funciones implementadoras y de prestación de servicios públicos, a los que también se les denomina organizaciones de la sociedad civil. Él plantea que “la historia de un amplio grupo de las organizaciones del sector puede entenderse como la de un proceso paulatino de diferenciación y adquisición de autonomía frente al Estado, y que actualmente estas organizaciones empiezan a tener un papel más relevante en la arena pública, en la orientación de políticas y en la redefinición de la institucionalidad pública”¹⁴⁵.

De otra parte, Juan Carlos Jaramillo¹⁴⁶ expresa que no han sido muchos los estudios que se han preocupado por abordar este tema precisamente por no existir un cuerpo normativo que unifique el sector. En este sentido se destaca una investigación realizada por la Cámara de Comercio de Cali en asocio con Procali en el que definió sociedad civil como el conjunto de la sociedad que no es Gobierno, y se aclaró el término en dos sentidos:

“... por un lado, como el conjunto de instituciones que definen y defienden los derechos individuales, políticos y sociales de los ciudadanos y también propician su libre asociación y la viabilidad de la intervención ciudadana en la gestión pública; por otro lado, como el conjunto de movimientos sociales que plantean nuevos principios y valores, nuevas demandas sociales y la vigilancia de la aplicación efectiva de los derechos”.

También destaca Juan Carlos Jaramillo que en dicha publicación se define que la sociedad civil se compone de un sector lucrativo que busca la generación de riqueza y un sector no lucrativo al que le interesa el bienestar de la comunidad, principalmente. Al primero pertenecen las empresas de tipo comercial, mientras que al segundo, las entidades que se consideran son del sector solidario.

Para Mary Luz Sandoval¹⁴⁷ la sociedad civil está en el mundo de lo privado y tiene dos ámbitos, uno que se constituye de manera informal, no organizado, en donde se encuentran los ciudadanos comunes y corrientes; y otro organizado, donde se encuentran las diferentes organizaciones. Dentro de esta división las ONG constituyen sólo un componente, sólo uno de los actores. Esta autora manifiesta, de acuerdo con lo definido por el Banco Mundial, que las ONG son organizaciones independientes de los gobiernos que tienen propósitos humanitarios y de

¹⁴³ VILLAR, Rodrigo. El Tercer Sector en Colombia. Bogotá: Confederación Colombiana de Organizaciones No gubernamentales, 2001, p. 25.

¹⁴⁴ Uno de los trabajos más importantes en materia definición del sector es el realizado por Constanza Gómez y Marietta Bucheli, acerca del estado del arte sobre el debate conceptual del término sector solidario; en relación con la profesora Gómez, ella examina las corrientes conceptuales que contribuyen en esa definición. Ver GOMEZ ROMERO, Constanza y BUCHELI Marietta. Estado del arte sobre el debate conceptual del término sector solidario “Aproximaciones para la Construcción de un Concepto. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, en prensa, 2006. Texto facilitado por la autora.

¹⁴⁵ VILLAR, Rodrigo, op. cit., p. 133

¹⁴⁶ JARAMILLO, Juan Carlos. Entidades sin ánimo de lucro: Características y aplicaciones del régimen tributario. Cuarta edición. Bogotá: Legis, 2007, p. 11.

¹⁴⁷ SANDOVAL ROBAYO, Mary Luz. El papel de las ONG Internacionales en los conflictos Armados Internos, Caso Colombia. Bogotá: Universidad Libre, 2003, p. 30.

cooperación, con autonomía, entendida como la capacidad de decisión sin tener que recurrir a instancias externas a ellas mismas, no comerciales y sin ánimo de lucro; este último orientado hacia la no generación de dividendos para sus gestores.

Pero estos organismos cuando adquieren el carácter internacional, dice Sandoval “son estructuralmente amorfos, ideológicamente difusos y en la práctica sumamente contradictorios; además se sustentan en principios antagónicos con la realidad: internamente sus fundamentos parecen fuertes pero al operar en terreno enfrentan muchos dilemas relacionados con sus mandatos funciones y principios, particularmente cuando deben tomar decisiones y llevar a cabo acciones en situaciones de conflicto interno”.

Zabala Salazar¹⁴⁸ puntualiza que el sector de la economía solidaria comporta y desarrolla una racionalidad económica y unas lógicas operacionales propias, generadas por el hecho concreto de que las empresas que lo constituyen son emprendidas y gestionados por mujeres y hombres que personifican las categorías económicas: comunidad y trabajo. Agrega que el sector:

“Es el conjunto conformado por las unidades empresariales, sujetos, actividades y flujos que implican movimiento de factores y productos que proceden conforme a modos de comportamiento empresarial relativamente homogéneos y autónomos, a través de los cuales se configuran circuitos económicos propios, dando lugar al mercado solidario, caracterizado por comportar preferentemente relaciones económicas de donación, reciprocidad, cooperación, comensalidad, posibilitando la satisfacción conjunta de las necesidades y aspiraciones básicas de la persona en particular y la comunidad en general”.

Las actividades de las organizaciones solidarias son declaradas de interés general dada su importancia y el efecto en la sociedad especialmente porque ayudan en la construcción de tejido comunitario¹⁴⁹, políticamente contribuyen al despliegue de la democracia y económicamente elevan los niveles de vida de la población asociada; en tal sentido el Estado debe prestar importancia e intervenir de manera racional y efectiva en todos los ámbitos, nacional y territorial, para garantizar el libre desarrollo económico de estas organizaciones.

Parte de las Organizaciones de Economía Solidaria –OES- se encuentran enlistadas en el artículo 6 de la Ley 454 de 1998, cuyo antecedente próximo fue el Documento Conpes 2823 del 15 de noviembre de 1995, producido por el Departamento

¹⁴⁸ ZABALA SALAZAR, Hernando, op. cit., p. 99.

¹⁴⁹ Pablo María Garat pretende explicar la diferencia sustantiva entre la política como arte y como ciencia para el desarrollo de la sociedad políticamente organizada hacia el bien común, a través del ejercicio del Gobierno justo, también discute sobre la necesidad para que la tendencia asociativa del hombre se equilibre en un orden justo de relaciones concretas entre sociedades intermedias y la sociedad o comunidad política, ya que en todo esto se ven las cuatro causas del orden sociopolítico: “La causa material son estas conductas humanas exteriores, estas relaciones concretas de las distintas sociedades intermedias a partir de la familia. La causa formal, que es el mismo orden justo de las relaciones: la amistad social que se alcanza, que es la concordia política de todo este cuerpo social. La causa final de este orden político, que es el bien común político. La causa eficiente, que es el Gobierno, pero el Gobierno legítimo, es decir no el Gobierno en cuanto a poder simplemente o en cuanto facultad de posibilitar este conjunto de relaciones, sino un poder detentado por aquel que tiene la sabiduría, la experiencia y la virtud...”. Ver: GARAT, Pablo María. La crisis del Estado es la crisis de la sociedad política. En: Estado de crisis, editor académico: LONDOÑO, Beatriz. Bogotá: Universidad del Rosario, 2003, p. 64.

Nacional de Planeación y con el entonces Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas, Dancoop. A éste se le denominó “Política de modernización y desarrollo del sector de economía solidaria”. En él se dijo que¹⁵⁰:

Esta amplia gama de organizaciones de derecho privado sin ánimo de lucro constituyen una importante expresión de la sociedad civil y de su iniciativa para solucionar, de manera autogestionaria, las más sentidas y urgentes necesidades de las comunidades en los planos local, regional y nacional. Una parte de estas organizaciones se dedica a actividades culturales, sociales, comunales, reivindicativas, de representación, y sus funciones no están directamente relacionadas con mercados de compra y venta de bienes o servicios.

Otra parte de ellas combina su objetivo social con objetivos económicos claramente definidos; su estructura es, por tanto, eminentemente empresarial, y su actividad económica constituye un medio fundamental para el logro de los objetivos sociales, y tiene relación directa con el mercado de bienes y servicios

A partir de este documento se permitió clasificar las entidades del sector en tres subsectores: 1. El cooperativo, 2. El de las asociaciones, corporaciones y fundaciones y 3. El subsector de otras formas asociativas de economía solidaria.

3.3 PRINCIPIOS

La construcción conceptual del sector solidario es una tarea de reciente emprendimiento en Colombia, pues como se verá más adelante, a partir de 1998 con la expedición de la Ley 454, se da un salto gigante, al pasar de un sector cooperativo a un sector de la economía solidaria y actualmente, a partir del año 2002, a un sector solidario propiamente dicho.

Dicha estructuración sólo es posible si se tiene claramente establecido cuáles son sus fundamentos filosóficos, sociológicos y políticos, cuáles son las características comunes de las organizaciones y cuáles son los componentes orgánicos del sector. Las características que se enuncian a continuación se derivan del articulado de la Ley 79 de 1988, la Ley 489 de 1998 y algunas otras normas que las desarrollan, las cuales no las mencionan como características sino generalmente como principios y que constituyen los parámetros especiales dentro de los cuales se debe dar la intervención estatal.

3.3.1 Solidaridad

La solidaridad constituye el pilar fundamental de las organizaciones que componen este sector. El vocablo solidario es un legado del derecho romano, pero su aplicación estaba restringida a las obligaciones *in sólidum*, de tal manera que así quedó plasmado por primera vez en el año de 1852 en el diccionario de la Real academia de la Lengua Española. Zabala¹⁵¹ explica que la literatura francesa de la revolución ya había acuñado el término fraternidad para describir las relaciones de

¹⁵⁰ DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. Política de modernización y desarrollo del sector de economía solidaria. Bogotá: DNP, 15 de noviembre de 1995, p. 2.

¹⁵¹ ZABALA SALAZAR, Hernando, op. cit., p. 73.

hermandad que se suscitan entre los diferentes grupos sociales, pero que tal conocimiento sólo era propio de las élites ilustradas, de tal manera que el tema viene a cobrar importancia hasta después de la segunda mitad del siglo XIX. Lo anterior es coherente con los planteamientos actuales sobre la génesis remota de los derechos de la tercera generación.

Para el año de 1914, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (suplemento) adiciona algunos elementos puntuales y contundentes a la definición jurídica que a la vez tiene “una génesis en los ámbitos filosóficos, sociológicos y de las ideas políticas, reunidas todas ellas en el movimiento ideológico del solidarismo, cuyo abanderado fue Durkheim...”¹⁵². Esta definición se ha conservado hasta nuestros días como “adhesión circunstancial a la causa, empresa, u opinión de otros”, con la introducción de la definición sociológica en 1985. La actual edición del Diccionario, lo define de la siguiente manera:

“SOLIDARIDAD. (*De solidario*). 1. F. Adhesión circunstancial a la causa o empresa de otros. 2. F. *Der.* Modo de derecho u obligación in sólídum. **Solidarizar.** 1. tr. Hacer a alguien o algo solidario con otra persona o cosa. U t. c. prnl. **Solidario, ria.** (*De sólido*). 1. Adj. Adherido o asociado a la causa, empresa u opinión de alguien. 2. Adj. *Der.* Se dice de las obligaciones contraídas in sólídum y de las personas que las contraen. **SOLIDARIAMENTE.** 1. adv. m. De modo solidario. 2. adv. m. *Der.* in sólídum¹⁵³”.

La solidaridad también se manifiesta como la cooperación y ayuda mutua entre los individuos sin esperar una retribución directa por la acción emprendida. Los discursos tradicionalistas distinguen dos tipos de solidaridad, una de tipo asistencialista y otra de naturaleza mutualista. La primera implica la caridad, el dar para un momento determinado sin esperar nada a cambio como sería el caso de las acciones de los grupos de voluntariado; en cambio la mutualista implica construir con el otro lo que adelante los va a beneficiar por igual, tal es el caso de las cooperativas.

A este discurso hoy en día se le ha sumado la solidaridad comprendida en tres momentos: la caridad, la justicia y la liberación. La caridad supone “dar el pescado” y no busca soluciones estructurales a problemas complejos, sólo dar paliativos temporales mientras se da una solución definitiva (concepción asistencialista). La caridad es el momento de la solidaridad que permite al sujeto “sentir la compasión y ejercer el verbo dar sin caer en la soberbia, y al beneficiario del acto solidario, recibir sin sentirse menos...”¹⁵⁴.

El momento justicialista supone ‘repartir con equidad las posibilidades de acceso al pescado’. Este momento analiza la construcción de la riqueza social y la distribución equitativa de las oportunidades de las personas, también lucha contra toda práctica rentística en la que incurra cualquier sujeto. “El momento justicialista de la solidaridad repara en el acceso democrático a la buena educación, a la buena salud,

¹⁵² KATIME, Abraham y SARMIENTO, Antonio José. Hacia la construcción de un derecho solidario en Colombia. Segunda edición. Bogotá: Universidad Cooperativa de Colombia, 2006, p. 22.

¹⁵³ Diccionario de la Real Academia de la Lengua [en línea], [Consultado 23 de mayo de 2007]. Disponible en <<http://buscon.rae.es>>

¹⁵⁴ SARMIENTO NARVAEZ, Alfredo. Pedagogía y cultura solidaria en el horizonte de una sociedad comunitaria. En: Derecho a solidarizarse. Bogotá: Dansocial, 2005, p. 52.

al crédito productivo y a la generación de un sistema de seguridad social sostenible en el tiempo, a una economía de baja inflación y de bajo desempleo, que no deslaborice el trabajo y que no desmotive el capital”.

El momento liberador de la solidaridad supone ‘aprender a pescar con el otro’. Para Sarmiento¹⁵⁵, este momento no cae en la trampa pedagógica y política de “hay que enseñar a pescar” pues el conocimiento no siempre se enseña y no siempre hay alguien que lo sabe todo, sino que en la mayoría de los casos éste se construye con ayuda de los demás. Este autor concluye que una sociedad entre más madura y socialmente competente, menos tendrá que acudir a los momentos caritativos y justicialistas dando prioridad al momento liberador.

3.3.2 Primacía de la persona sobre los medios de producción

El enfoque antropológico de la solidaridad hace énfasis en la evolución del concepto de individuo hacia el de persona, ello implica entonces un profundo respeto hacia la dignidad y los derechos fundamentales, especialmente la garantía de la libertad, que generalmente pierde vigencia en los modelos económicos liberales en el que ésta sólo se predica de los propietarios y en los modelos de planificación e intervención fuerte del Estado, en el que éste entra en la esfera de actuación de individuo de manera categórica.

El ser humano es concebido en el sector solidario como un ser bueno y trabajador que merece el primer lugar en importancia dentro del sistema económico. Esa es una gran diferencia con la economía de corte eminentemente capitalista en la que se le da mayor prioridad a los bienes materiales y a la acumulación de capital y riqueza para unos pocos. No queriendo decir con ello que en el sector solidario la acumulación de riqueza no sea importante, lo que sucede allí es que esa acumulación tiende a ser dinámica y eficiente. Dinámica, en el sentido de que ella se crea para incentivar el progreso humano colectivo y no egoísta, y eficiente en la medida en que propende por lograr ese cometido pues de no ser así el Estado interviene para defender los intereses de la comunidad.

Es decir que en el sistema solidario hay un reacomodamiento en la escala de los valores económicos y en la organización de los medios de producción. La persona ocupa el primero, pero no como ser individual sino como ser social, que forma parte de una comunidad organizada, en la que se producen ese tipo de relaciones que conllevan al progreso colectivo.

A esa cohesión de la comunidad se le conoce como factor C. En ese sentido, los demás medios de producción serán la consecuencia directa del trabajo de la comunidad y su propiedad será asociativa y solidaria con lo cual los mismos miembros serán propietarios, trabajadores y administradores de la unidad de producción económica en condiciones democráticas, de justicia y equidad.

¹⁵⁵ SARMIENTO NARVAEZ, Alfredo, op. cit., p. 52.

3.3.3 Empresarialidad o emprendimiento solidario

Uno de los componentes orgánicos del sector es la empresa solidaria, entendida como la organización de elementos materiales (personas, bienes, capital financiero) e inmateriales (valores sociales, good will, know how) que interactúan para lograr un propósito u objeto social. Tradicionalmente se conocen empresas de corte económico y de corte social, las primeras están destinadas a la producción de bienes y servicios para satisfacer las necesidades de los consumidores y para lograr utilidades para sus dueños. Las empresas sociales buscan también satisfacer necesidades de la comunidad, pero éstas tienen una trascendencia social y no buscan utilidades directas para quienes las emprenden.

Las empresas solidarias conjugan características de ambos tipos, pero el componente solidario marca y acentúa la responsabilidad social con los consumidores, con el medio ambiente y con sus integrantes. En lo que se refiere a la maximización de utilidades, éstas pueden buscarlo no como propósito inmediato sino a largo plazo, luego de agotar instancias tales como el pago justo a los trabajadores, la inversión en calidad, en educación y en bienestar. Si luego de concluidos tales requerimientos persisten las utilidades, éstas deben ser llevadas a fondos de utilización específica para ayudar en condiciones de equidad y justicia a sus integrantes.

El término empresarialidad o emprendimiento solidario se ha acuñado con el fin de relativizar el concepto de asociatividad como presupuesto de la solidaridad. Se ha encontrado dificultades al integrar las fundaciones al sector solidario, ya que tradicionalmente se exige que toda organización solidaria agrupe personas; ello se infiere del artículo 4 de la Ley 454 de 1998 que hace relación a la “adhesión voluntaria” y “propiedad asociativa”, y en la fundación no existen miembros, sólo es un establecimiento o conjunto de bienes que se afectan a utilidad pública de acuerdo con la voluntad de su fundador.

La empresarialidad solidaria implica que antes de su creación, quien o quienes la inician, tengan claro los propósitos y las características propias de este tipo de empresas, ya que actualmente existe un fenómeno generalizado que consiste en utilizarlas con como “cortina de humo” para obtener las garantías y beneficios que el Gobierno ha otorgado a éstas como incentivo y fomento en su creación.

3.3.4 Autonomía entendida como autogestión, autodeterminación, autocontrol y autogobierno

La autonomía parte de la separación e independencia, en condiciones de normalidad, de la organización solidaria frente a otras organizaciones del sector y frente al aparato estatal en lo relacionado a administración, toma de decisiones y desarrollo de las actividades propias de su objeto social. Lo cual no puede darse de manera absoluta por las consideraciones hechas respecto a la intervención necesaria que el Estado debe hacer sobre la economía solidaria dada la importancia especial frente al desarrollo de las comunidades.

Al interior de las organizaciones solidarias también se dan procesos de autogestión entendidos como el traspaso de la gestión, que generalmente está en la cúspide de la organización, hacia los niveles medios e inferiores. Básicamente esto puede darse sin mayor problema porque al ser la propiedad colectiva, e incluso tomarse decisiones sin importar los aportes económicos sino la condición de persona, la democracia cobra plena vigencia y en su desarrollo se equilibran las garantías de libertad e igualdad por quienes participan.

La autodeterminación, el autocontrol y el autogobierno son formas de autonomía específicas; la primera de ellas se aplica a la organización interna a través de sus estatutos, los cuales son aprobados de manera concertada en las asambleas generales, la segunda tiene que ver con un control que se hace por los mismos miembros antes de someter cualquier anomalía a un control externo, y el tercero se refiere a la elección de los directivos en el seno del órgano colegiado de mayor representatividad a través de mecanismos democráticos¹⁵⁶.

3.3.5 Sin ánimo de lucro

El término “sin ánimo de lucro” es un término que resulta ser impropio para lo que realmente quiere significarse. Las entidades del sector solidario desarrollan actividades comerciales y/o sociales; en cuanto a las primeras, el Código de Comercio regula su ejercicio y están direccionadas hacia la obtención de la mayor ganancia para quienes la desarrollan y hayan invertido capital; mientras que las segunda producen sólo una satisfacción personal y altruista.

Según concepto 2083 de 1984 proferido por el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, se afirmó que las cooperativas no tienen un fin mercantil sino de prestar los servicios a los asociados, lo cual podría extenderse a todas las organizaciones del sector. Sin embargo, no se comparte esta posición pues a pesar de que las normas que las rigen ordenan la prestación de servicios a sus asociados en primera instancia y en segunda a los no asociados, bajo condición de que los excedentes sean llevados a un fondo no susceptible de repartición, ellas desarrollan actos de comercio¹⁵⁷.

En otras palabras, el lucro entendido como ganancia¹⁵⁸, beneficio o provecho se puede dar tanto en las empresas del sector solidario como en las no solidarias con similar ánimo en su obtención, pero no ocurre lo mismo en la aplicación de éste. El obtener lucro es una situación contingente que depende de la naturaleza del objeto social del ente solidario y de la manera como se administra, además hay que precisar que se parte un elemento subjetivo, el *animus*. El lucro se manifiesta en el lenguaje técnico distinto para el sector solidario y para el no solidario, especialmente en lo que se refiere al aspecto tributario: en el no solidario se habla de utilidades,

¹⁵⁶ Ver artículo 4 de la Ley 454 de 1998

¹⁵⁷ KATIME Abraham se refiere a la existencia de actos solidarios como característica del derecho solidario como una rama autónoma. Estos son al derecho solidario, lo que los actos de comercio son al derecho comercial, o lo que al derecho público son los actos administrativos. KATIME, Abraham y SARMIENTO, Antonio José, op. cit., p. 104.

¹⁵⁸ Diccionario de la Real Academia de la Lengua [en línea], [Consultado 23 de mayo de 2007]. Disponible en <<http://buscon.rae.es/>>. Lucro.m. Lat. Lucrum: Beneficio o provecho que se obtiene de algo.

mientras que en el solidario se habla de excedentes. Por ende, el lucro puede ser estudiado bajo tres enfoques:

a. Enfoque dualista del lucro: Se parte del supuesto de que el lucro en todas las personas jurídicas tiene dos ámbitos, uno externo y otro interno. El primero se concreta en la obtención de ganancias en razón de la actividad desplegada por la persona jurídica en desarrollo de actos de comercio, los cuales en principio pertenecen a la persona jurídica, mientras que el lucro interno está relacionado con la participación individual de los asociados o socios en las utilidades obtenidas. En las organizaciones solidarias, el sin ánimo de lucro hace referencia a que el lucro interno no puede existir. Es decir que en conclusión en las organizaciones solidarias sí hay lucro, pero es solamente externo.

b. Enfoque monista o del lucro solidario o social: Este enfoque parte de dos supuestos, el primero de ellos es que la empresa obtiene un lucro en el despliegue de su objeto social, y el segundo es que está direccionado hacia sus asociados; en ese sentido, el lucro de la organización es el mismo de sus integrantes. La aplicación de este enfoque a las organizaciones solidarias resulta atinente explicando que la distribución de excedentes debe darse en beneficios y con base en unos criterios de justicia social y solidaridad definidos por el legislador.

c. Enfoque normativista del sin ánimo de lucro. Este responde a la pregunta ¿qué es no tener “ánimo de lucro”? bajo el entendido que es lo que diga la norma. Al respecto la Ley 79 de 1988 en su artículo 4 indica que el “sin ánimo de lucro” es una presunción que se da cuando se establece en los estatutos de la organización, la irrepertibilidad de las reservas sociales y en caso de liquidación, la del remanente patrimonial; y se destinan sus excedentes a la prestación de servicios de carácter social, al crecimiento de sus reservas y fondos, y a reintegrarlos a sus asociados en proporción al uso de los servicios o a la participación en el trabajo de la empresa.

La Ley 454 de 1998 en el parágrafo del artículo 6 retoma la norma citada, pero no sostiene que se trata de una presunción, aunque sí que debe cumplir con lo anterior como principio económico. Para el caso de las cooperativas, precooperativas, fondos de empleados y asociaciones mutualistas, las normas que las regulan han determinado, la forma de aplicar los excedentes y de alimentar los fondos sociales.

De todas maneras, este asunto obedece a una política de distribución de excedentes dentro de la filosofía solidaria¹⁵⁹, incluso algunas organizaciones

¹⁵⁹ Al respecto se identifican cuatro tendencias en relación con estas características, la primera de ellas es la del Comité Nacional de Enlace de las asociaciones Mutualistas, Cooperativas y asociativas – Francia – CNLAMCA que prefieren que los excedentes se utilicen en la reinversión y desarrollo de sus fines, para mejorar los servicios a los socios y a la sociedad y descartan la distribución en proporción la capital. La segunda es la propuesta del CIRIEC de España del año 2000 y del Consejo Valon-Bélgica que consiste en una ampliación de la posición anterior porque reconocen abiertamente la posibilidad de distribuir el beneficio (reconocimiento de excedentes) a los asociados, siempre y cuando no esté ligado al capital. La tercera es la del Comité Consultivo de la Comisión Europea de las Cooperativas, Mutualidades, Asociaciones y Fundaciones de CMF 1999 en la que se pretende que el excedente sea reinvertido o distribuido. Reinvertido en el fortalecimiento de la propia organización y distribuido según los deseos de sus miembros, buscando fines diversos, se destaca a diferencia de los anterior el retorno sobre los capitales invertidos para reactivar el sector. La cuarta y última es la de la Non Profit Organization de la Universidad Jonhs Hopkins que sostiene que no puede distribuir beneficios a las personas que controlan la

específicas como las comunidades organizadas bajo el esquema del Decreto 1981 de 2003 para la prestación del servicio de radiodifusión sonora, obligan a que la inversión de los excedentes se realice en la prestación del servicio en beneficio de toda la comunidad¹⁶⁰. Esta situación indica que cuando se trata de una organización propia de la economía solidaria OES, los destinatarios del lucro solidario están más determinados que cuando corresponde a una organización solidaria de desarrollo OSD en la que su visibilidad es más difícil.

El profesor Abraham Katime¹⁶¹ afirma que sobre el tema existen dos vertientes, una que defiende el sentido lato y natural del término y una que se atiene al sentido técnico jurídico de la expresión y que es la que él comparte en atención a las reglas de interpretación de la estructura normativa. Es decir que su posición estaría enmarcada dentro del enfoque normativista y rechazaría cualquier posibilidad de aceptar interpretaciones monistas o dualistas del lucro.

El mismo autor indica que esta propiedad no significa que “en sus estados financieros estas organizaciones no generen ganancias, lo cual sería un contrasentido; el propio Estado genera ganancias. Lo que ocurre es que estos beneficios no se reparten a favor de sus asociados, usuarios, trabajadores, empleados o afiliados; puede sí ocurrir la eventualidad de que se reinviertan a favor del bien común de la colectividad, pero nunca para generar una utilidad a favor de uno u otro asociado”. Sin embargo las reglas de aplicación de excedentes sí permiten el pago de beneficios directos a los asociados en proporción al uso de servicios o al trabajo aportado, pero como última instancia.

Está claro que las entidades sin ánimo de lucro sí deben buscar maximizar las utilidades a través de diferentes negocios; sin embargo ello puede llevar a resultados decepcionantes, pues estas, al crecer tanto en la parte comercial pueden ocasionar que sus dirigentes olviden sus cometidos filantrópicos. Ellos podrían pretender ser altos ejecutivos de empresas exitosas y no simples administradores de empresas que tienen como prioridad a sus asociados.

Al respecto William Foster y Jeffrey Bradach¹⁶² opinan que actualmente muchas entidades del sector al querer volver autosuficientes promueven agresivamente la generación de ingresos como medio para ser sostenibles, lanzando nuevos

entidad, que si se obtienen beneficios se deben destinar al desarrollo de sus fines. Ver. BUCHELI, Marieta. Aproximaciones para la construcción del concepto sector solidario a partir del estado del arte: debate conceptual del término, documento sin publicar elaborado con el apoyo del equipo de la Unidad de Estudios del sector solidario. Bogotá: Facultad de estudios ambientales y rurales de la Pontificia Universidad Javeriana, 2006.

¹⁶⁰ Aquí habría aplicación estricta del sin ánimo de lucro porque hay beneficio hacia toda la comunidad. La norma enseña lo siguiente: “Artículo 8°. Fuentes de financiamiento y reinversión de recursos. Los concesionarios del Servicio Comunitario de Radiodifusión Sonora deberán invertir, en su integridad, los recursos que obtenga la emisora por concepto de comercialización de espacios, patrocinios, auspicios, apoyos financieros de organizaciones internacionales legalmente reconocidas en Colombia u organismos gubernamentales nacionales, en su adecuado funcionamiento, mejoramiento de equipos y de la programación que se transmita a través de ella y en general en inversiones que garanticen la adecuada continuidad en la prestación del servicio y el desarrollo de los objetivos comunitarios”.

¹⁶¹ KATIME, Abraham y SARMIENTO, Antonio José, op. cit., p. 102.

¹⁶² FOSTER, William y BRADACH, Jeffrey ¿Deben las entidades sin fines de lucro buscar utilidades? En: Revista Harvard Business Review. Volumen 83, núm. 8. Boston: s. n., 2005, p. 68.

negocios, que en parte no conducen a nada concreto, pues de un lado, no todas obtienen las ganancias esperadas y no todos los negocios que se acometen resultan ser viables. Explican estos autores que existe una serie de factores que inciden negativamente en la posibilidad de éxito de los negocios que emprenden, entre los cuales mencionan los siguientes:

Se reduce la posibilidad de aumentar las utilidades en la medida en que estas empresas sienten la necesidad de pagar salarios más justos y altos en comparación con empresas que desarrollan iguales negocios en el mercado; contratan personal menos calificado al querer ayudar a sus propios miembros; y fijan precios muy por debajo de las demás empresas que ofrecen estos productos, o los subsidian, buscando que un número mayor de personas accedan a ellos.

Como quiera que la experiencia de los directivos se ha adquirido en un sector que tiene una racionalidad diferente, basada en la filantropía y la ayuda a los demás, es difícil para ellos incursionar en el nuevo esquema comercial, distinguiendo claramente los costos y las utilidades, y sobre todo calcular las ventajas financieras que se obtendrán. Asimismo una óptima rentabilidad se puede conseguir a través de bienes y servicios que deberán ofrecerse a clientes indirectos (terceros), ya que el poder de adquisición de sus propios asociados es bajo y ello limita las posibilidades de ofrecer una mayor variedad de artículos para ser comercializados.

También se observa, que una vez se ha iniciado el negocio, a los directivos no les gusta comúnmente dar marcha atrás, enjugando tales pérdidas con otros centros de costos dirigidos al bienestar y la filantropía. Pero éste no es del todo un panorama fatalista, pues existen casos exitosos de entidades del sector que a través de portafolios de negocios diversificados en bienes y servicios, dirigidos a su grupo de interés y a terceros, han logrado posicionarse como empresas realmente aventajadas y progresistas que no descuidan su naturaleza social por darle prelación a lo económico.

3.3.6 Otros principios

Formación y educación permanente, oportuna y progresiva. Es característica fundamental que los miembros de las organizaciones del sector se formen y se capaciten en temas relativos a principios y valores de la solidaridad. Lo anterior es lógico ya que la formación educativa tradicional está muy marcada hacia la racionalidad capitalista y hacia el manejo de empresas de este corte, lo cual es difiere marcadamente en el sector solidario. La legislación vigente exige que para fundar una cooperativa se acredite por parte de sus miembros originarios una capacitación en educación solidaria no inferior a 20 horas y que además los miembros se capaciten permanentemente.

Servicio a la comunidad. La comunidad, en este caso, puede ser entendida en sentido restringido o en sentido amplio. Cuando se hace alusión a la comunidad en sentido estricto, el concepto se relaciona con el conjunto de personas que se han asociado al ente solidario, de tal manera que el compromiso más próximo sea el de satisfacer sus necesidades acorde con el objeto social, y que sólo, de manera

eventual o excepcional, y una vez cubiertas las de sus asociados, se extienda a terceros¹⁶³.

Para este punto cobra importancia la distinción entre organizaciones de la economía solidaria –OES- y organizaciones solidarias de desarrollo –OSD- pues en las primeras la solidaridad es ejercida principalmente hacia sus miembros, mientras que en las segundas la solidaridad es practicada hacia fuera. En ese sentido, inicialmente el servicio de las primeras es hacia su propia comunidad (asociados) mientras que las segundas prestan el servicio hacia una comunidad indeterminada, es decir hacia la comunidad en sentido amplio.

Actualmente se ha querido que unas y otras se proyecten hacia la comunidad a través de un régimen tributario especial que les permita contribuir al progreso social o educativo de la comunidad a través del destino de parte o de todos sus excedentes. Es importante resaltar que existe una tendencia hacia el crecimiento en el número de fundaciones y corporaciones que no desarrollan con transparencia su objeto social, más aún cuando muchas de estas, reciben subvenciones por parte de organizaciones internacionales, para atender problemas sociales, lo cual exige que el Gobierno adopte medidas eficaces tendientes a normalizar y a sancionar prácticas incorrectas.

Integración con otras organizaciones del mismo sector. Es propio de las organizaciones solidarias que se agremien con otras organizaciones para la defensa de los intereses ante el mercado y ante los entes gubernamentales, especialmente para el mejor cumplimiento de sus fines económicos o sociales en organismos de segundo grado de carácter nacional o regional.

Promoción de la cultura ecológica. La conservación de entrono ecológico es un tema que debe preocupar a las entidades del sector. Tal accionar se deriva de una característica enunciada anteriormente como es el servicio a la comunidad, y además, la responsabilidad social empresarial. La promoción de la cultura ecológica se hace a través de la educación misma y de prácticas ecologistas que mitiguen o prevengan daños hacia el medio ambiente.

3.4 ACTORES

Los actores o sujetos del modelo, independiente de la posición que ocupen como productores, consumidores o Estado, pueden ser aglutinados en dos grupos básicos: el primero de ellos comprende las entidades de promoción, fomento, inspección, vigilancia y control. En éste se encuentran dos de carácter público como son: el Departamento Administrativo Nacional de la Economía Solidaria, Dansocial y la Superintendencia de la Economía Solidaria; dos organismos de carácter gremial con participación gubernamental tales como: El Consejo Nacional

¹⁶³ Muestra de ello se encuentra en el artículo 10 de la Ley 79 de 1988 que señala que “Las cooperativas prestarán preferencialmente sus servicios al personal asociado. Sin embargo, de acuerdo con sus estatutos podrán extenderlos al público no afiliado, siempre en razón del interés social o del bienestar colectivo. En tales casos, los excedentes que se obtengan serán llevados a un Fondo social no susceptible de repartición”.

de la Economía Solidaria, CONES, y el Fondo de Fomento de la Economía Solidaria, FONES; y una de naturaleza especial como lo es el Fondo de Garantías Cooperativas, Fogacoop.

El otro grupo es el de las organizaciones solidarias propiamente dichas¹⁶⁴, las que a su vez se dividen en organizaciones de economía solidaria -OES- y organizaciones solidarias de desarrollo -OSD-. En las primeras la solidaridad es ejercida principalmente hacia adentro y por ello se desarrolla una actividad empresarial con el fin de que se obtengan utilidades que si bien es cierto no se distribuyen, son aprovechadas para el progreso colectivo; mientras que en el segundo caso la solidaridad es ejercida hacia fuera y resulta generalmente de actividades de corte más social que económico, pero que de llegar a ser económicas, buscan el beneficio de una comunidad en general. El esquema general del sector es el siguiente:



Dentro de las Organizaciones de Economía Solidaria –OES- se encuentran algunas que tienen una autonomía normativa, ejemplo de éstas son las cooperativas, los fondos de empleados y las asociaciones mutualistas; de otra parte, se encuentran otro grupo de entidades que no la tienen en razón a que sus elementos definitorios no le son inherentes sino que se derivan de su actividad, es el caso de las Empresas Solidarias de Salud –ESS-, que son cooperativas y asociaciones mutualistas que prestan el servicio de salud en los términos de Ley, o el caso de las Organizaciones Populares de Vivienda –OPV-, que son cualquier entidad del sector que desarrolle proyectos de vivienda para sus asociados.

¹⁶⁴ Esta clasificación se apoya en pronunciamientos de la misma CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, la cual a través de sentencia C-741 de 2003, en relación con los prestadores de servicios públicos domiciliarios y con el fin de emplear el término más amplio posible que abarque las personas jurídicas sin ánimo de lucro, emplea la categoría organizaciones solidarias a que hace referencia el parágrafo 2º del artículo 6º de la Ley 454 de 1998.

3.4.1 Entidades de promoción, fomento, inspección, vigilancia y control

3.4.1.1 Entidades Estatales

- **Departamento Administrativo Nacional de la Economía Solidaria, Dansocial**

Hasta antes del año 1998 existió el Departamento Nacional de Cooperativas, Dancoop, que estaba encargado de la supervisión del sector cooperativo y demás entidades afines incluyendo su fomento. Con la expedición de la Ley 454 de 1998, las funciones se escinden y las de fomento y dirección del sector pasan al transformado Departamento Administrativo Nacional de la Economía Solidaria¹⁶⁵, mientras que la Supervisión pasa a la nueva Superintendencia de la Economía Solidaria.

Como objetivos principales de este Departamento Administrativo se encuentran: dirigir y coordinar la política estatal para la promoción, planeación, protección, fortalecimiento y desarrollo empresarial de las organizaciones de la Economía Solidaria. Por tratarse de un Departamento Administrativo del orden nacional, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 38 de la Ley 489 de 1998, es un órgano principal y pertenece a la rama ejecutiva del poder público, y más específicamente al sector central; adicionalmente tienen como objetivos primordiales la formulación y adopción de las políticas, planes generales, programas y proyectos del Sector Administrativo que dirige.

- **Superintendencia de la Economía Solidaria**

La Superintendencia de la Economía Solidaria fue creada según lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 454 de 1998 y en cumplimiento de la competencia asignada al Presidente de la República en el artículo 189 numeral 24; no obstante que allí sólo se hace alusión a la supervisión de las cooperativas, pero debe entenderse que se hace referencia al sector de la economía solidaria, pues para esa fecha legalmente sólo existía el sector cooperativo¹⁶⁶.

La Ley 454 determinó como principales elementos de definición de esta Superintendencia, los siguientes:

- Es un organismo de carácter técnico. Es decir que en su función de supervisión está dirigida a aspectos puntuales que versan sobre la naturaleza jurídica especial propia de las entidades del sector de la economía solidaria que ella vigila, en ese sentido es la autoridad que más conoce de ese tema.

¹⁶⁵ Las normas principales que rigen su organización y funcionamiento son: Ley 454 de 1998, artículos 29 a 32, y los Decretos 1798 y 1799 de 2003 que fijan la estructura administrativa y la planta de personal del Dansocial.

¹⁶⁶ Debe tenerse en cuenta que el párrafo primero del artículo 17 del Decreto 1688 de 1997, establece que el Presidente de la República, conforme a lo dispuesto en el numeral 17 del artículo 189 de la Constitución Política, determinará las competencias de las distintas Superintendencias para ejercer la inspección, control y vigilancia de los organismos cooperativos según su actividad principal o especializada

- Adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público. No se sabe a ciencia cierta qué inspiró al legislador para no haberla adscrita al Dansocial, pues es éste último quien funcionalmente direcciona el sector; podría pensarse que el criterio fue el ejercicio de actividad financiera de las cooperativas de ahorro y crédito que son vigiladas por la superintendencia y que requieren direccionamientos muy técnicos en este campo.
- Con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera. Este grupo de características, se derivan directamente del hecho de ser un ente descentralizado por servicios del orden nacional. Es así como hasta el 50% de los recursos de funcionamiento deben ser aportados por las entidades supervisadas a través de una tasa que han denominado de contribución, aunque lo correcto sería “tasa por supervisión”.

El artículo 34 de la Ley 454 de 1998 indica que el Presidente de la República, a través de esta superintendencia, ejercerá la inspección, vigilancia y control de las organizaciones de la Economía Solidaria que no se encuentren sometidas a la supervisión especializada del Estado. De lo anterior se puede precisar que la supervisión es una función genérica que comprende tres niveles: la inspección, la vigilancia y el control, además que esta supervisión la ejerce de manera residual, es decir que mientras una norma jurídica no haya asignado tal competencia a una ente en particular, ésta se entenderá implícitamente asignada a este organismo.

Sin embargo no se contempla dentro de la supervisión la facultad de sancionar, la cual se entiende como una categoría aparte que igualmente está atribuida a esta entidad. De acuerdo con el criterio para asignar la competencia de supervisión entre diferentes entidades, ésta se suele clasificar en supervisión subjetiva si el criterio es la organización solidaria u objetiva si el criterio es la actividad. En el caso colombiano se atiende preferentemente al criterio objetivo en actividades económicas de vital importancia para la sociedad, por ejemplo la salud, los servicios públicos domiciliarios, el transporte, la vigilancia privada, entre otras.

Empero, en la práctica se han generado discusiones y conflictos de competencias entre las diferentes entidades gubernamentales. Los primeros que se suscitaron fueron resueltos por el Consejo de Estado, por ejemplo, a través de fallo del 17 de julio de 2001 se declaró a la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada como organismo competente para ejercer la inspección, control y vigilancia de las cooperativas de vigilancia; de la misma forma, mediante sentencia del 5 de marzo de 2002 se declaró a la Superintendencia de Puertos y Transporte como organismo competente para ejercerla respecto de las cooperativas de transporte.

Hoy en día subsiste una colisión de competencias entre las Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y la Superintendencia de Economía Solidaria en el tema de la supervisión de las administraciones públicas cooperativas que prestan servicios públicos domiciliarios. En problemas como éste, es el ciudadano quien resulta gravemente afectado, pues tal posición le genera mayores costos, envío de la misma información dos veces y el pago doble de la tasa de supervisión. Al no estar resuelto el problema se está incurriendo en un control concurrente que atenta contra los fines y postulados del Estado de Derecho.

Actualmente, las entidades del sector solidario que no son vigiladas por la Superintendencia de la Economía Solidaria son:

Organización solidaria	Órgano que ejerce la supervisión
Cooperativas financieras	Superintendencia Financiera
Cooperativas de transporte	Superintendencia de Puestos y transporte
Cooperativas de vigilancia	Superintendencia de vigilancia privada
Empresas solidarias de salud	Superintendencia Nacional de Salud
Cooperativas de trabajo asociado, CTA.	Control concurrente del Ministerio de la Protección Social, la Superintendencia de la Economía Solidaria y otras superintendencias, según el caso.
Organizaciones populares de vivienda, OPV.	Depende del modelo adoptado. En cuanto a la actividad, le corresponde a los Municipios.
Cooperativas de servicios públicos domiciliarios.	Actualmente existe colisión de competencia entre la Superintendencia de la Economía Solidaria y la Superintendencia de servicios Públicos Domiciliarios ¹⁶⁷
Juntas de acción comunal	Ministerio del Interior y de Justicia
Organizaciones de Voluntariado ODV	Ministerio del Interior y de Justicia, Departamentos, Municipios y Distritos.
Cajas de compensación Familiar	Ministerio de la Protección Social
Fundaciones y asociaciones	Alcaldía Mayor de Bogotá y gobernaciones

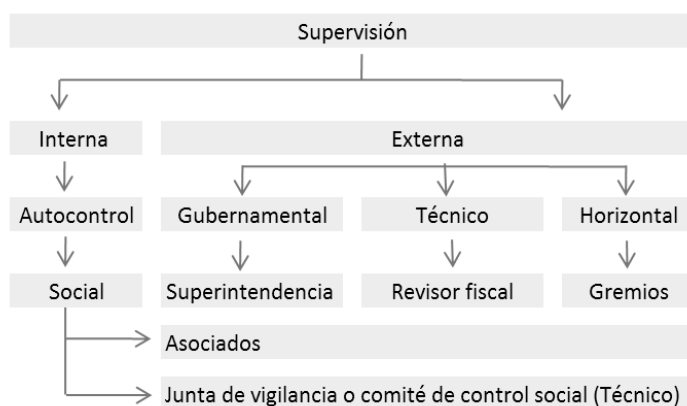
Para el desarrollo de la función de supervisión, existen tres niveles¹⁶⁸ atendiendo sus activos y si ejercen actividad financiera¹⁶⁹ que implican tres modelos de supervisión (ligero, intermedio y fuerte). Pero la filosofía solidaria se orienta no sólo hacia la supervisión del Estado sino también hacia la supervisión por parte de sus mismos asociados y de los gremios, pudiendo ser interna o externa. Si es interna suele llamársele autocontrol, y es social si lo ejercen los asociados directamente por medio de sugerencias, peticiones, revisión de libros, etc.

También es técnico cuando lo asume el órgano de control social llamado generalmente junta de vigilancia que se encarga de revisar el bienestar de los asociados y el cumplimiento de procedimientos y normas. De otra parte, existe un control externo que puede ser gubernamental en cabeza de la Superintendencia, técnico realizado por el revisor fiscal, en caso de existir, y vertical que cuando lo hacen los órganos de segundo y tercer grados a través de acciones como el apoyo técnico, actividades de educación, fomento, entre otras.

¹⁶⁷ El artículo 1 del Decreto 1359 de 1998 ordena que a más tardar el 27 de julio de 1998 la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios asuma el Control y Vigilancia del objeto social y de la actividad cooperativa de las instituciones de economía solidaria que desarrollan en forma principal o especializada la prestación de servicios públicos domiciliarios. Pese lo anterior, esa Superintendencia ha manifestado mediante conceptos que la Ley 142 de 1994 no le otorgó competencia para vigilar la naturaleza cooperativa. Al respecto la Superintendencia de la Economía Solidaria dice que se debe dar cumplimiento a lo indicado en este Decreto.

¹⁶⁸ Ver Decreto 2159 de 1999.

¹⁶⁹ La actividad financiera del sector solidario está consagrada en el artículo 39 de la Ley 454 de 1998. Allí se establece que ésta se ejercerá siempre en forma especializada por las instituciones financieras de naturaleza cooperativa, las cooperativas financieras, y las cooperativas de ahorro y crédito, con sujeción a las normas que regulan dicha actividad para cada uno de estos tipos de entidades, previa autorización del organismo encargado de su control. Las cooperativas multiactivas o integrales podrán adelantar la actividad financiera, exclusivamente con sus asociados mediante secciones especializadas, bajo circunstancias especiales y cuando las condiciones sociales y económicas lo justifiquen, previa autorización del organismo encargado de su control.



3.4.1.2 Entidades de otra naturaleza

• Fondo de Garantías Cooperativas –Fogacoop–

Hacia el año de 1997 el sector cooperativo, con actividad de ahorro y crédito y financiera, había crecido sustancialmente y competía abiertamente con el sector financiero tradicional con circunstancias comunes de riesgo tales como alta morosidad, iliquidez, irresponsabilidad de sus administradores, etc., lo cual conllevó a que muchas de ellas se excedieran financieramente ocasionando la intervención del Estado para liquidar aproximadamente 45 cooperativas en el ámbito nacional¹⁷⁰.

A partir de este año, se empieza a establecer una regulación más estricta y similar a la que se aplica en sistema financiero tradicional con miras a garantizar la confianza y seguridad de los ahorradores; en ese sentido, y bajo el mismo esquema en que funciona el Fondo de Garantías Financieras Fogafin, la Ley 454 de 1998, facultó al Gobierno Nacional para que estableciera los términos y modalidades de acceso de las cooperativas financieras, cooperativas de ahorro y crédito y cooperativas multiactivas o integrales con sección de ahorro y crédito, a un fondo de garantías, dotándolo de prerrogativas tales como la consideración de entidad sin ánimo de lucro para efectos tributarios, la exención de impuesto de timbre y la exención de inversiones forzosas, entre otras.

Por ello a través del Decreto Ley 2206 de 1998 se creó el Fondo de Garantías de Entidades Cooperativas, Fogacoop, con las siguientes características: ser persona jurídica de naturaleza única, sujeta al régimen especial previsto en el Decreto de creación, pero con aplicación de las normas que regulan las empresas industriales y comerciales del Estado, y organizado como una entidad financiera vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Este Fondo tiene como objeto la protección de la confianza de los depositantes y ahorradores de las entidades cooperativas inscritas, preservando el equilibrio y la equidad económica e impidiendo injustificados beneficios económicos o de cualquier otra naturaleza a los asociados y administradores causantes de perjuicios a las

¹⁷⁰ Información tomada de <http://www.portalcooperativo.coop/colombia.htm>

entidades que soliciten su inscripción, que son básicamente las cooperativas financieras, de ahorro y crédito y multiactivas o integrales con sección de ahorro y crédito. Sin embargo, sólo procede la inscripción de aquellas cuyas condiciones financieras y de solvencia permitan establecer su viabilidad financiera.

• Consejo Nacional de la Economía Solidaria, CONES

Es un órgano de apoyo de la Economía Solidaria y consultivo del Gobierno en la formulación y coordinación en el ámbito nacional de las políticas, estrategias, planes, programas y proyectos generales pertinentes al sistema¹⁷¹. Está encargado de fomentar la economía solidaria; formular, coordinar y promover la ejecución y evaluación de las políticas del sistema; integrar los componentes del sistema; participar en los organismos de concertación de desarrollo nacional; asesorar a Dansocial en la definición y formulación de las políticas relativas al sector; y trazar las políticas en materia de educación solidaria, entre otros.

Este Consejo se conforma por un representante de cada uno de los componentes del sistema elegidos democráticamente por el respectivo subsector a través de sus órganos de integración, de acuerdo con sus normas estatutarias; pero surge un problema relacionado con la definición misma del sector, pues como quiera que el universo de las entidades que lo componen no es del todo claro y preciso, se tiene que acudir en cada caso concreto a un análisis minucioso de las organizaciones de base que conforman el órgano representativo que pretende ingresar al CONES para definir si sus características se ajustan o no, en estricto sentido, a las que enuncia la Ley 454.

• Fondo Nacional de la Economía Solidaria, FONES

La única normatividad que existe sobre este organismo está contenida en los artículos 23 a 28 de la Ley 454 de 1998, pues aún el Gobierno no ha dado cumplimiento al párrafo del artículo 23 que ordena que en ejercicio de la potestad reglamentaria se determine su organización y funcionamiento. Sobre el particular han sido varias las razones que lo han imposibilitado, entre las cuales se encuentran la ausencia de recursos para su puesta en marcha, la existencia de una política de microcrédito que puede sustituir esta institución a través de la Banca de Oportunidades, e inconsistencias jurídicas de los lineamientos. Sus principales características son¹⁷²:

a. Personería jurídica. Tiene la capacidad de ejercer derechos y contraer obligaciones, la cual ha sido otorgada en virtud de la misma Ley y es diferente a la personalidad jurídica de la Nación, lo que conlleva a concluir que es una entidad descentralizada por servicios¹⁷³.

¹⁷¹ Decreto 1153 de 2001.

¹⁷² Véase Documento CONPES 3424 del 16 de mayo de 2006 intitulado “La banca de las oportunidades una política para promover el acceso al crédito y a los demás servicios financieros buscando equidad social”.

¹⁷³ En primera instancia no habría problema con este punto, e incluso se adecuaría por este solo hecho a la estructura de la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional, de acuerdo con el artículo 38 de la Ley 489 de 1998 literal g y que permite la integración de entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la Ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público. Adicionalmente,

b. Patrimonio propio. Su capital se constituirá cuando entre a operar con aportes privados de sus miembros, del sector solidario y con las apropiaciones que se le asignen en el presupuesto nacional según lo determine el Gobierno para lo cual tendrá facultades especiales. Adicionalmente las organizaciones del sector podrán destinar una parte de los fondos de educación y solidaridad como aportes o contribuciones al FONES.

Se trata de un fondo mixto en el que no se ha determinado el porcentaje de participación de capital de origen estatal, que generalmente es el que de alguna manera define el régimen jurídico aplicable y por ende los controles que se ejercerían por parte de los diferentes entes estatales.

c. Naturaleza solidaria. Es difícil saber a qué se refiere y qué implicaciones demanda tal condición ya que una cosa es que pertenezca al sector solidario y otra bien diferente es que tenga una naturaleza solidaria. Los entes de carácter público pueden pertenecer a este sector en virtud de las funciones de apoyo, control o fomento que ejercen frente a las organizaciones que sí ostentan tal condición, pero por ello no se acogen a una naturaleza jurídica solidaria, perdiendo su carácter de entidades públicas.

La Ley 454 de 1998 dicta una serie de requisitos en sus artículos 4, 5 y 6 para ser organización del sector, aunque algunas de estas características riñen con la condición misma de entidad pública como sería el caso de la participación democrática en igualdad de condiciones de sus miembros sin consideración del aporte. Esta regla se rompe al darle al Estado mayor participación en la junta directiva frente a los demás miembros.

d. Otras: vinculado al Dansocial, supervisión de la Superintendencia de la Economía Solidaria y organización de servicios cerrada.

3.4.2 Organizaciones Solidarias

3.4.2.1 Organizaciones de economía solidaria

- **Cooperativas**

El subsector cooperativo es el que mayor desarrollo normativo ha tenido por encontrarse allí las formas más evolucionadas, más utilizadas y más estructuradas dentro de las organizaciones del sector solidario y comprende básicamente las cooperativas en todas sus manifestaciones incluidas las precooperativas y las de trabajo asociado. Sus principales características son:

en principio el FONES encuadraría dentro de la tipología residual que trae la Ley 489 de 1998 en su artículo 68 sobre entidades descentralizadas que señala: "... y las demás entidades creadas por la Ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio".

a. Se fundan en la autonomía de la voluntad. El acuerdo cooperativo como contrato plurilateral puede ser asemejado, en lo que no le sea contrario a un contrato de sociedad. Ello le da un carácter asociativo, como a la mayoría de las organizaciones del sector, excepto las fundaciones, y concreta el desarrollo del derecho fundamental de libre asociación consagrado en el artículo 38 de la Constitución Política que permite que las personas, naturales o jurídicas, se junten para desarrollar las diferentes actividades en sociedad y que el ingreso como retiro sean voluntarios.

b. Son personas jurídicas de derecho privado. Es decir que la Ley considera que el régimen jurídico aplicable es el derecho privado y con ello cierra algunas posibilidades para edificar la doctrina del derecho solidario como rama autónoma dentro de los ordenamientos jurídicos.

c. Son empresas. El Código de Comercio en su artículo 25 define empresa como “toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio”. De tal manera que es una empresa sí, pero con una vocación que trasciende lo económico para afincarse en lo social, por tal razón no busca un lucro individual sino solidario, que consiste en el beneficio de los asociados, principalmente, y de la comunidad en general.

d. Los trabajadores o usuarios, según el caso, son simultáneamente los aportantes y los gestores de la empresa. Este elemento marca una diferencia sustancial frente a las empresas de la economía tradicional ya que constituye una condición de democratización de la propiedad en cuanto los que participan en la constitución de la cooperativa o trabajan en ella, se benefician de manera directa ya sea con su remuneración o en la recepción de servicios y bienes a un menor costo.

e. El número de asociados es variable e ilimitado. Esto significa que si bien existe un límite inferior que es de veinte para las cooperativas, diez para las de trabajo asociado y cinco para las precooperativas, no existe un límite superior. Incluso en caso llegarse a tener un número inferior al mencionado la cooperativa estaría en causal de disolución, pudiéndose subsanar en el plazo que indique el ente de control¹⁷⁴.

f. Funcionan de conformidad con el principio de la participación democrática. Este principio se desarrolla a partir de unos lineamientos generales que traza la Ley 79 de 1988 y que se particularizan en los estatutos en aspectos relacionados con el proceso de constitución; las calidades, derechos y prohibiciones de sus asociados; un esquema de administración y vigilancia, de asambleas ordinarias y extraordinarias en las que se toman decisiones, se rinden cuentas públicas y se participa conforme al predominio de las mayorías y el beneficio colectivo.

Corolario de lo anterior es la regla de “un asociado igual a un voto” que consiste en que se garantiza la igualdad de derechos y obligaciones de los asociados sin

¹⁷⁴ Ver Decreto 1934 de 2002 y artículo 108 de la Ley 79 de 1988.

consideración a sus aportes acumulados, ni su antigüedad en la organización para efectos de votar en las asambleas y demás espacios decisorios. La participación del asociado es directa y por ello no puede delegar su representación en otra persona, a menos que se trate de personas jurídicas o de organismos de grado superior.

g. Realizan de modo permanente actividades de educación cooperativa. Tal formación está encaminada para los asociados y trabajadores hacia principios, métodos y características del cooperativismo, y para los administradores en la gestión empresarial propia de cada cooperativa. Igualmente las actividades de asistencia técnica, de investigación y de promoción del cooperativismo, hacen parte de la educación cooperativa. Para dar cumplimiento a esta obligación, es necesario que en cada una de ellas exista un comité de educación que coordine estas actividades.

h. El patrimonio es variable e ilimitado. No obstante, los estatutos deben establecer un monto mínimo de aportes sociales no reducibles durante la existencia de la cooperativa. Es una obligación esencial del asociado hacer aportes económicos que ingresan al patrimonio del ente social y que quedan a favor del asociado como cuentas por pagar que serán satisfechas en el evento en que éste se retire de la organización o cuando se autorice su devolución por readquisición o amortización.

Tales aportes sociales, ordinarios o extraordinarios, pueden ser pagados en dinero, en especie o trabajo convencionalmente valuados, y son la garantía frente a las obligaciones que contraiga cada asociado con ella o frente a eventuales pérdidas que pueda llegar a tener el ente cooperativo. Estos se acreditan mediante certificaciones o constancias que carecen del carácter de títulos valores, aunque prestan mérito ejecutivo ante la jurisdicción ordinaria, para el cobro de los aportes que los asociados adeuden a la cooperativa.

Los aportes no pueden ser gravados por sus titulares en favor de terceros, son inembargables y sólo podrán cederse a otros asociados en los casos y en la forma que prevean los estatutos y reglamentos. Al respecto queda por analizar si la inembargabilidad de los mismos es una garantía en consideración a los aportes de manera individual o si por el contrario se amplía a la parte del patrimonio que los contempla; pese a lo anterior las cooperativas son de responsabilidad limitada, lo cual consiste en que la responsabilidad de los asociados se limita al valor de sus aportes y la responsabilidad de la cooperativa para con terceros, al monto del patrimonio social.

Frente al total de aportes que un asociado puede tener en una cooperativa existe una limitación que consiste en que ninguna persona natural puede tener más del diez por ciento (10%) de los aportes sociales de una cooperativa y ninguna persona jurídica más del cuarenta y nueve por ciento (49%) de los aportes.

i. Las reservas sociales son irrepartibles y en caso de liquidación lo es el remanente. Ni el patrimonio social ni los excedentes del ejercicio anual pueden ser repartidos de manera directa entre sus miembros; pues éstos deben ser distribuidos

de acuerdo con lo indicado en el artículo 54 de la Ley 79 de 1988, en los siguientes términos:



Adicionalmente, en caso de liquidación del ente cooperativo, el remanente patrimonial será donado a la entidad cooperativa que los estatutos haya previsto o, a falta de disposición estatutaria, a un fondo para la investigación cooperativa administrado por un organismo cooperativo de tercer grado. En la práctica se ha presentado inconvenientes con la aplicación de lo anterior, ya que la Ley ha dispuesto que el Gobierno reglamente este asunto, pero no lo ha hecho.

j. Otras características. Las cooperativas tienen una duración indefinida, lo cual no se aplica a las asociaciones civiles y sociedades comerciales en las que debe estipularse un término; también se deben integrar económica y socialmente al sector cooperativo y deben promover la adhesión a otras organizaciones de carácter popular que tengan por fin promover el desarrollo integral del hombre.

Así como se establecen facultades o prerrogativas del actuar de las cooperativas, como personas jurídicas que son, también se desarrolla en la Ley una serie de prohibiciones que están acordes con la naturaleza jurídica y en especial con los fines que las han acompañado desde el inicio del movimiento cooperativo. Estas son:

a. Establecer restricciones o llevar a cabo prácticas que impliquen discriminaciones sociales, económicas, religiosas o políticas. Esta constituye una cláusula de salvaguarda del derecho a la igualdad; no obstante que este señalamiento debe ser interpretado dentro del funcionamiento de la cooperativa, pero es válido no acatar la prohibición como barrera de ingreso o al momento de la constitución; por ejemplo podría conformarse una cooperativa para profesionales o establecerse desde su constitución el pago de aportes bastante altos.

b. Establecer con sociedades o personas mercantiles, combinaciones o acuerdos que hagan participar a éstas, directa o indirectamente, de los beneficios o prerrogativas que las leyes otorgan a las cooperativas. Tal prohibición lo que pretende es que no se utilice la forma cooperativa, por parte de las sociedades mercantiles, para beneficiarse por ejemplo del régimen tributario especial que se otorga a aquéllas.

Lo anterior está directamente relacionado con la prohibición implícita que existe de que las sociedades comerciales formen parte de las cooperativas, a menos que se trate de empresas o unidades económicas con la condición de que los propietarios trabajen en ellas y prevalezca el trabajo familiar. De otra parte las cooperativas sí pueden hacer inversiones y participar en sociedades comerciales, siempre que dicha asociación sea conveniente para el cumplimiento de su objeto social.

c. Conceder ventajas o privilegios a los promotores o fundadores. Con lo cual se busca proteger el derecho a la igualdad y ello está en armonía con los principios democráticos y de la prevalencia del hombre sobre cualquier condición económica.

d. Desarrollar actividades distintas a las enumeradas en sus estatutos. Ello es lógico ya que su objeto social constituye el campo de acción tanto en la esfera económica como social del ente jurídico.

e. Transformarse en sociedad comercial. Las cooperativas pueden transformarse en cualquier entidad del sector solidario, siempre que cumplan con los requisitos que se exijan para el tipo seleccionado y se tome la decisión de manera democrática, pero no a una sociedad comercial. En este sentido, si los asociados a una cooperativa decidieran que una forma comercial se acomoda más a sus intereses, deberán optar por liquidar la organización de común acuerdo y el remanente patrimonial transferirlo a otro ente solidario, dando inicio a su nueva organización con solución de continuidad respecto a su cooperativa.

Los diferentes tipos de cooperativas que existen son¹⁷⁵:

Criterio	Tipo de cooperativa	Definición
Según su objeto	Cooperativas especializadas	Se organizan para atender una necesidad específica, correspondiente a una sola rama de actividad económica, social, cultural o ambiental.
	Cooperativas integrales	Realizan dos o más actividades conexas y complementarias entre sí, de producción, distribución, consumo y prestación de servicios.
	Cooperativas multiactivas	Se organizan para atender varias necesidades, mediante concurrencia de servicios en una sola entidad jurídica.
Según el criterio de identidad	Cooperativas de usuarios o de servicios a los asociados	El principio o criterio de identidad se da en esta clase de cooperativas en el sentido de que los asociados son los dueños y gestores de la empresa que les presta los servicios y, simultáneamente los usuarios o consumidores de tales servicios.
	Cooperativas de trabajo asociado	Asocian personas naturales que simultáneamente son gestoras, contribuyen económicamente a la cooperativa y son aportantes directos de su capacidad de trabajo para el desarrollo de actividades económicas, profesionales o intelectuales, con el fin de producir en común bienes, ejecutar obras o prestar servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados y de la comunidad en general.

¹⁷⁵ Adaptado de la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia de Economía Solidaria núm. 07 de 2008.

En consideración a si ejercen o no la actividad financiera	Cooperativas con actividad financiera	Cooperativas financieras
		Cooperativas especializadas en ahorro y crédito
		Cooperativas multiactivas con sección de ahorro y crédito
		Cooperativas integrales con sección de ahorro y crédito
	Cooperativas sin actividad financiera	También llamadas cooperativas del sector real
Según su grado de integración	Cooperativas de primer grado	También llamadas cooperativas de base. Sus asociados son en principio personas naturales, aunque pueden ser miembros personas jurídicas.
	Cooperativas de segundo grado	Integran cooperativas de primer grado y suelen llamarse federación o asociación de cooperativas.
	Cooperativas de tercer grado	Integran asociaciones y federaciones de cooperativas y suelen llamarse confederaciones.

• **Organismos de segundo y tercer grado que agrupen cooperativas u otras formas asociativas y solidarias de propiedad**

Las organizaciones del sector solidario pueden agruparse entre si para formar algunas de grado superior, que son básicamente de segundo y tercer nivel. Las de segundo grado se integran por organizaciones de base, es decir, por entidades que agrupan personas naturales exclusivamente, o personas naturales y jurídicas, lo cual significa que en principio no podrían participar personas naturales de manera directa en los organismos de segundo grado; sin embargo, la Ley ha previsto que en casos excepcionales, el ente de supervisión podría autorizarlo, siempre que se trate de organismos de segundo grado de carácter económico, brindándoles el derecho a participar hasta en una tercera parte en los órganos de administración y vigilancia, para garantizar la representación mayoritaria de las personas jurídicas.

Los organismos de segundo grado pueden desarrollar funciones económicas y/o sociales o culturales, ya sea del ámbito nacional o regional. Los de carácter nacional para su constitución requieren de un número mínimo de diez entidades, mientras que los de carácter regional requieren de cinco. Estos entes de segundo grado pueden asociarse a su vez para crear organismos de tercer grado, de índole regional, nacional o sectorial, con el propósito de orientar procesos de desarrollo del movimiento solidario y unificar acciones de defensa y representación nacional o internacional -funciones gremiales-, para lo cual requieren contar con un número no inferior a doce entidades¹⁷⁶.

• **Instituciones auxiliares de la economía solidaria**

Las instituciones auxiliares de la economía solidaria constituyen un modelo poco desarrollado jurídicamente, ya que por definición no se trata de una forma autónoma de organización sino que toman la forma jurídica de cualquier entidad del sector y se pone al servicio de una causa o fin específico de otra entidad del sector. Estas tienen como objeto el cumplimiento de actividades de apoyo orientadas a facilitar el mejor logro de sus propósitos económicos y sociales. En este sentido, el objeto debe ser exclusivo y limitarse a una sola línea de actividad y áreas afines.

¹⁷⁶ Ver artículos 14 y siguientes de la Ley 454 de 1998 y Decreto 1153 de 2001.

• **Empresas comunitarias sin ánimo de lucro**

La Ley 454 de 1998 no definió la empresa comunitaria ni explicó a qué modelo organizacional se refería, lo cual ha conllevado a inconvenientes prácticos, a manera de ejemplo, la Ley 160 de 1994 y el Decreto 561 de 1989 desarrollan un tipo de asociación llamado empresa comunitaria, pero con características que contradicen los principios de las organizaciones solidarias especialmente en lo que se refiere al ánimo de lucro. Adicionado a lo anterior, se ha generado una tendencia que consiste en calificar de comunitario a todo emprendimiento solidario dirigido a comunidades pequeñas; incluso se habla de microempresa comunitaria. Por ejemplo, lo comunitario se usa cuando se trata de empresas rentables o proyectos productivos que pueden nacer al interior de la organización comunal, de asociaciones sin ánimo de lucro, de cooperativas, entre otras, como sería el caso de una tienda comunitaria o un servicio de antena comunitaria.

En este caso, detrás de estas manifestaciones económicas subyace una persona jurídica solidaria; como podría ser una junta de acción comunal, una asociación o corporación sin ánimo de lucro, una fundación, una cooperativa, etc. En relación con la empresa comunitaria de la Ley 160 de 1994, se tiene que la normatividad aplicable está contenida en esa Ley, en el Decreto Extraordinario 561 de 1989 y en la Ley 135 de 1961. De estas normas se pueden deducir como características más importantes: asociatividad (para su conformación se requiere de un número plural de personas), cualificación de los asociados (para ser asociado se debe reunir las condiciones requeridas como beneficiario de los programas de reforma agraria), aportes (en trabajo, industria, servicios u otros bienes en común), actividades especiales (explotación económica predios rurales, la transformación, comercialización, mercadeo de productos agropecuarios y la prestación de servicios), repartición de pérdidas o ganancias (en forma proporcional a sus aportes), trabajo a cargo de sus socios, posibilidad de transformarse en sociedad comercial y término fijo o indefinido de acuerdo con lo que establezca la asamblea.

A partir de lo expuesto, estas empresas comunitarias tendrían ánimo de lucro y por tanto no podrían estar en el universo de las organizaciones solidarias como lo muestra el siguiente gráfico:

Características generales de las organizaciones de economía solidaria –Ley 454 de 1998	Características de la empresa comunitaria de la Ley 160 de 1994 y Decreto número 0561 de 1989
Estar organizada como empresa que contemple en su objeto social, el ejercicio de una actividad socioeconómica, tendiente a satisfacer necesidades de sus asociados y el desarrollo de obras de servicio comunitario.	Está organizada para la explotación económica de uno o varios predios rurales, la transformación, comercialización, mercadeo de productos agropecuarios y la prestación de servicios, sin perjuicio de adelantar obras conexas y necesarias para el cumplimiento de su objetivo principal.
Tener establecido un vínculo asociativo, fundado en los principios y fines contemplados en la presente Ley.	Tiene un vínculo asociativo, pero éste no está fundado en los principios solidarios.
Tener incluido en sus estatutos o reglas básicas de funcionamiento la ausencia de ánimo de lucro, movida por la solidaridad, el servicio social o	No tiene en sus estatutos o en las reglas básicas de funcionamiento, la ausencia de ánimo de lucro.

comunitario.	
Garantizar la igualdad de derechos y obligaciones de sus miembros sin consideración a sus aportes.	Algunos derechos, como el voto, se establecen en consideración a los aportes. Otros en cambio, están relacionados con el monto de estos.
Establecer en sus estatutos un monto mínimo de aportes sociales no reducibles, debidamente pagados, durante su existencia.	El tema de los aportes es complejo. Se maneja muy parecido al de una sociedad comercial.

Ahora bien, de acuerdo con la doctrina que actualmente se está generando en torno a la empresa comunitaria, pertenecería al sector solidario, siempre que en su estructuración como persona jurídica, la cual está contenida en sus estatutos, aparezca como una entidad que no tiene ánimo de lucro individual o subjetivo, como se expuso anteriormente, dado que el parágrafo 2 del artículo 6 de la Ley 454 permite que existan formas asociativas solidarias innominadas o atípicas, siempre que cumplan con los requisitos de la Ley.

• Empresas Solidarias de Salud

El documento CONPES Social 01 de 1993 se refiere a estas como “una modalidad de organización empresarial de las comunidades que les permite adquirir servicios de salud con la financiación del subsidio directo otorgado por el Estado para este fin. Tienen, entonces, un componente de organización de la comunidad y otro de gestión para la adquisición de tales servicios”.

Dicho documento que indicó adicionalmente que la salud no es, en general, un bien de consumo individual, sino también en gran parte un bien de consumo colectivo, resaltó que debe darse importancia a la participación de la comunidad aprovechando las redes sociales y de organizaciones que están en capacidad de operar el servicio. De la misma manera, se indicó que las Empresas Solidarias de Salud están conformadas por sus usuarios en cada comunidad, que se vinculan a ella mediante una cuota de afiliación, y que la entidad, a través de su órganos de dirección y administración, disponen de los recursos de salud, la contratación y el pago de los servicios a los proveedores.

Así pues, el documento pretendió presentar las bases de un sistema de salud más comunitario, y parte de tales direccionamientos fueron recogidos por la Ley 100 de 1993 que es posterior a éste. Esta Ley, que organizó el Sistema de Seguridad Social Integral en nuestro país, posibilitó que empresas como estas, que pueden adoptar las formas solidarias de cooperativa y asociación mutualista, presten servicios de salud en calidad de empresas promotoras de salud del régimen subsidiado¹⁷⁷ y contributivo EPS e instituciones prestadoras de servicios de salud – IPS-.

Al respecto la Ley 100 de 1993 encargó a las direcciones de salud en los entes territoriales de organizar, de acuerdo con la Ley, el sistema de subsidios a la

¹⁷⁷ Con la modificación introducida por la Ley 1122 de 2007 desaparece la denominación de Administradoras del Régimen Subsidiado –ARS-.

población más pobre y vulnerable¹⁷⁸, realizando contratos para la atención de los afiliados de salud con las Entidades Promotoras de Salud que funcionen en su territorio y promoviendo la creación de empresas solidarias de salud. Además, facultó a las Direcciones Seccionales o locales de Salud contratar preferencialmente la administración de los recursos del subsidio con Empresas Promotoras de Salud de carácter comunitario tales como las Empresas Solidarias de Salud.

En relación con el régimen contributivo, la Ley 100 posibilitó que, previa autorización de la Superintendencia Nacional de Salud, las organizaciones no gubernamentales y del sector social y solidario que se organicen para tal fin, especialmente las empresas solidarias de salud, y las de las comunidades indígenas, pudieran actuar como Entidades Promotoras de Salud. De la misma manera, asignó al Ministerio de la Protección Social su promoción, donde los usuarios tengan mayor participación y control, tales como las empresas solidarias de salud, las cooperativas y las microempresas médicas¹⁷⁹.

La supervisión de las Empresas Solidarias de Salud –ESS- la realiza la Superintendencia Nacional de Salud, por mandato de la Ley 715 de 2001¹⁸⁰, la cual está encargada de habilitar a estas para la prestación de los servicios, especialmente en el régimen subsidiado que es donde mayores prerrogativas tienen y donde prioritariamente se necesita el componente comunitario.

El Decreto 1804 de 1999¹⁸¹ contiene tales requisitos, e incluso en él se ordena que las Empresas Solidarias de Salud –ESS- que no reúnan los requisitos para realizar la labor de aseguramiento en el régimen subsidiado podrán, en primer lugar fusionarse o asociarse con otras empresas solidarias a fin de acreditar los requisitos; en segundo lugar, reorientar su actividad y contratar con otras la realización de las acciones de promoción y prevención; o finalmente, reorientar su actividad ejerciendo control sobre las entidades que aseguran y prestan servicios de salud a la población subsidiada.

¹⁷⁸ Este régimen es llamado subsidiado y fue definido en el Decreto 2357 de 1995, artículo 2, y con base en la Ley 100 de 1993 como “el conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos y de su núcleo familiar al sistema general de seguridad social en salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago total o parcial de una Unidad de Pago por Capitación Subsidiada, con recursos fiscales o de solidaridad”.

¹⁷⁹ Sobre este tema, la Corte Constitucional se pronunció en la Sentencia C-898/03, M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra. Bogotá: 7 de octubre de 2003., y señaló que “De esta manera, cuando el artículo 49 de la Carta habla de que la organización de los servicios de salud debe llevarse a cabo ‘con participación de la comunidad’, se está refiriendo a que la comunidad debe encontrar cauces adecuados para intervenir tanto en el control de esta actividad, como en la toma de las decisiones relativas a la organización de los servicios de salud. Además, la norma constitucional parece indicar que también la comunidad debe ser elemento participante de esta organización, es decir intervenir para la prestación misma del servicio y la administración de sus recursos”.

¹⁸⁰ Es necesario resaltar que el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 asignó funciones jurisdiccionales a esta Superintendencia para ciertos asuntos tales como cobertura de los procedimientos, actividades e intervenciones del plan obligatorio de salud cuando su negativa por parte de las entidades promotoras de salud o entidades que se les asimilen, ponga en riesgo o amenace la salud del usuario; entre otros.

¹⁸¹ Como complemento de lo anterior se expidió el Decreto 515 de 2004 que fija las condiciones generales que se requieren para la habilitación en materia de Empresas promotoras de Salud del Régimen Subsidiado, en cuanto a operación y permanencia que incluyen la capacidad técnico administrativa, financiera, tecnológica y científica. Esta norma ha sido modificada por los Decretos 506 de 2005 y 3880 de 2005.

- **Precooperativas**

Es precooperativa la organización solidaria que bajo la orientación y con el concurso de una entidad promotora desarrolla actividades propias de una cooperativa por no tener la capacidad económica, administrativa, o técnica que le permita organizarse como tal. Para este caso, sólo se exige cinco asociados y no veinte como en las cooperativas. El plazo máximo de duración, y dentro del cual debe hacer la conversión a cooperativa, es de cinco años, término que podrá prorrogarse, a juicio del ente que ejerza la supervisión.

Un inconveniente que existe en la práctica es la intervención y los propósitos con que los promotores las utilizan. El fin de estos acompañamientos, de acuerdo con la Ley, es la solidaridad, la asistencia técnica, administrativa o financiera, así como la atención en la formación y capacitación de sus asociados para impulsarlas sin que el promotor se lucre, pero en muchos casos ello no ocurre así, ya que la entidad promotora cobra por los servicios de acompañamiento y las controla, más aún cuando se prevé la posibilidad de que ellos participen en la administración de las precooperativas.

- **Fondos de empleados**

Los fondos de empleados constituyen una forma autóctona de la solidaridad que tienen su origen en la ciudad de Medellín, tomando como antecedente una figura muy original llamada natillera, a la cual se asociaban trabajadores que ahorraban durante todo el año con el fin de poder tener dinero para los gastos del mes de diciembre; de ahí viene ese nombre, pues en Colombia la natillera es uno de los símbolos de esas festividades. Este fenómeno se dio a comienzos del siglo XX y posteriormente se extendió a otras regiones como Valle, Cundinamarca y Santander. A los empleadores les agradaba que sus trabajadores llevaran a cabo este tipo de prácticas pues de alguna manera aliviaban presiones económicas ejercidas por falta de incentivos como el ahorro y el préstamo. Inicialmente, a estos fondos se les dio un reconocimiento estatal bajo la figura de Corporación Civil consagrada en el Código Civil, pero a partir del año 1963 se asignó su supervisión y reconocimiento a la Superintendencia de Cooperativas¹⁸².

De acuerdo con el Decreto Ley 1481 de 1989 los Fondos de Empleados son: “empresas asociativas, de derecho privado, sin ánimo de lucro, constituidas por trabajadores dependientes y subordinados”. Sus principales características son las mismas que identifican las demás entidades del sector; no obstante existen algunas particularidades. En primer lugar estos fondos se conforman por trabajadores dependientes de instituciones o empresas, públicas o privadas, de varias sociedades en las que se declare la unidad de empresa, o de matrices y subordinadas, o de entidades principales y adscritas y vinculadas, o de empresas que se encuentren integradas conformando un grupo empresarial. Igualmente, de varias instituciones o empresas independientes entre sí, siempre que éstas desarrollen la misma clase de actividad económica.

¹⁸² VIDAL GARZON, Vanegas. Fondos de Empleados: Fundamentos Básicos. Bogotá: s. n., 2003, p. 24.

Lo anterior significa que los trabajadores independientes no pueden crear un fondo de empleados y acceder de esta manera a ese modelo solidario pues está limitado a que sus integrantes sean subordinados. De manera excepcional podrán hacer parte los trabajadores dependientes del mismo fondo de empleados, los pensionados y los sustitutos de los pensionados que hubiesen tenido la calidad de asociados. Los fondos se constituyen con un mínimo de diez trabajadores y debe existir un compromiso de ahorrar de manera permanente, con lo cual se sustenta el servicio de crédito que es ofrecido sólo a asociados. En relación con la forma de aplicar los excedentes, la Ley obliga a disponer del 20% para hacer una reserva de protección de los aportes sociales; el otro 80% puede ser aplicado de manera discrecional, previa decisión de la asamblea, a crear o incrementar fondos permanentes o agotables con los cuales la entidad pueden desarrollar labores de salud, educación, previsión y solidaridad en beneficio de los asociados y sus familiares.

En estos fondos se permite una forma de colaboración de las empresas o instituciones de carácter público o privado hacia ellos, denominada patrocinio, que puede consistir en el otorgamiento de auxilios con destinaciones específicas, el estímulo a los ahorros permanentes o a los aportes de sus trabajadores asociados a través de donaciones, asignación de trabajadores en comisión para laborar en el fondo, donación de acciones o cuotas sociales de la empresa con el fin de hacer partícipe al fondo de empleados de la gestión y utilidades de la entidad patronal. Para que tal apoyo sea efectivo deberá hacerse por escrito, previa aprobación de la asamblea y podrá revocarse por parte de quien la otorga en caso de dársele una destinación diferente.

- **Asociaciones mutualistas**

El mutualismo como manifestación de la solidaridad implica el emprendimiento o construcción de una empresa o proyecto a partir de relaciones equivalentes de ayuda recíproca entre quienes se asocian para ello. Esa es la base de las asociaciones mutualistas que se edifican a partir de un proyecto de vida comunitario y de redes de vecindad. A Colombia fue traída la idea mutualista por los misioneros españoles, quienes en las parroquias establecieron un auxilio mutuo, que consistía básicamente en que los pobres pagaban unas cuotas periódicas para alimentar un fondo común, el cual se destinaba para pagar los gastos exequiales cuando fallecía uno de ellos¹⁸³.

Esta idea fue motor para otro tipo de prestaciones y de ayudas en los sectores pobres de la población, que empezaron a crear fondos con este fin. Dentro de las asociaciones mutuales más importantes del siglo XIX, se destacan: la Sociedad Católica fundada en Bogotá en 1838; la Congregación de Obreros de San José, fundada en Medellín en 1946; la Sociedad Santa Cruz fundada en Caldas (Antioquia) y el Coro Andante del Corazón de Jesús, fundado en Rionegro (Antioquia).

El desarrollo del mutualismo ha sido muy lento en Colombia especialmente porque

¹⁸³ VELEZ, Azucena y MONTROYA, Julio C. Empresas Solidarias y Asociativas, Mutualismo: Una opción para el desarrollo popular. Bogotá: Fondo Editorial Cooperativo, 2001, p. 51.

ha faltado fomento de parte del Estado quien durante años las ha tenido relegadas dando mayor importancia a otras formas solidarias como la cooperativa. Otro factor que ha obstaculizado su desarrollo, es lo poco atractivas que resultan desde el punto de vista económico por su sesgo de ser empresas de pobres para pobres, y parte de ello se evidencia en la denominación que se emplea, ya que son llamadas sociedades de auxilio mutuo, de caridad o enterradoras¹⁸⁴.

De acuerdo con el Decreto Ley 1480 de 1989 estas asociaciones se definen como: “personas jurídicas de derecho privado, sin ánimo de lucro, constituidas libre y democráticamente por personas naturales, inspiradas en la solidaridad, con el objeto de brindarse ayuda recíproca frente a riesgos eventuales y satisfacer sus necesidades de seguridad social”. Las características que le son propias y que las diferencian con las demás entidades del sector son: en las asociaciones mutuales existe un sistema de cuotas no devolutivas, llamadas contribuciones, que pueden ser pagadas en dinero, especie o trabajo convencionalmente avaluados¹⁸⁵ que sostienen el fondo mutuo del cual se pagan las prestaciones de cualquiera de los beneficiarios cuando sean requeridas.

La norma que las regula establece un principio de neutralidad política, religiosa, ideológica y racial, que no se tiene previsto para las demás organizaciones del sector que se han estudiado. En relación con el patrimonio, éste se constituye por el fondo social mutuo, el cual es alimentado por las contribuciones y el valor del resultado social de cada ejercicio; por otros fondos y reservas permanentes y por auxilios; y por donaciones que se reciban con destino al incremento patrimonial. Los servicios que se ofrecen se denominan prestaciones mutuales, los cuales buscan satisfacer las necesidades de los asociados, mediante asistencia médica, farmacéutica, funeraria, subsidios, ahorro y crédito y actividades culturales, educativas, deportivas o turísticas, así como cualquier otra prestación dentro del ámbito de la seguridad social que tenga por fin la promoción y dignificación de la persona humana.

Estos servicios son prestados preferencialmente a los asociados y a sus beneficiarios cuando lo contemplen sus estatutos. Igualmente, éstos podrán extenderse a público no afiliado, siempre en razón del interés social o del bienestar colectivo. Cuando las asociaciones mutuales no puedan prestar directamente sus servicios, podrán hacerlo celebrando convenios con entidades de la misma naturaleza o del sector cooperativo teniendo en cuenta su objeto social. También puede prestar los servicios de ahorro y crédito pero únicamente a sus asociados.

¹⁸⁴ El artículo 6 inciso 2 del Decreto 1480 de 1989 establece que la prohibición en el uso de expresiones tales como: Asociación Mutua, Mutualidad, Socorros Mutuos, Auxilio Mutuo, Protección Recíproca o cualquier otra expresión similar en el nombre de las sociedades o empresas privadas con ánimo de lucro o que no estén constituidas como tales.

¹⁸⁵ Lo común es el pago en dinero, y de acuerdo con las modalidades que consuetudinariamente se establecen. Veámoslas: a. Cuota cuando sucede el riesgo (Verbigracia cuando alguien muere se le pide a los asociados la cuota correspondiente), b. Cuota fija más gravamen (Se paga periódicamente la cuota, pero cuando sucede el riesgo se paga una extraordinaria), c. Cuota fija e igual para todos los asociados (Se paga lo mismo para todos sin importar el número de beneficiarios), y d. Cuota fija de acuerdo con el número de beneficiarios (Se paga de acuerdo con el número de beneficiarios).

- **Administraciones Públicas Cooperativas –APC-**

Las Administraciones Públicas Cooperativas también llamadas “empresas de servicios en las formas de administraciones públicas cooperativas” o cooperativas de municipalidades, están reguladas por el Decreto 1482 de 1989. Son de iniciativa de la Nación y de los entes territoriales, y su creación se hace por autorización de Ley, ordenanza o acuerdo, según el caso. Adicionalmente, se permite el ingreso de personas jurídicas de carácter privado sin ánimo de lucro y demás formas asociativas. No obstante lo anterior, el ingreso de tales personas jurídicas estará condicionado a la compatibilidad de los objetivos de éstas con los objetivos o finalidades de las entidades que pretenden su vinculación.

Del mismo modo, son empresas de servicios que requieren de mínimo cinco entidades para su conformación y funcionamiento; además, podrán establecer en sus estatutos la extensión de éstos a otras entidades o al público en general. En tal caso, los excedentes que se obtengan serán llevados a un fondo social no susceptible de repartición. En estas entidades ninguno de los asociados puede tener más del 49% de los aportes sociales que la constituyan. Asimismo tienen un régimen jurídico mixto puesto que en su regulación confluyen tanto el derecho privado y como el público.

Por ejemplo, en los aspectos relacionados con la constitución, organización y funcionamiento se permite la remisión directa a la legislación cooperativa y subsidiariamente a las disposiciones generales sobre asociaciones, fundaciones y sociedades que sean compatibles con su naturaleza, a la jurisprudencia, a la doctrina y a los principios cooperativos generalmente aceptados. De otra parte, en aspectos tales como el régimen sancionatorio, contractual y el manejo de los recursos se sujetan al derecho público.

En materia de contratación y en virtud de lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 1150 de 2007, que modificó la Ley 80 de 1993, las cooperativas, las asociaciones conformadas por entidades territoriales y en general los entes solidarios de carácter público estarán sometidos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. A través de esta norma, se aclaró que la celebración de contratos de entidades estatales con asociaciones o cooperativas de entidades territoriales y en general con entes solidarios, se somete a los procesos de selección consagrados en dicho estatuto y en igualdad de condiciones con los particulares.

Para visualizar este tema con una mayor claridad es preciso concretar si se está frente una Administración Pública Cooperativa contratante o contratista. En el primer caso, se tiene que, sin importar cuál sea monto del capital público, éstas deben dar aplicación irrestricta al Estatuto de Contratación pues la Ley no hizo distinción al respecto como sí lo hacía el artículo 43 del Decreto 1482 de 1989 que consagraba un régimen de contratación similar al de las empresas de economía mixta dependiendo de los aportes de naturaleza pública que se establecieran al interior de la entidad¹⁸⁶. Lo anterior sin perjuicio de que se trate de una Administración Pública

¹⁸⁶ La norma establece que los contratos de las administraciones cooperativas tendrán un tratamiento similar al establecido para los contratos de las sociedades de economía mixta, teniendo en cuenta el monto de los aportes

Cooperativa prestadora de servicios públicos, que bajo esta condición tiene un régimen especial consagrado en la Ley 142 de 1994.

En lo que se refiere a estas organizaciones en calidad de contratistas, lo primero que hay que aclarar es que las APC, como suele llamárseles, deben estar al tanto de presentarse a concursos públicos para selección de contratistas frente a los servicios que ellos ofrezcan, con el fin de que estos entes solidarios cumplan con su función de proveer servicios a sus asociados preferencialmente. De otra parte, la modificación introducida por la Ley 1150 es importante ya que anteriormente se podían hallar muchos casos en los que ambas partes se amparaban en su condición de entidades de derecho público, para que se les asignaran de manera directa, a través de convenios interadministrativos, contratos que en realidad debían someterse a un proceso de escogencia que garantizara una selección objetiva.

En materia disciplinaria también se aplican las normas de derecho público. La Ley 734 de 2002 (Código Disciplinario Único) en el artículo 25 determina que son sujetos disciplinables “los gerentes de las cooperativas (...) que se creen y organicen por el Estado o con su participación mayoritaria”. Es decir que sólo es sujeto disciplinable por parte del Estado (Ministerio Público) los gerentes de las Administraciones Públicas Cooperativas y no los demás empleados de la organización, siempre que la participación económica sea superior al 50% por parte de las entidades de derecho público¹⁸⁷. Como inhabilidad para ser gerente de la APC se tiene que no podrá serlo quien dentro de los seis meses anteriores a su nombramiento haya tenido vinculación laboral o contractual con cualquiera de las entidades asociadas.

En cuestión de control fiscal la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia de la Economía Solidaria expresa que de acuerdo con la interpretación sistemática del

sociales individuales provenientes de las entidades públicas asociadas a la misma. Cuando en la administración cooperativa estos aportes conformen el noventa por ciento (90%) o más de la totalidad de los aportes sociales, los contratos se someterán a las reglas previstas para los contratos de las empresas industriales o comerciales del Estado de acuerdo con las normas legales vigentes. Los contratos de las administraciones cooperativas en que el total de los aportes sociales de las entidades públicas asociadas sea inferior al noventa por ciento (90%) mencionado se someterán a las reglas del derecho privado salvo las excepciones que consagre la Ley.

¹⁸⁷ en virtud de lo dispuesto por la Corte Constitucional en Sentencia C-127 de 2003 que resolvió demanda de inconstitucionalidad impetrada contra el inciso 2 y 3 del artículo 25 de la Ley 734 de febrero 5 de 2002 “por el cual se expide el Código Disciplinario Único”, se dijo que: “La definición de descentralización por servicios ha sido señalada por el legislador. Así, el artículo 68 de la Ley 489 de 1998, define como entidades descentralizadas de orden nacional a los establecimientos públicos las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos y las demás entidades creadas por la Ley o con su autorización, cuyo objetivo principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. Como órganos del Estado, estas entidades aún cuando gozan de autonomía están sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas. Las cooperativas, fundaciones, corporaciones y asociaciones de participación mixta por manejar recursos públicos, mantienen un vínculo con el Estado, es decir, de manera excepcional, se rigen por normas de derecho público, a pesar de que el régimen jurídico general sea el régimen del derecho privado, pues en su creación y financiación se involucra la iniciativa y el capital privado. Ha de recordarse por la Corte que las entidades descentralizadas, de cualquier grado que ellas sean, se rigen por el derecho público o por el derecho privado según la naturaleza de la actividad que desarrollen, y de conformidad con lo establecido por la Ley 489 de 1998 para cada caso. Ver. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-127/03, M. P.: Alfredo Sierra Beltrán. Bogotá: 18 de febrero de 2003.

ordenamiento jurídico aplicable a las administraciones públicas cooperativas, que ha sido acogida por el Consejo de Estado y la Procuraduría General de la Nación, la naturaleza de estas entidades es “pública”.

A pesar de ese criterio, en algunos casos se encuentran Administraciones Públicas Cooperativas integrada por un ente público y cuatro asociaciones sin ánimo de lucro, en donde los aportes públicos son mínimos; de todas maneras, los organismos de control fiscal deben supervisar la correcta inversión del capital estatal y más aún si se encuentran en la posición de contratistas del Estado.

Las Administraciones Públicas Cooperativas encuadran dentro de la estructura de la rama ejecutiva que diseñó la Ley 489 de 1998, bajo las figuras de asociaciones públicas, o con participación de particulares (mixtas), las cuales se conocen con el nombre de entidades descentralizadas indirectas¹⁸⁸; sólo que para las APC existe un régimen mucho más especial y restringido.

La Ley 489 de 1998, en su artículo 95, precisa que la asociación entre entidades públicas debe darse con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, mediante la celebración de convenios interadministrativos o la conformación de personas jurídicas sin ánimo de lucro. Como ejemplo de lo anterior tenemos, la Asociación de municipios¹⁸⁹ o una Administración Pública Cooperativa conformada exclusivamente por entidades públicas. Adicionalmente esta norma precisa que:

“Las personas jurídicas sin ánimo de lucro que se conformen por la asociación exclusiva de entidades públicas, se sujetan a las disposiciones previstas en el Código Civil y en las normas para las entidades de este género. Sus Juntas o Consejos Directivos estarán integrados en la forma que prevean los correspondientes estatutos internos, los cuales proveerán igualmente sobre la designación de su representante legal”¹⁹⁰.

¹⁸⁸ El Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto emitido en fecha 26 de octubre de 2000, radicación 1291, Consejero Ponente: Augusto Trejos Jaramillo Explicó que “La descentralización como forma de organización administrativa que permite la transferencia de competencias a organismos distintos del Estado, puede ser territorial, especializada o por servicios y por colaboración. (...) El concepto de entidades descentralizadas en el derecho colombiano, permite designar a las personas jurídicas creadas por el Estado para el logro de los fines que le son propios y la adecuada atención de las necesidades generales de los asociados; son producto de la llamada descentralización especializada o por servicios. Estas entidades pueden ser directas o indirectas. Son entidades descentralizadas directas aquellas cuya creación es obra de la Ley, la ordenanza o el acuerdo; en tanto que las descentralizadas indirectas, son las que surgen por la voluntad asociativa de los entes públicos entre sí o con la intervención de particulares, previa autorización legal”.

¹⁸⁹ El artículo 149 de la Ley 136 de 1994 las define como “Las asociaciones de municipios son entidades administrativas de derecho público, con personería jurídica y patrimonio propio e independiente de los entes que las conforman; se rigen por sus propios estatutos y gozarán para el desarrollo de su objetivo, de los mismos derechos, privilegios, excepciones y prerrogativas otorgadas por la Ley a los municipios. Los actos de las asociaciones son revisables y anulables por la Jurisdicción Contencioso - administrativa.

¹⁹⁰ Este artículo fue declarado condicionalmente exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-671-99 “bajo el entendido de que ‘las personas jurídicas sin ánimo de lucro que se conformen por la asociación exclusiva de entidades públicas, se sujetan a las disposiciones previstas en el Código Civil y en las normas para las entidades de este género’, sin perjuicio de que, en todo caso el ejercicio de las prerrogativas y potestades públicas, los regímenes de los actos unilaterales, de la contratación, los controles y la responsabilidad serán los propios de las entidades estatales según lo dispuesto en las Leyes especiales sobre dichas materias”.

De otra parte, el artículo 95 de la Ley 489 de 1998, permite la constitución de asociaciones y fundaciones; en dicha norma, se autoriza a las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo, para asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas, para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquéllas la Ley. Ejemplo de ello es una Administración Pública que además de estar integrada por entidades públicas asocie a otras personas sin ánimo de lucro que el mismo Decreto 1482 de 1998 autoriza.

Para estas entidades, adicional a los controles disciplinario y fiscal, existe una supervisión integral por parte de la Superintendencia de la Economía Solidaria, excepto cuando se trata de APC prestadoras de servicios públicos domiciliarios en donde existe una colisión de competencias administrativas entre esa Superintendencia y la de Servicios Públicos Domiciliarios.

De acuerdo con lo manifestado por las superintendencias de economía solidaria y de servicios públicos domiciliarios¹⁹¹, está claro que la supervisión sobre el servicio público que se presta, está en cabeza de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios; sin embargo en lo que respecta a la naturaleza solidaria el Decreto 1359 de 1998¹⁹² -Por el cual se dictan disposiciones sobre Instituciones de Economía Solidaria que prestan servicios públicos domiciliarios en forma especializada o como actividad principal- ordena que la de Servicios Públicos lo efectúe para que no exista un control concurrente¹⁹³; empero ésta última sostiene que sólo es competente en lo que respecta a los servicios públicos domiciliarios que ellas prestan y que la naturaleza solidaria debe ser un tema de la Superintendencia de la Economía Solidaria, dada su especialidad.

¹⁹¹ Mediante concepto SSPD-OJ-2007-294 publicado el 26 de octubre de 2007, la superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios reiteró su posición frente al tema. En primer lugar se preguntó: ¿Una cooperativa organizada como prestadora de un servicio público, debe ser vigilada por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios o por la Superintendencia de Economía Solidaria? Frente a ello se respondió que “(...) si una cooperativa presta el servicio de aseo está sujeta al control y vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en cuanto tenga que ver con la prestación del servicio público a su cargo, dentro de las precisas competencias que le han sido asignadas por la Ley 142 de 1994. Este tipo de cooperativas se encuentran sujetas a las disposiciones de la Ley 142 y deben cumplir con las obligaciones previstas para los prestadores de servicios públicos, entre ellas, estar inscritas en el Registro Único de Prestadores de Servicios Públicos-RUPS- (...)”. Adicionalmente se solicitó conceptuar acerca de que ¿En caso de ser vigilada por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, como se hará revisión de estatutos y regímenes de trabajo asociado? ¿Dónde deben registrarse los libros de actas, contables y quien emite el certificado de existencia y representación legal de la cooperativa? Al respecto se dijo que “Tratándose de las comunidades organizadas, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios ejerce la inspección, control y vigilancia del cumplimiento del objeto social; es decir, se ocupa del control de la prestación de los servicios. Por su parte, la Superintendencia de Economía Solidaria es competente para efectuar la vigilancia y control de los actos de administración de la asociación tales como la realización de asambleas, elección de órganos de dirección, modificación de estatutos, etc., de conformidad con la Ley 454 de 1998”.

¹⁹² La norma indica que a más tardar el 27 de julio de 1998 la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios asumirá la supervisión del objeto social y de la actividad cooperativa de las instituciones de economía solidaria que desarrollan en forma principal o especializada la prestación de servicios públicos domiciliarios.

¹⁹³ El Decreto-Ley 2150 de 1995 eliminó el control concurrente al establecer que las facultades de control y vigilancia por parte de la Superintendencia de Economía Solidaria no podrán ejercerse respecto de entidades y organismos cooperativos sujetos al control y vigilancia de otras superintendencias.

A raíz de este conflicto negativo de competencias, no se está ejerciendo un control sobre la naturaleza solidaria, lo cual es preocupante ya que pueden presentarse anomalías en la dinámica cooperativa poniendo en peligro el desarrollo de la actividad misma. Además que este trato desigual rompe el equilibrio de las cargas públicas, pudiendo generar una responsabilidad para el Estado por perjuicios que ello pueda causar a los ciudadanos¹⁹⁴.

- **Organizaciones Populares de Vivienda –OPV-**

Aunque las Organizaciones Populares de Vivienda -OPV- no se encuentran dentro del listado que trae la Ley 454 de 1998, esta categoría puede considerarse como parte del sector en virtud a que esa enunciación no es cerrada y permite que otras que cumplan con las características allí descritas sean parte del sector. En este caso, la figura como tal no tiene una autonomía propia sino que se trata de cualquier entidad solidaria que tenga como fin el desarrollo de vivienda y se inscriban así en el registro correspondiente. La Ley 9 de 1989, en su artículo 62, reguló este tipo de organizaciones solidarias, norma que fue reglamentada a través del Decreto 2391 de 1989 y que consagró para estas, las siguientes características:

a. Son entidades sin ánimo de lucro cuyo sistema financiero es de economía solidaria y desarrollan programas de vivienda para sus afiliados. Asimismo, y según los niveles de participación de los afiliados en la construcción de las obras, se establecen como modalidades de los sistemas de autogestión o participación comunitaria: la construcción delegada y la autoconstrucción. En el primer evento, la gestión, administración y planificación de la obra, así como el nombramiento del personal técnico administrativo está a cargo de los afiliados a la Organización Popular de Vivienda, sin que medie su participación en forma de trabajo comunitario en la ejecución de las obras. Mientras que en la segunda, los afiliados contribuyen directamente con su trabajo en la ejecución de las obras.

b. Pueden ser constituidas por sindicatos, cooperativas, asociaciones, fundaciones, corporaciones, juntas de acción comunal, fondos de empleados, empresas comunitarias y las demás que puedan asimilarse a las anteriores. Es decir que una organización de este tipo ya constituida puede adoptar esta modalidad, siempre que su objeto se lo permita o adecuarlo, en caso de ser necesario. Para estos efectos se exige que el número de participantes no sea menos de cinco ni más de doscientos.

c. En la supervisión interviene la entidad que le corresponda de acuerdo con su naturaleza jurídica, por ejemplo si se trata de una cooperativa multiactiva, el ente de control será la Superintendencia de la Economía Solidaria, y adicionalmente los municipios en lo que se refiere a su actividad con base en lo dispuesto en la Ley 136

¹⁹⁴ El pronunciamiento sobre el tema debe salir de Presidencia ya que el artículo 75 de la Ley 142 de 1994 dice que es el presidente quien ejerce el control, inspección y vigilancia de los servicios públicos domiciliarios por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, entidad que a la vez está adscrita al Ministerio de Desarrollo Económico. Además, el artículo 83 de la Ley 142 determina que cuando haya conflicto de funciones, o necesidad de interpretar esta Ley en cuanto a funciones, se apelará al dictamen del Presidente de la República.

de 1994¹⁹⁵. Para ello, las OPV deberán inscribirse ante la alcaldía del lugar donde desarrollen la obra. El registro se hará por una sola vez y se entenderá vigente por todo el término de duración de la organización o hasta que ésta solicite su cancelación.

Las Organizaciones Populares de Vivienda –OPV-, en la ejecución de los planes de vivienda, deberán contar con terrenos aptos para el desarrollo urbano de conformidad con todas las normas técnicas, urbanísticas y arquitectónicas vigentes en la localidad, para ello se deberán realizar las respectivas consultas ante el ente de planeación del Municipio. Adicionalmente a la reglamentación contenida en la Ley 9 de 1989 y el Decreto 2391 de 1989, la Ley 79 de 1988, o Ley de cooperativismo, también reguló de manera puntual algunos aspectos para las cooperativas cuyo objeto sea el de organizar y desarrollar conjuntos habitacionales de propiedad cooperativa, y en las cuales los asociados sean simultáneamente aportantes y usuarios del conjunto habitacional.

En estas entidades se puede limitar la asociación al número de unidades de vivienda que contemple el programa; los terrenos, las viviendas, las construcciones de todo orden y demás elementos adheridos al inmueble serán de propiedad exclusiva de la cooperativa; los asociados tendrán derecho a la utilización plena y exclusiva de la unidad que se les asigne mediante contrato escrito en el que conste la identificación de la vivienda y las condiciones de utilización; los asociados tendrán derecho al uso de las áreas o zonas comunes que posea el conjunto de acuerdo con el reglamento interno de la cooperativa; y adicionalmente, el valor de los aportes de los asociados será igual al valor final de la unidad asignada reajustado anualmente mediante los procedimientos de corrección monetaria que establezcan los estatutos.

3.4.2.2 Organizaciones Solidarias de Desarrollo –OSD-

- **Corporaciones y fundaciones**

El artículo 633 del Código Civil define persona jurídica como “una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente”. Adicionalmente, las clasifica en dos especies: corporaciones y fundaciones de beneficencia pública¹⁹⁶. La diferencia entre estas dos radica básicamente en que la primera se constituye por personas, ya sean naturales o jurídicas, que buscan un fin común, en ejercicio del derecho de asociación consagrado en el artículo 38 de la Carta Política –acto constitutivo-; mientras que las fundaciones se integran por un patrimonio afecto a un servicio para personas indeterminadas, de acuerdo con la voluntad de los fundadores –acto

¹⁹⁵ El artículo 187 señala que los concejos municipales ejercerán la vigilancia y control de las actividades de construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda, de que trata el numeral 7o., del artículo 313 de la Constitución Política, dentro de los límites señalados al respecto por las disposiciones legales y reglamentarias vigentes.

¹⁹⁶ Según lo señala Alessandri, esta clasificación es original del autor alemán Heise, quien la formuló en 1807, pero recibió gran difusión al ser adoptada por Savigny, jurista alemán creador de la escuela histórica del derecho. Ver. ALESSANDRI Arturo, SOMARRIVA, Manuel, y VODANOVIC, Antonio. Tratado de Derecho Civil: Partes Preliminar y General. Tomo I. Santiago: Editora Jurídica Chile, 1998, p. 535.

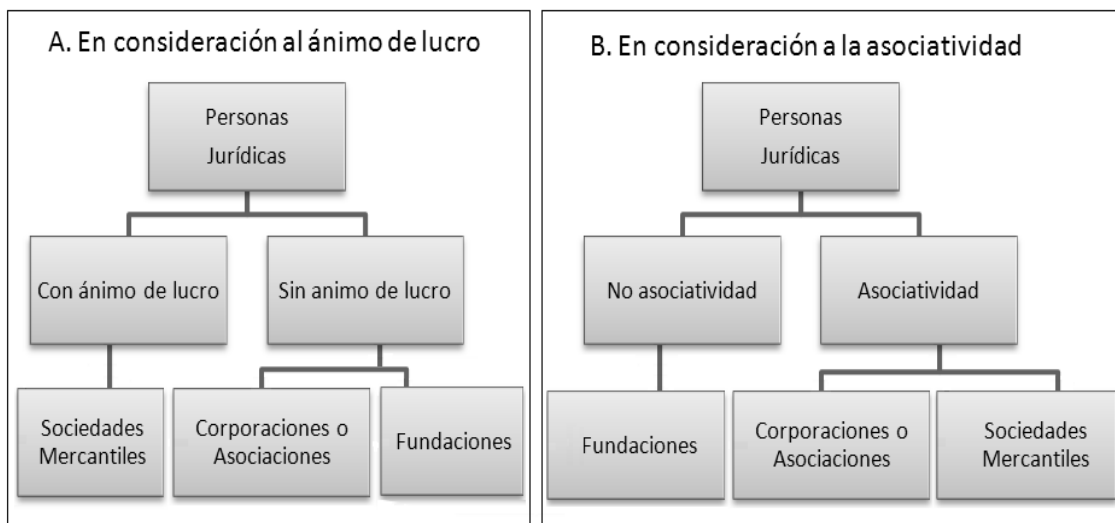
fundacional- que puede darse como un acto inter vivos mediante una donación, o como acto mortis causa, a través de asignación testamentaria.

Al respecto, el tratadista chileno Arturo Alessandri enseña que¹⁹⁷:

“En la corporación la colectividad de personas juega un papel activo, como quiera que ella forma la voluntad de la persona jurídica y determina la aplicación de los bienes materiales para alcanzar el fin común que ha movido a la constitución del ente.

“Por el contrario, en la fundación la colectividad de personas físicas indeterminadas tiene un rol puramente pasivo; se limita a recibir los beneficios que resultan de la utilización del patrimonio destinado a construir y hacer funcionar el ente. Piénsese en las fundaciones encaminadas a socorrer a los enfermos, a impartir enseñanza gratuita, etc. Pues bien, la fundación consigue sus fines mediante una organización y se rige por normas que no brotan de su seno sino de uno exterior, la voluntad del fundador, o sea la persona que proporciona los bienes afectándolos al cumplimiento de fines determinados”.

En relación con el término corporación es usual utilizarlo como sinónimo de asociación sin ánimo de lucro¹⁹⁸; de cualquier manera las personas jurídicas desde el punto de vista de la asociatividad pueden ser clasificadas en personas jurídicas con asociatividad (Corporaciones o asociaciones y sociedades mercantiles) y personas jurídicas no asociativas (fundaciones). Asimismo pueden ser clasificadas desde el punto de vista de si tienen o no ánimo de lucro; en la primera categoría se ubicarían las sociedades mercantiles, mientras que en el segundo grupo estarían las fundaciones y las asociaciones y corporaciones. Esta distinción resulta útil en cuanto a la aplicación de la legislación civil o mercantil.



¹⁹⁷ ALESSANDRI Arturo, SOMARRIVA Manuel, y VODANOVIC Antonio, op. cit., p. 498.

¹⁹⁸ Alessandri sostiene que en una acepción más amplia, las asociaciones comprenden las corporaciones y las sociedades, pero que en sentido específico, asociación es sinónimo de corporación. ALESSANDRI Arturo, SOMARRIVA Manuel, y VODANOVIC Antonio, op. cit., p. 498.

- **Cajas de compensación familiar**

La Ley 21 de 1982 define la caja de compensación familiar como “personas jurídicas de derecho privado sin ánimo de lucro, organizadas como corporaciones en la forma prevista en el Código Civil, cumplen funciones de seguridad social” y se hallan sometidas al control y vigilancia del Estado a través de la Superintendencia del Subsidio Familiar. Sus características son:

a. Es una persona jurídica de derecho privado. Como se vio, el Código civil en su artículo 633 define la persona jurídica como el ente ficticio capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones y de ser representado judicial y extrajudicialmente. A su vez las divide en dos especies: fundaciones y corporaciones, dentro de estas últimas encuadran las cajas de compensación.

b. No tienen ánimo de lucro. El cual debe entenderse como el no lucro individual de sus miembros, como la inversión de sus recursos para la generación de beneficios sociales, y como el no reparto del remanente patrimonial en caso de liquidación. La Ley 21 de 1982 en su artículo 43 determina la destinación que debe darse a los aportes recaudados por las cajas de compensación, bajo unos límites específicos¹⁹⁹. El saldo (remanente) que resulta no se reparte sino que se reinvierte en servicios sociales. Caso similar ocurre cuando se liquidan éstas, la cual en ningún momento puede distribuir el remanente patrimonial sino que debe pasar preferentemente a entidades sin ánimo de lucro.

c. Cumplen funciones de seguridad social. La seguridad social²⁰⁰ en un sentido amplio no sólo comprende los regímenes y prestaciones de salud, pensiones y riesgos profesionales regulados en la Ley 100 de 1993, sino además otras prestaciones tales como el subsidio familiar, la educación, el mercadeo social, el microcrédito, la recreación, el deportes, el ahorro, la vivienda, etc. El Decreto 341 de 1988 “por el cual se reglamentan la Ley 21 de 1981”, en su parte motiva identifica algunos aspectos propios de las cajas de compensación. En la norma se señala que

¹⁹⁹ Esta disposición debe ser interpretada en armonía con el artículo 18 de la Ley 789 de 2002 que determina que “los gastos de administración de las Cajas se reducirán a partir de la vigencia de la presente Ley, para el año 2003 serán máximo del nueve por ciento 9% de los ingresos del 4%, a partir del año 2004 serán máximo del ocho por ciento (8%) de los ingresos antes mencionados”. Esta distribución es la siguiente: “Artículo 43. Los aportes recaudados por las cajas por concepto del subsidio familiar se distribuirán en la siguiente forma: “1. Un cincuenta y cinco por ciento 55% para el pago del subsidio familiar en dinero. “2. Hasta un diez por ciento 10% para gastos de instalación, administración y funcionamiento. “3. Hasta un tres por ciento 3% para la construcción de la reserva legal de fácil liquidez dentro de los límites de que trata la presente Ley. “4. El saldo se apropiará para las obras y programas sociales que emprendan las Cajas de Compensación con el fin de atender el pago del subsidio en servicios o especie, descontados los aportes que señale la Ley para el sostenimiento de la Superintendencia del Subsidio Familiar”.

²⁰⁰ La Ley 319 de 1996, por medio de la cual se aprueba el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, suscrito en San Salvador el 17 de noviembre de 1988 definió el derecho a la seguridad social en los siguientes términos “1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes. 2. Cuando se trate de personas que se encuentran trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto”.

éstas son un instrumento primordial para la redistribución del ingreso en favor de los trabajadores de menores recursos.

d. Pertenecen al sector solidario. La Ley 100 de 1993 manifestó de manera expresa que las cajas de compensación pertenecen al sector solidario, cuando al referirse a las administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad indicó que “también podrán promover la constitución o ser socias de las Sociedades administradoras de fondos de pensiones las entidades del sector social solidario, tales como cooperativas, organizaciones sindicales, fondos mutuos de inversión, bancos cooperativos, fondos de empleados y las cajas de compensación familiar”.

El artículo 16 de la Ley 789 de 2002 adicionó las funciones de las cajas de compensación enunciadas en el artículo 41 de la Ley 21 de 1982. En el numeral tercero ubicó a las cajas de compensación familiar como organizaciones del sector solidario, específicamente en lo que se refiere a la preferencia para tomar parte en los procesos de venta accionaria de entidades con participación estatal. De la misma manera, y en desarrollo del principio solidario de integración con entidades del sector, la norma indicó que las cajas de compensación familiar podrán constituir y participar en asociaciones mutualistas de ahorro y préstamo, instituciones financieras de naturaleza cooperativa, cooperativas financieras o cooperativas de ahorro y crédito, con aportes voluntarios de los trabajadores afiliados y concederles préstamos para los mismos fines”.

Además la Ley 920 de 2004, en su artículo 14.7 planteó la posibilidad de que el Gobierno Nacional, autorice al Fondo de garantías de entidades Cooperativas – Fogacoop- para otorgar el seguro de depósito de ahorradores de las cajas de compensación. A continuación se hace un comparativo entre esas las características generales de las organizaciones del sector frente a las específicas de las cajas de compensación familiar, con lo cual es viable concluir que éstas son organizaciones de la economía solidaria.

Características generales de las organizaciones de economía solidaria –Ley 454 de 1998	Características de las cajas de compensación familiar
Estar organizada como empresa que contemple en su objeto social, el ejercicio de una actividad socioeconómica, tendiente a satisfacer necesidades de sus asociados y el desarrollo de obras de servicio comunitario.	Las cajas de compensación familiar están organizadas para prestar servicios de seguridad social a sus afiliados y asociados.
Tener establecido un vínculo asociativo, fundado en los principios y fines contemplados en la presente Ley.	La Ley 21 de 1981 y su Decreto reglamentario 341 de 1988 prescriben unas reglas de funcionamiento similares a la de una asociación, en donde predomina el vínculo asociativo. Es pertinente anotar que la libre adhesión se relativiza por los objetivos que persiguen.
Tener incluido en sus estatutos o reglas básicas de funcionamiento la ausencia de ánimo de lucro, movida por la solidaridad, el servicio social o comunitario.	La ausencia de lucro se concreta en la inversión de los aportes en beneficio de los afiliados y en la no repartición del remanente patrimonial en caso de liquidación.
Garantizar la igualdad de derechos y obligaciones de sus miembros sin consideración a sus aportes.	El artículo 21 del Decreto 341 de 1988 determina que cada afiliado por el sólo hecho de serlo tiene derecho en las reuniones de la asamblea a un (1)

	voto, por lo menos. Los estatutos de cada caja podrán adoptar sistemas de votación ponderada. En todo caso deberá tenerse en cuenta el número de trabajadores beneficiarios vinculados laboralmente a la empresa afiliada.
Establecer en sus estatutos un monto mínimo de aportes sociales no reducibles, debidamente pagados, durante su existencia.	El tema de los aportes es un tema complejo, ya que éstos tienen una connotación de parafiscalidad y de obligatoriedad bajo los supuestos de Ley.

El profesor Juan Carlos Cortés²⁰¹, sobre el tema “cajas de compensación y sector solidario” apunta que:

“Es fundamental tener en cuenta que la definición legal aplicable a las Cajas de Compensación Familiar, debe ser actualizada para entender que aquellas como corporaciones privadas sin ánimo de lucro se integran al sector de la economía solidaria o sector social.

“En efecto, por su naturaleza y las similitudes esenciales con las entidades que constituyen el sector solidario de la economía, en particular las cooperativas, precooperativas y entidades de segundo y tercer grado cooperativas, considerando asimismo su comunidad de propósitos en el logro de condiciones de un capitalismo social, las Cajas son afines a dicho sector, sin que por ello dejen de tener una regulación propia”.

Infortunadamente, sobre la pertenencia de las cajas de compensación al sector, no hay una claridad absoluta y ello se refleja en la posibilidad de que este tipo de entidades formen parte del Consejo Nacional de la Economía Solidaria CONES. El extinto Decreto 2536 de 1986, que le dio vida al CONES, en su parte motiva consideró el sector solidario como un sector amplio, conformado por una franja de organizaciones de tipo participativo abierto y otras formas asociativas que constituye un importante conjunto de unidades de producción de bienes y servicios, generadoras de empleo productivo.

En este sentido hizo mención expresa de las formas solidarias e incluyó dentro del listado a las cajas de compensación familiar. El espíritu de la norma fue el de cohesionar éstas a través de características comunes buscando el desarrollo integral, económico, social y cultural del país, como mecanismo para satisfacer las necesidades básicas de las comunidades, generando inversión, empleo, ahorro social, ampliación de servicios en el área de la salud, vivienda, mercadeo, transporte, educación, producción, recreación y progreso en general. Ese Consejo Nacional de Economía Solidaria estaba encargado de coordinar las acciones tendientes al desarrollo del sector consolidado, por lo cual y reconociendo la naturaleza solidaria de las cajas de compensación dio asiento a un representante suyo allí.

La actual legislación que reestructuró la misión del CONES dio representación abierta a las organizaciones solidarias enunciando algunas de ellas a manera de ejemplo. Para los asuntos no determinados expresamente, tal como éste, consagró que corresponde al CONES, previa solicitud de admisión del organismo interesado en representar su subsector, hacer la valoración respectiva de si el ente encuadra o

²⁰¹ Ver: CORTES, Juan Carlos. Sistema de Subsidio Familiar en Colombia: Hacia la Protección Social. México: Biblioteca CIESS, 2004, p. 60.

no dentro del universo solidario acorde con su actividad, naturaleza y dinámica propia.

- **Voluntariado**

Las Naciones Unidas a través de la Resolución 56 de 1983 de su Asamblea General, denominada “Recomendaciones sobre el apoyo al voluntariado” señaló las maneras en que los gobiernos y las organizaciones del sistema de las Naciones Unidas pueden apoyar el voluntariado. A partir de lo anterior, se expide la Ley 720 de 2001, cuyo objeto es el de promover, reconocer y facilitar la acción voluntaria como expresión de la participación ciudadana, el ejercicio de la solidaridad, la corresponsabilidad social, generando un marco jurídico de actuación de las organizaciones tanto formales como informales de voluntariado que mucho le aportan a la economía del país y al mundo entero.

En esta Ley se definió el voluntariado como el “conjunto de acciones de interés general desarrolladas por personas naturales o jurídicas, quienes ejercen su acción de servicio a la comunidad en virtud de una relación de carácter civil y voluntario”, y voluntario como “toda persona natural que libre y responsablemente, sin recibir remuneración de carácter laboral, ofrece tiempo, trabajo y talento para la construcción del bien común en forma individual o colectiva, en organizaciones públicas o privadas o fuera de ellas”.

La legislación reconoce y diferencia, además, dos categorías jurídicas muy importantes, una de ellas es la de Organización de Voluntariado –ODV- que se caracteriza carecer de ánimo de lucro y por desarrollar planes, programas, proyectos y actividades de voluntariado. La otra categoría es la Entidad con Acción Voluntaria –ECAV- que se caracteriza por ser persona jurídica, con o sin ánimo de lucro y no tener como finalidad el voluntariado a pesar de realizar acción voluntaria.

En el primer caso éstas son verdaderas organizaciones del sector solidario, sólo que esta categoría puede revestir formas jurídicas tales como corporaciones y fundaciones. Como ejemplo de éstas se pueden mencionar las Damas Grises, las Damas Rosadas, los guardaparques y bomberos voluntarios, la Corporación Colombiana de Voluntarios CCV, la Red de desarrollo Sostenible y el Banco de Tiempo de la Fundación Colombia Presente. En cuanto a las ECAV, sin importar su naturaleza jurídica, organizan en su interior grupos de voluntariados para atender necesidades de la comunidad, ejemplo de ello son los grupos de voluntariado de las Universidades, tales como Opción Colombia o la Red de Solidaridad Social.

A través de la mencionada Ley se creó el Sistema Nacional de Voluntariado –SNV- definido como el conjunto de instituciones, organizaciones, entidades y personas que realizan acciones de voluntariado, cuyo objeto es promover y fortalecer la acción voluntaria a través de alianzas estratégicas y el trabajo en red de las ODV, las ECAV y los voluntariados informales con la sociedad civil y el Estado. Tales organizaciones, de manera autónoma, pueden constituir consejos municipales de voluntariado, como organismos colegiados e independiente de naturaleza privada, a su vez éstos pueden constituir consejos departamentales de voluntariado, los que al integrarse conforman el Consejo Nacional.

La Ley 720 fue reglamentada por el Decreto 4290 de 2005 que en su exposición de motivos indicó que en Colombia existe un gran número de organizaciones de voluntariado que agrupan más de 100.000 colombianos, que apoyan el desarrollo de la sociedad en temas de vital importancia para el país como atención y prevención de desastres, salud, educación, control social, participación ciudadana, entre otros.

En este Decreto se asignó al Gobierno Nacional, en general, la función de promocionar el desarrollo del voluntariado y responsabilizó del fomento al Departamento Administrativo Nacional de la Economía Solidaria, Dansocial; creó la obligación a cargo de las Organizaciones de Voluntariado, ODV y las Entidades con Acción Voluntaria, ECAV, de contar con un reglamento de voluntariado que debe contemplar como mínimo los derechos y deberes de los voluntarios.

De igual manera creó un sistema de información que es alimentado con el registro de voluntarios de cada entidad. Esta, junto con el reporte de ingresos y egresos, debe ser consolidada por el Consejo Nacional de Voluntariado con base en los datos entregados por los Consejos Departamentales, quienes a su vez los obtienen de los municipales. Por su parte, al Dansocial, le fueron asignadas como misiones: desarrollar proyectos de capacitación, asistencia técnica, apoyo y fomento y fortalecimiento dirigidos a las organizaciones del sistema y la conformación del Sistema Nacional de Voluntariado por medio de la Red Pública de Apoyo al Sector.

- **Juntas de Acción Comunal**

La Ley 743 de 2002, que constituye el marco regulatorio de las Juntas de Acción Comunal, parte del desarrollo de la comunidad como “un conjunto de procesos económicos, políticos, culturales y sociales, que integran los esfuerzos de la población, sus organizaciones y las del Estado” con el fin de mejorar su calidad de vida. Tal desarrollo se genera a partir del reconocimiento y afirmación del individuo en su derecho a ser diferente, sobre la base del respeto, la tolerancia a la diferencia al otro; del reconocimiento de la agrupación organizada de personas en su carácter de unidad social alrededor de un rasgo, interés, elemento, propósito o función común.

Este desarrollo se afina en principios tales como la solidaridad, la capacitación, la organización y la participación, el respeto, la tolerancia, la convivencia, el dialogo, la gestión, la planeación. Allí la acción comunal es definida como “una expresión social organizada, autónoma y solidaria de la sociedad civil, cuyo propósito es promover un desarrollo integral, sostenible y sustentable construido a partir del ejercicio de la democracia participativa en la gestión del desarrollo de la comunidad”.

La acción comunal se lleva a cabo a través de los organismos de primero, segundo, tercer y cuarto grado que corresponden, respectivamente, a la junta de acción comunal y vivienda comunitaria, asociación, federación y confederación de acción comunal, de acuerdo como se explica a continuación:

Grado	Organización	Ámbito territorial	Miembros
Primero	A. Junta de acción comunal. Es una organización cívica, social y comunitaria de gestión social, sin ánimo de lucro, de naturaleza solidaria, con personería jurídica y patrimonio propio, integrada voluntariamente por los residentes de un lugar que aúnan esfuerzos y recursos para procurar un desarrollo integral, sostenible y sustentable con fundamento en el ejercicio de la democracia participativa.	Barrio, conjunto residencial, sector o etapa del mismo, corregimiento o inspección de policía, área urbana, caserío, vereda.	Personas naturales mayores de 14 años que residan dentro de su territorio.
	B. Junta de vivienda comunitaria. Es una organización cívica sin ánimo de lucro, integrada por familias que se reúnen con el propósito de adelantar programas de mejoramiento o de autoconstrucción de vivienda. Una vez concluido el programa se podrá asimilar a la Junta de Acción Comunal si fuere procedente.	El terreno en donde se proyecta o desarrolla el programa de construcción o mejoramiento de vivienda.	Familias que se reúnen con el propósito de adelantar programas de mejoramiento o de autoconstrucción de vivienda.
Segundo	Asociación de juntas de acción comunal. Tiene la misma naturaleza jurídica de las juntas de acción comunal y se constituye con los organismos de primer grado fundadores y los que posteriormente se afilien.	La comuna, corregimiento, localidad o municipio, en los términos del Código de Régimen Municipal.	Juntas de acción comunal y las juntas de vivienda comunitaria cuyo radio de acción se circunscriba al de la misma.
tercero	Federación de acción comunal. Tiene la misma naturaleza jurídica de las juntas de acción comunal y se constituye con los organismos de acción comunal de segundo grado fundadores y que posteriormente se afilien.	El departamento, Bogotá, los municipios de categoría especial y de primera categoría, en los cuales se haya dado la división territorial en comunas y corregimientos y las asociaciones de municipios y las provincias.	Asociaciones de acción comunal cuyo radio de acción se circunscriba al de la misma.
Cuarto	Confederación nacional de acción comunal. Tiene la misma naturaleza jurídica de las juntas de acción comunal y se constituye con los organismos de acción comunal de tercer grado fundadores y que posteriormente se afilien.	La República de Colombia.	Federaciones de acción comunal cuyo radio de acción se circunscriba al territorio nacional.

Dentro de su dinámica, se consagra un principio de cooperación entre estas entidades y otras personas jurídicas en procura de alcanzar el bienestar individual y colectivo y el desarrollo de la comunidad. Es posible también que las organizaciones comunales se vinculen al desarrollo y mejoramiento municipal, mediante su participación en el ejercicio de sus funciones, la prestación de servicios, o la ejecución de obras públicas a cargo de la administración central o descentralizada mediante contratos y convenios que se regirán por las normas aplicables a las

organizaciones solidarias como contratistas, es decir, el Estatuto de Contratación de la Administración Pública²⁰².

Su duración, al igual que la de las cooperativas es indefinida, pero se pueden disolver y liquidar por voluntad de sus afiliados o por mandato legal. Las organizaciones comunales deben poseer un estatuto acordado de manera y libre y ceñido a unos temas mínimos sobre: afiliados, órganos, dignatarios, régimen económico y fiscal, régimen disciplinario, composición, competencia, causales de sanción, sanciones y procedimientos, libros e impugnaciones, entre otros.

Cada organización de acción comunal, de acuerdo con su categoría, deberá contar con órganos de dirección, administración y vigilancia. Su patrimonio se constituye por todos los bienes que ingresen legalmente por concepto de contribuciones, aportes, donaciones y las que provengan de cualquier actividad u operación lícitas que ellos realicen, el cual no pertenece ni en todo ni en parte a ninguno de los afiliados. Obviamente que en los entes comunales tampoco existe distribución de excedentes y en caso de liquidación el remanente patrimonial pasará al organismo comunal que se establezca en los estatutos, al de grado superior dentro de su radio de acción o en su defecto al organismo gubernamental de desarrollo comunitario existente en el lugar.

Para estas organizaciones, el fomento, que es llamado en la Ley “atención administrativa” a los programas de acción comunal, se debe adelantar mediante el trabajo en equipo de los funcionarios de las diferentes dependencias nacionales, departamentales, distritales, municipales y los establecimientos públicos creados para la atención de la comunidad. A su vez, su registro debe hacerse ante la Cámara de Organizaciones Comunales y Solidarias, entidad que debe ser creada por el Gobierno, mientras tanto se seguirá haciendo como lo ordena la Ley 136 de 1994²⁰³. Por su parte la supervisión la hace el Ministerio del Interior.

En materia de procedimientos administrativos, la Ley 743 trae un término especial de treinta días para responder las peticiones presentadas por las comunidades relativas a la acción comunal. Además señala en lo que respecta al recurso de apelación que éste procede contra actos dictados con fundamento la Ley comunal. Si provienen de los alcaldes municipales, serán resueltos por el gobernador del departamento respectivo; y si son dictados por los gobernadores, el Alcalde de Bogotá o entidades delegatarias de éstos, deben resolverse por el Director General para el Desarrollo de la Acción Comunal y la participación del Ministerio del Interior o quien haga sus veces.

Con base en las facultades establecidas en esta Ley, el Gobierno Nacional procedió a expedir el Decreto Reglamentario 2350 de 2003 que trata temas como el número

²⁰² Artículo 141 de la Ley 136 de 1994.

²⁰³“ARTICULO 143. Modificado por el artículo 1 de la Ley 753 de 2002. FUNCIONES: Corresponde a los alcaldes de los municipios clasificados en categoría primera y especial, dentro de los noventa días siguientes a la promulgación de la presente Ley, el otorgamiento, suspensión y cancelación de la personería jurídica, así como la aprobación, revisión y control de las actuaciones de las juntas de acción comunal, juntas de vivienda comunitaria y asociaciones comunales de juntas domiciliadas en la municipalidad, de conformidad con las orientaciones impartidas al respecto por el Ministerio de Gobierno (..)”

de afiliados, la constitución de más de una junta de acción comunal en un mismo territorio, el número mínimo para subsistir que en ningún caso, para los organismos de primer grado será inferior del 50% del requerido para su constitución. Allí también se normativizó el trámite y los requisitos para la obtención de la personería jurídica, que es de los pocos casos de las entidades del sector en los que aún persiste este trámite. Allí se establecieron las condiciones para ser delegado ante un organismo comunal de grado superior, impugnación de las decisiones y elecciones, la comisión de convivencia y conciliación y los conflictos organizativos, el procedimiento y la conciliación en equidad.

Nótese el grado de importancia de las organizaciones de la acción comunal y el papel tan fundamental que juegan en lo que actualmente se denomina justicia comunitaria, como medio alternativo de solución pacífica de conflictos; e incluso a partir de facultades especiales para resolver asuntos internos como son las impugnaciones de elecciones y decisiones de los cuerpos colegiados, sin tener que acudir a la jurisdicción civil.

A través de la función de supervisión (inspección, control y vigilancia), los municipios, distritos, departamentos y el Ministerio del Interior, conocen de las demandas de impugnación contra la elección de dignatarios de organismos comunales y las decisiones adoptadas por sus órganos plurales; realizan el registro sistematizado de los organismos de acción comunal; expiden los actos administrativos de reconocimiento, suspensión y cancelación de la personería jurídica de estos e inscriben y reconocen los órganos de dirección, administración y vigilancia y de dignatarios de los organismos comunales; certifican sobre los aspectos materia de registro cuando así lo soliciten los organismos comunales o sus afiliados, entre otras.

Consecuente con la filosofía solidaria que impulsa el actuar de la organización comunal, en su interior se pueden desarrollar programas de vivienda por autogestión, e igualmente crear comisiones empresariales tendientes a la constitución de empresas o proyectos rentables en beneficio de la comunidad, cuya organización y administración serán materia de reglamentación en sus estatutos. Mediante la Resolución número 360 de 2005, expedida por el Dansocial, se reglamentó el fomento para la constitución y desarrollo de las empresas de carácter solidario y proyectos productivos de las organizaciones comunales. En el artículo primero se define la Empresa de carácter solidario como:

“(…) La persona jurídica organizada para realizar actividades sin ánimo de lucro, en las cuales los trabajadores o los usuarios, según el caso, son simultáneamente sus aportantes y gestores; están creadas con el objeto de producir, distribuir y consumir conjunta y eficientemente, bienes y servicios para satisfacer las necesidades de sus miembros y al desarrollo de obras de servicio a la comunidad en general; en la cual se establece la irrepartibilidad de las reservas sociales y la destinación de sus excedentes a la prestación de servicios de carácter social, al crecimiento de sus reservas y fondos y a reintegrar a sus asociados parte de los mismos en proporción al uso de los servicios o a la participación en el trabajo de la empresa, sin perjuicio de amortizar los aportes y conservarlos en su valor real”.

Estas empresas rentables, al igual que, las empresas solidarias de salud ESS o las Organizaciones Populares de Vivienda –OPV- no tienen una naturaleza jurídica

propia, sino que conforman una categoría propia en la medida en que desarrollan una actividad especial que ha sido regulada en una norma jurídica; por esta razón, las empresas de carácter solidarias de los organismos de acción comunal se constituyen como organizaciones del sector solidario con los requisitos y mediante los procedimientos que determine la legislación aplicable conforme al tipo de organización que se pretenda conformar.

El Representante legal de la organización es el encargado de hacer los trámites y de informar a la Secretaría de Desarrollo Social y Comunitario, o que haga sus veces, en el nivel local o seccional, para que este a su vez la remita al Dansocial, no para efectos de Supervisión, sino para efectos de fomento, ya que las organizaciones seguirán conservando la supervisión asignada legalmente. Como requisito adicional dentro de la información que se reporte, se deberá anexar un plan de negocios, con lo cual su estructuración exige un acompañamiento técnico que permite cualificar a la organización misma.

La resolución en comento consagra la obligación de que los representantes legales de las organizaciones comunales asociados a la empresa solidaria hagan parte de los consejos de administración, juntas directivas o sus equivalentes y de que los fiscales de las organizaciones comunales asociadas a las empresas solidarias hagan parte de los comités de vigilancia o de sus equivalentes; lo cual va en contravía de los principios de autonomía y democracia de los entes solidarios, que no pueden ser modificados ni matizados por una acto administrativo de esta naturaleza.

De otra parte, las organizaciones comunales pueden desarrollar proyectos productivos, cuya principal característica es que se ejecuten por un periodo de tiempo determinado; y se inscriban ante el Sistema Público de Apoyo Territorial en materia solidaria, una vez creado.

3.4.3 ORGANIZACIONES ASIMILADAS QUE NO PERTENECEN AL SECTOR

3.4.3.1 Empresas asociativas de trabajo, EAT

El parágrafo 2 del artículo 6 de la Ley 454 de 1998 señaló erróneamente que las empresas asociativas de trabajo EAT pertenecían al sector. Lo que debió indicarse es que eran las cooperativas de trabajo asociado CTA las que en efecto pertenecen al sector. Las empresas asociativas de trabajo, en la mayoría de sus características y elementos definitorios, que se encuentran en la Ley 10 de 1991 y el Decreto 1100 de 1992, contradicen los principios solidarios. En esas normas se catalogan como entes económicos productivos, cuyos asociados aportan su capacidad laboral, por tiempo indefinido y algunos además entregan al servicio de la organización una tecnología o destreza, u otros activos necesarios para el cumplimiento de los objetivos de la empresa.

Estas empresas son eminentemente comerciales y reparten el producido neto, es decir, la diferencia entre el valor de venta de los producido y el costo de los insumos materiales, entre todos los asociados en proporción a su aporte, previa deducción del pago de los impuestos, contribuciones de seguridad social, intereses,

arrendamientos, reservas que ordenen los estatutos y contribuciones a las organizaciones de segundo grado a que se encuentre afiliadas, en los períodos en que estatutariamente se determine. La dificultad es que la Ley no ha sido modificada al respecto y sólo a través de conceptos de las diferentes autoridades administrativas como el Dansocial, la Superintendencia de la Economía Solidaria y el Ministerio de la Protección Social, se ha ido aclarando la situación.

3.4.3.2 Sociedades Agrarias de Transformación SAT

Según el artículo 2 de la Ley 811 de 2003 las Sociedades Agrarias de Transformación SAT tienen por objeto social desarrollar actividades de postcosecha y comercialización de productos perecederos de origen agropecuario y la prestación de servicios comunes que sirvan a su finalidad. Estas empresas no pertenecen al sector ya que tienen ánimo de lucro y reparten utilidades, al igual que las empresas asociativas de trabajo, lo cual las convierte en sociedades comerciales constituidas como empresas de gestión, sometidas a un régimen jurídico y económico especial.

La Constitución de las SAT debe llevarse a cabo por escritura pública, en la cual se expresan los aspectos previstos en el Código de Comercio para las sociedades comerciales, en cuanto no se opongan a lo dispuesto en esa Ley. El registro de las SAT se hace ante las Cámaras de Comercio, de conformidad con los artículos 28 y 29 del Código de Comercio, gozando desde su constitución de personalidad jurídica y plena capacidad de obrar en el cumplimiento de su finalidad, siendo su patrimonio independiente del de sus socios.

Así las cosas y cometiendo un grave error, la Ley 811 de 2003 asignó al Departamento Administrativo Nacional de la Economía Solidaria, Dansocial, la función de inspección, control y vigilancia sobre las SAT. Dansocial se ha negado a hacer el control sobre tales sociedades argumentando que la disposición es abiertamente contraria a la Constitución pues de conformidad con el artículo 150, numeral 7 de la Carta Política, corresponde al Congreso, a través de las leyes, determinar la estructura de la administración nacional señalando sus objetivos y estructura orgánica, las cuales sólo podrán ser dictadas o reformadas por iniciativa del Gobierno y está comprobado que la iniciativa fue de origen parlamentaria²⁰⁴.

3.5 INSTRUMENTOS DE INTERVENCION EN EL SECTOR

3.5.1 Enunciación

Como se ha dicho, los instrumentos de intervención del Estado en la economía no son taxativos y se sujetan al principio de legalidad de la actuación de los poderes público que implica la preexistencia de una norma que habilite su diseño y aplicación. En el asunto objeto de estudio, si bien es cierto que la Constitución elevó a rango constitucional su protección y promoción, no estableció la forma ni los medios, por lo que corresponde al Congreso de la República determinar el diseño

²⁰⁴ Ver Gacetas del Congreso números 360 y 371/2001, radicado en Senado. Autor del proyecto Senador Luís Humberto Gómez Gallo. Proyecto de Ley 27 de 2001 Senado y 287 de 2002 Cámara.

general de estos, para que a través del accionar de las demás autoridades administrativas se desarrolle. Al respecto la Corte Constitucional²⁰⁵ señaló lo siguiente:

“La Carta Política no señala la fórmula específica o los medios concretos que ha de adoptar el Congreso de la República en cumplimiento de su misión de fomentar la consolidación del sector cooperativo (art. 333, C.P.) y de promover las formas asociativas y solidarias de propiedad (art. 58, C.P.); aunque consagra el mandato general de fortalecer las organizaciones solidarias (art. 333, C.P.), deja al Legislador en libertad de optar por el diseño normativo que considere más conveniente para materializar dicho propósito, guardando el debido respeto hacia el principio de razonabilidad”.

Parte de este desarrollo legislativo lo hizo la Ley 454 de 1998, que al asignar funciones al Dansocial se refirió al tema de la promoción, planeación, protección, fortalecimiento y desarrollo empresarial. Igual lo hizo con la Superintendencia de Economía Solidaria al asignarle las competencias de supervisión y sanción a los entes solidarios. De acuerdo con las diferentes normas estudiadas se tendría como instrumentos los siguientes:

Instrumento	Explicación	Ejemplo
Constitución Económica	La Constitución Económica contiene los principios, los derechos, las garantías y el marco general de intervención del Estado en la Economía. Se desarrolla aquí el concepto de poder de policía en materia económica como límite a las libertades económicas.	Arts. 1, 38, 51, 60, 64 y 333 de la Constitución. Art. 26 señala que la Ley puede exigir títulos de idoneidad frente a la libertad de escoger profesión u oficio. En el artículo 333 señala como límite a la iniciativa privada, el bien común.
Leyes y Decretos con fuerza de Ley	Son expedidas por el Congreso y de manera excepcional por el Presidente de la República. El artículo 150 constitucional señala los diferentes tipos de leyes, entre las que se encuentran las de intervención económica.	Ley 454 de 1998 y Ley 79 de 1988.
Sentencias judiciales	Especialmente las sentencias de la Corte Constitucional, quien al resolver acciones de inexequibilidad de leyes, o mediante la revisión de acciones de tutelas (estado de cosas inconstitucional) puede reencauzar el diseño de políticas económicas.	Sentencias C-136 de 1999 sobre crisis del sector cooperativo financiero.
Reglamentos	Existen diferentes tipos de acuerdo con la autoridad que los expida y dependiendo si están subordinados directamente a la Ley o la Constitución Política.	Reglamento constitucional: Decreto 2459 de 1993 que trata sobre contratos con personas sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad de acuerdo con el artículo 355 de la Constitución Política. Reglamento expedido por el Presidente de la República: Decreto 4588 de 2006 “Por el cual se reglamenta la organización y funcionamiento de las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado”.
Regulación	Actos administrativos de carácter técnico,	La Resolución 151 de 2001 de la CRA

²⁰⁵ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-061/05, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá: 1 de febrero de 2005.

administrativa económica	como concreción de la función de policía del orden económico	regula los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo. En algunos apartes se refiere a la prestación del servicio por comunidades organizadas sin ánimo de lucro. Esta regulación puede establecer barreras de entrada (montos mínimos) y de salida de los agentes en los mercados.
Supervisión	Se hace a través de las Superintendencias (de Economía Solidaria, Financiera, de Puertos y Transporte, de Salud, etc.) o el Ministerio de Protección Social, según el caso. Contempla tres niveles: 1. Vigilancia: Sólo se observa la conducta de los agentes, sin que esto represente para aquellos carga alguna o interferencia directa en sus actividades. 2. Inspección: Hay una carga para el administrado; su fundamento es el interés general. 3. Control: se interfiere directamente en la autonomía de las entidades vigiladas.	1. Vigilancia: Análisis financieros, revisión de estatutos o de otra información que se tenga de las entidades vigiladas. 2. Inspección: Visita administrativa, recibir una declaración a un representante legal, requerir la entrega de determinados documentos. 3. Control: orden de remover a un directivo, toma de posesión para administrar o liquidar, orden dada para realizar una reforma estatutaria, orden de constitución de reservas y provisiones, evaluación de los riesgos de gestión, solvencia y liquidez, entre otros. Mediante éste se pueden establecer institutos de salvamento y aseguramiento de la confianza pública.
Sanción	El Ministerio y las Superintendencia, según el caso, gozan de esta potestad de coerción para que los agentes cumplan sus deberes.	El Decreto 186 de 2004 confiere a la Superintendencia de Economía Solidaria la posibilidad de imponer multas personales o institucionales a los agentes de hasta 200 salarios mínimos legales mensuales.
Prestación de servicios públicos	Los servicios públicos domiciliarios constituyen la categoría más importante dentro de este género. La Ley 142 de 1994 y el Decreto 421 de 2000 señalaron que en cuanto a los servicios públicos de agua potable y saneamiento básico, éstos pueden prestarse en municipios menores, zonas rurales y áreas urbanas específicas, por parte de las comunidades organizadas constituidas como personas jurídicas sin ánimo de lucro (solidarias).	Para darse cumplimiento a este mandato se puede utilizar cualquier organización del sector que se ajuste a la naturaleza del servicio, ejemplo: cooperativa. No obstante, se utiliza un modelo organizacional denominado Administración Pública Cooperativa APC, en donde existe participación estatal. En muchos entes territoriales el servicio se presta de forma monopolística por las APC.
Gestión empresarial	La gestión empresarial puede ser con exclusividad de participación estatal, o mixta.	La Ley 489 distingue varias categorías de participación estatal como son: la asociación entre entidades públicas, o la constitución de fundaciones y asociaciones mixtas. La Ley cooperativa consagra la figura de la Administración pública Cooperativa APC.
Planeación	De acuerdo con los artículos 339 de la Carta Política y la Ley 152 de 1994, en la parte general de los planes de desarrollo se consagran, entre otros, las estrategias y políticas en materia económica, social y ambiental que guiarán la acción del Gobierno para alcanzar los objetivos y metas que se hayan definido. En concreto se hace a través del Dansocial,	Leyes 812 y 1151. En estos planes de desarrollo existen metas concretas de crecimiento y direccionamiento del sector.

	el cual junto con otras instancias del ámbito nacional generan las políticas del sector.	
Fomento	Son múltiples las formas que reviste el fomento en el campo de las organizaciones solidarias, ya que existe un mandato constitucional al respecto, encaminados a su promoción, protección, fortalecimiento y desarrollo.	1. Incentivos tributarios: para el impuesto a la renta existe un régimen especial y de exención (Ley 863 de 2003). 2. Líneas y créditos especiales para las organizaciones del sector (de fomento), 3. Asistencia técnica gratuita para su conformación e incubación de empresas solidarias y proyectos productivos. 4. Fondos de compensación por pérdida de dineros de ahorradores.
Participación y concertación	Aunque la integración del sector es facultativa, no obligatoria, los gremios han empezado a hacer autocontrol, además participan junto con el Estado en la concertación de la política para el sector.	CONES: Consejo Nacional de Economía Solidaria. Además del Nacional existen capítulos regionales.
Educación	La educación solidaria además de ser uno de los principios que orientan el actuar de las organizaciones del sector, constituye un mecanismo de difusión del modelo. En este sentido su importancia es invaluable.	El Dansocial es el encargado de dar los direccionamientos y habilitar a las entidades del sector para que estas impartan directamente este tipo de educación, el cual es un requisito, en muchos casos, para poder participar en la conformación de una entidad de esta naturaleza.

3.5.2 Pronunciamientos judiciales en torno a la dinámica interventora a través de los diferentes instrumentos

- **Sentencia C-136 de 1999**

Esta sentencia²⁰⁶ analiza las medidas tomadas mediante el Decreto Legislativo 2331 del 16 de noviembre de 1998, por parte del Presidente de la República dentro del Estado de Emergencia Económica y Social que se originó a causa de la situación económica de muchos ahorradores que fueron afectados por la crisis del sector cooperativo financiero. La Corte se pronunció en relación con la creación del Fondo de Solidaridad de Ahorradores y Depositantes de Entidades Cooperativas en Liquidación que tenía como objeto devolver, de manera ágil, recursos que ahorradores y depositantes habían dejado en manos de estas entidades en liquidación como respaldo a las personas perjudicadas, encontrando ese Tribunal que tal medida se ajustaba a la Constitución.

La Corte analizó la viabilidad de que se excluyeran de los beneficios del Fondo a las personas jurídicas con ánimo de lucro, pues ello obedecía a la limitación de los recursos disponibles y a la naturaleza misma que es diferente a la de los asociados que carecen de tal ánimo y que normalmente pregonan un beneficio social. Pero no aceptó y le pareció injustificado que ese fondo discriminara a las personas que, aún siendo de bajos ingresos y requiriendo sus recursos, sean ahorradores y depositantes que en promedio hayan recibido durante los últimos seis meses más

²⁰⁶ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-136/99, M. P. José Gregorio Hernández. Bogotá: 4 de marzo de 1999.

de dos salarios mínimos a título de ingresos mensuales, que era una condición impuesta por la norma.

También se analizó que existe una desproporción entre la magnitud de los recursos que vía impuestos crea la norma y el mínimo resarcimiento que en equidad y justicia debería corresponder a los ahorradores del sector cooperativo contradiciendo el artículo 58 de la Carta que obliga al Estado a promover y proteger las formas asociativas y solidarias de propiedad, y los artículos 334 y 335 de la Constitución que confía al Estado la dirección general de la economía y le ordenan intervenir, por mandato de la Ley, en las distintas etapas del proceso económico, con miras a lograr la distribución equitativa de las oportunidades y a promover la democratización del crédito.

El artículo 10 del Decreto sometido a control de constitucionalidad señalaba, entre otras cosas, que cuando se presenten las circunstancias excepcionales previstas por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, conforme a las cuales procede la adopción de institutos de salvamento y de protección de la confianza pública o la toma de posesión de una institución financiera o aseguradora, la Superintendencia Bancaria, con la autorización del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, podrá ordenar la conversión de una entidad de naturaleza cooperativa en sociedad por acciones. En estos casos los asociados recibirán acciones en proporción a sus aportes.

A la Corte le parece que la norma no sólo desestimula las formas solidarias de asociación, que merecen protección especial, sino que lesiona el núcleo esencial de la libertad de asociación de los cooperados, ya que deja en manos de las autoridades administrativas la conversión del ente solidario en una en sociedad por acciones, de manera unilateral desconociendo de manera flagrante la voluntad de quienes están asociados y de las mismas organizaciones solidarias y cooperativas, que tienen especial amparo constitucional.

- **Sentencia C-211 de 2000**

En esta sentencia²⁰⁷ se demandaron algunos artículos de la Ley 79 de 1988 relacionadas con las cooperativas de trabajo asociado por una presunta violación al principio de igualdad y los derechos de los trabajadores ya que deberían estar consagrados en un estatuto especial expedido por el Congreso de la República. La Corte, para resolver la cuestión planteada, analiza si la autorización que se confiere a las cooperativas de trabajo asociado para establecer su propio régimen de trabajo, de seguridad social y de compensación viola la Constitución; y especialmente viola el principio de igualdad en relación con los trabajadores dependientes.

Para este fin se estudia el modelo de intervención del Estado frente a estas cooperativas y se señala que la Ley ha determinado un marco muy amplio, pero no absoluto, y por tanto éstas pueden actuar con autonomía especialmente para expedir sus propios estatutos o reglamentos para lo cual el legislador reglamenta

²⁰⁷ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-211/00, M. P. Carlos Gaviria Díaz. Bogotá: 1 de marzo de 2000.

algunos aspectos sin que pueda interferir en su ámbito estrictamente interno, pues ello depende de la libre y autónoma decisión de los miembros que las conforman. Sin embargo aclara que eso no les habilita para que contraríen los principios y valores constitucionales.

- **Sentencia C-779 de 2001**

En esta sentencia²⁰⁸ se demandaron varios artículos de la Ley 454 de 1998. Fue así como la Corte Constitucional examinó la exequibilidad del numeral 1 del artículo 6 de la mencionada norma utilizando el principio de igualdad que había argüido el actor al enfrentar esta disposición legal especial para el sector que las organiza como empresas que contemplan en su objeto social el ejercicio de una actividad socioeconómica, a la legislación comercial que permite a las sociedades de hecho y de derecho tener en su objeto social varias actividades socioeconómicas.

La Corte dice que no hay violación a este principio en la forma como el legislador redactó la norma. Las situaciones de hecho y de derecho son diferentes, por tanto no es posible equipararlas para efectos de determinar algún tipo de discriminación. En ese sentido, de manera independiente las sociedades comerciales y las solidarias, tiene su propia naturaleza jurídica, sus particularidades las hacen diferentes entre sí y susceptibles de un tratamiento especial por parte del legislador en su regulación, en cada caso.

Igualmente se demandó el artículo 27 de la Ley 454 de 1998 que trata sobre la integración de la junta directiva del FONES, bajo el entendido que ésta viola las libertades democráticas al determinar que sólo habrá un representante del sector en su junta directiva, de los cinco que determina la Ley, número que es insuficiente, siendo por demás selectiva y discriminatoria. Frente a ello la Corte recuerda que la Ley dispone que serán miembros del FONES las entidades de la Economía Solidaria que suscriban aportes, se afilien voluntariamente y con ello puedan acceder a créditos. Además de estos aportes aprobados también recibirá apropiaciones que se le asignen en el presupuesto nacional.

La Corte rechaza el cargo en virtud a que al existir dineros públicos en la entidad destinados a créditos no es procedente su manejo y administración a discreción de los particulares. Se garantiza precisamente el principio de la participación democrática a sus afiliados a través de ese representante y además se concreta allí, uno de los fines del Estado, que consiste en facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, administrativa, política y cultural de la Nación. No es posible entonces que del órgano forme parte cualquier persona y en ese sentido el trato dado por la Ley no es discriminatorio. Así, la Corte aclara que esta norma fue dictada en virtud de lo dispuesto en la Carta Política, artículo 150 numeral 7, que posibilita al Congreso expedir normas sobre estructura de la Administración Pública.

²⁰⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-779 de 2001, M. P. Jaime Araujo Rentería. Bogotá: 25 de julio de 2001.

De otra parte se pidió la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 36 de la Ley 454 de 1998, por violar también el principio de igualdad y otros como la buena fe, la libertad de asociación y la promoción por parte del Estado, al asignar a la Superintendencia de la Economía Solidaria la verificación de los estados financieros de las entidades vigiladas pues debió disponer lo mismo que se hace para las empresas capitalistas, según la Ley 222 de 1995.

La Corte precisa que esta disposición legal fue dictada con base en lo establecido en los artículos 150 numeral 8 y 189 numeral 24 de la Carta Política que prescribe que le corresponde al Congreso expedir las normas a las cuales debe sujetarse el Gobierno para el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia. Como quiera que esa función deriva de la Constitución, no hay violación a esos principios ya que no existe un parámetro de comparación válido con las sociedades mercantiles que poseen una naturaleza jurídica diferente y cuyas normas que las regulan también hacen unas exigencias concretas frente a la aprobación de sus estados financieros.

Otras normas demandadas fueron el numeral segundo del artículo 39, y los artículos 40, 41, 42, 45 y 46 de la Ley 454 de 1988 en las que se normativiza la autorización que se concede a las cooperativas multiactivas o integrales para ejercer la actividad financiera. Según el actor, estas disposiciones lesionan los derechos adquiridos de las empresas que ya tenían habilitación para ejercer esta actividad de acuerdo con lo estipulado en la Ley 79 de 1988, además se condiciona el ingreso y retiro de los asociados no a su voluntad, sino a la existencia de unos montos mínimos.

Al respecto, la Corte Constitucional manifiesta su respeto por la autonomía del Legislador, quien en virtud de lo señalado en el numeral 19 literal d del artículo 150 de la Constitución se le atribuye la función de regular las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público y considera que el cargo formulado es simplemente una apreciación subjetiva. Concretamente este Tribunal manifiesta que:

“Si bien el artículo 333 de la Constitución señala que el Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial lo cual se ha llevado a cabo mediante la reglamentación expedida desde 1988 con la Ley 79 y posteriormente con la Ley 454 de 1998, lo cual no obsta para que así mismo se ejerza un control sobre ellas dado que sus actividades necesariamente juegan un papel importante dentro de la economía del país. De ahí que también en ejercicio de la facultad asignada por el mismo artículo 333 el legislador delimite el alcance de la libertad económica, máxime cuando la libre competencia económica es un derecho que supone responsabilidades frente a lo cual el Estado debe hacer presencia e intervenir regulando o restringiendo la misma, en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 334 de la Carta Política que le asigna la dirección general de la economía.

“Con mayor razón ha de intervenir el Estado en los eventos en que las empresas de economía solidaria acorde a lo establecido en la Ley realicen actividades financieras, puesto que la misma Constitución Política en su artículo 335 califica estas actividades como de “interés público” las cuales sólo pueden ser ejercidas previa autorización del mismo Estado conforme a la Ley la cual tiene a su cargo regular la forma como el Gobierno intervendrá en éstas materias”.

La norma demandada permite que la actividad financiera sea ejercida de manera especializada por organizaciones del sector y que bajo circunstancias especiales se faculte a las cooperativas multiactivas e integrales su ejercicio, pero para ello deberá llegarse a un acuerdo al interior de los órganos de dirección y sin imposición legal. El ejercicio de su actividad financiera no desnaturaliza de ninguna forma la organización cooperativa, por el contrario constituye una medida de fortalecimiento, bajo el entendido de que la práctica de la actividad financiera comporta un riesgo social y económico frente al cual el Estado debe exigir determinados requisitos y márgenes de solvencia económica para quien la desarrolla a efectos de mantener una economía estable y la credibilidad y confianza por parte del público y asociados.

- **Sentencia C-948 de 2001**

En esta sentencia²⁰⁹ la Corte Constitucional examina si la autorización otorgada para que las cooperativas presten sus servicios a terceros afecta su espíritu cooperativo; si el establecimiento de montos mínimos de aportes a las cooperativas que prestan servicios financieros a sus asociados desconoce el derecho a la libre asociación y el deber constitucional de promover y fortalecer las empresas solidarias; si la autorización, en casos excepcionales, para que las cooperativas financieras puedan convertirse por decisión de sus asociados en sociedades anónimas contraviene las disposiciones constitucionales relativas a la protección y promoción de la economía solidaria; y si la facultad que se les otorga a las cooperativas de ahorro y crédito de convertirse en cooperativas financieras cuando sobrepasen un determinado monto de captación, vulnera el derecho constitucional de la libre asociación.

La Corte señala que la economía solidaria guarda un fuerte vínculo con el principio de solidaridad y con la noción de democracia económica que es propia de un Estado Social de Derecho, “toda vez que ese tipo de propiedad fortalece la sociedad civil en cuanto constituye una respuesta alternativa a las necesidades individuales y colectivas en esta materia”. Es así como se hace un recuento de las disposiciones constitucionales que se relacionan con la propiedad solidaria como son el artículo 1 (la solidaridad como fundamento del Estado); el 38 (derecho de asociación de los trabajadores); el 51 (formas asociativas de ejecución de programas de vivienda); el 58 (protección y promoción de las formas asociativas y solidaria de propiedad); el 60 (promoción del acceso a la propiedad y en particular de los trabajadores y las organizaciones solidarias en los procesos de privatización); el 64 (obligación del Estado de promover el acceso a la propiedad de la tierra en forma individual y asociativa) y el 333 (obligación del Estado de fortalecer las organizaciones solidarias y promover el desarrollo empresarial).

Según este Tribunal, esto significa que fue querer del Constituyente darle una protección especial a esta clase de propiedad, para lo cual los diferentes mandatos deben ser desarrollados por el Legislador con un tratamiento distinto que garantice materialmente la competitividad de estas empresas, preferentemente el surgimiento

²⁰⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-948/01, M. P. Clara Inés Vargas Hernández. Bogotá: 5 de septiembre de 2001.

y desarrollo de las organizaciones solidarias; “el apoyo a entes cooperativos especializados de crédito; la educación cooperativa; la ayuda logística y de orientación a la formación de cooperativas; el estímulo a su integración en organizaciones de grado superior; la participación de estos entes en programas de bienestar social y su representación en instancias gubernamentales; el reconocimiento de su existencia jurídica y el control de su gestión y una acción coherente de las entidades competentes con miras a su extensión”.

También se señala en el fallo que esta normatividad no sólo debe evaluarse con base en la Carta Política sino además mediante un análisis de coyuntura económica respecto a los factores que incidieron en la reciente crisis del sector financiero cooperativo, que conllevó al replanteamiento de la normatividad y en consideración a la noción de interés público que este tipo de actividades lleva implícito. Es así, como se indica que de acuerdo con el factor competencial le corresponde únicamente al Legislativo establecer el régimen del sector solidario y en particular de aquellas organizaciones cooperativas que desarrollan actividades relacionadas con la captación y colocación de recursos financieros.

En este pronunciamiento la Corte analizó que las actividades que ejercen las cooperativas con terceros son totalmente acertadas a la luz de la Constitución misma y de los referentes normativos históricos que se han dado. Ellas deben contar con un patrimonio suficiente para asegurar el desarrollo de una actividad tan delicada y de tantas repercusiones sociales en ese sentido se sostiene que esos montos son necesarios, en especial, por el principio de “puertas abiertas” de las cooperativas que permite el ingreso y egreso de asociados en cualquier momento incidiendo en un patrimonio variable e ilimitado. La exigencia pone a salvo la confianza de los ahorradores, al igual que otras medidas como la autorización por parte de la Superintendencia de Economía Solidaria. Cabe recordar, que la experiencia del sector cooperativo ha mostrado las consecuencias nocivas de una regulación flexible en cuanto a la protección de los recursos financieros que allí se manejan.

Otro de los cargos objeto de análisis fue el de la inconstitucionalidad frente a la posibilidad que existe frente a que estas cooperativas se conviertan en sociedades anónimas por orden de la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera) o por su propia voluntad en circunstancias excepcionales y con autorización del ente de control. La Corte defiende este tipo de medidas que consisten en instrumentos del mercado que son más eficientes que la participación directa del Estado, pero aclara que la solución no siempre es que el Estado asuma el control sino que se deben evaluar otras posibilidades que no impacten de una manera tan alarmante en la economía.

Podría pensarse que en caso de crisis la solución es la toma de posesión, pero esta clase de actuaciones gubernamentales encarnan una desestabilización de impacto hacia afuera, por lo que es mucho más apropiada la conversión en sociedad anónima, que es una típica medida de salvamento de carácter preventivo y excepcional tendiente a sacar a la entidad de la difícil situación en que se encuentre; siendo en este caso los asociados de la cooperativa los que en desarrollo del derecho de asociación y en presencia de circunstancias excepcionales vinculadas

con la situación de la entidad, de manera voluntaria y libre someten a consideración de la Superintendencia Financiera su deseo de convertirse en sociedad anónima, lo cual no implica la violación de ningún principio constitucional.

Otra de las normas acusadas fue el numeral 4 del artículo 113 de la Ley 510 de 1999 que ordena la conversión de cooperativas de ahorro y crédito en cooperativas financieras cuando quiera que durante dos meses consecutivos registren un monto de captaciones superior en dos veces a los aportes mínimos requeridos para una cooperativa financiera. La norma lo que pretende es que cuando se tenga un volumen de operaciones de esa naturaleza, éstas pasen a ser sujetos de las normas de regulación propias de las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera para que no se corran riesgos innecesarios en los intereses de los ahorradores involucrados.

La Corte termina concluyendo la exequibilidad de la norma, con base en un principio básico que consiste en que el interés general constituye el primordial límite a las libertades públicas y en este evento concreto, a la libertad de asociación que tienen los asociados de una cooperativa de esta naturaleza, a la cual se le exige cambiar su forma asociativa en aras de conservar la confianza pública de sus ahorradores y del público en general.

- **Sentencia C-1145 de 2004**

En este fallo²¹⁰ se resuelve la demanda de algunos artículos de la Ley 454 de 1998, sobre las atribuciones que se le asignaron al Dansocial en materia de educación solidaria. Para estos efectos, la Corte examina el contenido y alcance del artículo 27 Superior y la función del Estado frente a la garantía de la libertad de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra, y reitera la importancia que la educación tiene para la sociedad, de lo cual se deriva la necesidad del adecuado diseño del sistema educativo para asegurar el cumplimiento de los fines fijados para ella en la Constitución. Recuerda que la educación es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social

En ambos casos, el Estado tiene la potestad de intervenir para asegurar sus cometidos e incluso para garantizar que los particulares constituyan centros docentes de conformidad con las estipulaciones constitucionales y legales vigentes, e impartir en ellos la educación que estime conveniente. Las limitaciones que la Ley imponga de conformidad con las competencias de regulación, inspección y vigilancia en esta materia no pueden considerarse violatorios del derecho a la libertad de enseñanza ni de las demás libertades a que alude el artículo 27 Constitucional.

De otra parte, la Corte repasa las diferentes normas que integran el marco constitucional de la solidaridad y de las organizaciones asociativas solidarias, las cuales no son simples enunciados teóricos sino directivas de acción política que le imponen al Estado el deber de fomentar, apoyar, promover y proteger estas

²¹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-1145/04, M. P. Álvaro Tafur Galvis. Bogotá: 17 de noviembre de 2004.

organizaciones, así como la propiedad solidaria. Estos instrumentos resultan útiles para lograr el desarrollo económico dentro de esquemas democráticos que contribuyen de manera equitativa en la distribución de la propiedad y del ingreso, y en la racionalización de la economía en favor de la comunidad, en especial de las clases populares.

Señala la Corte que dentro de ese marco de intervención del Estado en la economía, se expidió la Ley 454 de 1998 que en su artículo 30 numeral 11 asignó al Dansocial como una de sus funciones “Organizar los procesos de inducción y educación en la práctica de la Economía Solidaria y expedir certificados de acreditación sobre educación en teoría y práctica de Economía Solidaria”, lo cual es concordante con el artículo 63 de la misma en donde se señala que los actos de registro e inscripción de las entidades de la economía solidaria serán realizados por la Superintendencia a la cual corresponda su supervisión y que para el registro de acto de constitución, será condición previa la presentación del certificado de acreditación sobre educación solidaria expedido por el Dansocial.

Es esto último lo que se ataca en la demanda, bajo el entendido de que se vulnera el derecho a la educación en cuanto se asignaría una competencia exclusiva y excluyente a esa entidad para organizar los procesos de inducción y educación y acreditarlos en práctica y teoría de la Economía Solidaria, lo cual convertiría su enseñanza en “doctrina oficial agenciada por Dansocial”, también crearía un monopolio educativo y conceptual. Para resolver la cuestión planteada, la Corte revisó si las funciones que se asignan en las disposiciones acusadas al Dansocial son o no funciones que corresponden al Estado que pueden ser reguladas y asignadas por la Ley.

Lo primero que se determinó es que la prestación del servicio educativo no está solamente en cabeza del Estado sino que los particulares pueden constituir instituciones de educación. Al Estado le corresponde una serie de funciones referidas a la promoción de las organizaciones solidarias. En materia de educación solidaria es claro que el Estado no ostenta la exclusividad y que dentro de la regulación que compete de manera privativa al Estado, pueda habilitarse la concurrencia de los particulares que directamente organicen y desarrollen proyectos de educación en economía solidaria. Para la Corte entonces es ajustado a derecho que exista un órgano estatal especializado como el Dansocial en esta materia, cuya potestad emana del legislador con el ánimo de que dirija la educación solidaria y organice las especificidades de esta materia, promoviendo la participación de los particulares los cuales deben estar habilitados de manera previa por esa entidad.

- **Sentencia C-188 de 2006**

En esta sentencia²¹¹ la Corte Constitucional resuelve la demanda de inconstitucionalidad impetrada contra la Ley 795 de 2003 que ajustó el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y reformó algunos artículos de la Ley 454 de 1998. De lo dicho, es importante resaltar la definición que hace este Tribunal en relación

²¹¹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-188/06, M. P. Rodrigo Escobar Gil. Bogotá: 15 de marzo de 2006.

con el vocablo solidaridad entendido como “aquella comunidad de intereses, sentimientos y aspiraciones, de la cual emana, como consecuencia natural y obvia, un acuerdo de mutua ayuda y una responsabilidad compartida para el cumplimiento de los fines propuestos: la satisfacción de las necesidades individuales y colectivas”.

La Corte trae a colación la importancia de la solidaridad como principio fundante de nuestro Estado Social de Derecho y como “un deber, impuesto a toda persona por el sólo 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”. Ello se concreta en la obligación de cooperar con los congéneres ya sea para facilitar el ejercicio de sus derechos o, en su defecto, para favorecer el interés colectivo. Partiendo de esto, señala que una manifestación del principio de solidaridad lo constituyen las organizaciones de economía solidaria.

Se encuentra en el tema específico de las organizaciones cooperativas que éstas desarrollan actividades relacionadas con la captación y colocación de recursos financieros, la competencia la tiene el Legislativo de manera conjunta con el Ejecutivo. A este último se le asigna la función controlar y vigilar la actividad conforme a la Ley. La Corte hace un recuento de los fundamentos constitucionales que habilitan la intervención del Estado en esta función desarrollada por parte de las entidades solidarias:

Artículo de la Constitución	Contenido
150, numeral 19, literal d	Faculta al Congreso para dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para regular las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público.
189, numeral 24	Faculta al Presidente de la República para ejercer, de acuerdo con la Ley, la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público, e igualmente, sobre las sociedades cooperativas y las sociedades mercantiles.
333	Habilita al legislador para regular el régimen de libertad económica, fijando los requisitos y límites a la iniciativa privada, siempre y cuando éstos estén justificados por la protección del interés general.
334	Dispone que la dirección general de la economía estará a cargo del Estado quien intervendrá por mandato de la Ley en la producción, distribución y consumo de bienes y servicios.
335	En relación con los servicios financieros garantiza la protección de los derechos económicos de los asociados.

La Corte recuerda que a través del artículo 98 de la Ley 79 de 1988, autorizó a las entidades del sector cooperativo para organizar instituciones financieras en sus distintas modalidades regidas por sus propias disposiciones en concordancia con las del régimen cooperativo. Eso de acuerdo con lo dispuesto en Ley 35 de 1993, que señaló como uno de los objetivos de la intervención del Gobierno en materia financiera, la protección y promoción del desarrollo de las instituciones de la

economía solidaria, y se dispuso que no podía desconocerse la naturaleza y principios propios de las cooperativas autorizadas para ejercer la actividad financiera.

La Ley 454 de 1998 es considerada como una Ley de fomento de las formas asociativas, las cuales además de “desarrollar las actividades sociales que le son consustanciales, se ocupan también de actividades empresariales que se enlazan con el mercado de bienes y servicios, las cuales fueron calificadas como entes especiales y definidas como Cooperativas financieras asimiladas a los establecimientos de crédito”.

La Corte considera ajustadas a la Constitución las modificaciones introducidas por la Ley 454 de 1998, y es válido que en una norma que pretende modificar la legislación financiera, se incluyan medidas dirigidas a promover y controlar esa actividad cuando ésta es ejercida por entidades especializadas del sector solidario como lo son las cooperativas. Esta Ley tuvo como propósito incorporar al cooperativismo financiero en la institucionalidad de los sistemas, con “el fin de permitirle competir en condiciones de igualdad, eficiencia y calidad, buscando de este modo la movilización del ahorro nacional hacia ciertos sectores de la población necesitados de servicios financieros efectivos y en mejores condiciones de acceso”.

3.6 LOS MODELOS

En capítulos anteriores se presentó la definición de un modelo económico desde sus elementos más importantes y se estudió el caso colombiano en donde éste corresponde a uno abierto, no único o cerrado, que depende en gran medida del sector y el tipo de actividad al que se dirija. Como se dijo en su momento, un modelo corresponde a la interacción de diversos elementos históricos, filosóficos o principalísticos, sujetos, entre otros, que actúan con un grado de dependencia o de independencia frente al Estado, quien reacciona de determinada manera a través de los diferentes instrumentos que se han analizado, con unos fines y propósitos que generalmente derivan de la Constitución.

Para el sector solidario es posible identificar diferentes grados de intensidad en la aplicación del modelo, que van desde el fuerte hasta el ligero, dependiendo de la actividad que se realiza y de la clase de organización. Con el propósito de estudiar estos dos prototipos de intervención en la presente investigación, se siguió la metodología que se describe a continuación:

1. Delimitación de agentes y actividad. Al interior del sector solidario se encuentra que existen múltiples organizaciones con características muy particulares que desarrollan actividades sociales y económicas. Para el presente estudio se seleccionaron tres tipos de organizaciones: i) cooperativas de trabajo asociado, ii) cooperativas con actividad financiera y iii) asociaciones, corporaciones y fundaciones. Al tratar de saber qué es más importante: si la actividad que ejercen o la forma jurídica particular; se ha encontrado en que es difícil desligar estos dos aspectos ya que de hacerse, perderían su esencia y su razón de ser cada uno de ellos.

2. Gradación de la importancia de la actividad. Pese a lo dicho anteriormente, se revisó qué hay de particular en las actividades que desarrollan y se encontró que tanto los fines económicos como sociales que les corresponden tienen una relación muy fuerte con la realización del Estado Social de Derecho y por tanto la Constitución dio un mandato particular de protección al trabajo (art. 25), al crédito público (art. 335), a la asociatividad para el desarrollo de actividades sociales (art. 38) y al destino de las donaciones que se hagan a las fundaciones (art. 62). Es decir que desde ese punto de vista todas estarían en un nivel fuerte.

3. Examen de los instrumentos. En el capítulo siguiente se hará un estudio pormenorizado de los instrumentos que se aplican en cada uno de los dos modelos y su alcance particular; no obstante para conocer su intensidad *a-priori* se definió ésta haciendo un balance de acuerdo a cómo funcionan en la práctica, por lo que se comprobó que en las primeras es fuerte mientras que en las segundas, ligero. La matriz utilizada fue la siguiente:

Instrumento	Cooperativas de trabajo asociado	Cooperativas con actividad financiera	Asociaciones, corporaciones y fundaciones
Constitución Económica	Fuerte	Fuerte	Fuerte
Leyes y Decretos con fuerza de Ley	Fuerte	Fuerte	Ligero
Sentencias judiciales	Fuerte	Fuerte	Ligero
Reglamentos	Fuerte	Fuerte	Ligero
Regulación administrativa económica	Intermedio	Fuerte	Ligero
Supervisión	Fuerte	Fuerte	Ligero
Sanción	Fuerte	Fuerte	Ligero
Prestación de servicios públicos	Fuerte	Fuerte	Intermedio
Gestión empresarial	Ligero	Ligero	Intermedio
Planeación	Fuerte	Intermedio	Ligero
Fomento	Ligero	Intermedio	Ligero
Participación y concertación	Ligero	Intermedio	Ligero
Educación	Fuerte	Intermedio	Ligero
Conclusión	Modelo fuerte	Modelo fuerte	Modelo ligero

Frente a estos modelos es pertinente observar que desde la Carta Constitucional existe un mandato que podría entenderse como fuerte frente a todas las entidades seleccionadas para el estudio; sin embargo en los demás instrumentos no existe una coherencia con ese grado, lo cual se explica en razón a que existe un amplio margen de configuración para el legislador, e igual la operatividad de los otros depende en gran medida de la autoridad administrativa quien también, dentro de los límites constitucionales, puede seleccionar opciones de política pública que se ajusten a su programa de gobierno.

Lo ideal es que los modelos sean armónicos, incluso podría pensarse en que su gradación dependiera de cada instrumento con una tendencia hacia el intermedio o ligero y que en caso de ser fuerte, esta situación sea temporal para corregir fallas de mercado, que permitan que una vez normalizado, se flexibilicen. Tal planteamiento parte de los principios estudiados tales como el de libertad (autonomía), igualdad, ponderación, necesidad, entre otros, pues como se ha dicho la intervención tiene unos límites, y así como la indiferencia del Estado es perjudicial para el desarrollo

de una sociedad, el exceso del mismo termina afectándola y distorsionando las relaciones entre los ciudadanos.

3.7 CONCLUSIONES

Además de las consideraciones propias que justifican la intervención general del Estado en la economía, en el sector solidario es la misma Carta la que garantiza la protección, el fortalecimiento y la promoción de las formas solidarias. Ello conlleva a señalar que sí existe una habilitación para que el Estado incida en su dinámica creando un modelo que está matizado por elementos tales como la naturaleza jurídica especial y que se atiende, además, a las condiciones particulares que se han creado para el desarrollo de las actividades socioeconómicas dependiendo de su importancia.

Como elementos del modelo están en primer lugar los políticos y filosóficos que definen el sector, los cuales no son fáciles de precisar ya que no existe una caracterización completa de orden imperativo que permita definir, delimitar y establecer sus rasgos esenciales y de manera precisa el conjunto de las organizaciones que de él forman parte. Incluso tampoco existe un acuerdo sobre su denominación, pero se acoge el de sector solidario, ya que su rasgo más característico es la solidaridad.

Empero, existen otros principios que determinan la orientación y el sentido en el que se edifica el modelo como lo es el concepto “sin ánimo de lucro” cuya imprecisión y vaguedad ha generado algunas incoherencias al punto de consagrar en la legislación como solidarias entidades que no lo son, tal es el caso de las empresas asociativas de trabajo y las sociedades agrarias de transformación. Otros son: la primacía de la persona sobre los medios de producción que reorganiza la escala de valores en el manejo de los medios de producción; la empresarialidad como un derecho de corte social y relativo; la autonomía entendida como autogestión, autodeterminación, autocontrol y autogobierno; la formación solidaria como proceso permanente y continuo; la integración con otras organizaciones del mismo sector y la promoción de la cultura ecológica.

En segundo lugar el modelo atiende al comportamiento de unos actores, que de una parte son entidades estatales, las cuales mediante la promoción, el fomento, la inspección, la vigilancia y el control de las organizaciones, y personas que dentro del sector actúan como productores o consumidores, establece un orden social y económico. Estos productores de bienes y servicios los ofertan a sus propios asociados y a la comunidad a unos precios justos, además generan una dinámica económica que cohesiona la generación de capital social. Estas pueden ser agrupadas dependiendo si su solidaridad se ejerce principalmente hacia adentro y son denominadas organizaciones de la economía solidaria OES o si la ejercen hacia afuera, es decir hacia la comunidad en general, denominadas organizaciones solidarias de desarrollo OSD.

Cada entidad del sector tiene unas particularidades y unos propósitos, incluso, el Estado puede participar como agente económico y establecer alianzas para sacar

adelante obras en beneficio de la comunidad. En ese contexto, algunas de ellas tienen una autonomía normativa, como por ejemplo las cooperativas, para otras en cambio sus elementos definitorios no le son inherentes sino que se derivan de su actividad, como el caso de las Empresas Solidarias de Salud –ESS-, que son cooperativas y asociaciones mutualistas que prestan el servicio de salud en los términos de Ley, o el caso de las organizaciones populares de vivienda –OPV-, que son cualquier entidad del sector que desarrolle proyectos de vivienda para sus asociados.

Para el sector solidario existen diferentes instrumentos de intervención, que emanan de la Constitución Política misma, en especial de los artículos 1, 38, 51, 60, 64 y 333, que son desarrollados por el Congreso de la República a través de los diferentes tipos de leyes que le son aplicables acordes con la materia, establecidos en el artículo 150 pero en especial el numeral 21 respecto de “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”. También la Corte Constitucional, a través de sus diferentes fallos ha incidido en el comportamiento de los agentes solidarios y de los mercados en donde despliegan su actividad socioeconómica.

Lo anterior, sin desconocer que la mayor parte de la actividad interventora se produce en el ejercicio de las funciones del ejecutivo, a través de reglamentos que desarrollan las leyes de intervención y de la regulación económica que busca en esencia darle orden a mercados relevantes como el de los servicios públicos en donde las organizaciones solidaria pueden participar. Esto se concreta en la función de supervisión, a través de la cual se limita en diferentes grados la autonomía y libertad de los agentes, a través de las Superintendencias, quienes tienen la potestad de vigilar, inspeccionar, controlar y sancionar para disciplinar a las organizaciones y sus administradores.

Pero la función interventora no sólo se da desde la garantía de derechos y de un orden público económico limitativo de las libertades de esta naturaleza, sino que también participa en la gestión empresarial. Lo anterior en concordancia con la identificación de los postulados estatales con la dinámica de las organizaciones solidarias, para hacer posible los postulados del Estado Social de Derecho. Es así como las entidades públicas pueden asociarse entre ella mismas o con particulares para crear asociaciones o fundaciones, en donde se destaca la figura de la cooperativa pública también denominada Administración Pública Cooperativa.

Otro instrumento no menos importante es el del fomento, que se da dentro de un marco de planeación estatal y creación de políticas públicas para incentivar el sector y dar cumplimiento al mandato constitucional a acerca de la promoción de las entidades. En ese sentido, se han creado medidas especiales de discriminación positiva para estas organizaciones tales como incentivos tributarios, créditos especiales, asistencia técnica por parte del Estado. Todo ello en concertación con los implicados y con una política de educación y formación solidaria.

Algunos de estos instrumentos han sido materia de estudio por parte de la Corte Constitucional. En la sentencia C-136 de 1999 se abordó el tema de la creación del

Fondo de Solidaridad de Ahorradores y Depositantes de Entidades Cooperativas en Liquidación, raíz de la crisis del sector solidario y como medida de intervención de protección a los ahorradores. El principio utilizado para el análisis fue el de igualdad, pues la norma estableció algunas medidas que la Corte interpretó como discriminatorias, como por ejemplo en materia de montos de ahorro.

En la sentencia C-211 de 2000, la Corte Constitucional, analizó el conflicto entre derechos laborales e igualdad en relación con las cooperativas de trabajo asociado, encontrando que la actuación del Estado en el funcionamiento de estas entidades se ajustaba a la Constitución, y que la autorización que se confiere a las cooperativas de trabajo asociado para establecer su propio régimen de trabajo, de seguridad social y de compensación se da dentro del amplio marco legal acompañado de una supervisión por parte del Ministerio del Trabajo y de la Superintendencia de Economía Solidaria.

Asimismo en la sentencia C-779 de 2001 se utiliza el principio de igualdad para definir que el tratamiento especial que el legislador ha establecido a favor de estas organizaciones frente a sociedades comerciales es adecuado a la Constitución. En materia de instrumentos se refirió a la participación de las entidades solidarias en FONES como una instancia de fomento del sector, y a la función de supervisión estatal en materia de cooperativismo financiero.

Otro pronunciamiento importante en este sentido, fue la sentencia C-948 de 2001, que recogió parte de los pronunciamientos anteriores en materia de intervencionismo estatal con respecto a la actividad financiera, que ha sido declarada de interés público en cuanto la falta de supervisión puede generar efectos devastadores a nivel macroeconómico. Aparte de ello, se discutió acerca de si la autorización para que las cooperativas presten sus servicios a terceros afecta su espíritu cooperativo, si el establecimiento de montos mínimos de aportes a las cooperativas que prestan servicios financieros a sus asociados, desconoce el derecho a la libre asociación y el deber constitucional de promover y fortalecer las empresas solidarias.

En la sentencia C-1145 de 2004 se aborda la educación solidaria como instrumento de intervención. Desde allí, la Corte analiza si las funciones del Dansocial, como órgano de fomento, frente a este tema vulneran la libertad de cátedra y enseñanza pues se impone un modelo único. Al respecto, la Corte considera que éste instrumento es viable constitucionalmente, de la forma como lo plantea la Ley 454 de 1998, en la medida en que el artículo 58 y 333 de la Carta obliga al Estado, como categoría empresarial especial, a su promoción y una de esas formas más expeditas es la educación y formación diferenciada.

Finalmente en la sentencia C-188 de 2006 se aborda nuevamente el tema del cooperativismo financiero y se justifica que exista una intervención para el fomento y otra para el control de la actividad dada su importancia con el fin de permitirle competir en condiciones de igualdad, eficiencia y calidad, buscando de este modo la movilización del ahorro nacional hacia ciertos sectores de la población necesitados de servicios financieros eficientes y con mejores condiciones de acceso.

Los modelos de intervencionismo de Estado en el sector solidario, de manera particular, se construyen a partir de grados de intensidad en la aplicación de los instrumentos y se van desde el fuerte hasta el ligero, dependiendo de la actividad que realizan y de la clase de organización a la que se aplican. Con el ánimo de caracterizarlos, la presente investigación, en primer término delimitó los agentes y la actividad seleccionando tres tipos de organizaciones a saber: i) cooperativas de trabajo asociado, ii) cooperativas con actividad financiera y iii) asociaciones, corporaciones y fundaciones. Se anotó que es difícil, en los entes seleccionados desligar el tipo de organización de la actividad que desarrollan.

En segundo lugar se intentó graduar la actividad que despliegan de acuerdo con su importancia y se encontró que tanto los fines económicos como sociales que les corresponden tienen una relación muy fuerte con la realización del Estado Social de Derecho y por ende la Constitución dio un mandato particular de protección a cada actividad. Finalmente para conocer *a-priori* la intensidad de los instrumentos, se definió ésta haciendo un balance de acuerdo a cómo funcionan en la práctica, por lo que se comprobó que en las cooperativas de trabajo asociado y cooperativas con actividad financiera es fuerte mientras que en las demás, corresponde a un modelo ligero. En ese sentido, se concluyó que los modelos deben ser armónicos y diseñarse en consonancia con los principios estudiados tales como el de libertad (autonomía), igualdad, ponderación, necesidad, entre otros.

4. MODELOS DE INTERVENCION FUERTE Y LIGERA EN EL SECTOR SOLIDARIO

4.1 PRESENTACION DEL CAPITULO

En los capítulos anteriores se tuvo la oportunidad de estudiar los fundamentos históricos, filosóficos y políticos que sirven de soporte a un Estado para adoptar un modelo de intervención sobre la actividad económica de los particulares. En éstos se hizo énfasis en las condiciones propias del Estado colombiano en el que se concilia la cláusula de Estado Social de Derecho y de intervención estatal, para propósitos y fines determinados.

Establecido este panorama, se profundizó en el ámbito específico sobre el que recae la presente investigación, esto es, el sector solidario, en el que se resaltó que pese a existir unas condiciones generales que lo caracterizan, no hay una doctrina unánime en torno a su denominación e incluso al universo de organizaciones que de él hacen parte. Frente a esta realidad se adoptó una clasificación emergente que tiene como base la dirección que toma la solidaridad, es decir si va hacia adentro o hacia afuera, dando origen a dos grupos: organizaciones de economía solidaria OES y Organizaciones Solidarias de Desarrollo OSD.

Como quiera que de la presentación general de cada una de ellas no se pudo identificar un modelo de intervención estatal desde el punto de vista de su intensidad, es decir si es fuerte o ligera, se analizarán en este capítulo ambos enfoques tomando en primer lugar sus características propias a partir de estructuras organizacionales tales como las cooperativas de trabajo asociado y las cooperativas con actividad financiera y de ahorro y crédito, y posteriormente las fundaciones y corporaciones.

4.2 ESTUDIO DEL MODELO DE INTERVENCION FUERTE: COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO Y COOPERATIVAS CON ACTIVIDAD FINANCIERA Y DE AHORRO Y CRÉDITO

4.2.1 Cooperativas de trabajo asociado

4.2.1.1 Importancia y marco jurídico

El mundo ha cambiado drásticamente en los últimos años en la forma de desarrollar el trabajo a raíz de la globalización y del surgimiento de nuevas tecnologías, que han exigido mecanismos flexibles para su ejecución y organización. No obstante, éstas en ciertos casos, constituyen un retroceso histórico en los logros que los movimientos sociales han alcanzado en favor del trabajador, su familia y su entorno.

Tales prácticas empresariales los alejan de una remuneración acorde con sus capacidades, de los derechos de asociación sindical, de un descanso, de una seguridad social, entre otros. Estas tendencias ponen de presente que el Estado debe intervenir en aras del mantenimiento de unas condiciones dignas a tono con

sus postulados sociales, en el que el trabajo como mecanismo de realización humana y de medio para acceder a los bienes y servicios que ofrece el mercado, contribuye al progreso social y la paz.

En materia de trabajo se aceptan y se reconocen tres formas para organizarlo: el dependiente, el independiente y el asociado. El trabajo dependiente se caracteriza por la subordinación que ejerce el empleador al imponer condiciones unilaterales de modo, tiempo y lugar y fijar su remuneración, dentro de los parámetros establecidos por el ordenamiento jurídico. El independiente, por su parte, es autónomo pues en éste se pone a prueba sus propias capacidades y de él participan los profesionales independientes y comerciantes informales sin una organización empresarial²¹².

Por último se encuentran las cooperativas de trabajo asociado en la cuales, a través del modelo solidario, el trabajador además de tal calidad, ostenta la de propietario, gestor y partícipe de los resultados de la empresa. Pero su carácter más importante es el de estar concebidas para mejorar las condiciones de vida de sus asociados a través del desarrollo de actividades económicas bajo la autogestión y sin sujeción a la legislación laboral ordinaria. Esta última característica ha sido aprovechada por algunos empresarios de manera incorrecta para disminuir sus costos, vulnerando los derechos de los trabajadores.

En este ámbito existe una serie de principios internacionales incluidos en la Recomendación 193 de 2002 de la OIT sobre la promoción de las cooperativas²¹³ que pregona una identidad propia y especial frente a los demás tipos de cooperativas, y por lo cual demanda de los estados un reconocimiento a la función social y económica que éstas realizan en la generación de trabajo digno y sustentable, teniendo como obligaciones: promocionarlas y evitar que se desvíen sus propósitos hacia otras causas.

Nuestro Estado, dando cumplimiento a esos compromisos internacionales, ha expedido una serie de normas tales como la Ley 79 de 1988, el Decreto 4588 de 2006 y la Ley 1233 de 2008. Allí son definidas como “empresas asociativas sin ánimo de lucro, que vinculan el trabajo personal de sus asociados y sus aportes económicos para la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios en forma autogestionaria”. Este concepto ya había sido precisado con anterioridad por la Corte Constitucional en la sentencia C-211 de 2000 así:

“Las cooperativas de trabajo asociado nacen de la voluntad libre y autónoma de un grupo de personas que decide unirse para trabajar mancomunadamente, bajo sus propias reglas contenidas en los respectivos estatutos o reglamentos internos. Dado que los socios son los mismos trabajadores éstos pueden pactar las reglas que han de gobernar las relaciones laborales, al margen del Código que regula esa materia. Todos los asociados tienen derecho a recibir una compensación por el trabajo aportado, además de participar en la distribución equitativa de los excedentes que obtenga la

²¹² Así lo reconoce la declaración mundial sobre cooperativismo de trabajo asociado aprobada en la Asamblea de la Organización Internacional de Cooperativas de Producción Industrial, Artesanal y de Servicios CICOPA, que reúne alrededor de 800 millones de asociados, en Oslo el 6 de septiembre de 2003 y ratificada por la Asamblea General de la ACI en Cartagena.

²¹³ Declaración sobre Identidad Cooperativa (Manchester, 1995) acordados en el marco de la Alianza Cooperativa Internacional (ACI).

cooperativa. Sólo en casos excepcionales y en forma transitoria u ocasional se les permite contratar trabajadores no asociados, quienes se regirán por la legislación laboral vigente”.

Por otra parte, la Corte Constitucional²¹⁴ se ha pronunciado, en relación con diversos aspectos de las cooperativas de trabajo asociado. Acerca de su autonomía ha señalado que ésta parte del reconocimiento y diferenciación de las competencias de autorregulación y de regulación estatal. No obstante, estas dos esferas deben coexistir en armonía puesto que en el momento en que se desdibujan se pueden generar relaciones laborales no permitidas, y por tanto el Estado debe intervenir para descubrir la realidad y dar paso a la protección de los derechos fundamentales, como el de asociación y las garantías laborales.

Frente a la competencia de autorregulación, ese Tribunal ha indicado que partiendo de la premisa de que en esas organizaciones los asociados son al mismo tiempo los aportantes de capital y los gestores de la empresa, sus regímenes se originan en el acuerdo cooperativo y, por consiguiente sus miembros no están sujetos a la legislación laboral²¹⁵. Tal facultad, empero, no significa que el legislador no pueda reglamentar algunos asuntos relacionados con su funcionamiento; lo que ocurre es que no puede injerir en su ámbito estrictamente interno porque ese es un tópico que en esencia está asignado a los miembros que las conforman; a menos que con ello se pretenda limitar o desconocer los derechos de los trabajadores o contrariar los principios y valores constitucionales²¹⁶.

Ejemplo de lo anterior es cuando se infringe el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades (contrato realidad) consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política. La Corte ha manifestado que la existencia de una relación entre cooperativa y cooperado no excluye necesariamente que se dé una relación laboral entre ellos y esto sucede cuando el cooperado no trabaja directamente para la cooperativa, sino para un tercero, respecto del cual recibe órdenes y cumple horarios por mandato de la cooperativa, existiendo prestación personal del servicio, subordinación y remuneración, por lo cual en esos casos, se abre la puerta para que el Estado intervenga en su actividad y limite su ordenación interna²¹⁷.

4.2.1.2 Principales características

Las cooperativas de trabajo asociado son en esencia cooperativas y por ello participan de las demás características estudiadas; no obstante, gozan de algunas particularidades en cuanto:

a. Asocian personas naturales que simultáneamente son gestoras, contribuyen económicamente a la cooperativa y son aportantes directos de su capacidad de

²¹⁴ Ver sentencias de la Corte Constitucional: C-211/00, T-336/00, T-1177/03, T-413/04, T-632/04, T-900/04, T-1080/04, T-190/05, T-291/05, T-873/05, T-1219/05, T-002/06, T-063/06, T-445/06, T-495/07, T-531/07.

²¹⁵ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-063/06, M. P.: Clara Inés Vargas H. Bogotá: 2 de febrero de 2006

²¹⁶ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-211/00, M. P.: Carlos Gaviria D. Bogotá: 1 de marzo de 2000.

²¹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-1177/03, M. P.: Jaime Araujo R. Bogotá: 4 de diciembre de 2003.

trabajo. No es posible, entonces, que formen parte de ella personas jurídicas, pues su esencia es el trabajo y en tanto, una ficción jurídica no puede desplegar acciones y movimientos propios de los seres humanos.

Tampoco lo pueden hacer con personal no asociado a menos que se trate de trabajos ocasionales o accidentales referidos a labores distintas de las actividades normales de la Cooperativa, para reemplazar temporalmente a un asociado imposibilitado para prestar su servicio; o para vincular personal técnico especializado que no desee vincularse como asociado.

b. Desarrollan actividades económicas, profesionales o intelectuales, con el fin de producir en común bienes, ejecutar obras o prestar servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados y de la comunidad en general²¹⁸. De tal manera que el trabajo puede tener una fuente interna o externa; interna cuando produce bienes por sí mismas, y externa si lo obtienen en la ejecución de obras o la prestación de servicios a un tercero, en cuyo caso actuaría como *outsourcing*, con plena autonomía en la organización de las labores y sin interferencia del contratante.

Aquí existe una responsabilidad que se ha denominado en bloque o en paquete, lo cual significa que el ente solidario constituye una persona jurídica independiente de sus asociados y por tanto ante el contratante debe responder por un resultado final completo sin importar en principio cómo haya organizado internamente la repartición del trabajo.

c. Se rigen por normas propias (autorregulación). El trabajo asociado está regulado por sus propios estatutos y por el régimen de trabajo asociado²¹⁹ y de compensaciones, y no se rige de manera alguna por el Código Sustantivo del Trabajo, por lo tanto, en materia de regímenes, se respeta la autonomía siempre que se ajuste al orden constitucional y legal, cotejo que efectúa el Ministerio de la protección Social como requisito habilitante para el funcionamiento del ente solidario.

Como consecuencia directa de lo anterior y de la identidad trabajador-asociado, la retribución por el trabajo, que ha sido denominada compensación, está excluida del ámbito laboral y no puede ser asemejada al concepto de salario. Lo anterior no implica que no sea justa y retributiva acorde con la cantidad y calidad del trabajo.

d. El trabajo asociado se diferencia del trabajo de que trata el Código Laboral precisamente en el hecho de no existir en el primero una subordinación²²⁰ sino una

²¹⁸ La Ley 1233 de 2008, al respecto indica: “Artículo 12. Objeto social de las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado. El objeto social de estas organizaciones solidarias es el de generar y mantener trabajo para los asociados de manera auto-gestionaria, con autonomía, autodeterminación y autogobierno”.

²¹⁹ El artículo 8 de la Ley 1233 de 2008 enseña que “el régimen de trabajo asociado cooperativo se regulará de acuerdo con los postulados, principios y directrices de la OIT relativos a las relaciones de trabajo digno y decente, la materia cooperativa, y los principios y valores universales promulgados por la Alianza Cooperativa Internacional, ACI”.

²²⁰ Ver CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-445/06, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá: 2 de junio de 2006. En relación con los elementos que pueden conducir a que la relación entre cooperado y cooperativa pase de ser una relación horizontal, ausente de subordinación, a una relación vertical en la cual una de las partes tenga mayor poder sobre la otra y por ende se configure un estado de subordinación, se

relación horizontal cuyas condiciones han sido pactadas entre iguales, mientras que en el segundo evento hay una dependencia de tipo vertical. Es decir que en las cooperativas de trabajo asociado la capacidad de imponer condiciones de modo, tiempo y lugar tiene un matiz relativizado y no es unilateral, lo cual no implica la existencia de una anarquía o desorden en su interior.

e. La Cooperativa debe ostentar la condición de propietaria, poseedora o tenedora de los medios de producción y/ o labor, tales como instalaciones, equipos, herramientas, tecnología y demás medios materiales o inmateriales de trabajo.

4.2.1.3 Aspectos relevantes de la intervención estatal en su dinámica interna

a. Especialización en sectores de mayor impacto social. Las cooperativas de trabajo asociado dedicadas a la prestación de servicios a los sectores de salud, transporte, vigilancia, servicios públicos y educación, deben ser especializadas en la respectiva actividad; con lo cual se pretende de una parte eliminar la multiactividad sectorial que debe desplegarse en torno a un grupo de personas que desarrollan una práctica u oficio común y no en torno a una mixtura de profesiones y oficios. De otra parte, la supervisión por actividad se dificulta para los diferentes entes de control cuando éstas no se especializan.

b. Restricciones a la contratación de terceros. El fin de las cooperativas de trabajo asociado es la producción de bienes, la ejecución de obras y la prestación de servicios, ya sea para sus asociados o para terceros. En este último evento, y con el fin de evitar la intermediación laboral, que puede darse a través del envío de trabajadores en misión o mediante la creación de pseudocooperativas que alivian la carga laboral de las empresas contratantes, se debe responder al interior de las mismas por un proceso o subproceso específico atado a un resultado final y sin que el tercero pueda ejercer subordinación directa sobre los trabajadores cooperados.

c. Requisitos de habilitación. A pesar de que la cooperativa de trabajo asociado nace a la vida jurídica a partir del acto de constitución, necesita de manera especial un reconocimiento por parte del ente de supervisión y del Ministerio de la Protección Social, a través de un acto administrativo que avale el contenido de los regímenes de trabajo asociado y de compensaciones en relación con su legalidad y constitucionalidad. Como situación especial en el sector, este tipo de cooperativas no son registradas ante la Cámara de Comercio, sino que su inscripción especial se hace ante el ente de supervisión, quien además es el encargado de certificar su existencia y representación legal.

d. Exigencia de formación en economía solidaria con énfasis en trabajo asociado. Para todos los asociados existe la obligación de certificarse en curso básico de economía solidaria con énfasis en cooperativismo de trabajo asociado. Tal requisito

pueden destacar diferentes elementos, como por ejemplo (i) el hecho de que para que se produzca el pago de las compensaciones a que tiene derecho el cooperado éste haya cumplido con la labor en las condiciones indicadas por la cooperativa o el tercero a favor del cual la realizó; (ii) el poder disciplinario que la cooperativa ejerce sobre el cooperado, de acuerdo con las reglas previstas en el régimen cooperativo; (iii) la sujeción por parte del asociado a la designación de la Cooperativa del tercero a favor del cual se va a ejecutar la labor contratada y las condiciones en las cuales trabajará; entre otros.

debe acreditarse antes del ingreso o a más tardar dentro de los tres meses posteriores a ello, con una intensidad no inferior a veinte horas, por una entidad acreditada para impartir este tipo de educación, de acuerdo con los lineamientos del Dansocial.

e. Prohibiciones. Existen las siguientes:

- De actuar como intermediario o empresa de servicios temporales. La filosofía del cooperativismo de trabajo asociado enseña que los procesos que se contraten con terceros, se deben ejecutar como un todo y que no es posible que se utilice este tipo de empresas para la intermediación laboral, esto es, para disfrazar una verdadera relación laboral, o para suministrar mano de obra temporal a usuarios o a terceros beneficiarios, o remitirlos como trabajadores en misión con el fin de que atiendan labores o trabajos propios de un usuario o tercero beneficiario del servicio o permitir que, respecto de los asociados, se generen relaciones de subordinación o dependencia con los contratantes. Si se llega a presentar este caso, el tercero contratante y la cooperativa se hacen solidariamente responsables por las obligaciones económicas que se causen a favor del trabajador asociado.
- De que terceros interfieran en la autonomía de la cooperativa. Los terceros, sin importar si se trata de personas naturales o jurídicas, que contraten con las cooperativas de trabajo asociado, no pueden ser miembros, ni intervenir directa o indirectamente en su organización y funcionamiento. Esto con la intención de eliminar prácticas perversas que se venían presentando en relación con empresas que con el ánimo de adelgazar su nómina por el no pago de las prestaciones que la Ley laboral concede a los trabajadores subordinados, creaba una o utilizaba una cooperativa ya existe con este propósito.
- De actuar como entidades de afiliación colectiva. Las cooperativas de trabajo asociado sólo pueden afiliar a la seguridad social a sus trabajadores asociados y no pueden actuar como asociaciones o como agremiaciones para la afiliación colectiva de trabajadores independientes al Sistema de Seguridad Social, ni como asociaciones mutuales para los mismos efectos²²¹.
- Para las entidades promotoras de precooperativas de trabajo asociado. Las entidades promotoras son personas jurídicas públicas o privadas, que apoyan técnica, administrativa o financieramente a las precooperativas sin pretender beneficio lucrativo para la misma²²². Empero y a pesar de su prohibición, algunas promotoras en la práctica se dedican, contraviniendo este precepto, a la explotación económica de esta actividad y cobran por estos servicios, lo cual es contrario a la filosofía solidaria.

f. Pautas especiales en materia de seguridad social. Las cooperativas de trabajo asociado tienen la responsabilidad, a través de su estructura administrativa, de realizar los trámites necesarios para afiliar y pagar los aportes al Sistema de

²²¹ Ver Decreto 3615 de 2005 modificado por el Decreto 2313 de 2006.

²²² Ver Decreto 1333 de 1989.

Seguridad Social Integral, de tal manera que no son sus trabajadores, mediante actos individuales y personales, quienes deban hacerlo. Tal situación de afiliación debe permanecer mientras dure el contrato de asociación cooperativa-asociado.

Dentro de tal entendido, tampoco es posible que la cooperativa omita esta obligación bajo el argumento de que sus asociados aparecen vinculados al sistema de seguridad social ya sea como beneficiarios del régimen contributivo en salud, como cotizantes a un régimen excepcional, como afiliados dependientes por otra empresa, como afiliados a salud y pensiones por otros ingresos diferentes, o como beneficiarios afiliados al Régimen Subsidiado en Salud. Si el trabajador asociado, además recibe, salarios, honorarios o ingresos de uno o más empleadores por ser trabajador independiente, contratista (prestación de servicios) o pensionado, las cotizaciones al sistema de seguridad social se harán de manera proporcional a cada ingreso recibido y sobre la misma base.

Las cotizaciones deben tener como base todos los ingresos que perciba el asociado. No obstante, no existe precisión jurídica si sólo se refiere a compensaciones destinadas a remunerar los servicios, o si por el contrario, se refiere a otro tipo de pagos que buscan el bienestar del asociado y de su familia como son los destinados para sufragar gastos de vivienda, educación, alimentación, recreación, que es usual en muchas cooperativas de este tipo. Lo que sí está claro es que el ingreso base de cotización no puede estar por debajo del salario mínimo legal mensual, excepto cuando existan novedades de ingreso y retiro.

Para las cotizaciones los estatutos deben establecer cuál será el porcentaje de aporte de la cooperativa y cuál el del asociado trabajador, de acuerdo con ello, en el presupuesto de la entidad solidaria se preverá el monto para cubrir tal obligación. Lo ideal es que las cooperativas contribuyan de manera generosa y no permitan que el trabajador asuma su totalidad.

Como cualquier empleador, las cooperativas de trabajo asociado también deben recaudar los aportes y trasladarlos al Sistema de Seguridad Social Integral, asumiendo la responsabilidad por su incumplimiento. Para ejercer un mayor control por parte de los terceros que contratan los servicios de la cooperativa se ha previsto que ellas les informen sobre la afiliación y su pago; de la misma forma, se tendrá que enviar trimestralmente al Ministerio de la Protección Social y a la Superintendencia respectiva, certificación suscrita bajo la gravedad del juramento por el representante legal, de que se encuentran a paz y salvo por afiliación y pago de esos aportes.

g. Mecanismos de Control. La Supervisión, que se encuentra en cabeza de la Superintendencia de la Economía Solidaria, o la que corresponda en virtud de la actividad especializada, es compartida con el Ministerio de la Protección Social²²³ en lo que se refiere a normatividad y condiciones de trabajo desarrollado por los asociados²²⁴. Como complemento de lo anterior y sin que ello constituya control

²²³ Las funciones del Ministerio de la Protección Social se encuentran consagradas en el Decreto 205 de 2003.

²²⁴ El Decreto 4588 de 2006 prevé que los inspectores de trabajo y seguridad social atiendan las reclamaciones que se presenten en relación con el cumplimiento de las obligaciones generales en virtud del trabajo asociativo y

concurrente, también existe facultad sancionatoria del Ministerio de la Protección Social, a través de las direcciones territoriales, para imponer multas a las cooperativas de trabajo asociado que incurran en conductas prohibidas, pero en especial por intermediación laboral y por suministro de personal.

h. Sistemas de información. Con el fin de hacerles un control estatal más efectivo, se creó a cargo del Ministerio de la Protección Social, la obligación de poner en funcionamiento un sistema de información a través del cual se verifique el cumplimiento de las debidas protecciones a los trabajadores asociados en materia de seguridad social, así como el seguimiento frente a los asociados que se encuentren vinculados a los contratos que las cooperativas celebran con personas jurídicas o naturales.

i. Parafiscalidad. La Ley 1233 de 2008 creó a cargo de las cooperativas de trabajo asociado el pago de contribuciones especiales²²⁵ con destino al SENA, al ICBF y a

actúen como conciliadores en las eventuales discrepancias que se presenten. También se prevé el apoyo a través de Universidades, u organizaciones de carácter social, o en otras instituciones de derecho público o privado, siempre que la dirección del proceso investigativo, como la decisión de fondo, sean de resorte exclusivo del funcionario competente.

²²⁵ A través del Decreto 2879 de 2004 se insistió en la prohibición para las cooperativas de trabajo asociado, empresas asociativas de trabajo EAT y demás persona naturales o jurídicas, de intermediar mano de obra temporal, o de suministrar trabajadores en misión en beneficio de usuarios o terceros. No obstante que siendo otro el propósito de la norma, se aprovechó la oportunidad para obligar a las cooperativas que intermediaran laboralmente, a que además de las sanciones legales, pagarán aportes parafiscales al SENA, ICBF y Cajas de Compensación Familiar. La norma no fue clara, lo que obligó al Gobierno a derogarla nueve días más tarde, a través del Decreto 2996 de 2004. La nueva norma reiteró la obligatoriedad del pago de aportes a la seguridad social y consagró nuevamente la obligatoriedad de hacer contribuciones especiales al SENA, ICBF y Cajas de Compensación Familiar sin mencionar la tarifa a aplicar ni su monto.

Esta normativa empezaba a regir a partir del 1 de noviembre de 2004, sin embargo, el Gobierno nacional presionado por los gremios del sector y la academia, ante la falta de precisión de la misma, expidió el Decreto 3555 de 2004, el cual extendió el plazo para iniciar su aplicación a partir del 1 de enero de 2005 frente a cooperativas que se inscribieran para este propósito ante la Supersolidaria. Ellas debían expresar la voluntad de modificar sus estatutos, reglamentos o regímenes para este efecto, siempre y cuando dicha inscripción se hiciera en el mes de noviembre del año 2004. Para las que no lo hicieran se les castigaría aplicándoles la vigencia de la norma a partir del 1 de noviembre de 2004.

Esta última fue demandada en acción pública de simple nulidad ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Consejera ponente: Ligia López Díaz. Bogotá: 12 de octubre de 2006, Radicación: 11001-03-25-000-2004-00187-01, Actor: Ximena Rojas Rodríguez, Demandado: Gobierno Nacional, Referencia: 15214); quien se pronunció en relación con los parafiscales, declarando su inconstitucionalidad y dejando incólume la parte correspondiente a aportes a la seguridad social, en los siguientes términos: “Teniendo en cuenta que (...) los asociados no tienen el carácter de trabajadores asalariados, ni la cooperativa actúa como patrón o empleador de los mismos, y que la retribución que reciben los asociados por su trabajo no es salario sino una compensación (...) está claro que no se cumplen los presupuestos previstos en la Ley, para que surja la obligación impuesta en el artículo 1 del Decreto 2996 de 2004, objeto de la demanda, referida los aportes al SENA y al ICBF, pues no se puede pretender que el régimen de compensación de los socios de estas cooperativas sea igual al de los trabajadores asalariados, dado que ello equivaldría a desconocer la naturaleza jurídica de tales organizaciones.

También se dijo que “... habida consideración que los aportes al SENA y al ICBF son contribuciones parafiscales obligatorias, impuestas con base en la facultad impositiva del Estado; que se encuentran sometidas al principio de legalidad; y tienen una naturaleza excepcional, por cuanto no afectan genéricamente a todas las personas con igual capacidad de pago, sino que la Ley obliga sólo a un grupo de personas a efectuar los aportes, debe concluirse que el Decreto acusado es violatorio del principio de legalidad de los tributos (...). Por ello habrá de declararse la nulidad del artículo acusado”.

Como quiera que a partir de esa sentencia no era obligatorio para esas organizaciones el pago de los aportes a SENA e ICBF, la Ley 1157 de 2007 “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010” estableció

las cajas de compensación familiar. La norma precisó que la causa u origen de éstas es el trabajo asociado y que ello dará a tales cooperativas el derecho a tener un representante en la Junta Directiva del Sena y un representante en la Junta Directiva del ICBF, el cual será designado por las confederaciones nacionales que se las agremien. Estas contribuciones se estructuran de la siguiente manera:

Entidad	Ingreso base de cotización	Tarifa
Servicio Nacional de aprendizaje - SENA	compensación ordinaria mensual	2%
Instituto Colombiano de Bienestar - ICBF	compensación ordinaria mensual	3%
Cajas de compensación	compensación ordinaria y extraordinaria	4%

La Ley 1233 en su artículo 10 consagró como excepción a su pago de estas contribuciones el hecho de que una cooperativa tenga una facturación anual inferior a 435 salarios mínimos legales vigentes. En caso de tener que pagarse, estas serán asumidas en su totalidad por las cooperativas y de ninguna manera por el asociado.

4.2.1.4 Análisis del modelo de intervención

La intervención estatal en este tipo de organizaciones corresponde a un modelo denominado fuerte en razón a que el Estado, a través de sus diferentes órganos, controla minuciosamente la forma cómo se desarrolla el trabajo para que no se vulneren los derechos laborales mínimos (art. 53 de la Constitución Política), la forma asociativa y solidaria para que se preserve éste como modelo ideal de desarrollo social y económico (artículo 52 de la Constitución Política); y la actividad misma que ejecutan cuando ésta corresponda a transporte, educación, salud y vigilancia, por ser éstas de interés social.

Ha sido tal el grado de intervención que se ha dispuesto con base en la nueva legislación que la autonomía se ha visto mermada, pero se justifica y se entiende en primer lugar por la importancia misma que las cooperativas de trabajo asociado revisten y en segundo lugar porque las malas prácticas estaban distorsionando el mercado laboral en detrimento de las condiciones de vida de quienes se veían, en algunos casos, forzados a pertenecer a ellas.

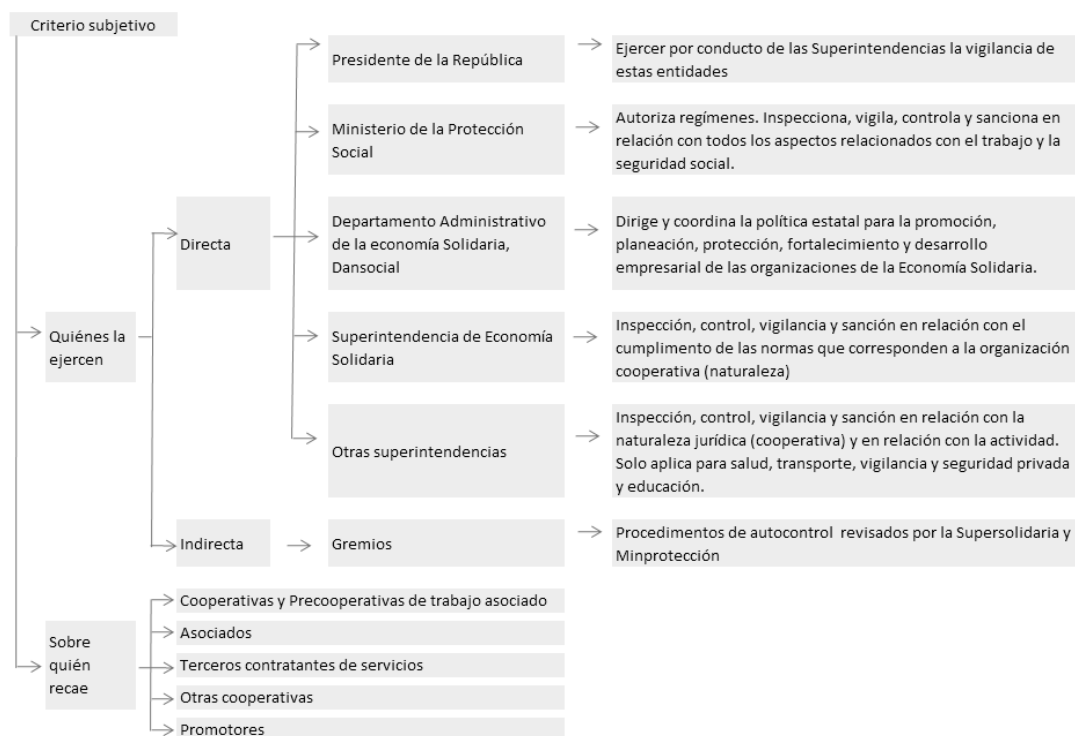
Para entender de una mejor manera el modelo, es pertinente esquematizarlo bajo dos criterios: uno subjetivo y otro objetivo. En el primer caso el aparato estatal interfiere, de manera directa, a través de sus órganos administrativos del orden nacional en cabeza del presidente de la República, lo cual no obsta para que el legislativo o el judicial incidan en estas organizaciones a través de sus respectivas competencias funcionales, como también que se promuevan acciones de fomento a través de los entes territoriales.

que de manera voluntaria las Cajas de Compensación Familiar podían extender los beneficios a los asociados a las cooperativas de trabajo asociado, para lo cual, se debería contemplar en sus estatutos la afiliación a ellas de acuerdo con lo dispuesto en la Ley para el sector dependiente”.

También de manera indirecta, y bajo la supervisión y delegación de los órganos estatales, los gremios colaboran en el funcionamiento armónico de las cooperativas de trabajo asociado bajo esquemas de autocontrol, de control horizontal y de administración de información que es valiosa para tomar decisiones generales respecto del fomento, pero adicionalmente para el ejercicio de la función de policía administrativa buscando preservar el orden público económico.

Bajo esta óptica es pertinente distinguir que las cooperativas y las precooperativas de trabajo asociado son las destinatarias de la intervención, las cuales deben bajo los principios de autogobierno, autonomía y autodeterminación desarrollar su objeto socioeconómico propendiendo por garantizar los derechos de los asociados y respetar el ordenamiento jurídico pues en la medida en que éstos sean vulnerados, el Estado debe interferir de manera más estricta para garantizar su protección. Por supuesto que los asociados también son destinatarios de la acción estatal no sólo cuando se vulneran sus derechos sino frente a la exigencia del cumplimiento de ciertos deberes que se imponen externa e internamente.

Otros sujetos sobre los que también recae este tipo de acciones son: los terceros contratantes, quienes deben tener claro que no pueden injerir en las decisiones internas de la cooperativa ni subordinar a los trabajadores asociados ni tampoco pueden utilizarlas para la intermediación; las demás cooperativas, que deben respetar las reglas de competencia en el mercado; y los promotores de las precooperativas, quienes no pueden beneficiarse del apoyo que les prestan a estas organizaciones que se encuentran en período de formación.



De otra parte, el criterio objetivo comprende los instrumentos, los fines y los sectores objetos de la intervención del Estado respecto a este tipo de organizaciones. Frente a los instrumentos, son muchas las formas y los tipos que ellos revisten; sin embargo se toman los más importantes. En la Constitución Política se consagran los derechos fundamentales y las libertades económicas, y se habilita la incidencia del Estado en los procesos económicos ya sea en situaciones de normalidad para fomentarlo, o en estados de anormalidad para corregir fallas del mercado en favor de la armonía social, laboral y económica. Principalmente se protege el derecho al trabajo.

La potestad legislativa que recae en el Congreso de la República y la reglamentaria que está en cabeza del Presidente de la República han contribuido de manera significativa en la creación de reglas y pautas de conducta que deben observar los agentes, y de mecanismos coercitivos y sancionatorios en caso de la infracción al ordenamiento jurídico; verbigracia la ley 1233 de 2008.

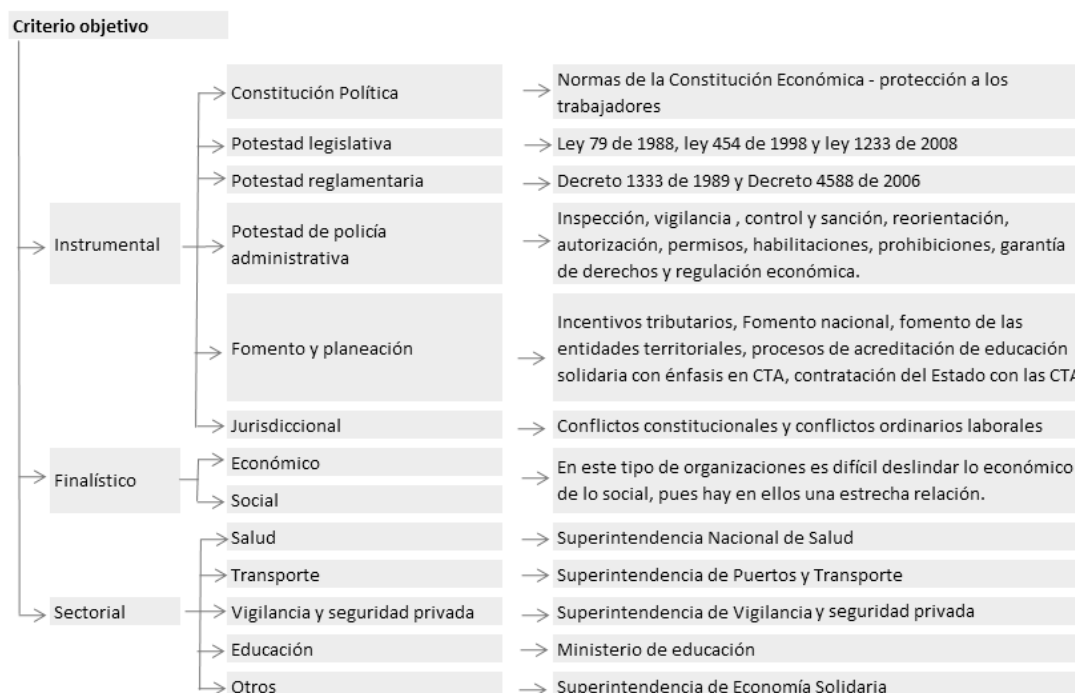
Lo anterior aunado a la función de policía administrativa que permite asegurar un orden público económico y que se concreta en la inspección, vigilancia, control, sanción, autorizaciones, prohibiciones y garantía de derechos frente a comportamientos de los sujetos. También se cuenta con la potestad de regulación administrativa de los mercados frente a sus fallas, de lo cual no hay un desarrollo propio para éstos en la medida en que esta potestad está relacionada con sectores económicos.

Otros instrumentos importantes son el fomento y la planeación, los cuales emanan de la Constitución, pero se sujetan al direccionismo económico del gobernante de turno que se plasma en el Plan de Desarrollo y que se relacionan con el manejo de la política fiscal. Para este caso, se han desarrollado incentivos tributarios especiales que han coadyuvado al crecimiento del sector cooperativo en general y también han creado una política de educación cooperativa que pretende gestar en los asociados la solidaridad como una práctica constante en sus vidas. El actuar jurisdiccional, especialmente en el ámbito constitucional, ha constituido un instrumento de intervención importante en la medida en que las soluciones de conflictos entre los asociados y las cooperativas de trabajo asociado, ya sea a través de pronunciamientos interpartes, o a través de pronunciamientos con efecto universal, ha incidido de manera importante en el desarrollo económico.

En relación con los fines se tiene establecido que estas organizaciones responden a dos, principalmente, al económico relacionado con la actividad de producción, distribución y comercialización de bienes y servicios; y el social y solidario que tiene como eje fundamental la persona humana dentro de un contexto de interrelaciones armónicas de bienestar y prosperidad a partir del trabajo colectivo. La intervención del Estado, para este caso debe atender a las dos en igualdad de condiciones pues ambas se relacionan e inciden recíprocamente.

La actividad o sector se distingue a partir del bien o servicio que se ofrece, para ello la Ley contempló cuatro actividades especiales como son: la salud, la vigilancia y la seguridad privada, la educación y el transporte, cuya supervisión frente a éstas y a

la naturaleza cooperativa corresponde de manera integral al ente estatal al que le corresponda la supervisión de la actividad; para las demás cooperativas de trabajo asociado la competencia la tiene la Superintendencia de Economía Solidaria; no obstante el Ministerio de la Protección Social tiene competencias frente a la protección del trabajador.



En definitiva se trata de un modelo fuerte por cuanto la mayoría de instrumentos tales como el mandato constitucional de protección, las leyes y decretos, los pronunciamientos judiciales, reglamentos, sistema de supervisión y sanción, la posibilidad de prestar servicios públicos, la planeación y las exigencias de educación son rigurosas; se observa igualmente que la regulación administrativa es intermedia, y que en la gestión empresarial, el fomento la participación y la concertación hay una presentación liviana del Estado.

4.2.2 Cooperativas con actividad financiera

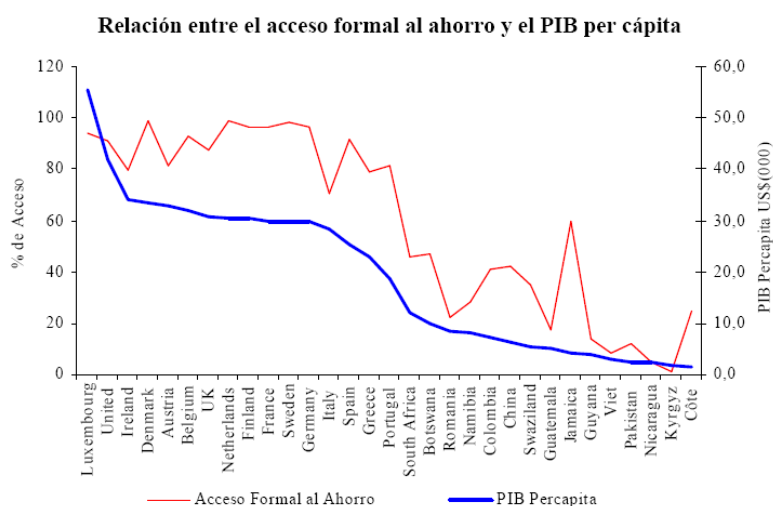
4.2.2.1 Presentación general

Se entiende por actividad financiera de las cooperativas, según la Ley 454 de 1998 “la captación de depósitos”²²⁶, a la vista o a término de asociados o de terceros para colocarlos nuevamente a través de préstamos, descuentos, anticipos u otras operaciones activas de crédito y, en general, el aprovechamiento o inversión de los

²²⁶ La palabra ahorro sólo puede ser utilizada por las cooperativas a las cuales se les haya impartido autorización para adelantar la actividad financiera y demás entidades autorizadas por la Ley para captar ahorro, y no podrá referirse en ningún caso a los aportes de los asociados. Ver artículo 43 de la Ley 454 de 1998, modificado por el artículo 113 de la Ley 510 de 1999.

recursos captados de los asociados o de terceros”. Esta dinámica asignada a los entes cooperativos constituye una posibilidad de proveer grandes oportunidades de desarrollo y progreso económico para los cooperados y su población de influencia con acceso limitado frente al sector financiero tradicional.

La no accesibilidad al crédito ha sido una barrera histórica del progreso social en los países en vía de desarrollo y es una de las causas de la inequidad social y económica de las personas. Pero no se trata sólo de acceso sino también de calidad y equidad en él. Un crédito justo es aquél que se basa en el ahorro; que tiene unas tasas de intermediación accesibles de acuerdo con la capacidad de pago de la población pobre; y que está en cabeza de entidades que fomentan inversiones y líneas que repercuten en el progreso colectivo tales como la educación, la vivienda y los emprendimientos empresariales a pequeños grupos. En el siguiente gráfico se compara la situación de Colombia, que es desalentadora, frente a otros países en relación con el PIB per cápita y el acceso al crédito²²⁷:



Fuente: Access to Financial Services: A review of the issues and public policy objectives by World Bank, Stijin Claessens.

Pero el sistema financiero cooperativo es sólo una pieza dentro del sistema financiero solidario. Este último compuesto, de acuerdo con el grado de determinación de las personas que se benefician de sus operaciones activas y pasivas, por tres tipos de organizaciones. El primer grupo, se ha denominado solidario de desarrollo social, cuya característica es la prestación de servicios a terceros indeterminados que reúnan las condiciones de vulnerabilidad social y económica definidas en su objeto, como sería el caso de la banca de oportunidades y la banca para pobres.

La Banca de oportunidades es una política estatal creada desde el año 2006²²⁸ en nuestro país que busca promover el acceso al crédito y los demás servicios

²²⁷ Tomado del Conpes 3424 de 2006 “La banca de las oportunidades una política para promover el acceso al crédito y a los demás servicios financieros buscando equidad social”.

²²⁸ Ver Documento Conpes 3424 de 2006 y Decreto 3078 de 2006.

financieros a las familias de menores ingresos, micro, pequeñas y medianas empresas y emprendedores a través de una red de entidades solidarias y no solidarias tales como bancos, cooperativas con actividad financiera, ONG microcrediticias, cajas de compensación familiar y compañías de financiamiento comercial.

Esta política se desarrolla a través de estrategias tales como la reforma al marco regulatorio que permita crear los corresponsales no bancarios, cuentas de ahorro de bajo monto sin el gravamen a los movimientos financieros, certificación de tasas de interés por modalidad, reforma al régimen de garantías, Ley de Habeas Data, entre otras. Como resultado de la creación de los corresponsales no bancarios, a abril de 2009, existían en nuestro país 5.085; se habían desembolsado 3.9 millones de créditos por 12.1 billones de pesos; y se había aumentado la bancarización de la población de un 30.17% en 2006 a un 38.16% en 2008²²⁹.

Asimismo, la banca para pobres se concreta en la actividad de una entidad determinada. En Colombia hasta ahora empieza a desarrollarse el modelo, especialmente a raíz de compromisos internacionales, como las metas del milenio, entre las que se encuentra reducir la pobreza extrema. El modelo de banca de pobres fue ideado y puesto en práctica por el Yunus Banco Grameen, en el año de 1983 en Bangladesh, con la intención de asistir a los más pobres brindando servicios de depósito y de microcrédito para grupos personas con ideas de negocio²³⁰.

De otra parte, el segundo grupo, denominado sistema financiero cooperativo, que será estudiado más adelante desde el punto de vista de la intervención estatal, tiene como característica más importante el ofrecer servicios financieros de manera exclusiva a sus asociados bajo la vigilancia de la Superintendencia de Economía Solidaria. La Ley dispuso que, en cuanto a la naturaleza cooperativa, se rigieran por las normas del sector y que en materia de actividad financiera, se les aplicara las normas especiales y subsidiariamente por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, y autorizó sólo a dos tipos de cooperativas a desarrollar la actividad. Ellas son:

Tipo de cooperativa	Actividad financiera
Especializadas de ahorro y crédito.	Ejercen actividad financiera sólo con sus asociados
Multiactivas e integrales con sección de ahorro y crédito.	La ejercen con sus asociados, pero deben demostrar ante la Superintendencia la existencia de condiciones sociales y económicas especiales ²³¹ .

²²⁹ Fuente: http://www.bancadelasoportunidades.gov.co/pdf/plegable_banca_de_las_oportunidades.pdf.

²³⁰ El diario El Tiempo informó el día 9 de junio de 2009 que se suscribió Acuerdo entre Grameen Trust, del Premio Nobel de Paz Muhammad Yunus, y la Fundación Luis Carlos Sarmiento Angulo para otorgar microcréditos en Colombia. Dice esa casa de noticias que “Grameen Aval Colombia competirá con un grupo de entidades en las que las ONG tienen un importante papel, y en el que ya dos instituciones (Bancamía y Procredit) pueden captar ahorros del público. En el mismo camino está la Fundación Women’s World Banking (WWB) ... De acuerdo con Yunus, los préstamos ‘van desde 100 dólares hasta 1.000 dólares, según las experiencias que se han tenido en Guatemala, Costa Rica e India, y se espera que en Colombia se aplique el mismo modelo’ ... La idea de Grameen Aval es que, durante la primera etapa, que será de un año, se beneficien más de 15.000 colombianos pobres”. Fuente: www.eltiempo.com

²³¹ La Circular Básica Jurídica de la Superintendencia de Economía Solidaria menciona algunas de esas situaciones sociales económicas y especiales tales como cooperativas integradas por asociados que se encuentren

Es preciso aclarar que existen otras entidades del sector, tales como las asociaciones mutuales y los fondos de empleados, los cuales son vigilados por la Superintendencia de Economía Solidaria, y están autorizados por normas especiales para captar dinero de sus asociados, sin que sea del todo clara la naturaleza jurídica de su actividad. De manera subyacente a la actividad financiera se desarrolla la actividad aseguradora, cuyo ejercicio está habilitado en forma especializada para las cooperativas de seguros y los organismos cooperativos de segundo grado e instituciones auxiliares del cooperativismo de seguros.

Un tercer grupo, que se ha denominado mixto, se caracteriza por ofrecer estos servicios tanto a sus asociados como a terceros, en él se encuentran las cooperativas financieras, cuya vigilancia corresponde a la Superintendencia Financiera y están regidas por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, pues se asemejan a establecimientos de crédito en razón a su actividad²³².

Como quiera que ésta se desarrolla, además de los asociados, con terceros, se podría pensar que tal situación es contraria a los postulados mismos del sistema cooperativo y solidario, pero la Corte Constitucional, en sentencia C-948 de 2001²³³ determinó que el ejercicio de la actividad con terceros no desnaturaliza su esencia ya que la entidad se sigue rigiendo por los principios y normas cooperativas y ello constituye un mecanismo de gestión en procura de cumplir unas finalidades sociales previamente establecidas.

También observó que ello constituye un avance como integración del sector cooperativo a la prestación de servicios colectivos e hizo hincapié en que los excedentes que le deje el desarrollo de esa actividad deben llevarse a un fondo no susceptible de reparto que beneficia a los asociados pues incrementan el patrimonio de la organización.

Cualquier modelo de actividad financiera solidaria tiene una dinámica que se basa en la confianza. El cooperado, que ha hecho aportes que ingresan al patrimonio del ente solidario y que son utilizados para el crédito, o el ciudadano en condiciones de

o hayan estado vinculados laboralmente a una misma entidad pública o privada; cooperativas integradas por asociados que se encuentren o hayan estado vinculados a entidades que conformen un grupo empresarial; cooperativas conformadas por asociados domiciliados en un mismo municipio o municipios vecinos, en los cuales no existan suficientes servicios financieros cooperativos o solidarios; cooperativas integradas por asociados que se encuentren o hayan estado vinculados laboralmente a una o varias empresas públicas o privadas; cooperativas integradas por asociados habitantes de un mismo barrio, comuna, corregimiento o ámbito territorial semejante, claramente demarcado; cooperativas integradas por asociados cuya actividad económica se realice en el mismo sector de la economía.

²³² No obstante lo anterior, es pertinente señalar que las cooperativas financieras han sido definidas por el artículo 2 numeral 6 del Decreto 663 de 1993 (Esta norma fue modificada por el artículo 102 de la Ley 795 de 2003), también llamado Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, como organismos cooperativos especializados cuya función principal consiste en adelantar actividad financiera. La misma norma exige como requisitos generales para que se autorice su funcionamiento: demostrar experiencia no menor de tres (3) años en el ejercicio de la actividad financiera con asociados como cooperativa; acreditar el monto de aportes sociales mínimos que se exija para este tipo de entidad; y demostrar también solvencia patrimonial e idoneidad propia como la de sus administradores.

²³³ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-948-01, Magistrado Ponente Dr. Clara Inés Vargas Hernández, 5 de septiembre de 2001.

vulnerabilidad que acude porque existen unas tasas de interés más bajas que las del mercado con una inmediatez y facilidad más amplia, no desea que esa confianza sea depositada en personas malintencionadas. Adicionalmente, se desarrolla un sentido de pertenencia o identidad, al ser ellos sus propietarios o pertenecer a comunidades más o menos pequeñas y cercanas, lo que repercute en un pago de obligaciones de manera cumplida para que así se pueda acceder a otro crédito más adelante y para que su propia entidad no obtenga pérdidas.

No obstante el modelo, que en teoría funciona bien, no ha tenido la expansión suficiente que supondrían sus ventajas y parte de ello se debe a fallas en el modelo de intervención, que se ha diseñado, especialmente porque el fomento es incipiente y no llega de manera efectiva a los más pobres. A algunas cooperativas les interesa más competir en el mercado y por el mercado, y por esta razón, dan preferencia a su público no asociado creciendo al punto que sus cooperados pasan a ser un cliente más de los muchos que pueden tener, desconociendo en consecuencia sus necesidades y sus problemas.

Las fallas del modelo existen y evolucionan constantemente. Por ejemplo durante los años noventas del siglo pasado, factores tales como una baja supervisión, malas prácticas por parte de los administradores, la crisis económica en general y un pánico generado por personas malintencionadas, llevaron al sector a la más grande crisis que haya podido tener y con repercusiones a largo plazo, pues en los años venideros se perdió la confianza y la gente ya no quería saber nada de las cooperativas en general. A partir de allí se tomaron algunas medidas en los ámbitos de regulación, que si bien es cierto ayudaron a superar la crisis, el tema de la intervención se quedó como simple función de supervisión y control y no se ha dado paso a un fomento verdadero.

Otro ejemplo relacionado con la evolución de las fallas del mercado financiero fue lo ocurrido en el año 2008 en el que colapsaron una serie de prácticas ilegales de captación masiva y habitual denominadas pirámides con graves consecuencias en la economía nacional, que se reflejó especialmente en los municipios más pequeños y en la población de menos recursos.

Las pirámides eran un conjunto de procedimientos ilegales operados por diferentes personas jurídicas, principalmente, formas organizacionales con un nivel de intervención ligero, como fundaciones y corporaciones, que se dedicaban a captar dinero en efectivo bajo promesa de pagar intereses exagerados de hasta un 300%, en dinero o en especie (servicios y tarjetas prepago). O sea creando falsas expectativas porque ningún negocio lícito y estructurado adecuadamente desde el punto de vista contable podría producir en tan corto tiempo tal rentabilidad

La intervención de Gobierno fue lenta pues debían agotar procedimientos administrativos y judiciales, que por cierto eran rígidos y extensos; debían investigar la presencia de dineros ilícitos, e interpretar el ordenamiento jurídico de manera rigurosa pues el nuevo sistema era tan sofisticado que desbordaba el marco normativo existiendo creando zonas grises de la hermenéutica jurídica, abuso del derecho y fraude evidente a la Ley. Con la intervención de las personas que desarrollaban la actividad, se generó en muchas zonas del país disturbios que

amenazaban el orden público, razón por la cual el Gobierno tuvo que declarar el estado de emergencia social²³⁴.

Con éste se pretendió dar cumplimiento al mandato del artículo 335 de la Constitución que señala que las actividades relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público son de interés público y están sujetas a la intervención del Estado, por tanto las únicas entidades autorizadas para captar dineros de manera masiva y habitual del público son las instituciones sometidas a supervisión de la Superintendencia Financiera o Supersolidaria cuya infracción está tipificada como delito en el Código Penal.

Con base en la declaratoria del estado de excepción se expidieron normas por parte del Presidente de la República que crearon un procedimiento especial de intervención en esas actividades como la toma de posesión de organizaciones ilegales para devolver el dinero, la revocatoria y reconocimiento de ineficacia de actos y negocios jurídicos celebrados con antelación a la toma de posesión, la devolución de bienes de terceros no vinculados a la actividad no autorizada; la suspensión inmediata de las actividades; la disolución y liquidación judicial de la persona jurídica; la liquidación judicial de la actividad no autorizada; entre otras.

Esta normatividad otorgó facultades especiales a los alcaldes, como autoridades de policía, para ordenar el cierre preventivo del establecimiento de comercio, local, oficina donde se desarrollen las actividades ilícitas. También se tipificó como falta gravísima de los servidores públicos depositar o entregar recursos a esas personas.

De igual manera se modificó el tipo penal de captación masiva y habitual de dineros para que se pudieran abarcar las nuevas conductas. También se prohibieron prácticas similares en las modalidades de venta con pacto de retroventa y cobros periódicos y extendió la responsabilidad para empleados o administradores de una institución financiera que oculten o encubran el origen ilícito del dinero u omitan el cumplimiento de los mecanismos de control.

A través del Decreto 4591 de 2008, dictado por el Gobierno, en el marco de la declaratoria de emergencia social se dispuso la creación de cuentas de ahorro electrónicas; beneficios tributarios para las entidades financieras por la adquisición de medios de pagos tales como datáfonos y pin pads; también se decretó la exención del IVA en la importación de esos medios.

La norma otorgó beneficios para los créditos que se desembolsen en dichas regiones tales como coberturas de hasta del 70% a través del Fogafin y hasta del 80% a través del Fondo Agropecuario de Garantías, igualmente los intereses de estos créditos no generarán renta gravable. Entre otros, quedan exentas del impuesto al 4X1000 las cuentas de ahorro electrónicas cuyos titulares pertenezcan

²³⁴ Decretos 4333 de 2008 “Por el cual se declara el Estado de Emergencia Social”; 4334 de 2008 “Por el cual se expide un procedimiento de intervención en desarrollo del Decreto 4333 del 17 de noviembre de 2008”; Decreto 4535 de 2008 “Por el cual se asignan funciones a los Alcaldes y Gobernadores en desarrollo del Decreto No. 4333 de noviembre de 2008”; Decreto 4335 “Por el cual se modifica el Código Penal”; Decreto 4449 “Por el cual se adiciona y modifica el Código Penal” y Decreto 4450 “Por el cual se adiciona el artículo 305 del Código Penal”

al nivel 1 del SISBEN y los desplazados que figuren en el Registro Único de Desplazados en el momento de la apertura.

La Corte constitucional, a través de la sentencia²³⁵ C-135 de 2009 revisó la existencia de los presupuestos fácticos que se alegaron para la declaratoria del estado de emergencia económica, social y ecológica, frente a la cual es importante resaltar la defensa que el Gobierno Nacional hizo al respecto. En esta se señaló que para la generación de ahorro los ciudadanos tienen tres medios a saber: en primer lugar la colocación de sus recursos mediante operaciones de crédito, por medio del sistema de intermediación formal o de operaciones privadas no financieras, en segundo lugar la inversión en bienes de capital o títulos representativos de los mismos y finalmente el atesoramiento privado de recursos.

En este sentido en las dos primeras situaciones el Estado interviene en su vigilancia como quiera que existe entrega de recursos a terceros, lo que de suyo implica que se garantice la regularidad, la legalidad y la estabilidad para apalancar la formación de nuevas empresas, el financiamiento de capital de trabajo privado y público y el emprendimiento de obras básicas para el desarrollo de un país.

Todo esto dentro del mandato constitucional establecido en el artículo 335 superior sobre protección del ahorro público, a través de la vigilancia de quienes están habilitados para operar el sistema financiero en el que el Estado define sus pormenores (tipos de instituciones financieras, las operaciones autorizadas y el sistema de inspección y vigilancia). Por tanto, debe existir un estricto aparato de vigilancia y control que asegure el cumplimiento de las reglas establecidas para garantizar su estabilidad, asegurar la fluidez en el sistema de pagos y proteger los derechos de los particulares eliminando cualquier posibilidad de que existan prácticas ilegales de captación que atenten contra la estabilidad macroeconómica y la convivencia social.

También se insiste por parte del Gobierno en los caracteres: concesional, por existir una habilitación legal previa para el ejercicio de ésta, y reglado, que se refiere a la existencia de un marco regulatorio que impide que existan agentes en el mercado que puedan desarrollarla al margen de dicha normatividad. Estas reglas jurídicas se encuentran en la Constitución en los artículos 150 y 189 en los que se fijan las competencias del el Congreso y el Presidente, respectivamente, en cuanto a la expedición de leyes marco para el primero, y en el ejercicio de la supervisión de la actividad financiera, de captación de los recursos del público y ejecución de la potestad reglamentaria sobre la materia.

De igual manera se mencionan las leyes-marco vigentes en la materia, entre las cuales se destaca la Ley 35 de 1993, la Ley 510 de 1999, la Ley 546 de 1999, la Ley 795 de 2003 y la Ley 964 de 2005. Estas normas crean un modelo de supervisión para entidades que desarrollen las actividades de manera legal evitando que realicen operaciones no autorizadas, pero existe en ellas un vacío legal de cómo se debe actuar frente a las personas naturales o jurídicas que capten e intermedien

²³⁵ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-135/09, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto. Bogotá: 25 de febrero de 2009.

dineros del público en general sin autorización, a pesar de que el hecho como tal está tipificado como delito desde el año de 1982. Esos cambios fueron introducidos a partir de la declaratoria del estado de excepción.

4.2.2.2 Aspectos relevantes de la supervisión

De acuerdo con la circular Básica Jurídica de la Superintendencia de Economía Solidaria, Circular 007 de 2008, estas cooperativas pueden desarrollar operaciones activas, pasivas y neutras²³⁶. Es pertinente aclarar que cuando las cooperativas reciben de sus asociados los aportes establecidos en sus estatutos, conforme a la Ley, no ejercen actividades de ahorro ya que éstos no pasan a integrar el pasivo sino el patrimonio de la entidad. Igualmente tampoco entran dentro esta definición las operaciones de crédito de la entidad hacia sus asociados si se hace con base en esos aportes, como es el caso de las cooperativas de aporte y crédito que no pueden ser catalogadas como cooperativas que ejercen actividad financiera.

Para este análisis sólo se hará referencia a condiciones especiales de intervención del Estado para las cooperativas de ahorro y crédito y las integrales o multiactivas con sección de ahorro y crédito, pues la cooperativas financieras, como ya se anotó, tienen una intervención más fuerte y su régimen resulta ser más complejo, al aplicárseles el mismo de las entidades del sistema financiero, en razón a que captan recursos del público en general. Tampoco es del caso la referencia a los fondos de empleados y asociaciones mutuales cuyo régimen es menos fuerte en comparación con las entidades mencionadas.

En relación con las cooperativas especializadas en ahorro y crédito y las multiactivas e integrales con sección de ahorro y crédito, se tiene como aspectos relevantes de supervisión por parte del Estado, los siguientes:

a. Condiciones de constitución. Se debe hacer por escritura pública o documento privado, en este último caso, es deber protocolizarse junto con el acto administrativo que autoriza el ejercicio de la actividad financiera por parte de la Superintendencia de Economía Solidaria. El acto de constitución será el acta de la asamblea en la que no menos de veinte asociados aprueben los estatutos y nombren los órganos de administración y vigilancia; de igual manera el consejo de administración allí designado nombra el representante legal de la cooperativa

b. Condiciones de autorización. La Superintendencia lo hace con posterioridad a acreditar un monto mínimo de aportes sociales pagados irreducibles no inferior a

²³⁶ Activas: Son las que suponen la colocación o disposición de recursos por parte de la entidad, o que tienen la virtud de colocar real o potencialmente a dicha organización en posición de acreedor. Es decir, son las concesiones u otorgamiento de crédito a sus asociados de sumas dinerarias bajo el compromiso de una restitución futura en la forma, plazo y condiciones pactadas de acuerdo con la Ley. Ejemplo: el mutuo, los descuentos y la apertura de crédito. Pasivas: Son las que permiten recibir recursos y disponibilidades de sus asociados, para aplicarlas y manejarlas de acuerdo con sus propios fines. Ejemplo: los depósitos de ahorro, los certificados de depósitos de ahorro a término (CDAT), los depósitos de ahorro contractual o programado y los depósitos de ahorro permanente. Y de servicios o neutras, que son las que no implican ni la captación ni la colocación de recursos, sino como su nombre lo indica un servicio que presta la entidad por el cual cobra una remuneración. Ejemplo: las exigibilidades por servicio de recaudo.

quinientos millones de pesos (en precios de 1998), su solvencia patrimonial y proyecciones de factibilidad, su idoneidad y la de sus administradores, y las circunstancias especiales que justifiquen el ejercicio de la actividad sin acudir a la especialización. Para el proceso de autorización se exige la publicación de un aviso sobre la intención de constituir la entidad en un diario de amplia circulación. No se puede autorizar la participación de personas que hayan cometido faltas contra el patrimonio económico o por violación a las normas que regulan los cupos individuales de crédito.

c. Especialización y conversión. La especialización se da cuando el monto total del patrimonio multiplicado por la proporción que represente el total de depósitos de los asociados respecto del total de activos de la entidad, arroje un monto igual o superior al monto mínimo de aportes sociales requeridos para constituir una cooperativa financiera. En este evento, se debe informar a la Superintendencia y cumplir con un plan de ajuste. No están obligadas a especializarse las cooperativas, de este tipo, que estén integradas por asociados que se encuentren o hayan estado vinculados laboralmente a una misma entidad pública o privada.

d. Excepción a los montos mínimos legales. La Ley 510 de 1999 en su artículo 104 autoriza al superintendente para establecer montos mínimos inferiores a los exigidos para la constitución de las cooperativas vigiladas con actividad financiera teniendo en cuenta el vínculo de asociación y las condiciones socioeconómicas o el área geográfica de influencia de la organización interesada.

El vínculo de asociación se refiere a situaciones que generen cercanía entre los asociados, lazos y beneficios como en el caso de las cooperativas integradas por asociados vinculados laboralmente a una misma entidad o grupo empresarial. Las condiciones socio-económicas se refieren a las características propias y la coyuntura social y económica en la que se encuentran, mientras que el área geográfica de influencia se relaciona con el radio de acción de la cooperativa.

e. Desmante de la actividad financiera. La superintendencia también podrá exigir el desmante de la actividad financiera cuando las cooperativas que vienen adelantando tal actividad no obtengan autorización para el ejercicio de la misma o cuando resuelvan no continuar con dicha actividad.

f. Posesión de administradores y revisores fiscales. Deben tomar posesión del cargo ante la Supersolidaria los miembros de los consejos de administración y revisores fiscales, así como los directores, presidentes, vicepresidentes, gerentes, subgerentes y en general quienes tengan la representación legal de estas entidades.

g. Inhabilidad de los revisores fiscales. Se establece que cuando un contador público actúe o haya actuado como empleado de una cooperativa, no podrá aceptar cargos o funciones de auditor externo o revisor fiscal de la misma, de sus entidades asociadas o de los organismos de integración a los que aquella pertenezca, durante

el ejercicio del cargo ni durante los seis (6) meses siguientes a la fecha en que haya cesado en sus funciones²³⁷.

h. Régimen de control y prevención de lavado de activos. Estas normas buscan prevenir y detectar actividades relacionadas con activos ilícitos a través de las operaciones de los clientes en estas organizaciones. Para ello se establecen normas que permitan conocer al cliente y el mercado. El conocimiento del cliente se da a través de su identificación y la determinación de su actividad económica lo cual lleva a identificar su perfil financiero. La identificación del mercado, determina las características usuales de las transacciones que se desarrollan dentro del mismo y compararlas con las transacciones que realicen quienes negocien con esos productos o servicios.

i. Obligatoriedad de la inscripción en Fogacoop. De acuerdo con el Decreto 2206 de 1998 y con el fin de garantizar la confianza pública frente al manejo de los dineros captados, se dispone la obligatoriedad de la inscripción de estas organizaciones en el Fondo de Garantías de Entidades Cooperativas, Fogacoop. En este sentido, la Superintendencia debe garantizar que ello se cumpla pues de lo contrario se tendrá el ejercicio de la actividad por parte de estas organizaciones como una práctica insegura.

j. Inversiones. El Estado controla que la totalidad de las inversiones de capital de estas cooperativas no supere el 100% de sus aportes sociales y reservas patrimoniales, excluidos los activos fijos sin valorizaciones y descontadas las pérdidas acumuladas. En todo caso, con estas inversiones las cooperativas no deben desvirtuar su propósito de servicio ni el carácter no lucrativo de su actividad. Si no existiere ese fin, la entidad deberá enajenar la respectiva inversión²³⁸.

k. Operaciones con asociados, administradores, miembros de las juntas de vigilancia y sus parientes. Las operaciones de crédito realizadas con asociados titulares del cinco por ciento (5%) o más de los aportes sociales, miembros de los consejos de administración, miembros de la junta de vigilancia, representantes legales, personas jurídicas de las cuales los anteriores sean administradores o miembros de junta de vigilancia y cónyuges y parientes hasta segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil de las personas señaladas anteriormente, requieren de un número de votos favorables, que en ningún caso puede ser inferior a las cuatro quintas (4/5) partes de la composición del respectivo Consejo de Administración²³⁹.

l. Otros aspectos importantes: la Superintendencia de Economía Solidaria establece para los entes que vigila, un régimen de horarios; de apertura, traslado, conversión y cierre de oficinas; normas sobre publicidad en relación con programas publicitarios, condiciones básicas de los textos publicitarios y prohíbe ciertos comportamientos

²³⁷ Ver artículo 51 de la Ley 43 de 1990 en concordancia con el artículo 158 de la Ley 79 de 1988.

²³⁸ Ver artículo 106 de la Ley 795 de 2003 que modifica el parágrafo 1 del artículo 48 de la Ley 454 de 1998

²³⁹ Ver artículo 109 de la Ley 795 de 2003 que modifica el artículo 61 de la Ley 454 de 1998.

buscando con ello proteger al consumidor y la sana competencia. Adicionalmente estas entidades deberán constituir y mantener un fondo de liquidez²⁴⁰.

4.2.2.3 Análisis del modelo de intervención

El modelo de intervención fuerte que se plantea rige para las cooperativas con actividad financiera a partir de un mandato constitucional claro que ordena al Presidente de la República supervisar su actividad con base en las potestades y competencias que la misma Constitución ha diseñado, pero también con base en leyes de intervención y en leyes marco que expida el Congreso de la República, siempre buscando garantizar la confianza de la ciudadanía en el sistema financiero. Estas normas son:

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

“ ...

“19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos:

“ ...

“d) Regular las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público”.

“Artículo 189. Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa:

“ ...

“24. Ejercer, de acuerdo con la Ley, la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público. Así mismo, sobre las entidades cooperativas y las sociedades mercantiles.

“25. Organizar el Crédito Público; reconocer la deuda nacional y arreglar su servicio; modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas; regular el comercio exterior; y ejercer la intervención en las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos provenientes del ahorro de terceros de acuerdo con la Ley”.

“Artículo 335. Las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación a las que se refiere el literal d) del numeral 19 del artículo 150 son de interés público y sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme a la Ley, la cual regulará la forma de intervención del Gobierno en estas materias y promoverá la democratización del crédito”.

Así las cosas, este modelo de intervención se puede presentar a partir de dos ámbitos: uno subjetivo y otro objetivo. El subjetivo comprende los sujetos que la

²⁴⁰ Artículo 39 de la Ley 454 de 1998 modificado por la Ley 795 de 2003.

hacen posible ya sea porque forman parte al aparato estatal y efectúan las acciones tendientes a que éste cumpla sus cometidos o porque sobre ella recae tal acción estatal. Como se ha indicado, el presidente de la República es el primer llamado a garantizar que los ahorradores o asociados confíen en las instituciones financieras y exista la tranquilidad de que su dinero se encuentra en buenas manos, es decir en establecimientos solventes económicamente y bien administrados, que han hecho un aprovechamiento e inversión correcta de los recursos captados y que por tanto van a cumplirles de acuerdo con las condiciones contractuales pactadas.

Parte de esta función presidencial se cumple a través del Ministerio de Hacienda quien formula la política en relación con el crédito público y al cual se encuentran adscritas las Superintendencias Financiera y de Economía Solidaria. Estas se encargan de la inspección, el control, la vigilancia y la sanción de las cooperativas que ejercen tal actividad, pero el modelo se torna más estricto cuando se trata de cooperativas financieras en comparación con las demás, ya que al ser verdaderos establecimientos de crédito en virtud del ejercicio de su actividad con terceros, pasan a ser vigilados por la Superintendencia Financiera y se les aplican las normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Esto no ocurre con las cooperativas de ahorro y crédito y las multiactivas e integrales con sección ahorro y crédito, las cuales son vigiladas por la Superintendencia del Economía Solidaria y tienen una normatividad menos fuerte pues su actividad de ahorro y crédito se ejerce con sus propios asociados y no puede extenderse a terceros. También participan de la intervención, el Dansocial como formulador de la política pública nacional para el sector solidario y de su fomento, y el Fogacoop cuya participación es definitiva en cuanto garantiza que en caso de que estas cooperativas se insolventen, pueda ser posible que el Estado responda económicamente ante los ahorradores con base en un seguro que ellas pagan.

Finalmente, en la base del modelo aparecen las cooperativas que son objeto de la intervención a las cuales ya se ha hecho mención, y por supuesto los ahorradores, que pueden ser sólo asociados, o terceros en caso de las cooperativas financieras. Incluso, el público en general se puede ver afectado por cualquier medida de intervención, ya que como lo enseña la experiencia, la insolvencia de una sola entidad del sector puede generar un pánico generalizado y desencadenar una serie de efectos desfavorables o negativos para el sistema económico.

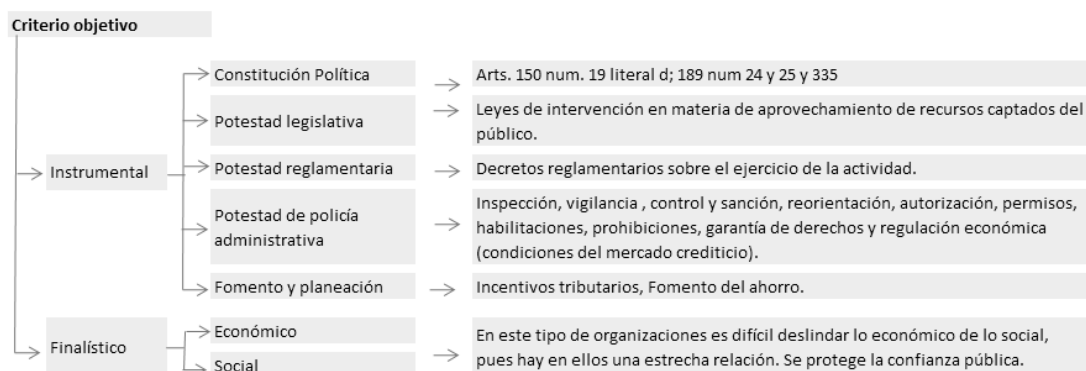
De otra parte, el criterio objetivo permite distinguir los instrumentos y los fines de la intervención en este campo. La Carta Política que presenta los lineamientos del modelo y las competencias de las autoridades administrativas y legislativas. En tratándose de estas últimas, la Constitución ha sido clara en señalar que el Congreso mediante leyes ordena la actividad financiera y de crédito público y vela por la adecuada aplicación de los recursos obtenidos del público por parte de estas instituciones.

Las competencias administrativas pueden revestir la forma reglamentaria de leyes, también la de preservación del orden público económico a través de la supervisión, en donde se hace uso de la regulación económica para normalizar el buen

funcionamiento del mercado crediticio y financiero. Finalmente se encuentra la potestad de fomento y planeación que permiten promocionar estas organizaciones de acuerdo con unas metas macroeconómicas y unas políticas de corto y largo plazo.



El criterio objetivo igualmente tiene como base los fines de estas organizaciones que revisten el carácter social y económico simultáneamente, con una conexidad muy fuerte entre ambos, pero que se desdibuja un poco en las cooperativas financieras en las que al extenderse los servicios a personas no asociadas, de alguna manera se olvida la esencia misma de la organización que consiste en propender por el bienestar y el mejoramiento de las condiciones de vida de sus propios asociados de manera prioritaria.



Se trata de un modelo de intervención fuerte por cuanto la mayor parte de sus instrumentos tales como el mandato constitucional de protección, las leyes y decretos, los pronunciamientos judiciales, reglamentos, regulación administrativa, sistema de supervisión y sanción, y prestación de servicios públicos son rigurosos; no obstante la planeación, el fomento, la participación y concertación y la educación tienen una intensidad intermedia, y solo es ligera en relación con la gestión empresarial.

4.3 ESTUDIO DEL MODELO DE INTERVENCION LIGERA: FUNDACIONES, ASOCIACIONES Y CORPORACIONES

4.3.1 Aspectos generales

El artículo 633 del Código Civil define la persona jurídica como una ficción “capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones, y de ser representada judicial y extrajudicialmente”. Además las clasifica en dos especies: corporaciones y fundaciones de beneficencia pública.

De una parte, el fundamento de las corporaciones es el derecho constitucional de asociación que se garantiza para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad. En virtud de este mandato, los ciudadanos pueden constituir todo tipo de organizaciones asociativas, sin más limitaciones que las que impone el orden jurídico y los derechos de los demás, con fines sociales, culturales, económicos, políticos y democráticos²⁴¹, entre otros. Este derecho es tan amplio que cubre cualquier tipo de iniciativa colectiva de las personas que propenda por un mejor vivir.

El término corporación sería entonces el más genérico para comprender todas las manifestaciones asociativas. Ahora bien, como quiera que existen corporaciones con ánimo de lucro y sin ánimo de lucro, la terminología que se ha acuñado para designar las primeras es la de sociedades comerciales, mientras que para las segundas se utiliza el término corporación o asociación, indistintamente; algunas veces acompañado del calificativo sin ánimo de lucro, sin que sea fundamental hacer mención a éste pues se entiende, en la mayoría de casos, implícito en el concepto.

Torrente Bayona, define las Corporaciones o asociaciones como:

“... entes jurídicos que surgen de un acuerdo de voluntades, vinculadas mediante aportes en dinero, especie o actividad, en orden a la realización de un beneficio social, que puede contraerse a los asociados, o un gremio o grupo social en particular. Su régimen estatutario se deriva de la voluntad de sus miembros. Por ello, el derecho de asociación no sólo consiste en la posibilidad de organizar personas morales sino también en la libertad de abstenerse de hacerlo, siendo contrario a la Constitución todo sistema o

²⁴¹ “Artículo 103 Constitución Política... “El Estado contribuirá a la organización, promoción y capacitación de las asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales, sin detrimento de su autonomía con el objeto de que constituyan mecanismos democráticos de representación en las diferentes instancias de participación, concertación, control y vigilancia de la gestión pública que se establezcan.

procedimiento para compeler a las personas a que ingresen o se retiren de dichas entidades, o que las obligue a prestarles servicios o a favorecer sus intereses institucionales” (subrayado del autor)²⁴².

Se resalta, como consecuencia de lo anterior, tres elementos imprescindibles en la definición: que exista un acuerdo de voluntades en virtud del cual los asociados se obligan a cumplir los estatutos; un grado de permanencia con condiciones de acceso y de retiro más o menos rígidas, que las hace diferentes de una simple reunión; y un objetivo principal diferente al mero lucro y que las distingue de las sociedades comerciales.

De otro lado, se encuentran las fundaciones, cuyo basamento jurídico es el derecho a fundar, que difiere del derecho de asociación en cuanto aquél es de corte patrimonial e individualista puesto que prescinde del estar con otras personas para poder desarrollar la iniciativa original; no obstante éste trasciende esa esencia particular al concretar sus fines y propósitos sociales en su objeto.

Su consagración constitucional se da en el artículo 62 de la Carta Política que preceptúa que “El destino de las donaciones intervivos o testamentarias, hechas conforme a la Ley para fines de interés social, no podrá ser variado ni modificado por el legislador, a menos que el objeto de la donación desaparezca. En este caso, la Ley asignará el patrimonio respectivo a un fin similar”. Además “El Gobierno fiscalizará el manejo y la inversión de tales donaciones”.

Corolario de lo anterior es que el artículo 189 numeral 26 asigna como función al Presidente de la República, entre otras, la de “ejercer la inspección y vigilancia sobre instituciones de utilidad común para que sus rentas se conserven y sean debidamente aplicadas y para que en todo lo esencial se cumpla con la voluntad de los fundadores”.

Torrente Bayona las define de la siguiente manera:

“... entes jurídicos surgidos de la voluntad de una persona o del querer de varias, acerca de su constitución, organización, fines y medios para alcanzarlos. Esa voluntad original se torna irrevocable en sus aspectos esenciales una vez se ha obtenido la personería jurídica. El sustrato de la fundación es la afectación de unos bienes o dineros preexistentes a la realización efectiva de un fin de beneficencia pública, de utilidad común o de interés social.

“La irrevocabilidad de la voluntad originaria no obsta para que el fundador en el acto de constitución se reserve atributos que le permitan interpretar el alcance su propia voluntad que lo invistan de categoría orgánica en la administración de la fundación, pero siempre a lo previsto en el acto fundacional y sin que ello implique la existencia de miembros de institución a cualquier título”²⁴³.

En la fundación no existe asociatividad, democracia o consenso, como elementos de la esencia; aunque pueden llegar a estar presentes en caso de ser plural el número de fundadores, y en especial para acordar la destinación y el fin de los

²⁴² TORRENTE BAYONA, César y BUSTAMANTE, Luis Eduardo. Las entidades sin ánimo de lucro. Tercera edición. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá, 2000, p. 33.

²⁴³ TORRENTE, BAYONA, César y BUSTAMANTE, Luis Eduardo, op. cit., p. 33.

bienes y dineros, y para reservarse la participación en los órganos de administración y dirección, que sí deben tomar decisiones bajo el principio de mayorías, siempre sujetos a las disposiciones estatutarias. Las directivas del ente jurídico pueden entonces, modificar los estatutos siempre que no varíen la esencia del querer del fundador, ni la destinación de los bienes, ni conllevar a la extinción de la persona jurídica.

Así las cosas, el derecho a fundar, de sustrato eminentemente patrimonial, necesariamente va de la mano con el derecho de propiedad, que faculta a las personas para transferir su patrimonio a título gratuito, a otros, ya sea por *mortis causa* o por acto *inter vivos*. Tafur Galvis²⁴⁴ anota que en Colombia no se exige de manera general una proporcionalidad entre la donación inicial y las actividades que el fundador pretende que se desarrollen por parte de la persona jurídica con los bienes transferidos. Por ello es posible que una fundación funcione con un capital irrisorio frente a un ambicioso objeto, en especial si se trata de las fundaciones denominadas de “tipo gerencial” que toman el patrimonio inicial y buscan aumentarlo o conservarlo a través de actividades y servicios, tal como si se tratara de una empresa capitalista.

Aunque jurídicamente exista una diferencia abismal entre el grupo conformado por las asociaciones y corporaciones frente a las fundaciones, en sus fines se asimilan en cuanto la solidaridad se ejerce hacia afuera, es decir hacia la comunidad en general; no obstante ambas pueden delimitar sus beneficiarios para que sea un grupo cerrado.

A estas entidades se les llama comúnmente “Organizaciones No Gubernamentales - ONG”. De acuerdo con la Organización de las Naciones Unidas una Organización No Gubernamental es “cualquier grupo de ciudadanos voluntarios sin ánimo de lucro que surge en el ámbito local, nacional o internacional, de naturaleza altruista y dirigida por personas con un interés común”²⁴⁵.

Al respecto, dice José Luis Piñar que:

“El término de Organización no Gubernamental se ha generalizado y popularizado por la costumbre y el uso cotidiano, hace referencia a un conjunto estructurado de personas que no integran el aparato estatal y se asocian por un determinado fin diferente al lucro. La práctica y la adopción de dicho vocablo hacen referencia a entidades que trabajan desde lo privado en beneficio público y que no reparten utilidades derivadas de sus ejercicios propios entre sujetos naturales o jurídicos. Su fin y misión última es el bienestar de la comunidad en general. Se puede afirmar que mientras el Estado tiene el deber de construir y trabajar por el bien común, estas organizaciones lo hacen por voluntad y derecho propio de libre asociación, es decir por querer”²⁴⁶.

Según este doctrinante, en Colombia, existen tres tipos de ONG: de autodesarrollo, conformadas por asociaciones de base y de tipo económico y comunitario, como por

²⁴⁴ TAFUR GALVIS, Álvaro. Las personas jurídicas sin ánimo de lucro. Bogotá: Temis, 1990, p. 25.

²⁴⁵ Departamento de información pública de las Naciones Unidas. Sección de Organizaciones No Gubernamentales. www.un.org

²⁴⁶ PIÑAR MAÑAS, José Luis y GARCIA GARCIA, Juan Andrés. Las Fundaciones en Iberoamérica. Madrid: Mc Graw Hill, 1997, p. 107.

ejemplo las cooperativas; de apoyo y acompañamiento, que atienden y sirven a la población menos favorecidas, como por ejemplo las asociaciones y fundaciones; y las de coordinación institucional y representación gremial, conformadas por organización de segundo y tercer grado, en las que se encuentran los gremios.

El problema que genera la utilización de esta terminología, la de ONG, es que ella hace referencia a cualquier organización del sector solidario, lo cual quiere decir que no sólo agrupa a las organizaciones de la Economía Solidaria OES sino también a las Organizaciones Solidarias de Desarrollo OSD. De otra parte el término se relaciona con entidades en las cuales el Estado no participa, pero contrario a ello, la legislación colombiana, permite a la Nación y los entes territoriales, formar parte de ellas manera directa o indirecta en corporaciones, asociaciones y fundaciones.

Juan Carlos Jaramillo²⁴⁷ anota como elementos diferenciadores de uno y otro concepto (corporación-asociación y fundación) los siguientes:

Asociación o Corporación	Fundación
Es de sustrato personal: La unión de personas que de común acuerdo establece y realiza un fin colectivo.	Es de sustrato patrimonial. La voluntad de afectar un patrimonio para la consecución de una finalidad determinada. Carece de sustrato personal.
La voluntad de la asociación resulta de la integración de las voluntades individuales de sus miembros de acuerdo con los sistemas mayoritarios expresados en los estatutos.	La pluralidad de voluntades no constituye en la fundación un elemento esencial, pues resulta común que ella se origine en la voluntad de una sola persona.
La base de la asociación es la colectividad de individuos que la integran, pero naturalmente le es consustancial el patrimonio entendido como la posibilidad jurídica de adquirir bienes y de ejercer su dominio.	Dado que su origen se basa en la realización de un fin, es necesario que desde su inicio se produzca una destinación de bienes al cumplimiento de este fin, de tal forma que los mismos constituyan el patrimonio de la fundación. El acto mismo de la destinación es unilateral, gratuito y puede revestir la forma de acto entre vivos o por disposición testamentaria.

Pero aclara este autor que existe un sector de la doctrina que ha coincidido en indicar que:

“... las diferencias entre corporaciones y fundaciones radican principalmente en que, en estas últimas, lo preponderante es la afectación de unos bienes determinados a la realización de una actividad de beneficencia pública específica, no hay personas asociadas sino un conjunto de bienes dotados de personería jurídica; lo que no ocurre en las corporaciones, ya que en este caso, lo que existe es una reunión de individuos que tienen por objeto la consecución del bienestar de los asociados y/o terceros”²⁴⁸.

Una exigencia legal histórica frente a las corporaciones y asociaciones era hasta antes de 1995, el otorgamiento de un título habilitante y declarativo previo emanado del Estado que le reconociera su existencia como persona jurídica. Como se verá más adelante con la expedición del Decreto Ley 2150 de 1995, se cambió sustancialmente tal situación, y por tanto tal exigencia pasó a ser una excepción que sólo opera para ciertas organizaciones. La Corte Constitucional en sentencia C-670

²⁴⁷ JARAMILLO, Juan Carlos, op. cit., p. 7.

²⁴⁸ Ibíd.

de 2005²⁴⁹ manifestó que el artículo 636 del Código Civil había quedado derogado tácitamente por este Decreto Ley²⁵⁰.

En la versión original del Código Civil, el artículo 634, exigía para las fundaciones que su existencia estuviera sujeta a una Ley, pero tal requisito sólo se predicaba de las fundaciones y no de las asociaciones y corporaciones, para las cuales se necesitaba únicamente la aprobación de sus estatutos por parte del Presidente de la Unión (entiéndase de la República), en concordancia con la Constitución Política de 1886, que en su artículo 47 permitía formar compañías o asociaciones públicas o privadas que no fueran contrarias a la moralidad ni al orden legal, y al artículo 49 de la misma que dotaba a las corporaciones legítimas el derecho a ser reconocidas como personas jurídicas, y a ejecutar actos civiles y gozar de garantías, y de ser sujetos de limitaciones, por razones de utilidad común; normas que fueron modificadas posteriormente junto con el artículo 44 de la misma Constitución²⁵¹.

Con la reforma constitucional de 1936 se unificó el régimen jurídico para fundaciones, asociaciones y corporaciones, especialmente en la no exigencia de una Ley habilitante para las fundaciones, y la necesidad del reconocimiento de la personería jurídica para estas tres categorías de organizaciones solidarias. Pero antes de la reforma de 1936, ya se había expedido el Decreto 1326 de 1922. Este, que había sido modificado por el Decreto 1510 de 1944, consagró los trámites para obtener el reconocimiento de la personalidad jurídica inicialmente para asociaciones y corporaciones y posteriormente para las fundaciones. Finalmente esta normatividad quedó derogada por la Ley 22 de 1987.

²⁴⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-670/05, M. P.: Álvaro Tafur Galvis. Bogotá: 28 de julio de 2005.

²⁵⁰ La norma expresaba: “ARTÍCULO 636. Los reglamentos o estatutos de las corporaciones, que fueren formados por ellas mismas, serán sometidos a la aprobación del poder ejecutivo de la Unión, quien se la concederá si no tuvieren nada contrario al orden público, a las Leyes o a las buenas costumbres. Todos a quienes los estatutos de la corporación irrogaren perjuicio, podrán recurrir al poder ejecutivo ya citado, para que en lo que perjudicaren a terceros, se corrijan, y aun después de aprobados les quedará expedito su recurso a la justicia contra toda lesión o perjuicio que de la aplicación de dichos estatutos les haya resultado o pueda resultarles”. Además la Sentencia C-670 de 2005 la Corte expresó: “En efecto, si bien es cierto que en el nivel constitucional la modificación que se operó en relación con el artículo 44 de la Carta anterior y que se plasma para el caso de las asociaciones en los artículos 38 y 39 de la Constitución de 1991 no significa necesariamente la abolición del sistema de reconocimiento de la personalidad jurídica por parte del Estado, sí es cierto que se expresó -como lo señaló la Corte en la sentencia C-695 de 1996- que quedaba a la decisión del legislador determinar el sistema que considerara apropiado dentro de su potestad de regulación del régimen de las personas jurídicas y por ello bien puede aquel, como lo hizo en el Decreto que ha sido objeto del estudio de la Corte en las sentencias aludidas, aligerar los requisitos para la obtención de la personalidad jurídica por parte de las asociaciones, manteniendo como también lo hizo, unas excepciones de las cuales se predique la necesidad por parte de determinadas autoridades administrativas, acto formal del reconocimiento y de aprobación de los estatutos correspondientes. Entonces, cabe concluir que en la actualidad la disposición del artículo 636 del Código Civil que se refiere, como ya se expresó, con exclusividad a las asociaciones, se encuentra derogado, por cuanto hay un sistema general al cual resulta opuesto el que se exija la aprobación de los estatutos de dichas organizaciones ya que en el nuevo sistema se prevé únicamente, salvo lo que en el mismo Decreto 2150 se dispone, que los estatutos acordados por las asociaciones se registren en la correspondiente cámara de comercio”.

²⁵¹ A través del inciso 1 de artículo 20 del acto legislativo 1 de 1936 quedó todo ello normado en este último artículo de la siguiente manera “ARTICULO 44. Es permitido formar compañías, asociaciones y fundaciones que no sean contrarias a la moral o al orden legal: las asociaciones y fundaciones pueden obtener su reconocimiento como personas jurídicas”.

Estas organizaciones pueden desarrollar actividades en muchos ámbitos de interés social, cultural, deportivos, humanitario, de capacitación, cultura, desarrollo humano e investigación, entre otros, por esta razón están habilitadas para establecer alianzas estratégicas con las administraciones locales, seccionales o nacionales, de tal manera que puedan aportar al desarrollo de las comunidades. Igualmente pueden desempeñar actividades económicas, pero siempre dentro de su objeto social y con el propósito de desarrollarlo²⁵².

Mediante el Decreto 777 de 1992²⁵³ modificado por los Decretos 1403 de 1992 y 2459 de 1993, se reglamentó la celebración de los contratos a que refiere el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política, esto es, de la Nación y los entes territoriales con personas jurídicas privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, con el fin de impulsar programas y actividades de interés público. La norma definió la “reconocida idoneidad” como la experiencia con resultados satisfactorios que acreditan la capacidad técnica y administrativa de estas entidades para llevar a cabo el objeto del contrato cuya evaluación corresponde hacer a la misma entidad contratante.

Algunas exigencias estipuladas en la normatividad para efectos de que sea posible celebrar estos contratos son: ser facultativa la inclusión de cláusulas excepcionales previstas en el estatuto general de contratación pública; si la cuantía es igual o superior a cien salarios mínimos mensuales deben publicarse en el Diario Oficial o en los respectivos diarios, gacetas o boletines de contratación de la entidad; es necesario que el contratista se obligue a constituir garantías adecuadas de manejo; debe contarse con una interventoría o supervisión; y se debe tener un certificado de disponibilidad presupuestal y hacerse el registro presupuestal.

Coherente con lo anterior el Estatuto de Contratación Pública, en su artículo 13 estableció también un régimen de excepción en materia de contratación con fondos de los organismos multilaterales de crédito, o con personas extranjeras de derecho público u organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacionales, mediante el cual éstos podrían someterse a los reglamentos de tales entidades en todo lo relacionado con procedimientos de formación y adjudicación y cláusulas especiales de ejecución, cumplimiento, pago y ajustes.

²⁵² Antes de la Constitución de 1991, muchas de estas entidades utilidad común, además de subsistir con donaciones de particulares y rentas propias, recibían también los llamados “auxilios” con cargo a los presupuestos públicos. Se estima que estas entidades dependían en un cuarenta por ciento de los auxilios parlamentarios. Ver. PIÑAR MAÑAS, José Luis y GARCIA GARCIA, Juan Andrés, op. cit., p. 115. Con el fin de erradicar esta situación, la Constitución Política de 1991, expresó: “ARTICULO 136. Se prohíbe al Congreso y a cada una de sus Cámaras: “4. Decretar a favor de personas o entidades donaciones, gratificaciones, auxilios, indemnizaciones, pensiones u otras erogaciones que no estén destinadas a satisfacer créditos o derechos reconocidos con arreglo a la Ley preexistente. Además el artículo 355 señaló que “Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado. El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia”.

²⁵³ Se trata de un Decreto autónomo o constitucional, ya que las facultades para expedirlo no emanaron de la Ley, sino que la constitución misma envistió al Presidente de la república de éstas de manera exclusiva y privativa. Es importante aclarar que el Decreto 77 de 1992 derogó expresamente el Decreto 393

Infelizmente en la práctica algunas entidades estatales empezaron a celebrar contratos y convenios con los llamados Organismos No Gubernamentales Internacionales –ONGI- con fines diferentes a los establecidos en la Ley, por ejemplo para administrar recursos sin que existiera contrapartida por parte de la ONG, y subcontratación de estos recursos sin dar aplicación al estatuto de contratación.

El artículo 15 del Decreto 2170 de 2002 lo reglamentó estableciendo como parámetros para este tipo de contratación, que la selección del organismo se realizara mediante concurso en el cual deberían prevalecer criterios de selección objetiva; que los contratos tuvieran indicadores para hacer una medición de la gestión; que al finalizar la ejecución del contrato la entidad contratante solicite al organismo contratado la presentación de un informe debidamente auditado; y que se liquide conforme a la Ley.

Esta norma fue derogada por el Decreto 1896 de 2004, el que su a su vez fue modificado por el Decreto 2166 del mismo año. Adicionalmente mediante la sentencia C-249 de 2004, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad del artículo 13 de la Ley 80 de 1993. El Procurador General de la Nación también se pronunció a través de la Directiva 01 de 2004, fijando criterios de aplicación de la sentencia mencionada en relación con la contratación con organismos internacionales. En esta se puntualizó que:

“Todo convenio o contrato con entidades y organismos internacionales a ejecutarse en el territorio colombiano en donde existan aportes de dineros públicos, sin importar el porcentaje del mismo, ha de sujetarse a los principios y normas de la Ley 80 de 1993. En consecuencia, las entidades públicas no podrán en este evento, someterse a los reglamentos de contratación de tales entidades, en todo lo relacionado con los procedimientos de formación, adjudicación y cláusulas especiales de ejecución, pago y ajustes”.

Ante la falta de claridad en el tema, a pesar de los pronunciamientos mencionados, la Ley 1150 de 2007 que modificó el Estatuto de Contratación, prohibió los contratos de administración y gerencia de recursos propios de la entidad con ONG Internacionales y estableció que si tales contratos o convenios son financiados en su totalidad o en sumas iguales o superiores al 50% con fondos de las ONG Internacionales, éstos podrán someterse a los reglamentos de tales entidades. De lo contrario, debían someterse a las normas de contratación pública.

Las fundaciones, asociaciones y corporaciones sin ánimo de lucro han polemizado en situaciones tales como:

1. Las ONG de países desarrollados (del Norte) financian a las de los países en vía de desarrollo (del Sur) y por tanto reclaman una relación de asociación y no de subordinación entre ellas. Algunas han manifestado un desacuerdo absoluto en los

sistemas de rendición de cuentas pues les distrae de su verdadero objeto social y por tanto obstaculiza el desarrollo de sus actividades misionales²⁵⁴.

Adicionalmente, esta cooperación internacional, en cuanto a recursos y actividades, se escapa de control del Estado, que en muchos casos sirve, frente a las organizaciones donantes, de “garante tácito” cuya calidad asegura que la ayuda y los programas sociales llegarán a los destinatarios. Si bien el Estado conoce parte de esa oferta de subvenciones y ayuda a encausarlas a través de agencias nacionales, otra parte se escapa incluso de su registro, con lo cual se dificulta calcular su aporte a la economía nacional.

Cuando algunas de estas entidades se benefician de manera irregular con los recursos adquiridos por cooperación internacional, tal situación genera un detrimento en la imagen de las demás organizaciones de nuestro país frente al mundo, con lo cual se pierden oportunidades de desarrollo para todos los ciudadanos, puesto que detrás de una ayuda internacional bien direccionada siempre vendrán otras.

2. Participan activamente en la vida social del país, pero en algunos casos desvían esos propósitos hacia actividades de otra naturaleza. Como se anotó, estas organizaciones nacen de la iniciativa privada, generalmente, para desarrollar parte de las funciones sociales que le corresponden al Estado demandando de éste su fomento y control, dado su alto impacto (convergencia de lo público y lo privado), la generación de capital social y su papel como representante visible de la sociedad en la construcción de lo público.

De alguna manera éstas coadyuvan al aparato estatal en el desarrollo de sus fines y en consecuencia, los principales campos en los que se enmarca su objeto son: población raizal, género, reinsertados, salud, organizaciones de desarrollo, indígenas, vivienda, generación de ingresos, atención a población vulnerable, educación formal y para el trabajo, y desarrollo rural, entre muchas otras. Nadie niega el papel que éstas han desempeñado en procura de reivindicar los derechos de los trabajadores (sindicatos), o el de control del poder político (partidos políticos), o en la denuncia de abusos por parte de gobernantes y de grupos de presión o al margen de la Ley ante la violación de derechos humanos.

Sin embargo, la referencia recae sobre quienes no hacen bien su trabajo en el campo social como han sido las que emprenden negocios mercantiles aprovechando las ventajas concedidas por la Ley para favorecer a sus fundadores; las que despliegan actividades que implican un grave riesgo social, como lo fueron las llamadas “pirámides” que sacaron provecho de un vacío legal respecto a su *modus operandi* de captación masiva y habitual de dineros del público en general; las que sirven de fachada para el lavado de activos; u otras como las que son propietarias de bares nocturnos que evaden las restricciones de horarios de venta de licor, bajo el argumento que después de la hora reglamentaria ofrecen sus

²⁵⁴ DEMENET Philippe [en línea]. La rebelión de las ONG del Sur. [Consultado 20 de febrero de 2009]. Documento disponible en <<http://www.unesco.org>>

servicios a su grupo cerrado de socios que afilian minutos antes de empezar a regir las restricciones policivas.

3. Participan activamente en la vida política del país pero a veces favorecen la ilegalidad y a un grupo reducido de personas en detrimento del interés general. El manejo de este tipo de actividades por parte de estas organizaciones requiere algún grado de prudencia en cuanto el conflicto civil por el que atraviesa el país puede verse irrumpido por gobiernos extranjeros, con ocasión de la participación de ONG internacionales en asuntos internos. Es claro que una cosa, por cierto perfectamente legítima, es la denuncia de irregularidades cometidas por quienes representan el Estado y quieren desestabilizarlo, y otra muy diferente es la coayuvancia a la causa criminal de aquellos grupos que han sido reconocidos internacionalmente como terroristas.

De otro lado, en el actuar político, también se evidencia que algunas de las que trabajan en pro del orden político, terminan representando los intereses de un candidato o grupo que quiere acceder al poder para fines particulares. Tradicionalmente se ha desconfiado de su actividad política. La derecha porque duda de su carácter colegiado y de su énfasis en la solidaridad; y la izquierda porque las ve como una competencia a la política de bienestar social que, en su concepto, debe estar bajo un rígido control del Gobierno.

4. Contratan con el Estado. Una de las grandes oportunidades que tiene este sector para obtener recursos y para desarrollar con éxito su objeto social está en la contratación con el Estado. Infortunadamente este tema ha sido controversial y por ello en las últimas reformas que se han hecho al régimen de contratación quedó claramente establecido que las nacionales no gozan de prerrogativas en esta materia, y que además las internacionales definen el régimen a aplicar dependiendo de la cantidad de recursos que aporten como contrapartida. Empero aún siguen siendo materia de controversia por actos de corrupción en las que se han envuelto al ser cómplices de estos actos junto con quienes administran los recursos públicos.

Nadie duda de su importancia y de la conveniencia y legitimidad. La verdad es normatividad que las rige es muy poco estructurada y ello se debe a la necesidad de que a través de la ausencia de barreras de entradas se fomenten y ayuden en sus fines sociales. Lo cual no ha ocurrido, puesto se han pervertido, en algunos casos, sus fines. En este sentido el Estado debe estructurar jurídicamente su supervisión que es difusa y dispersa.

Para normalizar esa situación ellas deben hacer rendición pública de cuentas, su registro público debe efectuarlo la Nación o una entidad centralizada y no los entes territoriales; ese registro debe estar asociado a sus recursos y a su objeto, también debe medir el impacto social de éste, actuar bajo principios de responsabilidad en las informaciones que suministran, someterse a controles estatales bajo el principio de proporcionalidad y diferenciando su nivel. Además es indispensable la implementación de controles estrictos cuando trabajen con el tema de microfinanzas al cual se han abierto en los últimos días. Definitivamente, debe haber un dialogo entre el Estado y estas organizaciones.

4.3.2 Regímenes jurídicos

El régimen jurídico de las fundaciones, corporaciones y asociaciones no es muy amplio; sus lineamientos básicos se encuentran contenidos en algunas disposiciones del Código Civil y ello se debe en buena parte a que la autonomía es el principal estandarte en que se soporta el sistema, de tal manera que es en los estatutos donde se encuentra regulada su constitución, existencia y disolución y liquidación, obviamente bajo unos lineamientos gruesos contenidos en diferentes normas jurídicas.

Desde el régimen jurídico aplicable, estas organizaciones solidarias de desarrollo OSD, pueden organizarse en dos grandes grupos. El primero de ellos constituido por organizaciones con pautas de constitución, registro, inspección y funcionamiento generales contenidas en la Ley 22 de 1987; el segundo, conformado por un grupo de organizaciones que se rigen en los aspectos mencionados por normas especiales.

- **Entidades del régimen general**

La Ley 22 de 1987 asignó al gobernador de Cundinamarca y al Alcalde Mayor de Bogotá el reconocimiento y cancelación de la personería jurídica de estas instituciones de utilidad común, con domicilio en Cundinamarca y en el Distrito de Bogotá, respectivamente; competencia que hasta entonces tenía el Ministerio de Justicia²⁵⁵. Esta norma facultó al Presidente de la República para que delegara en los gobernadores de los departamentos y en el Alcalde Mayor de Bogotá, su supervisión²⁵⁶. En desarrollo de este mandato, se expidió el Decreto 432 de 1988 que delegó, sólo para el caso del Alcalde Mayor de Bogotá, la función de ejercer control sobre las sesiones que realicen las asambleas de las instituciones de utilidad común domiciliadas en la capital.

Lo anterior, en armonía con el Decreto 059 de 1991 que contiene las actuaciones relacionados con la expedición del acto de reconocimiento de la personería jurídica, la inspección, control y vigilancia de las asociaciones, corporaciones, fundaciones e instituciones de utilidad común, con domicilio en Bogotá, cuya vigencia actual es parcial de conformidad con las derogatorias tácitas efectuadas por los artículos 40 a 44 del Decreto Ley 2150 de 1995²⁵⁷.

²⁵⁵ Este Decreto se debe armonizar con las funciones de la Dirección de Personas Jurídicas, adscrita a la Secretaría General, las cuales fueron asignadas mediante el Decreto 886 de 1987, el cual fue derogado por el Decreto 663 de 1995, el que a su turno también fue derogado por el Decreto 331 de 2003, y éste por el Decreto 94 de 2006, que finalmente fue derogado por el Decreto 267 de 2007, que es la norma que está actualmente vigente. Con base en esa misma Ley, el alcalde Mayor de Bogotá expidió el Decreto distrital 866 de 1987 que delegó en oficina jurídica de la alcaldía mayor la inscripción de representantes legal, junta de dignatarios y revisor fiscal de estas personas jurídicas. Actualmente esta función está asignada, junto con otras similares, a la Subdirección de Personas Jurídicas de la Alcaldía Mayor de Bogotá. El Decreto Distrital 267 de 2007, artículo 30, asigna a esa dependencia las siguientes funciones respectivas.

²⁵⁶ Esta función presidencial emanaba del artículo 135 de la Constitución; hoy en día corresponde al artículo 189 numeral 26 de la Carta.

²⁵⁷ Ver Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Radicado interno 1.818, Consejero Ponente: Gustavo Aponte Santos. Bogotá: 17 de mayo de 2007.

De la misma manera, el Decreto 1318 de 1988 reiteró tal delegación y dotó a todos los gobernadores de facultades de supervisión respecto a las entidades de utilidad común domiciliadas en su jurisdicción. Además aclaró que se trata de una competencia residual, al mencionar que se ejercerá sobre aquellas que no estén sometidas al control de otra entidad. Estas organizaciones deben, para esos efectos, presentar los estatutos de la entidad, los proyectos de presupuesto y los balances de cada ejercicio, con arreglo a las normas vigentes sobre la materia²⁵⁸.

El trámite de reconocimiento y cancelación de personerías jurídicas de asociaciones o corporaciones y fundaciones o instituciones de utilidad común, en los departamentos, se reglamentó por el Decreto 1529 de 1990²⁵⁹ el cual tiene vigencia parcial, teniendo en cuenta también que el Decreto-Ley 2150 de 1995 prohibió a las autoridades exigir requisitos adicionales para la creación o el reconocimiento de personas jurídicas a las que se refieren esas disposiciones. En este sentido, tienen aplicación plena las normas relacionadas la inscripción ante esas instancias, una vez se hayan realizado los procesos de registro ante la Cámara de Comercio. Las normas en materia de supervisión también están vigentes, pero son bastante elementales²⁶⁰.

El Decreto Ley 2150 de 1995, a través de su artículo 44, suprimió el acto de reconocimiento de la persona jurídica de las organizaciones civiles, las corporaciones, las fundaciones, las juntas de acción comunal y de las demás entidades privadas sin ánimo de lucro. Para la obtención de su personalidad, éstas se deben constituir ya sea por escritura pública o por documento privado.

En ese proceso de formación de la persona jurídica, el artículo 44 aclara que estas entidades “... formarán una persona distinta de sus miembros o fundadores individualmente considerados, a partir de su registro ante la Cámara de Comercio con jurisdicción en el domicilio principal de la persona jurídica que se constituye”. Además especifica que en los casos en los cuales la Ley exija obtener licencia de funcionamiento, o reconocimiento de carácter oficial, autorización o permiso de iniciación de labores, deberá contarse con tales exigencias.

También se deben inscribir en la Cámara de Comercio los estatutos y sus reformas, los nombramientos de administradores con previa aceptación, los libros, la disolución y su liquidación. Esta expedirá los certificados de existencia y representación legal, bajo los mismos términos, tarifas y condiciones previstos para el registro de los actos de las sociedades comerciales. Estas organizaciones son²⁶¹.

²⁵⁸ Ver Decreto 1318 de 1988, artículo 2, modificado por el Decreto 1093 de 1989.

²⁵⁹ Esta norma derogó el Decreto 1831 de 1988.

²⁶⁰ Dentro de los aspectos más importantes que se regulan allí, están: la cancelación de la personería jurídica por vía administrativa cuando sus actividades se desvíen del objetivo de sus estatutos, o sean contrarias al orden público, a las Leyes o a las buenas costumbres; la congelación de fondos como medida preventiva; la cancelación de la inscripción de dignatarios; el procedimiento de cancelación; los aspectos generales de liquidación; y la petición de documentos e información.

²⁶¹ Tomado de Guía de entidades sin ánimo de lucro de la Cámara de Comercio de Bogotá disponible en http://camara.ccb.org.co/documentos/325_ESAL1.pdf, en concordancia con el Decreto 427 de 1996 “Por el cual se reglamentan el Capítulo II del Título I y el Capítulo XV del Título II del Decreto 2150 de 1995”.

- a. Asociaciones, corporaciones, fundaciones e instituciones de utilidad común de carácter gremial, de beneficencia, profesional, juvenil, social, democrática y participativa, cívica y comunitaria, de egresados, de rehabilitación social y ayuda a indigentes y clubes sociales.
- b. Entidades científicas, tecnológicas, culturales e investigativas.
- c. Entidades cuyo objeto sea el desarrollo de planes y programas de vivienda de interés social, excepto si se trata de entidades sin ánimo de lucro integradas por familias interesadas en la auto-construcción de sus viviendas.
- d. Asociaciones de padres de familia de cualquier grado.
- e. Asociaciones de instituciones educativas.
- f. Asociaciones sin ánimo de lucro o de economía solidaria formadas por padres
- g. Asociaciones agropecuarias y campesinas nacionales y no nacionales; y asociaciones de segundo y tercer grado:
- h. Corporaciones, asociaciones y fundaciones creadas para adelantar actividades en comunidades indígenas.
- i. Asociaciones de copropietarios, coarrendatarios, arrendatarios de vivienda compartida y vecinos, diferentes a las de propiedad horizontal regidas por las leyes 182 de 1948 y 16 de 1985 y Ley 675 de 2001.
- j. Entidades ambientalistas.
- k. Las demás organizaciones civiles, corporaciones, fundaciones y entidades privadas sin ánimo de lucro no sujetas a excepción²⁶².

• Entidades del régimen especial

La Ley 537 de 1999 modificó el artículo 45 del Decreto 2150 estableciendo excepciones al régimen dispuesto por aquella norma. Tales organizaciones excluidas²⁶³ y que tienen un sistema de registro y vigilancia diferente, ya sea por disposición de la Ley mencionada o por normas especiales, son²⁶⁴:

- a. Instituciones de educación superior
- b. Instituciones de educación formal²⁶⁵ y no formal²⁶⁶ (Ley 115 de 1994).

²⁶² Como ya se había visto, en lo que se refiere a las organizaciones de Economía Solidaria, si bien estas se registran ante la Cámara de Comercio en virtud de lo mandado por el Decreto 1798 de 1998, en lo que respecta a la supervisión, tienen un régimen especial. Ver Decreto 427 de 1996 “Por el cual se reglamentan el Capítulo II del Título I y el Capítulo XV del Título II del Decreto 2150 de 1995”.

²⁶³ Según concepto 30428 del 8 de agosto de 2001 de la Subsecretaría de asuntos legales de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. requieren reconocimiento de personería jurídica y aprobación de estatutos a través de acto administrativo, las siguientes entidades: 1. Entidades que hacen parte del Sistema Nacional del Deporte del nivel Distrital, reguladas por la Ley 181 de 1985 y el Decreto 1228 de 1995. 2. Asociaciones Deportivas de tiro y caza y las que tengan como finalidad la colección de armas, que no tengan regulación expresa del Ministerio de Defensa. 3. Asociaciones, Corporaciones y Fundaciones con fines Religiosos, las Federaciones y Confederaciones, que deseen personería jurídica de derecho privado. 4. Comités de Desarrollo y Control Social de Servicios Públicos domiciliarios creados por la Ley 142 de 1994 y reglamentados por el Decreto 1429 de 1995. y 5. Organizaciones de vivienda y autoconstrucción señaladas en el Decreto 1774 de 2000

²⁶⁴ Tomado de Guía de entidades sin ánimo de lucro de la Cámara de Comercio de Bogotá disponible en http://camara.ccb.org.co/documentos/326_ESAL2.pdf. en concordancia con el Decreto 427 de 1996 “Por el cual se reglamentan el Capítulo II del Título I y el Capítulo XV del Título II del Decreto 2150 de 1995”.

²⁶⁵ Si estas entidades tienen en su objeto social fines educativos, científicos, tecnológicos, culturales, de recreación o deportes, se les aplicará el Decreto 525 de 1990, no solo en cuanto a la inspección y vigilancia, sino también en lo relativo al reconocimiento y cancelación de personería jurídica.

- c. Personas jurídicas sin ánimo de lucro que prestan servicios de vigilancia privada (Decreto 356 de 1994)
- d. Juntas de acción comunal, juntas de vivienda comunitaria, federaciones y confederaciones (Ley 537 de 1999)
- e. Iglesias, confesiones y denominaciones religiosas, sus federaciones y confederaciones y asociaciones de ministros (Ley 133 de 1994)
- f. Entidades reguladas por la Ley 100 de 1993 de Seguridad Social
- g. Sindicatos y asociaciones de trabajadores y empleadores
- h. Partidos y movimientos políticos
- i. Cámaras de comercio reguladas por el Código de Comercio
- j. Entidades privadas del sector salud cuando se dediquen a la atención de servicios de salud en los procesos de fomento, prevención, tratamiento y rehabilitación a la comunidad, de que trata la Ley 10 de 1990 y Ley 100 de 1993
- k. Sociedades de gestión colectiva de derechos de autor y derechos conexos que trata la Ley 44 de 1993
- l. Personas jurídicas extranjeras de derecho privado sin ánimo de lucro, con domicilio en el exterior y que establezcan negocios permanentes en Colombia a través de sucursales (artículo 48 de CPC.)
- m. Establecimientos de beneficencia y de instrucción pública de carácter oficial, corporaciones y fundaciones creadas por leyes, ordenanzas, acuerdos y decretos, regulados por el Decreto 3130 de 1968 (Ley 489 de 1998)
- n. Propiedades regidas por las leyes de propiedad horizontal (edificios, condominios, etc.) (Ley 675 de 2001)
- o. Cajas de compensación familiar reguladas por la Ley 21 de 1982
- p. Cabildos indígenas regulados por la Ley 89 de 1890
- q. Entidades que conforman el sistema nacional del deporte de los niveles nacional, departamental y municipal (Ley 181 de 1995)
- r. Instituciones de utilidad común que prestan servicios de bienestar familiar (Decreto 1422 de 1996)
- s. Organizaciones gremiales de pensionados que trata la Ley 43 de 1984
- t. Casas – cárcel de que trata la Ley 65 de 1993
- u. Clubes de tiro y caza, y asociaciones de coleccionistas de armas (Ley 61 de 1993)
- v. Los cuerpos de bomberos voluntarios u oficiales (Ley 322 de 1996)
- w. Las demás personas jurídicas respecto de las cuales la Ley regula expresamente su creación y funcionamiento, las cuales se regirán por sus normas especiales
- x. Las asociaciones u organizaciones de familias cuyo objeto social sea el desarrollo por el sistema de autoconstrucción de programas de vivienda de interés social (Ley 537 de 1999)
- y. Cooperativas y precooperativas de trabajo asociado, las cuales se deben inscribir ante la Superintendencia de la Economía Solidaria (Decreto 4588 de 2006)²⁶⁷.

²⁶⁶ La Ley 1064 de 2006 cambió el nombre de educación no formal por el de “educación para el trabajo y el desarrollo humano”

²⁶⁷ Es preciso aclarar que de acuerdo con el Decreto 4588 de 2006, las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado también están excluidas del registro en Cámara de Comercio, pues deben inscribirse en la Superintendencia de Economía Solidaria.

Cabe anotar que dentro de este régimen especial también se encuentran las personas jurídicas solidarias extranjeras (ONG), que dentro del marco general de cooperación internacional desplieguen su objeto social en nuestro Estado. Para que ello sea posible y en virtud de lo determinado en el Decreto 200 de 2003, se asignó a la Secretaría General del Ministerio del interior y de Justicia, la función de inscribirlas cuando establezcan negocios permanentes en Colombia. Esto en concordancia con el artículo 48 del Código de Procedimiento Civil que al respecto indica:

Las personas jurídicas extranjeras de derecho privado con domicilio en el exterior, que establezcan negocios permanentes en Colombia, deberán constituir en el lugar donde tenga tales negocios, apoderados con capacidad para representarlas judicialmente. Con tal fin se protocolizará en la notaría del respectivo circuito prueba idónea de la existencia y representación de dichas personas jurídicas y del correspondiente poder. Un extracto de los documentos protocolizados se inscribirá en el registro de comercio del lugar, si se tratare de una sociedad, y en los demás casos, en el Ministerio de Justicia²⁶⁸.

4.3.3 Análisis del modelo de intervención

El tipo de intervención ligera de las asociaciones y fundaciones no emana de la Constitución Política sino que corresponde a una disfuncionalidad del sistema en tratándose de aquellas que pertenecen al régimen general. El mandato de la Carta Política es que se proteja el derecho de asociación y que se fiscalice por parte del Gobierno la destinación de los recursos de las fundaciones, lo cual se cumple parcialmente por la ausencia de instrumentos jurídicos pertinentes.

Lo anterior no quiere que decir que un modelo de intervención ligera no sea posible de aplicar con óptimos resultados; de hecho lo es; incluso esa debe ser la tendencia. Lo que sucede es que estos modelos de intervención mínima pueden ser eficaces en la medida en que el sector (sujetos y actividades) sean capaces de autorregularse de tal manera que no sea necesaria o que sea muy poca incidencia en los procesos económicos.

Pero ello no ha ocurrido de manera generalizada en este subsector, pues si bien es cierto que existen muchas fundaciones, asociaciones y corporaciones cumpliendo la finalidad solidaria, también es cierto que muchas de estas son empresas utilizadas, para evadir responsabilidades y aprovechar sus beneficios y sus facilidades, para propósitos ajenos a la filosofía solidaria y no lucrativa, especialmente para el ejercicio de actividades ilícitas o para beneficios personales.

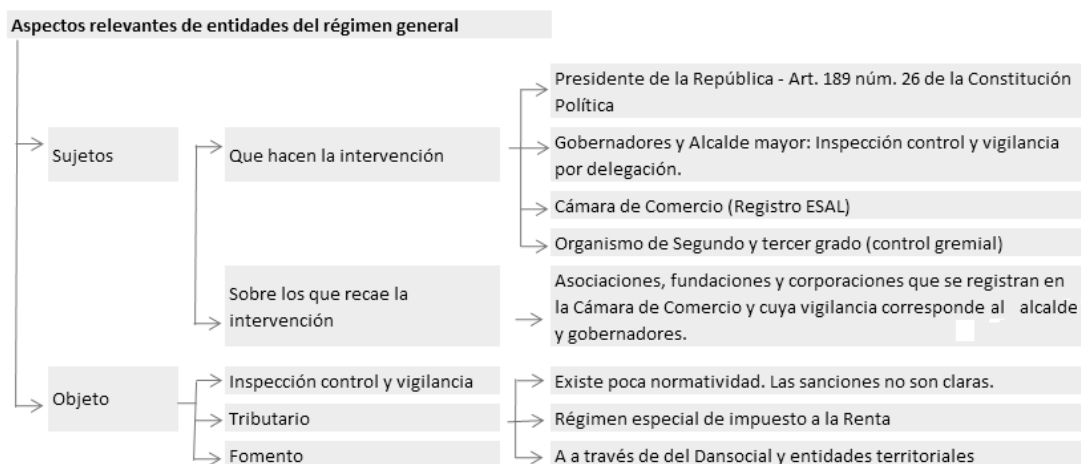
El modelo de intervención ligera que actualmente existe para éstas organizaciones tiene como componente principal los sujetos que realizan la intervención y los sujetos sobre los que recae. Sobre el primer punto, se puede afirmar que es pequeña la estructura estatal encargada de hacerla si se compara con otros sectores o sujetos económicos, excepto en el caso del Distrito de Bogotá. La supervisión en virtud del mandato del artículo 189 numeral 29 de la Carta Política, sobre organismos de utilidad común, está en cabeza del Presidente de la República,

²⁶⁸ Hoy Ministerio del Interior y de Justicia

quien bajo disposiciones legales anteriores a la expedición de la Constitución del año 1991, delegó en los gobernadores y el Alcalde Mayor de Bogotá, la supervisión, y a las Cámaras de Comercio, su registro.

En cuanto a los sujetos sobre los que recae, éstos son las corporaciones, fundaciones y asociaciones. También forman parte, las asociaciones de estas personas jurídicas en segundo y tercer grado, las cuales no sobresalen por su número por lo que se dificulta estructurar un sistema de autocontrol, que propenda por el correcto funcionamiento de las organizaciones de base.

Así las cosas, el sistema de supervisión, es decir de actividades de inspección, control, vigilancia y sanción, es bastante frágil, por su poca normatividad e instrumentos que lo hagan efectivo. Ese grado de libertad sin responsabilidades claras constituye un motor de perversión para su correcto funcionamiento por lo que es más fácil que se desvíen los fines hacia causas contrarias a la filosofía solidaria, aprovechando condiciones de fomento que ha generado el Gobierno Nacional y los entes territoriales para estas entidades, en especial el régimen de favorabilidad en materia de impuesto a la renta.



Se ha dicho que este modelo es ligero porque la mayor parte de sus instrumentos tiene una aplicación liviana, tal es el caso de las leyes y decretos, los pronunciamientos judiciales, reglamentos, regulación administrativa, sistema de supervisión y sanción, planeación, fomento, participación y concertación y educación. En materia de prestación de servicios públicos y gestión empresarial es intermedio. En lo único que es fuerte es en el mandato constitucional de protección y fortalecimiento.

4.4 EVALUACIÓN DE LOS MODELOS DE INTERVENCION

Al analizar lo establecido en los artículos 58 y 333 de la Carta Política, en relación con las organizaciones solidarias, se encuentra que el mandato de intervención va dirigido hacia la protección, el fortalecimiento y la promoción de éstas, por lo tanto

es válido concluir que debe existir una intervención especial para el sector solidario, que dé respuesta a la realidad social y económica de sus entes, que sea equilibrado e intermedio con tendencia a ser ligero en su supervisión, para no limitar la autonomía, y con acento especial en el fomento para dar cumplimiento a lo ordenado por la Carta política.

En ese sentido el fomento y la planeación deberían ser los principales instrumentos, lo cual no se da porque a pesar de estar consagrada constitucional y legalmente, en la ejecución de las medidas y en la planeación que corresponde a los gobernantes de turno, esto no va más allá de un discurso de campaña, que no se pone en práctica. Además que las medidas fomento implican una amplia capacidad de respuesta en lo presupuestal, con lo cual no se cuenta, en parte porque actualmente se destinan importantes rubros a la seguridad y la defensa nacional olvidando que las políticas de paz deben ser ejecutadas integralmente pensando en el desarrollo de las comunidades afectadas.

Las estrategias de paz en los sectores más golpeados por la violencia deben implicar acciones concretas en materia de empresarialidad solidaria que generen condiciones de empleabilidad, educación, ahorro y crédito, mercadeo social, atención en salud, entre otros, las cuales además de reparar a sus víctimas, tengan como efecto el progreso colectivo de esas comunidades. Para ello se parte de la premisa de que donde hay presencia de las instituciones es más fácil generar un ambiente de convivencia y capital social. Es allí donde el sector solidario tiene un ámbito natural de acción que debe ser entendido por nuestros dirigentes en pro del desarrollo de verdaderas políticas que impacten en el corto, mediano y largo plazo.

Para explicar el modelo de intervención fuerte se seleccionaron dos submodelos organizacionales del sector: el de las cooperativas de trabajo asociado y el de las cooperativas de ahorro y crédito. Cualquiera de éstos merece por igual el fomento estatal que como se mencionó debe ser fuerte, lo cual no ocurre en la práctica en contravía de los postulados constitucionales. La intensidad del modelo fue catalogada de esta manera, en cumplimiento del mandato particular y especial contenido en los artículos 58 y 333, aunque también con base en otro tipo de normas constitucionales que buscan la proteger sectores o actividades determinados, en aras del interés general.

En la práctica, los instrumentos que se emplean no tienen como fundamento el fomento, sino la noción de policía y orden público económico, y de servicio público que se traducen en actuaciones de supervisión y regulación de los mercados; lo cual en la práctica tiene consecuencias diferentes: el fomento incentiva la creación mientras que la supervisión en exceso limita los derechos y desincentiva el ejercicio económico. Además el fomento se sustenta en la igualdad material que posibilita acciones afirmativas en favor de grupos sociales en condiciones especiales, mientras que en el segundo el fundamento es la libertad económica.

En este punto cobra vigencia el papel del Estado para conciliar adecuadamente las acciones de fomento con las de limitación de derechos de los agentes. El equilibrio del sistema, o la adecuada convergencia de las acciones de intervención, es lo que produce que desde lo económico se avance integralmente hacia lo social pues la

desproporción en las medidas y la intensidad con que se actúe puede causar consecuencias nefastas en el modelo económico, como en efecto sucedió en los años noventas frente al sistema cooperativo financiero, en el que existía fomento y proyección, pero pocas medidas de control.

En el caso de las cooperativas de trabajo asociado, el modelo fuerte desde la supervisión, y se sustenta en una serie de barreras de entradas, requisitos, condiciones de supervisión, restricciones, prohibiciones, etc., lo cual se explica a partir de una inadecuada política de incentivos sin control que produjo la utilización de la figura jurídica de manera incorrecta, por lo que hubo que reforzar la técnica de supervisión y limitar el crecimiento irresponsable de estas.

De lo anterior, es posible evidenciar que las cooperativas de trabajo asociado necesitan una intervención fuerte del Estado en relación con su naturaleza solidaria para incentivarlas, promocionarlas y fortalecerlas; pero no desde su supervisión. El Gobierno hace algunos días hizo unos ajustes en el modelo haciéndolo muy fuerte (Decreto 4588 de 2006 y Ley 1233 de 2008), teniendo presente que cuando existen fallas de mercado el Estado debe actuar, lo cual está plenamente justificado en el artículo 334 Superior, pero tales exigencias deben ser temporales.

El Estado debe asumir su papel de direccionismo económico evaluando cuáles fueron esas fallas, sus causas, si son corregibles y en particular pensar en otros medios de acción, que cambien el orden de prioridades de las mismas en la que el control y las sanciones desmedidas no sean la prioridad. De esta manera puede replantear el modelo educativo solidario y además el autocontrol tanto al interior de las mismas como el que se puede ejercer por parte de los gremios solidarios, a efectos de disciplinar las organizaciones y atenuar la presencia del Estado.

Algo similar ocurre con las cooperativas con actividad financiera, cuyo modelo de intervención fuerte fue explicado desde la técnica de supervisión y no desde su fomento, en donde éste también es precario, aunque existe conciencia estatal de su importancia que se refleja en una política transversal de bancarización, democratización y acceso al crédito de los sectores populares. Una menor intervención de la acción de supervisión y control estatal, no obstante la experiencia nacional, demuestra que el ejercicio de la actividad sin los debidos requisitos puede llevar a poner en peligro el interés público inmerso en ella y desconocer el mandato del artículo 335 Superior sobre su regulación especial.

Este argumento, aunque está sustentado en las malas experiencias por las que ha atravesado el sector, pone en evidencia la impotencia del Estado para que los agentes se autorregulen y así se pueda disminuir la intensidad de su intervención. El modelo que actualmente se aplica es muy similar al del sector bancario, y ello es incorrecto ya que se trata de organizaciones muy diferentes, incluso la actividad misma, la financiera, tiende a tener connotaciones disímiles dependiendo del ámbito en que se desarrolle. Darle ese trato igual a situaciones enteramente diferenciadas puede llegar a constituir violación al principio de igualdad.

Para exponer el modelo de intervención ligera se seleccionó el grupo de las entidades del sector integrado por las asociaciones, corporaciones y fundaciones,

también denominadas organizaciones solidarias de desarrollo OSD, por ejercer éstas la solidaridad hacia su comunidad más cercana, es decir hacia afuera. En ellas, la evaluación del modelo en forma comparativa con las cooperativas debe tener en cuenta que sus particularidades no son reactivas, sino más bien clásicas y conservadoras, pues no obedecen a una coyuntura económica específica como lo fue la crisis del cooperativismo financiero, o una situación generalizada de intermediación laboral por parte de las cooperativas de trabajo asociado, como ocurren en las organizaciones analizadas para el modelo rígido.

El modelo ligero permite ser evaluado bajo una perspectiva ontológica y funcionalista, lo cual significa que importa, en abstracto, más la naturaleza jurídica que el objeto social que desarrollan, ya que las actividades que ellas llevan a cabo implican un riesgo social menor en comparación con las cooperativas del modelo fuerte. Al margen de cualquier discusión en torno a la intervención en el plano de las funciones que desarrollan, que se suponen lícitas, es deber del Estado fomentarlas a la luz de su naturaleza jurídica, con plena aplicación en este aspecto de lo ya mencionado para las cooperativas examinadas en párrafos anteriores, pues el mandato constitucional establecidos en los artículos 58 y 333 es para todas las formas solidarias y estas organizaciones ostentan tal calidad.

A propósito de lo anterior, la misma Constitución Política contempla una intervención especial para éstas organizaciones, en razón de su naturaleza especial catalogada como de utilidad común, pero esta vez no en la categoría fomento sino de supervisión. Es así como el artículo 189, numeral 26, pone en cabeza del Presidente de la República la función de “Ejercer la inspección y vigilancia sobre instituciones de utilidad común para que sus rentas se conserven y sean debidamente aplicadas y para que en todo lo esencial se cumpla con la voluntad de los fundadores”. Aquí hay un mandato claro, que desde hace muchos años, incluso en vigencia de la anterior Constitución Política, fue delegado por el Presidente de la República a los gobernadores y al alcalde de Bogotá.

Esta grave omisión del Estado lo enfrenta a hechos que le pueden generar responsabilidad administrativa, especialmente cuando en algunos casos se utilizan con propósitos diferentes a los que las inspiran, incluso captan dineros del público de manera ilegal en algunas poblaciones pequeñas del país. La Ley 489 de 1998 en su artículo 13 permite la delegación de esta función presidencial que le corresponde como suprema autoridad administrativa, pero ello no quiere decir que se desprenda de ella para siempre.

En suma, se necesita un modelo de intervención que puede ser intermedia en cuanto a fomento, inicialmente, y uno de intensidad intermedia en lo que respecta a la supervisión, ya que en la actualidad ésta se encuentra diluida en las autoridades territoriales sin que haya una uniformidad en la forma cómo ésta se debe llevar a cabo ocasionado vacíos que pueden propiciar su utilización con fines perversos en detrimento de sus propósitos sociales.

4.5 CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO

La dinámica del sector solidario no obedece a un modelo de intervención único, en la medida en si bien es cierto existen unos fines comunes, las organizaciones que de él forman parte y las actividades que desarrollan en procura de hacer posible sus propósitos, son muy variados y responden a contextos históricos, geográficos y de coyuntura económica muy particulares. Es así como se han identificado modelos de intervención que van desde el fuerte hasta el ligero.

Estos se gradan partiendo de los requisitos y facilidades que existan frente a un instrumento determinado, de tal manera que lo ideal es que en materia de fomento la intervención sea fuerte y con ello se dé cumplimiento al mandato constitucional consagrado en los artículos 58 y 333 de la Constitución respecto a la promoción de las organizaciones solidarias. Todo lo anterior como efectivización del principio de igualdad, que permite, en aras de alcanzar la igualdad formal, discriminar positivamente, a favor que quienes están en condiciones sociales y económicas especiales.

Las cooperativas de trabajo asociado, en conjunto, responden a una intervención fuerte, desde el ámbito de la supervisión de la actividad especial que despliegan, como barrera de contención para evitar que sean utilizadas para prácticas de intermediación laboral y para el desconocimiento de unas condiciones de trabajo dignas, lo cual es frecuente pues, en desarrollo del principio de autonomía, están exceptuadas de la aplicación de la legislación laboral ordinaria. En el modelo, si bien es cierto que predomina la autorregulación, el Estado penetra de manera estricta en aspectos que son vitales para su buen funcionamiento, lo cual se justifica por la importancia misma que las cooperativas de trabajo asociado revisten y porque las malas prácticas distorsionan el mercado laboral en detrimento de las condiciones de vida de quienes se ven, en algunos casos, forzados a pertenecer a ellas.

Por ejemplo, se exige la especialización de actividades cuando se trata de prestación de servicios a los sectores de salud, transporte, vigilancia, servicios públicos y educación; en la contratación con terceros deben responder por un proceso o subproceso específico atado a un resultado final para que no exista intermediación laboral; existen requisitos de habilitación tales como la aprobación de sus regímenes por parte del Ministerio de la Protección Social y el registro ante la superintendencia que ejerza su control; la capacitación en economía solidaria de sus trabajadores asociados es obligatoria; se tienen medidas especiales en materia de afiliación al régimen de seguridad social, pago de aportes parafiscales al Sena, al ICBF y a las Cajas de Compensación Familiar.

De otra parte, las cooperativas con actividad financiera también poseen un modelo de intervención fuerte, bajo un enfoque objetivo, es decir desde la actividad especial que desarrollan, que se sustenta en el artículo 335 de la Constitución Política que señala que las actividades relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público son de interés público y están sujetas a la intervención del Estado. Además, y como concreción de la cláusula de Estado Social de Derecho, éste debe propender para que las personas de menos ingresos puedan acceder a un crédito justo basado en el ahorro mismo con tasas de

intermediación razonables, de acuerdo con la capacidad de pago de la población pobre con líneas especiales para educación, vivienda y emprendimientos empresariales a pequeños grupos.

El sistema financiero solidario está integrado por tres subsistemas: el solidario de desarrollo social caracterizado por la prestación de servicios a terceros indeterminados como por ejemplo la banca de oportunidades y la banca para pobres; el financiero cooperativo que los ofrece de manera exclusiva a sus asociados, del él forman parte las cooperativas de ahorro y crédito y las multiactivas e integrales con sección de ahorro y crédito; y el subsistema mixto que está conformado por organizaciones que ofrecen estos servicios tanto a sus asociados como a terceros; en él se encuentran las cooperativas financieras.

El núcleo del sistema financiero está en la confianza pública por lo que uno de los propósitos fundamentales de la intervención es el normal funcionamiento del mercado impidiendo que ésta se merme o se dañe por cuanto ello afecta a la comunidad de manera generalizada y la economía nacional. Las fallas evolucionan de acuerdo con la dinámica misma de la economía, por ejemplo durante los años noventa del siglo pasado varias cooperativas fueron liquidadas como consecuencia de una crisis en el sector, por lo que el Gobierno Nacional adoptó una serie de decisiones que si bien es cierto ayudaron a superar el problema, tuvieron como efecto que las medidas de intervención se direccionaran, de ahí en adelante, de manera prioritaria en el ámbito de supervisión y control dejando en un segundo plano las medidas de fomento.

El modelo de intervención fuerte que se plantea rige para las cooperativas con actividad financiera con fundamento en un mandato constitucional claro, que ordena al Presidente de la República supervisar su actividad con base en las potestades y competencias que la misma Constitución ha diseñado, pero también con base en leyes de intervención y en leyes marco que expida el Congreso de la República, siempre buscando garantizar la confianza de la ciudadanía en el sistema financiero. Como se ha indicado, el presidente de la República es el primer llamado a garantizar que los ahorradores o asociados confíen en las instituciones financieras y exista la tranquilidad de que su dinero se encuentra en buenas manos.

Las bases de la intervención fuerte están vinculadas a un sistema de límites que impone la Constitución misma a las libertades económicas, en cuanto no son derechos absolutos y deben armonizarse con el bien común y el principio de solidaridad, que impone a las personas, naturales o jurídicas, cargas tales como ceder en sus intereses a favor de lo que convenga a las mayorías, en ese sentido, cuando la organización solidaria, de manera autónoma escoge desarrollar como objeto social una actividad considerada como estratégica se somete también de manera libre a las restricciones que le impone el Estado en desarrollo de su función interventora, en favor del mantenimiento de unas condiciones de normalidad en materia de orden público económico.

Por último, se plantea un modelo de intervención ligera que se aplica a las fundaciones, asociaciones y corporaciones. A éstas se les llama comúnmente Organizaciones No Gubernamentales ONG, término que resulta inapropiado para

caracterizarlas, ya que en algunos casos el Estado participa en su conformación, adicionalmente este concepto se aplica a las demás organizaciones del sector solidario creando dificultades conceptuales. Este tipo de intervención ligera no emana de la Constitución Política sino que corresponde a una disfuncionalidad del sistema pues el mandato de la Carta Política es que se proteja el derecho de asociación y que se fiscalice por parte del Gobierno la destinación de los recursos de las fundaciones.

Los modelos de intervención mínima pueden ser eficaces en la medida en que el mercado específico tenga la madurez para autorregularse. Si bien es cierto que existen muchas asociaciones, corporaciones y fundaciones cumpliendo la finalidad solidaria, también es cierto que algunas de éstas son empresas utilizadas, para evadir responsabilidades y aprovechar sus beneficios para propósitos ajenos a la filosofía solidaria. Algunas reciben recursos internacionales para invertirlos en programas sociales y lo hacen inadecuadamente, quedando el Estado como garante de una actividad que desconoce. En otros casos se desvían sus propósitos hacia actividades ilícitas como lo fueron las pirámides que sacaron provecho de un vacío legal para participar en la captación masiva y habitual de dineros del público en general.

La supervisión en virtud del mandato del artículo 189 numeral 29 Superior, sobre organismos de utilidad común, está en cabeza del Presidente de la República, quien bajo disposiciones legales anteriores a la expedición de la Constitución de 1991, delegó en los gobernadores y el alcalde mayor de Bogotá, la supervisión, y a las Cámaras de Comercio, su registro. Tal traspaso de competencias ha servido de justificación para que el Gobierno Nacional no asuma un papel activo, de fomento o de supervisión, incumpliendo la Carta Política y poniendo en peligro a la comunidad, sobre todo cuando desarrollan actividades estratégicas, independiente de su legalidad.

El modelo es bastante frágil, por su poca normatividad e instrumentos que lo soportan. Ese grado de libertad sin responsabilidades claras constituye un motor de perversión para su correcto funcionamiento por lo que es más fácil que se desvíen los fines hacia causas contrarias a la filosofía solidaria, aprovechando algunas condiciones de fomento que ha generado el Gobierno Nacional y los entes territoriales para estas entidades, en especial el régimen de favorabilidad en materia de impuesto a la renta.

Otra falla que se evidencian es que frente al objeto socioeconómico de ellas no existe la suficiente claridad en relación con las actividades que pueden y las que no pueden desarrollar, por lo que se debe dar claridad y avanzar a una intervención integral que comprenda no sólo la supervisión sino también el fomento, de manera equilibrada, es decir ni tan fuerte ni tan ligero, y que además en lo que respecta a la supervisión se haga tanto por la actividad como por el modelo, en cabeza de una única autoridad del orden nacional.

5. APLICACIÓN DE ALGUNOS INSTRUMENTOS DE INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN EL SECTOR SOLIDARIO

5.1 PRESENTACIÓN DEL CAPÍTULO

Durante el desarrollo de la presente investigación se ha tenido la oportunidad de describir y analizar el modelo de intervención en el sector solidario, desde su estructura orgánica y funcional. En el capítulo anterior se revisaron los modelos de intervención, el fuerte y el ligero, y para ello se eligieron tres tipos de organizaciones: las cooperativas de trabajo asociado, las cooperativas con actividad financiera, y las fundaciones, asociaciones y corporaciones.

Ahora, corresponde en este capítulo efectuar un análisis de la intervención tomando como base algunos de los múltiples instrumentos que existen tales como la tributación, la planeación y el accionar legislativo. La conceptualización y aplicación de estos tiene como eje fundamental el principio de subsidiariedad de la acción estatal que modula y sirve de barrera de contención para que se apliquen, en teoría, en su justa medida, en condiciones de libertad e igualdad, pues su uso incorrecto incide negativamente el funcionamiento de la economía.

5.2 LA TRIBUTACION EN EL SECTOR SOLIDARIO

Las organizaciones del sector son personas jurídicas que tienen la obligación de tributar en el ámbito de los impuestos nacionales como territoriales. Pero las normas en materia impositiva²⁶⁹, buscando su fomento, han establecido ventajas y beneficios frente al régimen general del tributo a la renta y complementarios especialmente. Frente a éste, en el sector se encuentran organizaciones con régimen general u ordinario, con régimen especial y con régimen de no contribuyentes.

En el grupo de organizaciones no contribuyentes están las juntas de acción comunal. Estas entidades deben presentar declaraciones de ingresos y patrimonio, pero no pagan tarifa alguna por concepto de impuesto a la renta y complementarios; de otra parte, pertenecen al régimen general las cajas de compensación familiar, los fondos de empleados y las asociaciones gremiales, con respecto a los ingresos generados en actividades industriales, comerciales y en actividades financieras distintas a la inversión de su patrimonio, diferentes a las relacionadas con salud, educación, recreación y desarrollo social. Las entidades contempladas en este artículo no están sometidas a renta presuntiva.

A su turno, en el régimen especial se ubican los siguientes grupos de entidades del sector solidario:

²⁶⁹ Las disposiciones que rigen el régimen especial de tributación en el impuesto sobre renta y complementarios son Título VI del Libro Primero del Estatuto Tributario, Ley 863 de 2003, Decreto 2880 de 2004, Decreto 4400 de 2004 y Decreto 640 de 2005.

Entidad	Explicación
Corporaciones, fundaciones y asociaciones sin ánimo de lucro	Para estas, el régimen especial consiste en que estas entidades pueden tributar sobre el 20% de sus excedentes o destinar, directa o indirectamente, ese excedente al desarrollo de actividades de su objeto social. La parte de ese excedente que no sea invertida tendrá el carácter de gravable. Se exige además: i) Que el objeto social principal y recursos estén destinados a actividades de salud, deporte, educación formal, cultural, investigación científica o tecnológica, ecológica, protección ambiental, o a programas de desarrollo social, ii) Que dichas actividades sean de interés general y iii) Que sus excedentes sean reinvertidos totalmente en la actividad de su objeto social.
Personas jurídicas sin ánimo de lucro que realizan actividades de captación y colocación de recursos financieros y sometidos a la vigilancia de la Superintendencia Financiera	El no tener ánimo de lucro, para estas organizaciones y para las anteriores, consiste en la no distribución, ni en dinero ni en especie, de los excedentes obtenidos en desarrollo de su objeto social, a los asociados o miembros de la entidad, ni aún en el momento de retiro o liquidación. Se considera distribución de excedentes la transferencia de dinero, bienes o derechos a favor de los asociados, miembros o administradores, sin una contraprestación a favor de la entidad. Su tarifa también es del 20%.
Asociaciones gremiales	Para las cuales tarifa del 20% se aplica a los ingresos por actividades industriales y/o de mercadeo, en desarrollo de su objeto social. Son actividades industriales las de extracción, transformación o producción de bienes corporales muebles que se realicen en forma habitual, y son actividades de mercadeo la adquisición permanente de esos bienes para enajenarlos a título oneroso. En caso de que no realicen actividades de esta naturaleza, se consideran sujetos no contribuyentes.
Cooperativas, sus asociaciones, uniones, ligas centrales, organismos de grado superior de carácter financiero, asociaciones mutualistas, instituciones auxiliares del cooperativismo, confederaciones.	El régimen especial, para este caso, se da básicamente en cuanto a que éstas pueden optar entre ser contribuyentes a una tarifa única del 20% sobre el beneficio neto o excedente; o ser exentas si ese 20% como mínimo, tomado de en su totalidad del fondo de educación y solidaridad de que trata el artículo 54 de la Ley 79 de 1988, se destina a financiar cupos y programas de educación formal. Una destinación diferente hace gravable la totalidad del excedente, sin que sea posible aplicarle descuento o egreso alguno.

Para una mejor explicación, en el evento de una cooperativa que desee hacer inversión de ese veinte por ciento deberá efectuar el cálculo de este porcentaje sobre todo el excedente antes de efectuarse la distribución de que trata el artículo 54 de la Ley 79. Por ejemplo si el período gravable arroja excedentes por \$20.000.0000, el 20% será igual a \$4.000.000. Si no se dan excedentes no hay lugar a la tributación. Paso seguido, se debe determinar la destinación que se dará a esos \$4.000.000 y aprobarse por parte de la Asamblea General.

Las entidades de economía solidaria pueden optar, de manera autónoma, la inversión en: i) cupos para educación superior a través de la cofinanciación del proyecto ACCES que administra el Icetex, de acuerdo con las políticas y criterios de asignación de esta institución, ii) creación de fondos individuales por entidad, con montos superiores a cien millones de pesos, para dar subsidios a cupos escolares en educación formal, iii) aportes para subsidios a cupos escolares en educación preescolar, básica y media, en un fondo común, administrado conjuntamente por el Icetex, el Ministerio de Educación y organismos representantes de las cooperativas y mutuales y iv) proyectos educativos adelantados por las entidades, conjuntamente

con las secretarías de educación de los departamentos, distritos o municipios certificados, previo el visto bueno del ministerio de educación nacional.

En tercer lugar se debe hacer la distribución señalada en el artículo 54 de la Ley 79 de 1988 para saber de dónde van a salir los \$4.000.000 que serán invertidos en educación formal. Ese dinero, es decir los \$4.000.000 se deducen del 30% que como mínimo suman los fondos de solidaridad y educación.

En materia impositiva, otra prebenda que se les ha otorgado a estas entidades y más específicamente a las cooperativas de trabajo asociado se halla en el IVA para algunos servicios que presten estas cooperativas. La Ley 1111 de 2006, en su artículo 32, adiciona el artículo 462 del Estatuto tributario, estableciendo que ciertos servicios gravados con IVA prestados por algunos sujetos específicos allí mencionados, al igual que la mano de obra involucrada en todos los servicios que lleguen a prestar las Cooperativas de Trabajo asociado (CTA), quedarían entonces obligados a una tarifa del 1,6%.

La tributación favorable y especial como medida de intervención corresponde a una de las forma de fomento que puede crear el Estado para incentivar estas organizaciones (subsidios indirectos). Tal favorabilidad se justifica dentro del esquema mismo que plantea el principio de igualdad, como una discriminación positiva, a favor de personas que se encuentran en una situación especial y que ostentan una naturaleza jurídica diferente a la de las empresas capitalistas.

Pero además del fomento, se fortalece la responsabilidad social y solidaridad, mediante la inversión de recursos en pro de la educación y de actividades de corte social que buscan el progreso de las comunidades próximas. No obstante, aunque es acertada la aplicación de este tipo de medidas, no se justifica subdividir aún más los regímenes especiales de acuerdo con la naturaleza específica de las organizaciones.

El legislador, a quien le corresponde crear el marco general, debería estructurar un régimen impositivo unificado en materia de renta para las organizaciones del sector que tenga como características: 1. Tarifa única del 20%, 2. Inversión autónoma de los recursos en proyectos sociales, 3. Supervisión del sector en la forma cómo se invierten los recursos que puede ser a través de los gremios.

5.3 LA PLANEACION

5.3.1 Directrices de los planes de desarrollo contenidos en las leyes 812 y 1151 en relación con el sector solidario en Colombia

El Plan de Desarrollo como instrumento de planificación de la economía y del progreso social colectivo constituye una herramienta fundamental que impone unas reglas de organización y disciplina estatal, con las cuales se garantiza el logro de los cometidos consagrados en la Carta Política. En este sentido, el Plan de Desarrollo no se agota con su consagración legal, sino que pasa por dos etapas cruciales, la primera de ellas es la de elaboración, en la cual los diagnósticos sectoriales, los

antecedentes, las promesas de campaña y la ideología y convicciones del gobernante de turno²⁷⁰, la realidad económica, los recursos presupuestales, entre otros, son sus principales ingredientes. La otra es la ejecución propiamente dicha que convoca las voluntades de todas las entidades estatales y del sector no público para ser posible el cumplimiento de las metas propuestas en el marco de los principios de la función pública.

El sector solidario en la Ley 812 “por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado Comunitario” fue objeto de estudio poniendo en cabeza del Estado acciones tales como mejorar las condiciones de las zonas deprimidas y de conflicto a través de apoyo a los proyectos económicamente rentables y ambientalmente sostenibles mediante esquemas asociativos y de economía solidaria, esto es: cooperativas, asociaciones mutuales, etc. y promocionar la participación del sector privado, los trabajadores y el sector solidario en los servicios públicos domiciliarios, lo que en la práctica se concretó en la promoción del esquema de administraciones públicas cooperativas, APC.

También se propuso impulsar la economía solidaria, a través de la creación de un marco institucional y legal con reglas claras que sean favorables al desarrollo del sector; promoción del desarrollo socioeconómico de las organizaciones más pequeñas y estímulo a la creación de formas organizativas que favorezcan la vinculación de trabajadores informales e independientes; promoción de la vinculación de las empresas de la economía solidaria en los procesos de capitalización social de las empresas de servicios públicos; y estímulo al cooperativismo financiero y de ahorro y crédito para que desarrolle instrumentos de captación de recursos provenientes del ahorro popular y de colocación de los mismos en proyectos productivos adelantados por empresas de la economía solidaria.

También dispuso el emprendimiento de acciones de control y supervisión por parte de la Superintendencia de la Economía Solidaria; la creación del Sistema Público Territorial de Apoyo al Sector Social y Solidario para fortalecerlo; la celebración de acuerdos y pactos por la transparencia y la convivencia; la protección al consumidor mediante el apoyo, la creación y el fortalecimiento de sus asociaciones y ligas; la celebración de convenios por parte de las entidades estatales, con el fin de impulsar programas y proyectos en actividades de interés público o comunitario y la promoción de la participación de las cooperativas y empresas de la economía solidaria en la aplicación de las políticas adoptadas por el Plan, a través de la ejecución de proyectos de vivienda para los sectores sociales y de educación, entre otras.

A su turno, el sector solidario también fue tenido en cuenta en la Ley 1151 “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010” que en su artículo primero señala que el accionar del Estado tiene como fundamento, entre otros, el de promocionar de la economía solidaria. Esas acciones diseñadas parten de la

²⁷⁰ La Constitución Política no extendió la revocatoria del mandato por incumplimiento de promesas de campaña al Presidente de la República, pero ello no quiere decir que no se pueda hablar de un voto programático, cuya sanción en caso de incumplimiento es político por parte de los ciudadanos mismos.

necesidad del desarrollo económico y social, a través de la creación y el fortalecimiento de las asociaciones y ligas de protección al consumidor; la innovación y el desarrollo tecnológico; y la elaboración de la política de banca de oportunidades, que es de largo plazo y está dirigida a crear las condiciones necesarias para facilitar el acceso de la población excluida del sistema financiero formal y promover la utilización de servicios financieros integrales como ahorro, crédito, pagos, transacciones y seguros. Nuevamente se propuso la creación de un marco institucional y de control adecuado y para su fomento, fortalecimiento y difusión. Las principales metas propuestas fueron:

META	LÍNEA DE BASE	META CUATRIENIO
Nuevos convenios interadministrativos suscritos para el apoyo de las organizaciones sociales y solidarias con entidades del Gobierno del orden central o territorial, sector privado u organizaciones de cooperación internacional	46	32
Organizaciones del Sector Solidario fortalecidas en aspectos administrativos, financieros, gestión de calidad y tecnologías de información	797	1.069
Créditos a microempresarios a través de cooperativas (Banca de las Oportunidades)	Nuevo	250.000

La inversión del sector para el cuatrienio se calculó en 17.322 millones de pesos constantes de 2006. Adicionalmente, en éste se modificó el artículo 24 de la Ley 101 de 1993 que trata sobre la asignación del Incentivo a la Capitalización Rural que será otorgado en cada caso por Finagro, a través de los intermediarios financieros, instituciones fiduciarias o cooperativas, promoviendo su democratización con el fin de garantizar el acceso de los pequeños productores.

Del análisis de este tipo de instrumento se concluye que efectivamente el Estado es consciente de lo estratégico que resulta para una Nación el desarrollo del sector solidario, y que el constituyente de 1991 tenía muy claro esto y por ello le dio la importancia debida a su promoción y fomento. Esto igualmente se ve reflejado en los planes de desarrollo de las últimas administraciones nacionales explicados anteriormente, más aún cuando en éstas ha habido un continuismo con un hilo conductor programático como lo fue la doctrina del comunitarismo.

A pesar de ello aún falta mucho por hacer, pues las metas propuestas son poco ambiciosas y frente al rezago de crecimiento del sector es escaso lo que éstas le aportan. Un tema que se evidencia desde la planeación es que los recursos de inversión son mínimos y por ende su impacto. Adicionalmente, se nota una dispersión en las autoridades encargadas del fomento y su planeación y la ejecución de estas acciones, pues además de Dansocial y el Consejo Nacional de la Economía Solidaria, el Departamento Nacional Planeación también trabaja en este aspecto, y Presidencia de la República ejecuta programas destinados a impulsar el sector en zonas donde existe alteración del orden público como un mecanismo para alcanzar la paz y la equidad social en esas comunidades. Todos ellos trabajan de manera dispersa.

La planeación del sector no se puede limitar temporalmente a los cuatro años, que es la vigencia de un plan de desarrollo nacional, sino que debe proyectarse a largo plazo, más aún cuando una de las grandes falencias es la ausencia de información cuantitativa y cualitativa acerca de cuántas organizaciones existen, las actividades que desarrollan, el patrimonio, su aporte a la economía solidaria, sus debilidades, sus retos y oportunidades, entre otros. Por ende es necesario que se creen sistemas de información que superen lo que existe en materia de registro que permitan identificar estos aspectos para con base en ellos tomar decisiones acertadas que encaucen adecuadamente el actuar de éstas dentro de los límites que los principios de igualdad y libertad le imponen al Estado.

Todo ello deberá verse reflejado en resultados que no requieren estudios complejos para evaluarlos pues la realidad cercana, incluso, permitirá su percepción a través, por ejemplo, de la mejoría de las condiciones de vida de las comunidades más vulnerables a través del acceso a los servicios básicos en materia de salud, educación, vivienda, servicios públicos; el aumento de sus ingresos; la disminución de los problemas de convivencia y seguridad; y en la capacidad de generar capital social.

5.3.2 El Documento Conpes 3639 de 2010

El Documento Conpes 3639 de 2010²⁷¹ contiene la política de desarrollo empresarial para el sector de la economía solidaria, lo cual implica como aspecto positivo una preocupación del Gobierno Nacional, que no se había visto desde hace ya mucho tiempo, por desencadenar acciones tendientes al cumplimiento del mandato constitucional de protección y fortalecimiento de estas organizaciones, siendo pertinente aclarar que éstas se reducen al ámbito de la planeación y la formulación de tareas, metas y responsables sin que trascienda más allá.

No obstante, como aspecto negativo, la política se circunscribe a una visión reduccionista del sector a uno de sus componentes organizacionales como es la economía solidaria, sin tener en cuenta las organizaciones solidarias de desarrollo – OSD- pues toma como centro de gravedad el concepto de empresa desde el ámbito estrictamente económico haciendo inadmisible la posibilidad de empresas de corte social. Lo anterior es justificable ante la falta de un criterio unívoco respecto a los pormenores de tales organizaciones como parte del sector solidario.

En el diagnóstico se indica que durante los últimos cinco años el crecimiento de sus organizaciones (cooperativas, fondos y mutuales) fue del 7.6% al pasar de 6.992 en el 2003 a 10.055 en el 2008. Para ese año las cooperativas representaban un 78% del total, los fondos el 20% y las mutuales el 2%, las cuales reportaron ingresos por aproximadamente \$24 billones de pesos, activos por \$23 billones, y excedentes del orden de \$0.5 billones. En particular, se menciona que el 99% de este segmento corresponde a Mipymes de acuerdo con la ley 905 de 2004²⁷². En materia de

²⁷¹ Documento tomado de <http://www.ndp.gov.co>

²⁷² Artículo 2 de la ley 905 de 2004 modificatorio de la ley 590 de 2000. Se establece como definiciones: Mediana empresa: a) Planta de personal entre cincuenta y uno (51) y doscientos (200) trabajadores, o b) Activos totales por valor entre 100.000 a 610.000 UVT. 2. Pequeña empresa: a) Planta de personal entre once (11) y cincuenta (50)

asociados, se reportó en el 2008 más de 5.400.000, cifra que constituye el 12.3% de la población colombiana y la generación de aproximadamente de 135.000 puestos de trabajo para ese periodo de tiempo.

Puntualizando en los instrumentos gubernamentales para hacer efectivo el mandato constitucional, el Documento destaca: i) el régimen tributario especial en renta, ii) una institucionalidad particular para el fomento, iii) un marco regulatorio específico con esquemas de registro y supervisión, y iv) el acceso preferencial a ciertos programas de desarrollo empresarial y rural; todo ello en consonancia con recomendaciones internacionales de crear entornos favorables para el desarrollo de estas organizaciones reconociendo que un enfoque intervencionista limita su autonomía, aunque eso esté ocurriendo en la práctica.

En materia de regulación, entendida como normatividad, se sabe que el sector cuenta con un marco jurídico propio, pero que acude al que se aplica a otros ámbitos cuando existen vacíos y le afecta directa o indirectamente. Esta, en suma, constituye en algunos casos una regulación prudencial y en otros obstáculos para su desarrollo. Asimismo se ha aprovechado la inestabilidad jurídica y la falta de precisión frente a la delimitación conceptual y la multiplicidad de posiciones, para la inadecuada utilización de algunas formas, generando desconfianza y dificultad para eliminar las restricciones.

En materia de supervisión, se reconoce que no existe un equilibrio entre el principio de autonomía que las rige y el ámbito de interferencia estatal, pues no están claras las reglas ocasionando subjetividad en los funcionarios que la ejecuta; que existe una dispersión en la institucionalidad y sus instrumentos, y que no se ha evaluado qué instrumentos deben estar en la esfera pública y cuáles en la privada.

Esta política evidencia la presencia de algunos instrumentos de fomento empresarial de tipo industrial y agropecuario para las entidades de economía solidaria que representan ventajas en las condiciones de acceso y que se suman al régimen tributario en renta, ya explicado, que en esencia representan un sistema de subsidios; pese a existir una percepción generalizada que éstos resultan insuficientes. Otra gran limitación está en la falta de disponibilidad, la dispersión y mala calidad de la información y estadísticas que impiden tomar decisiones de política pública acertadas y coherentes.

Finalmente, se definen unos objetivos para profundizar en el desarrollo empresarial y la protección del sector. Estos son: i) revisar el régimen jurídico para detectar disposiciones susceptibles de modificación, proponer cuerpos normativos únicos y unificar interpretaciones; ii) ajustar la institucionalidad del sector a partir de un diagnóstico del Dansocial y la Superintendencia; iii) simplificar y racionalizar los trámites de registro y supervisión; iv) prevenir el uso inadecuado de las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado; v) optimizar los esquemas de regulación y

trabajadores, o b) Activos totales por valor entre quinientos uno (501) y menos de cinco mil (5.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes o, 3. Microempresa: a) Planta de personal no superior a los diez (10) trabajadores o, b) Activos totales excluida la vivienda por valor inferior a quinientos (500) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

supervisión para la prestación de servicios financieros, vi) facilitar el acceso a instrumentos de fomento y vii) fortalecer el suministro de información y estadísticas.

Se espera entonces que la realización de las actividades que se proponen como soporte de la política, sirvan de base para organizar, por lo menos en esta instancia, el componente de la economía solidaria y que sea un primer paso para posteriormente integrarlo de manera armónica a las demás empresas de carácter social que también contribuyen en la realización del Estado Social de Derecho, como son las asociaciones, corporaciones y fundaciones, por mencionar algunos ejemplos, y que el Gobierno Nacional a través de este documento ha desconocido.

5.4 EL ACCIONAR LEGISLATIVO

5.4.1 Proyectos de Ley recientes

La Ley 454 de 1998 es la principal norma producto del accionar legislativo que regula el sector. Fue expedida en su momento para responder a una situación de coyuntura económica como fue la crisis del sector financiero cooperativo a través de un marco conceptual que regulara la economía solidaria. Para ello se transformó el Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas en el Departamento Administrativo Nacional de la Economía Solidaria, se creó la Superintendencia de la Economía Solidaria, se creó el Fondo de Garantías para las Cooperativas Financieras y de Ahorro y Crédito, y se dictaron algunas disposiciones en tratándose de actividad financiera de las entidades de naturaleza cooperativa.

Más de diez años han transcurrido y la sociedad y la economía nacional han cambiado, por lo que se exige una reforma legislativa que además de organizar categorías jurídicas y económicas, construya un marco propicio de fomento, de garantía de derechos y permita la evolución del sector hacia modelos de autorregulación, con poca intervención del Estado en materia de inspección y vigilancia. Hace pocos años se presentaron dos proyectos de Ley cuyo análisis es pertinente en esta instancia.

5.4.1.1 Proyecto de Ley 144 de 2002 Senado

FICHA DE RESUMEN	
Proyecto	144 de 2002 Senado
Epígrafe	"Por el cual se desarrolla el marco regulatorio del sector de la economía solidaria"
Fecha de Radicación	19 de noviembre de 2002
Publicación	Gaceta 532 de 2002
Ponentes Senado	Dieb Malof - José María Villanueva
Primer debate Senado	Gaceta 243/2003
Segundo debate	Senado gaceta 647/2003
Archivado	Gaceta 357/2004
Autores	Luis Alfredo Ramos, Gabriel Zapata, Ángela Cogollos y Jaime Bravo Motta

A este proyecto se acompañó una exposición de motivos que parte de la idea de

que estas expresiones organizacionales son importantes porque ayudan a concretar los postulados del Estado Social de Derecho. De hecho para ese momento, en nuestro país, siete millones de personas pertenecían al sector, a través de cinco mil empresas que estaban siendo controladas por la Supersolidaria. El patrimonio del sector se estimaba cercano a los 2.8 billones de pesos y generaba más de 65 mil empleos directos, con organizaciones localizadas en 498 municipios, con organizaciones mutuales en 16 departamentos cubriendo 600 mil familias y fondos de empleados agrupando medio millón de personas. Se dijo además que:

“El actual contenido normativo que se pone a su consideración como Ley para la economía solidaria promueve la actividad económica y social fundamentada en la autogestión y la solidaridad, fruto del acuerdo privado y asociativo de personas que con pequeños aportes de capital buscan autogenerarse fuentes de trabajo y mejorar sus condiciones de vida, personal, familiar y de su comunidad. Este proyecto busca propiciar espacios para la creatividad y la imaginación por parte de los asociados y dirigentes de las empresas de economía solidaria.

“El nuevo proyecto de Ley para la economía solidaria conduce a la consolidación de una actividad económica y social que pueda gestar un modelo de desarrollo distinto y alternativo, que le abrirá a Colombia las posibilidades de afrontar sus crisis y dificultades que hoy tiene en los órdenes económico, social, político y cultural, de una forma diferente a las fórmulas tradicionales, pues desde las perspectivas que ofrece la organización solidaria de los procesos económicos, las posibilidades de acercar nuestra sociedad colombiana a escenarios de democracia participativa, justicia y equidad, es enorme, dada la capacidad del sector solidario para la construcción de tejido social y para democratizar la economía y los mercados”.

A continuación se presenta un cuadro resumen del contenido de este proyecto de Ley:

Ítem	Comentario
Propósitos	Reconoce formalmente el sector solidario como un componente diferenciado dentro de la economía; se fomenta la práctica de la filosofía solidaria; se promueve el desarrollo del Derecho Solidario como rama especial del ordenamiento jurídico general; se contribuye al desarrollo y fortalecimiento de las formas asociativas y solidarias de propiedad. También se tienen como propósitos fomentar procesos para la construcción de un modelo de desarrollo económico y social, fundado en lo regional y local y a escala humana.
Naturaleza del sector	El sector se concibe como expresión organizada de las relaciones económicas y sociales que generan las diversas formas de trabajo y producción, fundamentadas en la ayuda mutua y la autogestión entre y para las personas.
Objetivos de la economía solidaria	Parten de la felicidad humana; el tejido social de las comunidades, urbanas y rurales; la persona humana a través de las empresas y organizaciones; el espíritu imaginativo, innovador, creativo y emprendedor; las necesidades, aspiraciones y deseos de las personas; el ambiente social propicio para la convivencia y la solución concertada de los conflictos; las organizaciones democráticas y participativas de la sociedad civil; entre otros.
Acuerdo solidario	Se compone de un aspecto volitivo (decisión voluntaria y simultánea), asociatividad y pluralidad de personas (un número determinado de personas o por quienes se adhieran posteriormente a él), un objeto (que consiste en crear, organizar, gestionar y controlar una empresa de propiedad y gestión asociativa y solidaria), un régimen jurídico propio y autónomo (bajo la forma de persona jurídica de derecho solidario, sin ánimo de lucro individual), con unos fines y sin privilegios para ninguno de sus miembros.
Empresa de economía solidaria	Se crea esta nueva categoría y se diferencia de la empresa regulada por el Código del Comercio. En ésta siempre prevalece la persona. Es una unidad económica

	constituida por una determinada asociación de personas, sin ánimo de lucro individual, en la cual los sujetos, que personifican las categorías económicas comunidad y trabajo, en calidad de usuarios, consumidores y productores, son simultáneamente emprendedores, aportantes y gestores de la organización empresarial, y por lo mismo, es constituida para satisfacer, preferentemente sus necesidades, las de sus familias y de la comunidad en general.
Acto solidario	Es el efectuado entre las personas jurídicas definidas en esta Ley, o entre estas y sus propios asociados, o con personas no asociadas en desarrollo de su objeto social. Estos actos se regulan por el derecho solidario.
Objetivos de la empresa	Desarrollar los principios y objetivos de la economía solidaria; afianzar en sus asociados el valor superior de la acción comunitaria y el trabajo asociativo y autogestionario; crear espacios culturales, políticos, sociales y económicos propicios que eleven el nivel de calidad de vida de los integrantes de la organización y sus familias; entre otros.
Características de las empresas	Se enuncian los principios ya conocidos, y se aclara la responsabilidad limitada. Para los asociados se limita al valor de sus aportes sociales y la responsabilidad de la empresa u organización de economía solidaria para con terceros, al monto del patrimonio social. También se consagra que sean emprendidas y gestionadas de manera autónoma y libre.
Servicios de las empresas	Las Empresas de Economía solidaria deben prestar de manera preferencial a sus asociados y a su familia sus servicios. Para efecto de cumplir y actualizar el principio de compromiso con la comunidad, podrán extenderle sus servicios complementarios. En tales casos, los excedentes que se obtengan serán llevados a un fondo social no susceptible de repartición.
Prohibiciones a las empresas	Además de las contenidas en la Ley 454 de 1998 se introduce las de retribuir de forma indebida, inadecuada o inequitativa a los sujetos que personifican los factores económicos tecnología, trabajo, gestión administrativa y comunidad.
Denominación social	Las organizaciones de la Economía solidaria deben acompañar su razón social con las palabras “empresa de economía solidaria” o con las iniciales E.S.
Ámbito de operaciones económicas	Realizan las operaciones que sean necesarias y convenientes para dar cumplimiento a su objeto social, extendiendo sus operaciones mediante sistemas de integración, creando seccionales y estableciendo circuitos económicos solidarios territoriales, articulados a planes y programas de desarrollo.
Entidades del sector	Las Cooperativas en todas sus modalidades, las empresas solidarias de trabajadores, las empresas solidarias de usuarios o prestatarios de salud, los fondos de empleados, las asociaciones mutuales, las empresas comunitarias, los organismos de integración y promoción de grado superior del sector solidario, las instituciones auxiliares, los grupos empresariales solidarios, las organizaciones solidarias de la economía campesina, y todas aquellas que cumplan con los principios y características señalados en la Ley.
Estatuto	En cada organización solidaria se deberá adoptar además del estatuto, el código de ética y buen gobierno el cual deberá contener, entre otros temas, el régimen de incompatibilidades e inhabilidades y la definición del conflicto de intereses.
Asociados	Las personas naturales legalmente capaces y los menores adultos, las personas jurídicas de derecho público, en las entidades cuyo tipo de organización lo permita, las personas jurídicas del derecho solidario y las de derecho privado sin ánimo de lucro, las unidades económicas en las que prevalezca el trabajo asociado. Se permite las sociedades comerciales cuyo capital no sea superior a 1.000 smlmv y dicho capital sea propiedad de asociados a la empresa solidaria y no se concentre en uno de ellos más del 50%, en las entidades cuyo tipo de organización lo permita.
Calidad de asociado	Se adquiere para los fundadores, a partir de la fecha de la asamblea de constitución, siempre que hayan realizado el curso de educación en economía solidaria con una intensidad no menor de 40 horas y para los que ingresen posteriormente, a partir de la fecha que sean aceptados y hayan realizado el curso de educación en economía solidaria con una intensidad no menor de 4 horas.
Deberes del asociado	Además de los ya conocidos, se agrega el incorporar la empresa solidaria como parte de su proyecto de vida, disponiendo sus capacidades intelectuales y físicas para la autogestión y la participación democrática.
Mayoría absoluta	Las decisiones de la asamblea general se tomarán por mayoría absoluta de los

	votos de los asociados o delegados hábiles asistentes. Para las reformas del estatuto, fijación de contribuciones extraordinarias, la transformación, la constitución de empresas anexas o instituciones auxiliares, el plan de desarrollo, la fusión, la escisión, la incorporación, la cesión de activos y pasivos y la disolución para liquidación, se requerirá el voto favorable de las 2/3 partes de los asistentes.
Democracia solidaria.	Se define como a cada asociado corresponderá un sólo voto, salvo las excepciones consagradas en la Ley.
Funciones de la asamblea general	Se introducen funciones nuevas como son aprobar el plan de desarrollo y decidir sobre los procesos de fusión, adquisición, incorporación, transformación, escisión, cesión de activos y pasivos, disolución, liquidación, y creación de nuevas empresas.
Órgano de administración permanente	Tendrán un órgano de administración que se desempeña como instancia permanente de dirección, subordinada a las directrices y políticas de la asamblea general. Este puede sustituir la asamblea general, cuando en consideración al número de asociados, sea posible.
Junta de control social	Es el órgano permanente de vigilancia social subordinado a las directrices y políticas de la asamblea general, integrada por 3 a 5 asociados hábiles, con sus respectivos suplentes; su período será coincidente con el del órgano de administración y las causales de remoción serán fijadas en el estatuto.
Patrimonio	Está constituido por los factores económicos que son de propiedad de la misma, es decir, por la suma de la valoración que tengan en el mercado los factores económicos: capital financiero, comunidad, trabajo, tecnología, gestión administrativa y medios materiales de producción. El factor económico financiero está conformado por los aportes sociales individuales amortizados, los fondos sociales o mutuales y reservas de carácter permanente y las donaciones y auxilios con destino al incremento patrimonial.
Aportes y contribuciones sociales	Los aportes (ordinarios y extraordinarios) que hagan los asociados, en medios materiales de producción, trabajo, tecnología o gestión, serán avaluados por su valor en dinero por el órgano permanente de administración.
Excedentes	En las entidades que tengan aportes sociales, si una vez compensados los costos y gastos del ejercicio anterior, resultaren excedentes, el 30% se destinará al fondo de educación, y el 70% restante será distribuido por la asamblea general, de acuerdo con sus políticas y necesidades, en la siguiente forma: 1. Para retornarlo a los asociados en relación con la participación en el trabajo o el uso de los servicios. 2. Para crear y mantener una reserva de protección de los aportes sociales. 3. Para crear y fortalecer los fondos sociales agotables o no. 4. Para crear y mantener un fondo para amortización de aportes para el evento de que éstos pierdan su calidad.
Servicios solidarios	Independientemente de su carácter jurídico y especialidad, estas empresas podrán prestar servicios de previsión, asistencia, solidaridad y protección al patrimonio.
Actividad de protección solidaria	La actividad de protección solidaria se ejercerá siempre de manera especializada por organizaciones empresariales, preferentemente solidarias de primer y segundo grado de naturaleza económica.
Fondo mutual	A través suyo se organiza la prestación de los servicios de previsión, asistencia y solidaridad a los asociados y sus familias, los cuales constituyen la manifestación de los principios de mutualidad, autogestión, ayuda mutua y solidaridad. Para su creación deberá contarse con estudios técnicos y actuariales periódicos.
Educación solidaria	Alude a la filosofía y doctrina de la solidaridad, así como al conjunto de personas, contenidos, organizaciones, acciones, valores, elementos didácticos, recursos, procesos y estrategias pedagógicos, relaciones y fuerzas que se predisponen conscientemente en orden a favorecer el desarrollo de las personas y grupos humanos hacia una plena realización de sus potencialidades de gestión, de convivencia, espirituales, culturales e individuales.
Definición de cooperativa	Es una forma empresarial de la economía solidaria, de carácter autónomo, en la cual predominan las relaciones económicas solidarias de cooperación, y que en su organización socioeconómica subordina el capital y los demás factores económicos, al trabajo y a la comunidad, que libremente la constituyen, con el propósito de satisfacer, mediante una empresa de propiedad conjunta y de gestión democrática, las necesidades, aspiraciones y deseos derivados de las dimensiones en que se despliega la esencia humana.
Sistema financiero	Está orientado a generar procesos económicos que permitan la autonomía

solidario	necesaria para impulsar el desarrollo, perfeccionamiento y transformación del sector solidario. Sus actividades económicas se dirigen fundamentalmente a crear, regular y consolidar el mercado financiero de la economía solidaria, canalizando y distribuyendo sus recursos para el financiamiento de las empresas y organismos del mismo sector, en proyectos preferencialmente productivos, de desarrollo empresarial y sectorial. Hacen parte de él todas las entidades del sector.
Actividad financiera en las cooperativas multiactivas e integrales	Estas cooperativas podrán adelantar la actividad financiera exclusivamente con sus asociados, mediante secciones especializadas o de unidades empresariales de naturaleza solidaria, bajo circunstancias especiales y cuando condiciones sociales y económicas lo justifiquen, previa autorización de la Superintendencia de la economía solidaria.
Cajas comunales solidarias	Este es un nuevo concepto. Se define como empresas del sector de la economía solidaria, creadas por la comunidad de poblaciones locales de menos de 30.000 habitantes, con el objeto de servir como instrumento financiero comunitario para satisfacer demandas crediticias derivadas de las necesidades productivas, de seguridad social, de vivienda, de transporte y otras. Se caracterizan por ser dirigidas y autogestionadas por la propia comunidad de asociados; por tener asociados núcleos familiares productivos residentes permanentes de tales localidades; tener actividades dirigidas exclusivamente a sus asociados; e insertarse en los procesos de desarrollo de la localidad.
Transformación del Fogacoop	El Fondo de Garantías de Entidades Cooperativas deberá extenderse a las demás organizaciones solidarias del Sistema Financiero de la economía solidaria. Se propone modificar su nombre por el de Fondo de Garantías de la economía solidaria.
Otras cooperativas	Se mencionan las cooperativas estudiantiles que se organizan en los establecimientos educativos de los niveles básico y superior; cooperativas de educación orientadas a gestionar o desarrollar servicios académicos en los distintos niveles o grados de enseñanza, incluyendo la educación superior; cooperativas de transporte, separada o conjuntamente, de usuarios del servicio, trabajadores o propietarios asociados, para la producción y prestación del mismo; cooperativas de vivienda, cuyo objeto principal es crear las condiciones apropiadas para que sus asociados puedan acceder a una vivienda digna, a partir de la organización y el desarrollo de conjuntos habitacionales de propiedad cooperativa, y en los cuales los asociados son simultáneamente aportantes y usuarios del proyecto.
Empresa solidaria de trabajadores	Es una forma de organización económica emprendida y gestionada por los sujetos que personifican y poseen el factor económico llamado trabajo, cuando éste alcanza su autonomía en los procesos económicos. Se caracterizan por tener como objetivo económico general la valoración del trabajo de sus integrantes y sus excedentes se presentan como ganancia del trabajo; los trabajadores-asociados controlan las condiciones técnicas de producción y comparten entre sí el poder de la gestión económica.
Fondos de empleados	Son empresas de economía solidaria, resultado de una acción asociativa de un grupo de trabajadores adscritos a una o varias unidades empresariales, cuyo eje de organización es el ahorro fundamentado en la ayuda mutua, para efectos de autoprestarse servicios de crédito o consumo y la realización de otras actividades sociales y económicas. Estas organizaciones podrán contar con el patrocinio de las unidades empresariales dentro de las cuales se originaron. Sus características, constitución, normas de funcionamiento y demás condiciones son las contenidas en el Decreto Ley 1481 de 1989.
Empresas de economía solidaria emprendidas y gestionadas por usuarios de servicios	Es una forma jurídica y empresarial de la economía solidaria de carácter comunitario, donde los usuarios de los servicios organizados en empresas asociativas tienen mayoritariamente la participación, dirección y control social de la misma, organizada principalmente con el fin de prestar servicios del sistema de seguridad social integral, de protección social, previsión, asistencia y solidaridad a sus asociados, afiliados a los sistemas mencionados y sus núcleos familiares, procurando la satisfacción de las necesidades que atienden con proyectos de desarrollo social y económico.
Asociaciones mutuales	Son personas jurídicas de forma asociativo-empresarial solidaria orientadas a establecer, operar e intermediar servicios de autoayuda colectiva preferentemente

	en aspectos de la previsión, aseguramiento y seguridad social, para el asociado y su familia, canalizando el aporte económico de sus integrantes, para asumir de manera directa y mutual riesgos en eventos de vida, recreación, educación, patrimonio y bienestar; mitigándolos, satisfaciéndolos o compensándolos a través de la prestación de los servicios que para el efecto se establezcan.
Empresas de economía campesina	Se define la economía campesina como una forma solidaria de organización de la actividad económica, caracterizada por la pequeña propiedad agropecuaria explotada por unidades de tipo familiar orientada a la satisfacción de las necesidades de consumo, a la reproducción de las condiciones de existencia de sus integrantes, y la generación de una producción destinada a los mercados. Se define, también, la empresa comunitaria como una forma empresarial autónoma de la economía campesina, orientada a la promoción social, económica y cultural de las familias que la integran, a través de la explotación económica de predios rurales.
Empresas comunitarias urbanas	Son un modo de organización empresarial solidario que se ocupa de generar procesos económicos orientados a satisfacer las necesidades surgidas de demandas colectivas de bienes y servicios relacionados con el desarrollo y el bienestar de conglomerados sociales urbanos en unidades de propiedad horizontal, en barrios, comunas y en urbanizaciones cerradas.
Cámara de la economía solidaria	Es un organismo de apoyo a la función gubernamental respecto del sector solidario, adscrito a la Superintendencia de la economía solidaria, con personería jurídica y autonomía administrativa y financiera. Busca básicamente: velar por la conservación y desarrollo de la naturaleza social y económica solidaria; registrar las organizaciones; colaborar en las funciones de inspección y vigilancia de las organizaciones solidarias; presentar y denunciar ante los entes competentes las irregularidades que detecte; vigilar y solicitar el cumplimiento en la ejecución de los fondos educativos en las organizaciones solidarias; desarrollar y promover actividades que redunden en el fortalecimiento del Sector de la economía solidaria; establecer una oferta permanente de programas y servicios de Educación Solidaria para personas en general, organizaciones solidarias e interesados en el tema, y actuar como organismo de autocontrol social y doctrinario del sector solidario.
Grupo empresarial solidario	Es el conjunto formado por varias empresas u organismos preferencialmente de economía solidaria, cualquiera que sea su objeto social, que erige o da origen a un ente coordinador del conjunto, el cual realiza actividades o da orientaciones de obligatorio cumplimiento para las organizaciones agrupadas, de tal manera que se produce una unidad en el ámbito de las decisiones.
Organismos de grado superior	Requieren inicialmente el número señalado en la Ley, pero antes de un año tendrán que contar con una afiliación de no menos del 50% del total de organizaciones solidarias del sector o subsector económico solidario o ámbito geográfico que pretenden representar. Toda empresa solidaria, desde la misma iniciación del proceso de constitución, se incorporará a un organismo regional de integración, en calidad de asociado potencial, lo cual le da derecho a un acompañamiento técnico que buscará garantizar que el nacimiento empresarial se realice en condiciones que favorezcan su inserción exitosa en la economía. Una vez logre su consolidación, se inscribirá de manera definitiva como asociada al organismo de integración.
Circuitos económicos solidarios	Son los mercados que se generan por la articulación entre diferentes empresas e instituciones auxiliares de economía solidaria y entre los asociados de unas y otras, a través de sucesivos y recurrentes flujos y relaciones económicas y sociales de naturaleza solidaria, caracterizadas por tener ciertos rasgos y modos de comportamientos comunes. También se dispone que las empresas de economía solidaria pueden concertar con otras empresas solidarias o no, nacionales o internacionales, convenios o acuerdos, permanentes o temporales, para el mejor cumplimiento de su objeto social y para la defensa de sus intereses.
Parámetros para el fomento del sector	El Gobierno en todos sus niveles debe: desarrollar la normatividad constitucional que propicia el fomento de las formas asociativas y solidarias de propiedad; promover la participación de las empresas del sector en la discusión y ejecución de los planes de desarrollo; incorporar las empresas de economía solidaria en los programas de obras públicas, en igualdad de condiciones con el sector privado; dar prelación, en igualdad de condiciones, a las empresas de economía solidaria para el

	suministro de bienes y servicios a las instituciones oficiales; adelantar los diversos programas del ICBF con base en las empresas de economía solidaria. Además, promover la constitución de colegios cooperativos; promover la constitución de cooperativas y otras formas de organización solidaria de vivienda; promover empresas de economía solidaria para que participen en la ejecución de los programas de fomento al deporte; adelantar los programas de reforestación; promover empresas de economía solidaria para la administración de los servicios públicos locales; y promover empresas de economía solidaria para el manejo de las diferentes instituciones del Sistema Nacional de Salud.
Autocontrol	Las Empresas de economía solidaria debe establecer sistemas de autocontrol, de carácter regional o nacional, que se orienten a vigilar la transparencia de sus operaciones económicas y sociales, centralizar información, evitar la desnaturalización de sus operaciones y solucionar conflictos entre organizaciones o entre éstas y sus asociados. Pueden confiarse a organismos de grado superior o a la Cámara de la Economía Solidaria, a los cuales el Gobierno Nacional mediante convenios podrá transferir funciones de inspección, vigilancia y control, siempre y cuando reúnan los requisitos técnicos y de gestión que aseguren su idoneidad y transparencia en el cumplimiento de las funciones delegadas.
Derecho solidario	Se reconoce el derecho solidario como rama especial del Derecho. Está constituido por la filosofía, la doctrina, la teoría y la jurisprudencia surgidas y desarrolladas a partir de las prácticas y costumbres del conjunto de relaciones establecidas entre los asociados de las empresas del sector de la economía solidaria, entre éstos y las organizaciones, y entre las organizaciones mismas, con el Estado y demás sectores de la economía, con ocasión de las actividades desarrolladas en cumplimiento del acuerdo y el acto solidario. También se establece una jerarquía en la aplicación de normas supletivas en los casos no previstos en esta Ley, así: en primer lugar la doctrina y los principios cooperativos, mutualistas y solidarios generalmente aceptados; en segundo lugar la costumbre cooperativa y solidaria; y finalmente las disposiciones sobre fundaciones, asociaciones y demás entidades sin ánimo de lucro individual y sociedades que le sean aplicables.
Otros temas	Retoma la definición de Instituciones auxiliares de la economía solidaria; reorganiza el Consejo Nacional de la economía solidaria CONES, y prescribe algunas directrices sobre el Fondo de Fomento de la Economía Solidaria. También regula la fusión, incorporación y subrogación de derechos y obligaciones; Obligación de efectuar y entregar retenciones; escisión; transformación disolución y liquidación.

Las normas que integran este proyecto, en algunos casos son repetitivas de lo que ya existe, pero en otros aportan nuevos criterios para definir el sector, sus organizaciones, y una línea de intervención económica más o menos coherente; no obstante, la conceptualización de estos elementos es un proceso que hasta ahora empieza a darse, no sólo en Colombia, sino en todo el mundo y es por ello que en la elaboración de la norma deben participar sus destinatarios, es decir las organizaciones mismas y los gremios que las aglutinan.

El marco conceptual reafirma la naturaleza económica de los agentes que intervienen, cuya actividad trasciende lo social, y desarrolla los mandatos constitucionales contenidos en los artículos 58 y 333 de la Carta en cuanto a la protección y fortalecimiento del sector. No obstante, es importante que se sienten las bases genéricas del fomento y la promoción de una parte, y de la supervisión para que puedan ser desarrollados en debida forma en capítulos siguientes, además es necesaria la mención expresa a los principios de igualdad y libertad que son los que gradúan esa intervención.

El proyecto enfatiza en el acuerdo solidario como expresión de la voluntad de las personas que emprenden una empresa solidaria la cual puede desarrollar actividades de tipo económico y/o social. Esta precisión es muy importante porque abre la puerta para que más adelante sea posible incorporar como componentes del sector no sólo las organizaciones de economía solidarias OES sino también las solidarias de desarrollo OSD, y con ello se eliminan contradicciones que en la práctica impiden su auge. Asimismo se le imprime una nueva forma de ver la empresa solidaria: más abierta a terceros, para que éstos poco a poco se incorporen como miembros, e integrada horizontal y verticalmente al sector. La empresa solidaria tendría la importancia debida pues estaría diferenciada de empresa capitalista como categoría jurídica genérica, sin importar las subformas que en su interior existan (ej. cooperativa, fondo de empleados, corporación).

Una adecuada estrategia de integración sectorial puede llegar a ser la clave para que los gremios se fortalezcan y desplacen al Estado como interventor, asumiendo tareas de fomento y de supervisión de los agentes a través de un sistema de autocontrol y control gremial. En este punto se puede dar mayor alcance a la iniciativa legislativa, sin que de suyo implique una vulneración al derecho de asociación de las empresas del sector. En este tema, también hay que resaltar que la propuesta de crear circuitos económicos contribuye de manera acertada en el desarrollo local y regional colaborando en la realización de los fines del Estado.

En la empresa solidaria se permite la participación de sociedades comerciales pequeñas, lo cual resulta una oportunidad para que el modelo se difunda y para que el sector capitalista avance en su responsabilidad social de proveer bienes y servicios en un comercio justo, lo cual es coherente con la exigencia que se crea de que cualquier persona que ingrese como asociado debe haberse formado en economía solidaria. El proyecto debería contener un mecanismo de verificación por parte de los gremios, en relación con estas competencias, más que la certificación formal misma.

En materia de administración se exponen dos aspectos novedosos como son la meritocracia en la designación y elección de las personas que integran los órganos de dirección y la aprobación y ejecución de un plan de desarrollo por parte de la organización. Estas son medidas que disciplinan la empresa y que si bien es cierto pudieran entenderse como limitativas de la capacidad de actuar, constituyen básicamente formas que armonizan con el principio de interés general.

El proyecto presenta de manera conveniente direccionamientos en la prestación de los servicios solidarios de previsión, asistencia y solidaridad a través de los fondos mutuales, que pueden ser constituidos por cualquier empresa del sector. Aquí es importante anotar que el Estado debe tomar un papel más activo que garantice el armónico funcionamiento de estos aspectos de tanta sensibilidad cuyo descontrol pueden atentar contra la confianza pública, para ello se requiere que se fortalezcan los gremios buscando que sean ellos mismos quienes supervisen las actividades y para que además impongan los límites pertinentes con miras a que no se desnaturalice esta prestación, y terminen funcionando como aseguradoras.

En lo que corresponde a la educación solidaria, el proyecto es poco ambicioso y se queda en el campo estricto de la formación para el sector, avanzando tímidamente hacia la educación de la comunidad ubicada en la zona de influencia de la empresa. La apuesta debe ser grande: en todas las instituciones de educación básica, media y superior debe enseñarse economía solidaria y para ello el Ministerio de Educación debe impartir los lineamientos técnicos junto con el Dansocial o quien haga sus veces.

También es desacertada la forma cómo se tipifican las empresas ya que no está en sintonía con la propuesta presentada en esta investigación sobre organización del sector en dos subsectores como son el de las organizaciones de economía solidaria OES y las organizaciones solidarias de desarrollo OSD. Una Ley para el sector debe tener en cuenta a todas las organizaciones existentes, creando un marco que integre la normatividad actual, mejorándola y creando nuevas tipologías siempre que éstas sean necesarias y pertinentes. Es el caso de las cajas comunales, las empresas de economía solidaria de usuarios de servicios, las empresas de economía solidarias y las empresas comunitarias, que finalmente pueden corresponder a la categoría de cooperativas especializadas. Se requiere revisar su pertenencia, ya que su formalización podría tener un efecto perverso al crear mayor dispersión e imprecisión sobre la naturaleza jurídica de éstas.

En materia de sistema financiero, es importante resaltar que la diferenciación que en este aspecto se hace frente a la estructura tradicional, es un primer paso para avanzar en la democratización del crédito y del ahorro. No obstante, el proyecto es un marco muy genérico y no establece condiciones acertadas de fomento para que las pequeñas comunidades accedan a estos servicios; si bien es cierto que menciona el tema de la supervisión, los servicios y su prestación a través de una institución auxiliar o por la cajas comunales, lo que finalmente termina haciendo es legitimando el modelo bancario tradicional desenfocado de lo social y eminentemente capitalista, y eso no debe ser así, porque la Ley debe estructurar uno con vocación de éxito, diferenciado y novedosos como el del Banco Grameen, en el que no existen garantías reales para los créditos, se basa en la confianza y en el microcrédito a grupos pequeños de personas que responden mutua y solidariamente por el pago de las obligaciones.

Es poco el aporte que se hace en cuanto al andamiaje estatal que debe garantizar el mandato constitucional acerca la intervención estatal para la protección y el fomento del sector. Ello es indicativo de que el autor está de acuerdo con la estructura que consagra la Ley 454 de 1998, lo cual no se ajusta a la estructura que se propondrá más adelante. Además se crea bajo la naturaleza estatal, la Cámara de la Economía Solidaria encargada del registro público de las organizaciones y de su inspección, vigilancia y control. No es conveniente dar el paso de esa forma, es acertada la figura sí, pero no su naturaleza jurídica, pues se piensa que debe ser gremial, como lo es la Cámara de Comercio. En lo que respecta a los grupos empresariales y los circuitos económicos, estos obedecen a una necesidad sentida del sector que le permitirá avanzar y posicionarse en el mercado para competir con las empresas capitalistas.

Como puede verse, el aporte del proyecto en materia de intervención está direccionado en su mayor parte hacia la garantía y definición de derechos y su ejercicio, de inspección control y vigilancia; pero desde su fomento, es poco lo que se plantea. Realmente no existe allí el marco de favorabilidad que se anuncia en el título del proyecto, que finalmente consiste en un conjunto de acciones de promoción para la constitución de organizaciones y la posibilidad de que el Estado las involucre en la ejecución de obras y proyectos estatales y en los procesos de planeación. Si se pudiera evaluar a largo plazo el impacto de estas acciones, el resultado sería desalentador, pues éste requiere del concurso de quienes ejecutan las políticas en el ámbito nacional y territorial y la participación activa y decidida de las empresas solidarias.

5.4.1.2 Proyecto de Ley 118 de 2004 Senado

FICHA DE RESUMEN	
Proyecto	118 de 2004 Senado
Epígrafe	"Por medio de la cual se regulan las organizaciones del sector de la economía solidaria"
Fecha de Radicación	7 de septiembre de 2004
Ponente Senado	Oscar Iván Zuluaga
Publicación	Gaceta 505 de 2004
Estado	Archivado
Autores	Senador Dieb Maloff Cusse y José Darío Salazar Cruz

En la exposición de motivos del proyecto se estableció que ha habido muchos cambios al interior del sector y de las organizaciones, en los últimos años que desbordan los límites impuestos por las normas existentes en esta materia, e incluso ellas mismas son limitativas y esto es lo que justifica la presentación del proyecto. En el texto se dijo:

"El Derecho Solidario se concibe como el punto de encuentro entre lo público y lo privado, que en nuestro país ha tenido un precario desarrollo a través de expedición de normas, jurisprudencias, doctrina y prácticas ininterrumpidas de las diferentes formas del sector de la economía solidaria y algunas normas que regulan a actores del sector.

"La Ley 454 de 1998, avanzó en la conceptualización de la Economía Solidaria al considerarla como un sistema socioeconómico, cultural y ambiental conformado por el conjunto de fuerzas sociales organizadas en formas asociativas identificadas por prácticas autogestionarias solidarias, democráticas, humanistas, sin ánimo de lucro, para el desarrollo del ser humano como sujeto, acto y fin de la economía. Sin embargo, para que el sistema de la Economía Solidaria opere y se consolide como una realidad macroeconómica, sus diferentes componentes deben operar integralmente con identidad para armonizar su propio desarrollo y reconocer su significativo aporte en el conjunto de la Economía Nacional e Internacional. Este elemento de identidad es esencial para llenar los vacíos que lleven a la consolidación del Sistema Solidario.

"Debemos recordar, que entre los propósitos del Plan de Desarrollo "Hacia un Estado Comunitario" está el de garantizar que las organizaciones solidarias, que expresan su solidaridad en actividades de orden económico y de reconstrucción del tejido social, puedan contar con un marco normativo que contribuya a potenciar los ya probados aportes que estas organizaciones hacen a la economía, al desarrollo social y a la consolidación de una cultura democrática, amiga de la diversidad, la convivencia y la transparencia entre los colombianos".

Los temas que aborda este proyecto de Ley son:

Ítem	Comentario
Acuerdo solidario	Es la decisión voluntaria y simultánea efectuada por una o varias personas o por quienes se adhieran posteriormente a él, con el objeto de crear, organizar, gestionar y controlar una organización de propiedad y gestión solidaria, bajo la forma de persona jurídica de derecho solidario, sin ánimo de lucro individual y cuyas actividades deben cumplirse con fines de interés social y beneficio colectivo, sin privilegios para ninguno de sus miembros. Toda actividad de producción, transformación, circulación o administración de bienes, social, cultural, deportiva, de protección y seguridad social, de servicios públicos y de servicios públicos domiciliarios en todas sus modalidades, podrá organizarse con base en el acuerdo solidario.
Acto solidario	Es el efectuado entre las personas jurídicas definidas en la Ley, entre estas y sus propios miembros, o con personas ajenas a la misma en desarrollo de su objeto social.
Organización de economía solidaria	Es la unidad económica constituida por una determinada asociación de personas, sin ánimo de lucro individual, en la cual los sujetos, que personifican las categorías económicas comunidad y trabajo, en calidad de usuarios, consumidores y productores, según el caso, son simultáneamente emprendedores, aportantes y gestores de la organización empresarial y, por lo mismo, es constituida para satisfacer, preferentemente, las necesidades de interés común, aspiraciones y deseos de sus asociados, sus familias y de la comunidad en general. Sus miembros se vincularán por asociatividad. Ellas son: las cooperativas, los fondos de empleados, las asociaciones mutuales, las organizaciones populares de vivienda, las instituciones auxiliares solidarias, las comisiones empresariales comunales, las empresas solidarias de salud, los grupos empresariales que sean constituidos por estas organizaciones, así como los entes de integración y promoción que los agrupen.
Membresía	Las organizaciones del sector de la economía solidaria estarán conformadas por miembros que se vincularán por asociatividad o por participación. Pueden ser miembros: las personas naturales legalmente capaces. Asimismo los menores adultos, a través de representante legal; las personas jurídicas de derecho público, en las entidades cuyo tipo de organización lo permita y la Ley las faculte para ello; las personas jurídicas de derecho solidario, entre otros.
Deberes y derechos de los miembros	Como deberes se mencionan: cumplir con el ordenamiento jurídico, incorporar la organización solidaria como parte de su proyecto de vida; participar en los procesos permanentes y autogestionarios de educación, formación, capacitación e información; cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo solidario; acatar y cumplir las decisiones de los órganos de administración y vigilancia; abstenerse de incurrir en incompatibilidades e inhabilidades o conflictos de intereses; abstenerse de efectuar actos o de incurrir en omisiones que afecten la estabilidad económica o el prestigio social de la organización solidaria, y participar en los procesos de la organización solidaria, en los cuales los estatutos lo establezcan. Como derechos, se establecen: vincularse a la organización como trabajador; acceder a los servicios que preste la organización; participar en las actividades de la organización y en su gestión administrativa; ser informado de la gestión de la organización de acuerdo con las prescripciones estatutarias; ejercer actos de decisión y elección en las asambleas generales; fiscalizar la gestión de la organización; retirarse voluntariamente de la organización.
Multiactividad	Estas organizaciones pueden realizar simultáneamente actividades de producción, distribución, consumo y en general la prestación de toda clase de servicios, a través de los conceptos de la multiactividad y la integralidad, ya sea desde la misma organización o mediante modalidades empresariales especializadas o a través de un grupo empresarial solidario o en estructuras económicas de segundo grado.
Responsabilidad social	Las organizaciones del sector son socialmente responsables ante el Estado y la comunidad por sus actuaciones y las de sus miembros con ocasión de la prestación del servicio solidario.
Objeto de la Ley	Establecer un marco jurídico amplio y flexible que contribuya al desarrollo,

	transformación, perfeccionamiento y afianzamiento del sector; fomentar y facilitar la aplicación y práctica de la filosofía, doctrina, principios y valores propios de las actividades de economía solidaria; promover el desarrollo del derecho solidario como rama especial del ordenamiento jurídico general; contribuir al desarrollo y fortalecimiento de las formas asociativas y solidarias de propiedad; propiciar procesos orientados a la construcción y adopción en el país de un modelo de desarrollo económico y social, fundado en lo regional y local y a escala humana; contribuir a desarrollar y a hacer realidad los principios rectores y valores superiores de la Constitución Política; y contribuir al desarrollo del articulado de la Constitución.
Principios rectores de las organizaciones	Son: el desarrollo y la gestión social en la búsqueda del bien común; la solidaridad, como componente cohesionador del sector y valor ético superior; la libre determinación del objeto social de las organizaciones; la autonomía como consecuencia de reconocerse sujeto del derecho solidario; la comunidad como elemento de cohesión social; la integración y la intercooperación entre organizaciones del sector solidario; formación, capacitación e información a los miembros, dirigentes, trabajadores y comunidad en general; contribuciones por vía de aportes económicos, donaciones y/o trabajo voluntario; la búsqueda del desarrollo social de la comunidad como expresión de apoyo y gestión del desarrollo del ser humano.
Características de las organizaciones del sector	Son: que se consagre la ausencia de ánimo de lucro individual en sus estatutos; número de miembros variable e ilimitado; ingreso como retiro de los asociados, voluntarios; patrimonio variable e ilimitado; duración indefinida; adopción de los principios y objetivos del Sector Solidario.
Derechos y Deberes de las Organizaciones del Sector	Son: derecho a un régimen tributario especial donde se definan beneficios para el desarrollo de su objeto social; a ser convocadas por el sector público para prestar servicios, ofrecer productos o ejecutar programas que sean de interés general; a participar en la discusión y ejecución de los planes de desarrollo, a través de organismo de integración; a acceder a la banca de segundo piso para fomentar el desarrollo de proyectos productivos del sector; a ejecutar programas permanentes de formación y capacitación de sus miembros; a desarrollar a través de los entes de integración, estrategias de autocontrol y autorregulación; a allegar recursos internacionales para el desarrollo de su objeto social; a construir un plan de acción solidaria donde se muestre el manejo de excedentes y utilidades.
Registro de las entidades del sector	Todas las organizaciones del sector de la economía solidaria tienen la obligación de registrarse en la Cámara de Comercio, allí deberá llevarse a cabo una matrícula especial llamada solidaria. Las Cámaras de Comercio podrán solicitar la información requerida y las entidades del sector deberán suministrarla. La personería jurídica de las entidades del sector deberá solicitarse ante las Cámaras de Comercio, de acuerdo con los requisitos que para el efecto determinarán las normas referentes a cada forma asociativa.
Organismos de integración	Son organismos integradores las personas jurídicas de Derecho Solidario que agrupan a las organizaciones del sector de la economía solidaria y propenden, en el cumplimiento de sus funciones, por la representación, defensa de los derechos y el desarrollo, fortalecimiento y fomento de las organizaciones del sector a las cuales representa. Pueden ser aquellos de grado superior, gremiales, de carácter local, regional o nacional, definidos en la presente Ley.
Consejo Nacional del Sector Solidario	Se reestructura el Consejo Nacional de la Economía Solidaria, CONES, el cual pasa a ser Consejo Nacional del Sector Solidario, como el organismo consultor del Gobierno Nacional en materia de formulación de políticas, estrategias, planes, programas y proyectos, y en la generación de insumos necesarios para la articulación real y efectiva del sector solidario.
Grupo empresarial económico solidario	Es el conjunto formado por varias empresas u organismos del sector de la economía solidaria, cualquiera que sea su objeto social, que erige o da origen a un ente coordinador del conjunto, el cual realiza actividades o da orientaciones de obligatorio cumplimiento para las organizaciones agrupadas, de tal manera que se produce una unidad en el ámbito de las decisiones.
Fomento al solidario	El Gobierno propiciará como acciones de fomento al sector, las siguientes: desarrollar la normatividad constitucional que propicia el fomento; promover la

	participación de las organizaciones del sector en la discusión y ejecución de los planes de desarrollo y de ordenamiento territorial; incorporar las organizaciones solidarias en los programas de obras públicas, mantenimiento de vías y carreteras; dar prelación, en igualdad de condiciones, a las organizaciones del sector solidario; promover el desarrollo de proyectos y programas por parte de las organizaciones del sector solidario con las distintas entidades de Gobierno en todos los campos; establecer los mecanismos necesarios para que las organizaciones del sector puedan acceder a los recursos de la banca de segundo piso estatal y privada; promover la comercialización nacional e internacional de los productos y servicios que produzcan y presten, así como los que requieran las organizaciones solidarias; promover la capacitación y formación de todo el pueblo colombiano en los principios y valores del sector.
Definición de entidades del sector	Se define cooperativas; fondos de empleados; asociaciones mutuales; empresa solidaria de salud; organizaciones populares de vivienda; comisiones empresariales comunales; instituciones auxiliares de la economía solidaria.
Servicios solidarios	Las organizaciones del sector pueden prestar servicios de previsión, asistencia, solidaridad y protección al patrimonio, mediante la organización y operación de fondos mutuales, sin que haya transferencia del riesgo a terceros.
Fondo de solidaridad	Sólo podrán utilizarse para el caso de calamidades domésticas acaecidas al asociado o a su núcleo familiar, de conformidad con el reglamento respectivo. Excepcionalmente y de manera esporádica, los recursos del fondo de solidaridad podrán destinarse para asistencia a terceros, en situaciones de calamidades nacionales o en casos particulares permitidos en el respectivo estatuto o reglamento. Estos fondos deben soportarse en estudios técnicos y además mantener un patrimonio técnico y un margen de solvencia, conforme a las previsiones que señale el organismo estatal de supervisión. Los excedentes mensuales de los recursos de los fondos que para la prestación de los servicios de previsión, asistencia y solidaridad se creen, luego de efectuadas las apropiaciones para atender los requerimientos que por dichos conceptos formulen los asociados beneficiarios, además de las destinaciones e inversiones previstas en la Ley y en los reglamentos, podrán ser destinados por los entes solidarios habilitados legalmente para desarrollar actividad financiera. Los recursos podrán ser agotables o no, y en el caso de serlo se agotarán en la medida en que ocurran los hechos previstos que generen su utilización, lo cual podrá comprender varios ejercicios económicos.
Control concurrente	La Superintendencia de la economía solidaria, sin perjuicio de los controles que adelanten otras entidades de la misma naturaleza sobre las actividades especializadas que desarrollen las organizaciones de economía solidaria, deberá ejercer las funciones de inspección, vigilancia y control.
Sistema Público de Apoyo al Sector Solidario	Estará conformado, por una expresión territorial y una expresión sectorial. La expresión territorial estará compuesta por Dansocial y las secretarías de desarrollo social y comunitario o quien haga sus veces, de los departamentos y municipios. La expresión sectorial estará integrada por Dansocial y los demás entes del Gobierno Nacional que tengan a su cargo la formulación de políticas o el apalancamiento de proyectos productivos de las organizaciones del sector solidario. El Gobierno reglamentará la materia.
Educación, capacitación y formación	Las organizaciones solidarias fomentarán y desarrollarán programas de educación y pedagogía a sus miembros y a la comunidad en general, en orden a favorecer el desarrollo personal y comunitario con base en los principios solidarios. Se crea el Sistema Nacional de Pedagogía Solidaria, el cual se encargará de establecer las actividades tendientes a la formación y capacitación en principios y valores del sector solidario. Este sistema será coordinado por Dansocial y tendrá capítulos nacionales y regionales, los cuales se conformarán por los consejos pedagógicos nacional y departamentales.
Otros aspectos	El proyecto consagra algunos lineamientos para la fusión, escisión, disolución y liquidación de las organizaciones del sector solidario, la Inspección y vigilancia de parte de la Supersolidaria y la obligación de efectuar y entregar retenciones por parte de las entidades del sector.

Este proyecto al igual que el anterior se dirige hacia el sector de la economía solidaria; no obstante, a veces hace mención al sector solidario, pero como un simple referente conceptual, sin que ello involucre el universo de organizaciones que se presentaron en esta investigación. En el proyecto hay una clara intención de estructurarlo desde sus componentes orgánicos, por ello se hace una referencia expresa a cuáles son las entidades que de él hacen parte y su funcionamiento interno, lo que resulta incompleto ya que cada forma jurídica ha sido definida en normas especiales.

A diferencia del anterior proyecto, este carece de una estructuración adecuada y coherente y en ese sentido es poco lo que aporta frente a lo existente. En materia de definiciones toma algunos elementos funcionales, principalísticos y orgánicos del sector en forma dispersa y los explica. A continuación enuncia algunas disposiciones generales en las que se menciona una serie de objetivos de esa Ley, que difícilmente se logran con el articulado que se allí se propone.

En seguida se normativiza la constitución y funcionamiento de las organizaciones del sector para lo cual se obliga a todas las empresas a hacer un registro ante la Cámara de Comercio bajo una matrícula especial solidaria; a esa entidad también se le asigna la responsabilidad de reconocer la personería jurídica. Esto constituye un retroceso en la materia, ya que ese tipo de trámites desestimula los emprendimientos solidarios y constituyen barreras de entrada al mercado. En ese mismo sentido se hace alusión al tema de la integración gremial que está llamada a desarrollar una función de autorregulación en el sector con el propósito que la intervención del Estado en ese aspecto permita un mayor grado de libertad, lo cual es coherente con la propuesta en materia de supervisión.

Igualmente se encarga del tema de los grupos empresariales, donde también existe un vacío jurídico que no se llena con las normas comerciales. Este tema ha cobrado importancia en los últimos años debido a que existen grandes cooperativas que con el fin de diversificar los servicios que pueden ofrecer a sus asociados han creado de manera directa o a través de entidades auxiliares, empresas que no pueden ser agrupadas y coordinadas para efectos de dirigirlas.

El proyecto además consagra un régimen de favorabilidad y contratación dirigido a la participación de las organizaciones del sector en la ejecución de los planes de desarrollo, de ordenamiento territorial y de prioridad en la contratación con el Estado para la ejecución de obras y el suministro de bienes y servicios, lo cual puede ser una medida perversa en cuanto va en contravía a los principios que rigen la contratación pública como es la transparencia y la selección objetiva. La verdad es que estas acciones poco contribuyen al fomento del sector, además que es un marco demasiado genérico que difícilmente puede aplicarse pues es simplemente una declaración de principios que debe ser desarrollada posteriormente en los niveles territoriales.

El proyecto se encarga de examinar los servicios solidarios, como son los de asistencia, previsión y solidaridad, a los cuales las entidades del sector deben mirar porque a través de éstos pueden llegar de manera más directa a sus asociados y porque es necesario que haya un manejo transparente de esos recursos. Volviendo

al tema del fomento, el proyecto se ocupa acertadamente de la creación de un Sistema Público de Apoyo al Sector Solidario, que articula recursos y acciones para el sector solidario desde el ámbito territorial, también se ocupa de la educación creando un Sistema Nacional de Pedagogía Solidaria, el cual se encargará de establecer las actividades tendientes a la formación y capacitación en principios y valores del sector solidario.

5.4.2 Lineamientos propuestos

El sector solidario en términos de número de organizaciones y de asociados representa una alternativa de progreso social y económico para nuestro Estado bastante significativa. Según la Superintendencia de Economía Solidaria²⁷³ a 31 de diciembre de 2008 existían en el país 5.917 organizaciones del sector vigiladas, como se enseña en el siguiente cuadro:

SUPERINTENDENCIA DE LA ECONOMIA SOLIDARIA INFORMACIÓN FINANCIERA DE ENTIDADES SOLIDARIAS A 31 DE DICIEMBRE DE 2008 PRINCIPALES CUENTAS CLASIFICADAS POR TIPO DE ENTIDAD				
NOMBRE TIPO	Entidades 2008	INGRESOS	ASOCIADOS	EMPLEADOS
ADMINISTRACIONES PUBLICAS COOPERATIVAS	28	155.265.973.860	2.363	305
ASOCIACIONES MUTUALES	155	20.120.746.821	99.940	1.025
COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO	2.081	4.659.176.979.462	390.271	2.971
ESPECIALIZADA DE AHORRO Y CREDITO	155	599.323.941.403	1.434.782	4.829
ESPECIALIZADA SIN SECCION DE AHORRO	494	1.688.772.310.632	288.179	5.280
FONDOS DE EMPLEADOS	1.574	541.205.843.957	754.172	100.085
INNOMINADOS	1	32.553.184	56	1
INSTITUCIONES AUXILIARES ESPECIALIZADAS	53	316.845.496.905	3.059	5.053
INTEGRAL CON SECCION DE AHORRO Y CREDITO	7	10.769.396.096	12.984	76
INTEGRAL SIN SECCION DE AHORRO	141	528.010.905.976	50.187	1.813
MULTIACTIVA CON SECCION DE AHORRO Y CREDITO	88	449.491.302.380	440.180	7.591
MULTIACTIVA SIN SECCION DE AHORRO	1.098	6.986.519.303.153	1.176.348	32.727
ORGANISMOS DE CARACTER ECONOMICO	15	149.777.945.680	229	511
ORGANISMOS DE REPRESENTACION	27	14.939.805.852	1.904	239
TOTAL	5.917	16.120.252.505.359	4.654.654	162.506

Es pertinente aclarar que las anteriores cifras se refieren sólo a las organizaciones de economía solidaria que son vigiladas por esa Superintendencia, y que no incluye las que son supervisadas por las otras, ni tampoco las estadísticas relacionadas con las organizaciones solidarias de desarrollo OSD. Pese a ello, sí resulta pertinente una Ley que se encargue darle una consistencia al sector no sólo desde el punto estructural sino desde la función estatal de intervención. Esta Ley, revestiría un carácter ordinario y se fundamentaría funcionalmente, de acuerdo con las atribuciones del Congreso de la República, en el artículo 150 de la Constitución Política, en los siguientes numerales:

Norma	Aplicación
Núm. 1. Interpretar, reformar y derogar las leyes.	En ella se deberá derogar la mayoría de las normas existentes del sector, para que la nueva Ley sea un cuerpo normativo único.
Núm. 2. Expedir Códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones.	Esta Ley busca expedir el "Código del sector solidario"
Núm. 7. Determinar la estructura de la administración nacional y crear, suprimir o fusionar ministerios, departamentos	En este Código del sector solidario se deberá reorganizar la funcionabilidad y estructura de la Administración Nacional en cuanto a las

²⁷³ Información obtenida de <http://www.supersolidaria.gov.co>.

administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y otras entidades del orden nacional, señalando sus objetivos y estructura orgánica (...)	entidades públicas encargadas del fomento y de la vigilancia del sector. Por tanto la iniciativa deberá contar con el aval del Gobierno Nacional.
Núm. 8. Expedir las normas a las cuales debe sujetarse el Gobierno para el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia que le señala la Constitución.	La norma que se propone deberá tener una visión integral y sistemática en materia de inspección y vigilancia de las entidades del sector. Deberá definir quién debe hacerla y qué criterios deberá atender.
Núm. 19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos: a) Organizar el crédito público; d) Regular las actividades financieras, bursátiles, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público;	Teniendo en cuenta que algunas entidades del sector desarrollan actividades de manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público, se pueden introducir normas relacionadas con este tema, las cuales aunque están dentro de una Ley ordinaria, pueden tener un carácter de normas marco o cuadro.
Núm. 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 será el fundamento más importante pues se trata precisamente de una Ley de “intervención económica” que fomenta y promueve las actividades del sector, pero también las restringe.
Núm. 26. Ejercer la inspección y vigilancia sobre instituciones de utilidad común para que sus rentas se conserven y sean debidamente aplicadas y para que en todo lo esencial se cumpla con la voluntad de los fundadores.	Esta facultad de supervisión posibilita extender esta función a las corporaciones, asociaciones y fundaciones.

Este Código del sector puede tener iniciativa parlamentaria o popular, sin embargo hay que tener especial cuidado con las normas que pretendan modificar la estructura de la Administración Nacional para que no se vaya a viciar de inconstitucionalidad. Igualmente, este Código, debe referirse a una misma materia y no legislar sobre asuntos inconexos al sector solidario. En lo sustancial, el proyecto se fundamenta en los artículos 58 y 333 de la Constitución Política que señalan que “El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad” y “fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial”.

Es importante tener en cuenta que para el legislador existe un alto grado de configuración legislativa en materia económica. La Corte Constitucional ha sostenido que la Carta Política dota de marco amplio y flexible al Congreso de la República para regular estas materias. No obstante, ésta no es absoluta, puesto que debe respetar los límites fijados en la Carta.

Señala la Corte que “No obstante, en aplicación del principio de supremacía de la Constitución, para ejercer sus competencias deberá respetar los principios superiores y atender criterios de razonabilidad y proporcionalidad en las medidas que adopte. Estas son las condiciones a partir de las cuales el juez constitucional ejercerá su función como garante de la supremacía de la Carta Política, para lo cual, en casos como el que ahora ocupa la atención de la Corte, acude al juicio de igualdad”²⁷⁴.

Como Código y cuerpo normativo único, se estructurará de la siguiente manera:

²⁷⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-674/02, M. P.: Jaime Córdoba Triviño. Bogotá: 20 de agosto de 2002.

Libro	Aspectos principales
Primero: Aspectos generales	El sector solidario: objeto del Código, se define el sector solidario, su naturaleza jurídica, los propósitos, objetivos, características y principios, su composición
Segundo: Organizaciones del sector solidario	Título primero– La empresa solidaria: definición acuerdo solidario, acto solidario, sujetos solidarios, empresa solidaria (características, servicios., prohibiciones, denominación, elementos, operaciones sociales y operaciones económicas, conformación y registro), servicios (internos y externos; sociales y económicos), funcionamiento (estatutos, regímenes de actividad, Códigos de ética, integración al sector), asociados (membrecía, deberes y derechos, decisiones, órganos, patrimonios, autorizaciones, creación). Título segundo– Entidades de Promoción, Fomento, Inspección, Vigilancia y Control: Entidades Estatales (Departamento Administrativo Nacional del Sector Solidario, Dansocial, Superintendencia del sector Solidario y demás Superintendencias), Fondo de Garantías Solidarias –Fogasol-), Entidades de otra naturaleza (Consejo Nacional del Sector Solidario, CONSESOL) y Fondo Nacional del Sector Solidario, FONSESOL. Título tercero– Organizaciones solidarias: Organizaciones de economía solidaria OES: cooperativas, organismos de segundo y tercer grado que agrupen organizaciones del sector, instituciones auxiliares del sector solidario, empresas comunitarias y solidarias (de productores, de consumidores, mixtas), empresas solidarias de salud, precooperativas, fondos de empleados, asociaciones mutualistas, administraciones públicas cooperativas –APC-, organizaciones populares de vivienda –OPV-. Organizaciones Solidarias de Desarrollo OSD: Corporaciones y Fundaciones, Cajas de compensación familiar, Voluntariado, Juntas de Acción Comunal, Régimen tributario de las organizaciones del sector, Organizaciones similares que no pertenecen al sector)
Tercero: Régimen de Intervención estatal	Título primero– Promoción, protección, fortalecimiento y fomento: del Estado y de los gremios, estrategia de banca de oportunidades, Sistema Público de Apoyo al Sector Solidario, competencias nacionales y territoriales, registro único de la Cámara Solidaria, participación del sector en los proceso de planeación, sistema financiero solidario, régimen especial y sistema de beneficios (pequeñas, medianas, grandes, urbanas campesinas, de población en condiciones de vulnerabilidad), misión de los gremios, proyección la comunidad, promoción de actividades sociales y promoción de actividades económicas, integración al sector, circuitos económicos solidarios, Sistema Nacional de Educación solidaria. Título segundo – Vigilancia y sanción: definiciones, autocontrol, control horizontal, control vertical, control concurrente, competencias, potestad de regulación administrativa en los mercados, protección solidaria y los fondos mutuales, actividad financiera en las cooperativas multiactivas e integrales, niveles de supervisión.

En este proyecto de Ley - Código del Sector Solidario – se incluirían los siguientes aspectos que definirían la intervención del Estado en el sector solidario:

Principios. Además de plasmar los que tradicionalmente se conocen, es fundamental reconocer de manera plena la existencia de empresas solidarias, que compiten por el mercado y en el mercado, así su racionalidad y propósitos iniciales sean eminentemente solidarios.

Tal declaración permite que sean incentivadas para que participen en igualdad de condiciones con las demás empresas, eliminando algunas restricciones que existen en materia de exportaciones y seguros, pero también vigiladas para que ante la prosperidad económica no desvíen sus fines y para que el modelo no sea utilizado

de manera incorrecta. La introducción del concepto de lucro solidario, permitirá avanzar hacia el reconocimiento de que estas empresas pueden participar en el mercado con eficiencia económica.

Integralidad de sector. Se concibe el sector solidario como uno solo, a partir de las características expuestas en la presente investigación, en donde el principio que las cohesiona es el de solidaridad y el lucro solidario. Esta Ley respondería a la necesidad de estructurar jurídicamente el sector para darle consistencia y poder aplicar un modelo de intervención diferenciado y coherente.

La consecuencia inmediata de este hecho es ajustar la estructura gubernamental nacional para que se fomente y vigile de manera permanente todas las organizaciones incluyendo asociaciones, fundaciones y corporaciones sin ánimo de lucro, teniéndose que derogar la normatividad existente en esta materia, pues migrarían del ámbito territorial (alcaldía de Bogotá y gobernaciones) a la Superintendencia Solidaria.

Intervención del Estado en el sector solidario. En este Código se hace una diferenciación respecto a la intervención como fomento en cumplimiento del mandato constitucional de los artículos 58 y 333 constitucional y la intervención limitativa de derechos como lo es la supervisión y sanción. La Superintendencia llevaría cabo la supervisión general de la naturaleza jurídica que con el tiempo podría pasar a los gremios. En cuanto a las actividades estratégicas que desarrollan algunas de estas organizaciones como el transporte, la salud y los servicios públicos domiciliarios, éstos podrían seguir siendo controladas por el ente que actualmente lo tiene.

Promoción, protección, fortalecimiento y fomento. A través de un régimen coherente y unificado de tributación en el impuesto a la renta, que permita destinar de manera autónoma esos recursos para el desarrollo de proyectos sociales viables y evaluables. Además de otras estrategias como la organización del Sistema Público Territorial de Apoyo, subsidios, acompañamiento, etc.

La Ley debe distinguir que la promoción estatal de las organizaciones debe depender en gran medida de la naturaleza del grupo poblacional que se pretenda beneficiar, del tamaño, de los servicios, etc. dándosele prioridad a las más pequeñas para que se beneficien de las prerrogativas que la Ley establece en su favor. También debe darse con base en el ahorro, la constitución de cadenas productivas solidarias, e incentivos y premios a la innovación con enfoque solidario.

Organización del sistema financiero solidario. En el que se articule la estrategia de banca de oportunidades y los programas de crédito nacional dirigidos a población vulnerable. Esta estrategia debe propender por flexibilizar las garantías crediticias, dar crédito a pequeños grupos e incentivar préstamos basados en la confianza y el subsidio a los intereses, según el propósito y la cultura de pago.

Sistema Público de Apoyo al Sector Solidario. Se deben dar lineamientos en materia de conformación del sistema que articulará las organizaciones, los recursos y las acciones, en los ámbitos nacional y territorial. Mediante éste se busca incentivar a los municipios y departamentos para que estimulen el desarrollo de sus

regiones a través de modelos organizacionales solidarios y circuitos solidarios territoriales acorde con las cadenas productivas de la región.

Para ello los entes territoriales en alianza con las entidades mismas deberán ofrecer servicios de asesoría integral especializada en las que además de ofrecer capacitación en la formalización y conformación de empresas solidarias, se le direccionen a los interesados hacia donde se consiguen los recursos.

Fortalecimiento de los gremios. Para que éstos se estructuren y crezcan a través de un plan de desarrollo propio promoviendo códigos de conducta y de supervisión que permita avanzar hacia la tarea de supervisión propia. Ellos deben respetar la autonomía de estas organizaciones, a través del autocontrol y del control gremial, de tal suerte que el Estado tenga que intervenir menos. La transferencia en la función de supervisión se iría dando de manera gradual, en la medida en que los gremios se vayan certificando en calidad de los procesos que desarrollarán.

Creación de una Cámara Solidaria. De naturaleza gremial y con competencia nacional, que además de esta función esté encargada de suministrar la información actualizada y veraz de la totalidad de las organizaciones, independiente de las actividades que desarrollen.

Al unificar el registro en una Cámara Solidaria, especial y única, con capítulos regionales, se busca contar con la posibilidad de tener información actual sobre el comportamiento de las organizaciones. Esta entidad sería un particular ejerciendo funciones públicas de registro, supervisión, sanción y divulgación de información sobre el sector.

Sistema de beneficios y subsidios. A la constitución y fortalecimiento de pequeñas, medianas, grandes, urbanas campesinas, de población en condiciones de vulnerabilidad bajo la modalidad de planes de desempeño que permitan asegurar que los recursos lleguen a quienes más los necesiten de acuerdo con resultados cuantificables.

Educación Solidaria. El Ministerio de Educación con la asesoría del Dansocial deberán desarrollar una estrategia pedagógica para que la economía solidaria sea enseñada desde la educación básica, media y superior. También deberá estimularse programas de formación técnica en administración y proyectos solidarios, que además generen investigación.

Prestación de servicios públicos y sociales. La Ley debe crear condiciones especiales para que de manera prioritaria las organizaciones del sector presten servicios públicos en municipios pequeños, tales como acueducto, alcantarillado y aseo; educación y atención a la primera infancia; transporte público, entre otros.

Definición de un modelo de supervisión más o menos unificado. Concreción de un modelo de supervisión intermedio que acondite a los agentes en el mediano plazo y del cual se pueda evolucionar hacia una supervisión ligera con autocontrol y supervisión de los gremios, con el propósito de respetar la autonomía y la libertad de quienes integran el sector.

5.5 CONCLUSIONES DEL CAPITULO

La Constitución Política ordena el fortalecimiento a las organizaciones solidarias y el estímulo al desarrollo empresarial dejando que aparato estatal, de acuerdo con la distribución general de competencias, deduzca cuáles son esos medios. Se destacan tres instrumentos de intervención del Estado en el Sector Solidario. El primero de ellos es la tributación frente a lo cual las organizaciones del sector tienen unas obligaciones especiales en el ámbito de los impuestos nacionales y territoriales. En lo que respecta al impuesto a la renta y complementarios existen tres regímenes. Uno de ellos es el de los no contribuyentes en el que se encuentran las juntas de acción comunal quienes deben presentar declaraciones de ingresos y patrimonio, pero no pagan tarifa alguna por concepto de impuesto a la renta y complementarios.

De otra parte existe el régimen general en el que están las cajas de compensación familiar, los fondos de empleados y las asociaciones gremiales, con respecto a los ingresos generados en actividades industriales, comerciales y en actividades financieras distintas a la inversión de su patrimonio, diferentes a las relacionadas con salud, educación, recreación y desarrollo social.

Finalmente existe el régimen especial al que pertenecen las corporaciones, fundaciones y asociaciones sin ánimo de lucro, asociaciones gremiales, cooperativas, sus asociaciones, uniones, ligas centrales, organismos de grado superior de carácter financiero, asociaciones mutualistas e instituciones auxiliares del cooperativismo, confederaciones, las cuales pueden tributar sobre el 20% de sus excedentes o destinar, directa o indirectamente, ese excedente al desarrollo de actividades de su objeto social.

Otro instrumento es la planeación. En las leyes 812 y 1151 que son los dos últimos planes de desarrollo nacionales existen algunas acciones dirigidas al sector solidario en Colombia tales como mejorar las condiciones de vida en las zonas deprimidas y de conflicto a través de apoyo a los proyectos económicamente rentables mediante esquemas asociativos y de economía solidaria. También se propuso la creación de un marco institucional y legal con reglas claras que sean favorables al desarrollo del sector, la vinculación de las empresas solidarias en los procesos de capitalización social de las empresas de servicios públicos; y el estímulo al cooperativismo financiero y de ahorro.

También se dispuso el emprendimiento de acciones de control y supervisión por parte de la Superintendencia de la Economía Solidaria; la creación del Sistema Público Territorial de Apoyo al Sector Social y Solidario para fortalecerlo; la celebración de acuerdos y pactos por la transparencia y la convivencia; entre otros. En esos planes se consideró la posibilidad de convenios interadministrativos suscritos para el apoyo de las organizaciones sociales y solidarias con entidades públicas, el fortalecimiento en aspectos administrativos, financieros, gestión de calidad y tecnologías de información y créditos a microempresarios a través de cooperativas (Banca de las Oportunidades).

Asimismo en el año 2010 se expide el documento Conpes 3639 de 2010 que contiene la política de desarrollo empresarial para el sector de la economía solidaria que propone como tareas: i) revisar el régimen jurídico para detectar disposiciones susceptibles de modificación, proponer cuerpos normativos únicos y unificar interpretaciones; ii) ajustar la institucionalidad del sector a partir de un diagnóstico del Dansocial y la Superintendencia; iii) simplificar y racionalizar los trámites de registro y supervisión; iv) prevenir el uso inadecuado de las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado; v) optimizar los esquemas de regulación y supervisión para la prestación de servicios financieros, vi) facilitar el acceso a instrumentos de fomento y vii) fortalecer el suministro de información y estadísticas.

El tercer instrumento es el accionar legislativo. La Ley más importante del sector es la 454 de 1998 que en su momento respondió a una coyuntura económica, pero que es necesario actualizarla ahora para que además de organizar las categorías jurídicas y económicas, construya un marco propicio de fomento, y de garantía de derechos y permita la evolución del sector hacia modelos de autorregulación, con poca intervención del Estado en materia de inspección y vigilancia. Hace pocos años se presentaron dos proyectos de Ley: el 144 de 2002 Senado y el 118 de 2004 Senado. En ambas propuestas se nota un interés especial por estructurar el sector y por crear nuevos instrumentos de intervención estatal que lo fomenten y permitan lograr sus propios fines.

En esta investigación se acepta la idea de realizar un proyecto de Ley, que sea una apuesta grande y concertada que podría denominarse “Código para el Sector Solidario”, el cual estaría fundamentado en el artículo 150 de la Constitución Política que señala las competencias en materia de actividad legislativa del Congreso, y en los artículos 58 y 333 de la constitución Política que ordenan al Estado la protección y promoción de las formas asociativas y solidarias de propiedad. En este Código se definiría sistemáticamente el sector desde sus principios y desde las entidades que lo conforman, tanto públicas como privadas. Adicionalmente comprendería un capítulo de régimen de intervención estatal que daría lineamientos claros no solo de su fomento sino desde su evolución hacia un modelo de intervención ligera en lo que respecta a su control y vigilancia.

Los puntos novedosos que podría contener este proyecto de Ley contribuirían a mejorar el sistema de intervención del Estado en el sector solidario son:

- Incorporación de principios que reconocen que las organizaciones solidarias son empresas que compiten por el mercado y en el mercado, de acuerdo con la actividad consagrada en su objeto social e igualmente que obtienen un lucro de carácter solidario, que es retornado a los asociados mediante servicios y beneficios.
- Estructuración del sector de acuerdo con la propuesta presentada en la presente investigación que lo haga más sólido e integral.

- Acciones de fomento fuerte que unifiquen el régimen especial de tributación en renta y que otorguen subsidios y estímulos a los entes solidarios.
- Organización del sistema financiero solidario diferenciado sustancialmente del modelo de banca tradicional.
- Organización del Sistema Público de Apoyo al Sector Solidario para fortalecer las organizaciones desde el ámbito territorial.
- Fortalecimiento de los gremios para que éstos puedan en un futuro cercano apoyar de manera total o parcial la supervisión del sector.
- Creación de la Cámara Solidaria, de carácter gremial, que estaría encargada del registro y de proveer la información de las organizaciones.
- Educación solidaria obligatoria desde el sistema de educación formal para la difusión del modelo.
- Prioridad en la prestación de determinados servicios públicos y sociales, en municipios pequeños, por parte de los entes solidarios.
- Concreción de un modelo de supervisión intermedio que conduzca a los agentes en el mediano plazo y del cual se pueda evolucionar hacia una supervisión ligera con autocontrol y supervisión de los mismo gremios, para respetar la autonomía y libertad de quienes integran el sector.

CONCLUSIONES

Las garantías de la libertad y de la igualdad constituyen los fundamentos de la intervención del Estado en las diferentes actividades que desarrollan los particulares. Dependiendo de la preponderancia o equilibrio que se dé en la defensa o aplicación de cada una de ellas por parte de los gobernantes y en armonía con los mandatos constitucionales, se definirá el modelo de Estado tanto en lo político como en lo económico. Es así como en un Estado Social de Derecho, como el nuestro, la Constitución Política recoge una serie de mecanismos para garantizar una adecuada convergencia de estas garantías.

En lo económico, estos principios, se relacionan directamente con la propiedad de los medios de producción que pueden estar en cabeza del Estado, de los particulares, o de ambos. Cada una de estas posibilidades determina unas consecuencias en el grado de bienestar de las personas, y es ahí donde el Estado recobra su papel de árbitro para asegurar que éste llegue al mayor número de asociados posible.

Esa intervención es necesaria, pese a que algunos economistas hacen apología a que no exista. Su intensidad e instrumentos deben adecuarse a unos fines y propósitos establecidos en la misma Carta y en las normas que de allí se desprendan ya que no se trata de que el Estado incida o no en los procesos económicos y sociales simplemente por ser activo o pasivo y por conservar su legitimidad como autoridad, sino que debe observar las señales del mercado y propender por su normalidad.

La Constitución Política colombiana consagra la cláusula de Estado Social de Derecho que implica, además de la convergencia entre la igualdad y la libertad, el respeto por los demás derechos fundamentales, la prevalencia de la legalidad y la funcionalidad armónica de los poderes públicos y la garantía de un orden social y económico justo. Concomitante con este imperativo existen entes cuya racionalidad armoniza lo social y lo económico en torno a la solidaridad, principio y fundamento de nuestro Estado, como es el caso de las organizaciones solidarias.

De esta manera se genera un modelo económico que es el producto de la interacción del Estado, los compradores, los vendedores, los bienes y servicios, que se interrelacionan armónicamente para que pueda funcionar el mercado. Este incorpora, además, elementos racionales, políticos, filosóficos e históricos. En Colombia existe una convergencia entre el Estado de derecho que concreta las libertades de orden económico como lo son la libertad económica, la libertad de empresa y la libertad de competencia, y el Estado social que se encarga de hacer efectivo el bienestar general de los ciudadanos.

Ello se consigna constitucionalmente en el artículo 334 de la Constitución Política que consagra la cláusula general de intervención y dirección del Estado en la economía que lo hace en procura de mejorar la calidad de vida de los habitantes, la distribución de oportunidades y beneficios, la preservación de un ambiente sano, la

racionalización de la economía, y el aseguramiento de que las personas van a acceder efectivamente a bienes y servicios básicos.

Desde el ámbito puramente económico, la intervención se justifica para lograr el equilibrio general del mercado, ya que éste en su dinámica y su funcionamiento genera una serie de fallas que no se superan por sí solas y que afectan directamente el equilibrio en lo social. Esa intervención atiende al desarrollo del principio de subsidiariedad que restringe la incidencia estatal a cuando el mercado por sí sólo no es capaz de regularse.

La intervención estatal, cualquiera que sea su forma, debe responder a necesidades sectoriales, con un contenido político en lo general y técnico en lo especial, con el ánimo de armonizar los intereses contrapuestos de los agentes del mercado a través de diferentes instrumentos como son la intervención normativa, la regulación económica, el fomento, y la planeación, entre otros.

La presencia del Estado en la actividad de los particulares, además de obedecer a un mandato constitucional, se rige también por una necesidad real y práctica que tiene como punto de partida el cumplimiento de una serie de presupuestos indispensables tales como la seguridad civil, la garantía de los derechos, y la coerción frente al incumplimiento de las estipulaciones contractuales entre particulares; en ese sentido al Estado le corresponde dar soluciones y especialmente ser proactivo en aquellos sectores y actividades donde sea más necesaria su presencia; en los escenarios en los que ello no sea así, debe resignarse a asumir un papel secundario, distante y pasivo, hasta donde ello también se justifique.

Eso permite diseñar un modelo compensado, ponderado y ajustado a unos fines, como límite a la indiferencia total, por una parte, o al milimetrismo exagerado que pueda impulsar un rol del Estado como obstáculo a la iniciativa privada y las libertades económicas que se han analizado, trasmutando la jerarquía de valores sociales en donde se dé primacía al Estado, por encima de la persona misma, y en detrimento de las necesidades reales de una sociedad en la que existe una brecha social bien grande, injusta por demás, a causa de una planeación de desarrollo incoherente por parte de sus dirigentes.

El papel del Estado debe ser el que le corresponde constitucionalmente frente al ejercicio de las libertades y ello se enmarca dentro de un equilibrio en su accionar que emana de la Constitución misma. Cualquiera que sea su función, es decir, la de policía, regulador, incentivador, controlador, vigilante, empresario, prestador de servicios, etc. debe actuar conforme al principio de legalidad, para lo cual la coherencia y la responsabilidad son parámetros a seguir, distinguiendo siempre que éste es diferente de la persona y de la sociedad y para interactuar con ellos debe hacerlo en un espacio específico denominado regulatorio, que es donde se llevan a cabo las transacciones y donde se relacionan los agentes económicos.

El Estado debe estar al servicio del ciudadano y no al contrario, siendo pues este último destinatario de su accionar sin que ello implique la supresión de sus libertades, pero sí la limitación en función del bien común. El “espacio regulatorio”

representa el sitio común donde se resuelven tensiones entre los agentes económicos, las competencias estatales, las libertades, los derechos, las igualdades, entre otros, generando una dinámica que grada la libertad e igualdad en la pugna entre intereses públicos y privados. Según Gaspar Ariño, fue Hancher y Morán en 1989 quienes propusieron esta teoría y la explicaron a través de una curva que relaciona la trascendencia social de las actividades humanas con el control público.

En este estudio se concluye que la suma de las actividades no trascendentales para la sociedad más las que reciben un control público ligero de tipo policial, deben ser considerablemente mayor que aquellas afectadas por la regulación y el control público fuerte. Esto se traduce en que en el espacio regulatorio debe ser menor que el ámbito de libre iniciativa privada. La idea es que éste se vaya cerrando cada vez más para dar tránsito a la iniciativa privada y asegurar las libertades.

Este es el punto de partida para analizar el funcionamiento del sector solidario frente al mercado y al papel del Estado. Se ha insistido en que al interior del modelo debe primar la libre iniciativa privada, pero al no darse de manera espontánea la creación de este tipo de organizaciones y teniendo en cuenta el papel que la Constitución le ha asignado al Estado en la protección, promoción y fortalecimiento de estas por su importancia estratégica, éste debe crear un espacio regulatorio para lograr tal efecto. Esta estrategia de estímulo no busca limitar los derechos de las personas sino protegerlos, para lo cual generalmente crea condiciones especiales que son en esencia diferenciaciones de trato en relación con las demás empresas capitalistas, lo cual se justifica constitucionalmente, como mecanismo de realización de la igualdad material.

Una vez se encuentran compitiendo en el mercado las organizaciones solidarias con los privilegios que le dota el espacio regulatorio como protección especial, el Estado debe intervenir nuevamente, pero esta vez en razón de la importancia estratégica de la actividad que desarrollen, pues si su objeto no es trascendental y se comportan en un mercado que no presenta mayores alteraciones, el espacio regulatorio será mínimo y la intervención será ligera o liviana. Empero, esto no ocurre cuando se trata de bienes y servicios trascendentales, cuyos mercados son propensos a alterarse de manera natural, en este caso el espacio regulatorio se abre para que el Estado pueda ejercer un control fuerte, de carácter temporal con unos límites bien definidos.

Estas interacciones Estado, sociedad y mercado en el ámbito del sector solidario deberían funcionar como se explicó, no obstante, aparecen otro tipo de fallas que ya no son las del mercado mismo sino las del espacio regulatorio (fallas del Estado). Estas se dan en ámbitos en los que el Estado debe intervenir fuertemente y no lo hace, o en actividades en las que no es necesario su rigurosidad y sin embargo esto ocurre afectando los principios en los que se funda su actuar como son el de libertad e igualdad. La razón de que ello ocurra es que los instrumentos que se utilizan son desproporcionados y no atienden a los principios de necesidad y subsidiariedad, sobre todo cuando están consagrados a través de mecanismos inflexibles, pétreos y de difícil reforma, que no se sujetan a la evolución misma de los mercados y la

sociedad, amén del incorrecto direccionismo que los gobernantes de turno den a la economía.

Para poder responder a estas necesidades, en algunos sectores se crean entes reguladores independientes, que responden ágilmente con acciones normativas de rango especial a los cambios en los mercados. No es viable para el sector crear una entidad de tal naturaleza, puesto que lo más importante en principio es la forma de las organizaciones; la actividad aunque interesa, debe ajustarse a la regulación propia de los mercados en donde se dan fenómenos de regulación administrativa económica.

Pero la naturaleza misma, que es un factor de transversalidad, permite la cohesión de sus organizaciones y por ello se habla de un sector diferenciado del que conforman las empresas capitalistas que tienen una representatividad fuerte frente al Estado sobre todo en función de las actividades cuando son estratégicas. Por ejemplo en el tema bancario y financiero, en donde existe una captura del Estado por parte de estas instituciones, las cuales controlan el marco regulatorio en aras de legitimar sus intereses logrando imponer un límite al sector solidario al someterlo al modelo de ahorro y crédito tradicional.

Uno de los principios que inspiran a las organizaciones solidarias es el de la integración, el cual ha tenido un desarrollo incipiente y esto se ve reflejado en la poca capacidad de influir o de participar en la elaboración de las políticas nacionales del sector, incluso su representatividad en instancias políticas como el Congreso de la República es casi nula. Sus dirigentes se han perpetuado durante años y por ello sus discursos tienen siempre igual contenido y son escasas las propuestas innovadoras en beneficio de sus organizaciones, pero frente a esta situación el papel del Estado es limitado, ya que sólo podría estimular su participación de manera indirecta a través de una adecuada educación que genere una conciencia solidaria y nuevos líderes del sector.

También es del caso diferenciar que no todos los agentes tienen la misma posibilidad de incidir al interior de su gremio aunque virtualmente se deba respetar el principio democrático de un asociado igual a un voto. Las empresas solidarias más grandes tienen posiciones de privilegios en los mercados y en consecuencia en los gremios, razón por la cual en algunos casos terminan comportándose como cualquier empresa de capital que busca beneficios para sus dirigentes, alejada de las necesidades reales y del asociado del corriente, que no siente pertenencia hacia ese conglomerado extraño y ajeno, y en donde los órganos directivos se acercan a ellos exclusivamente en época de movilización electoral.

Pero al margen de estas falencias, el modelo de desarrollo económico propuesto desde el sector solidario constituye, sobre todo en las comunidades pequeñas y más pobres una oportunidad excepcional de desarrollo y por ello merecen toda la atención de parte del Estado. El hecho de que existan en el mercado muchas empresas solidarias desempeñando su papel con responsabilidad social y proyectándose a la comunidad, ha sido un factor determinante para que la sociedad también exija a las empresas típicamente capitalistas ese compromiso que no es tan

fácil de eludir, como por ejemplo a través del desarrollo de programas de responsabilidad social empresarial.

A su turno el mercado exige a las organizaciones solidarias que funcionen eficientemente y esto es posible sobre todo porque son pequeñas, lo cual favorece la obtención de economías de escala y la integración vertical en las cadenas de producción. Esa etología empresarial solidaria tiene que ser estudiada y conocida por el Estado, pues sólo a partir de ella, éste puede tomar decisiones de cómo abordarlas y estimularlas e incidir en sus procesos. Adicionalmente el Estado debe exigir, independiente del modelo de intervención, que suministren información que permita planear sus acciones hacia el sector.

Más aún cuando además de las consideraciones propias que justifican la intervención general del Estado en la economía, es la misma Constitución Política la que garantiza la protección, el fortalecimiento y la promoción de las formas solidarias. Ello posibilita determinar que sí existe una habilitación para que éste incida en su dinámica creando un modelo que está matizado por elementos tales como la naturaleza jurídica especial y que se atiene, además, a las condiciones particulares que se han creado para el desarrollo de las actividades socioeconómicas dependiendo de su importancia.

El modelo de intervención en el sector no tiene unos parámetros claros. Ello se debe en buena parte a que sus elementos políticos y filosóficos no pueden ser enunciados con exactitud ya que no existe una caracterización completa de orden imperativo que los defina a través de una Ley. Incluso no existe unanimidad sobre su denominación y los principios definitorios que como el “sin ánimo de lucro” gozan de imprecisión y vaguedad. Este es un trabajo que debe completarse en los diferentes escenarios académicos y de investigación.

El funcionamiento del sector solidario no obedece a un modelo de intervención único, pues se han identificado algunos que van desde el fuerte hasta el ligero. Por ejemplo, las cooperativas de trabajo asociado, en conjunto, responden a una intervención fuerte como barrera de contención para evitar que sean utilizadas para prácticas de intermediación laboral y para el desconocimiento de unas condiciones de trabajo dignas; de manera muy similar, las cooperativas con actividad financiera tienen también un modelo de intervención fuerte que se sustenta en el artículo 335 de la Constitución Política que señala que las actividades relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público son de interés público y están sujetas a la intervención del Estado.

Para las fundaciones, asociaciones y corporaciones, en cambio existe un modelo de intervención ligera que no emana de la Constitución Política sino que corresponde a una disfuncionalidad del sistema pues el mandato de la Carta Política es que se proteja el derecho de asociación y que se fiscalice por parte del Gobierno la destinación de los recursos de las fundaciones. Este modelo de intervención mínima puede ser eficaz en la medida en que el mercado específico tenga la madurez para autorregularse, lo cual significa que se puede evolucionar hacia uno intermedio mientras se disciplinan los actores y luego volverse al ligero.

Dentro del proceso de intervención del Estado en el sector se destacan tres instrumentos: el primero de ellos es la tributación frente a lo cual las organizaciones del sector tiene unas obligaciones especiales en el ámbito de los impuestos nacionales y territoriales pero que en el impuesto a la renta existen tres regímenes: el de los no contribuyentes, el régimen general y el especial. Otro instrumento es la planeación que se concreta en los planes de desarrollo nacional y los territoriales.

En lo nacional se han establecido acciones a favor del sector que se han cumplido parcialmente, y que no han logrado estimularlo de manera acertada. Existe un tema de coyuntura económica que evoluciona y que es indicativo de que en Colombia hay un rezago en el pago de una deuda social que ha crecido ante la indiferencia misma del Estado frente a un conjunto de organizaciones que son de vital importancia para el progreso del país ya que en ellas convergen lo social y lo económico, concretamente las que integran el sector solidario.

Es importante destacar que urge actualizar la Ley 454 de 1998 que regula el sector puesto que las condiciones sociales, económicas y políticas por las que atravesaba el país cuando ésta fue expedida, han cambiado enormemente y la realidad desborda en muchos aspectos este marco jurídico; no obstante debería analizarse si es procedente una apuesta mayor que permita establecer un código del sector que defina sistemáticamente sus principios, las entidades que lo conforman, y que consagre un régimen de intervención estatal con lineamientos claros no sólo de su fomento sino también en materia de autocontrol.

El modelo de intervención que en general debe aplicarse tendrá que responder a una jerarquización de sus instrumentos, no de sus actores, como tradicionalmente se ha hecho, para darle mayor importancia a aquellos que coadyuvan de una manera más adecuada en el cumplimiento de sus fines. En general, el fomento y la educación son prioritarios; en cambio no se piensa lo mismo de la supervisión y de la sanción, que en principio resulta importante dadas las condiciones mismas en que se encuentra el sector, empero en su etapa de madurez es el sector quien debe autorregularse y velar por el buen comportamiento de sus sujetos, es decir que lo aconsejable son modelos de intervención intermedios y ligeros.

Lo anterior no es obstáculo para que el Estado agudice los efectos de un instrumento determinado cuando se trate de regular mercados especiales en función del bien o servicio, como lo son el de los servicios públicos, el financiero, el de transporte, entre otros. El modelo de intervención está en proceso de construcción y debe madurar teniendo presente que el accionar estatal debe respetar el principio de subsidiariedad y por ello la autonomía con responsabilidad debe ser el principal postulado que rijan su accionar.

BIBLIOGRAFIA

ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS Christian. Los derechos sociales como derechos exigibles. Madrid: editorial Trotta, 2002.

ALBERT, Michel. Capitalismo contra capitalismo. Barcelona: Paidós, 1992.

ALCANTARA SAEZ, Manuel. Sociedad civil y capital social: su impacto en la política contemporánea. En: El Estado: Reflexiones acerca de su retos en el siglo XXI, editor académico: MOLINA, Carlos Mario. Bogotá: Colección de textos de jurisprudencia de la Universidad del Rosario, 2004.

ALESSANDRI Arturo, SOMARRIVA, Manuel, y VODANOVIC, Antonio. Tratado de Derecho Civil: Partes Preliminar y General. Tomo I. Santiago: Editora Jurídica Chile, 1998.

ALMONACID SIERRA, Juan Jorge y GARCIA LOZADA, Nelson Gerardo. Derecho de la Competencia. Bogotá: Legis, 1998.

ANDERSON, Luis A. Trabajo, derechos y sindicato en el mundo: Diálogo norte-sur. Caracas: ILDIS, ORIT, Editorial Nueva Sociedad, 1996.

ANZOLA, Marcela. Instituciones para una economía de mercado. En: El Estado: reflexiones acerca de su retos en el siglo XXI, editor académico: MOLINA Carlos Mario. Bogotá: Colección de textos de jurisprudencia de la Universidad del Rosario, 2004.

ARANGO JARAMILLO, Mario. Economía solidaria. Medellín: Coimpresores Ltda, 2000.

ARANGO, Miguel y otros. Reflexiones sobre el aporte social y económico del sector cooperativo colombiano. Bogotá: Fedesarrollo, 2005.

ARENDT, Hannah. Los orígenes del totalitarismo. México: Taurus, 1994.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Principios de derecho público económico: Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

BECKER, Gary S. Teoría económica. México: Fondo de Cultura Económica, 1982.

BEJARANO, Jesús Antonio. El análisis económico del derecho: Comentarios sobre textos básicos. En: Revista de economía institucional número 01. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999.

BELTRAN, Lucas. Ensayos de economía política. Madrid: Unión editorial, 1996.

BERMUDEZ PADILLA, Eliécer. Consejo de administración: Responsabilidades y funciones de cooperativas y fondos de empleados. Bogotá: Visión empresarial, 2005.

BERNAL, Jorge A., Desarrollo sostenible, democracia y política social. En: Integración y equidad, Coordinador: BERNAL, Jorge A. Bogotá: Tercer mundo editores, 1994.

BERRY, Albert. Reflexiones sobre la regulación de la gestión de la educación/capacitación. En: La regulación económica: Tendencias y desafíos. Bogotá: Colección de textos de jurisprudencia – Universidad del Rosario, 2004.

BUCHANAN, James Mc Gill. Ética y progreso económico. Traducción: GARCÍA-DURÁN DE LARA José A. Barcelona: Ariel, 1996.

BUCHELI G., Marieta y DAVILA, Ricardo. Las cooperativas financieras y el desarrollo regional. III Seminario Internacional. Bogotá: Universidad Javeriana, 1998.

BUSTAMANTE, Luís Eduardo y TORRENTE BAYONA, Cesar. Las entidades sin ánimo de lucro. Tercera edición. Bogotá: Cámara de Comercio, 2000.

BUTLER, Eamonn. Milton Friedman: Su pensamiento económico. México: Limusa, 1989.

CABALLERO ARGAEZ, Carlos. Democracia y mercados. En: Política social: Herramienta de desarrollo económico. Bogotá: Confecoop, 1995.

CAHIAN, Adolfo. Derecho de las fundaciones. Segunda edición. Buenos Aires: Ediciones La Roca, 2003.

CALDERON ZULETA, Alberto. Desarrollo económico y política social. En: Política social: Herramienta de Desarrollo económico. Bogotá: Confecoop, 1995.

CARRANCHO HERRERO, María Teresa. La constitución de fundaciones. Barcelona: José María Bosch editor, 1997.

CASE, Kart E. y FAIR, Ray C. Fundamentos de economía. Segunda edición. México, Prentice Hall SA, 1999.

CEPEDA ESPINOSA, Manuel José, Polémicas constitucionales. Bogotá: Legis, 2007.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil, Radicado interno 1.818, Consejero Ponente: Gustavo Aponte Santos. Bogotá: 17 de mayo de 2007.

_____. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Radicación: 11001-03-26-000-1999-00012-01(16230), Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Bogotá: 14 de agosto de 2008.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-827/01, M. P.: Álvaro Tafur Galvis. Bogotá: 8 de agosto de 2001.

_____. Sentencia T-425/92, M. P.: Ciro Angarita Barón. Bogotá: 24 de junio de 1992.

_____. Sentencia T-426/92, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá: 24 de junio de 1992.

_____. Sentencia T-533/92, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá: 23 de septiembre de 1992.

_____. Sentencia C-530/93, M. P.: Alejandro Martínez Caballero. Bogotá: 11 de noviembre de 2004.

_____. Sentencia C-301/93, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá: 2 de agosto de 1993.

_____. Sentencia C-490/93, M. P.: Alejandro Martínez Caballero. Bogotá: 28 de octubre de 1993.

_____. Sentencia C-024/94, M. P. Alejandro Martínez Caballero. Bogotá: 27 de enero de 1994.

_____. Sentencia C-074/94, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá: 27 de octubre de 1994.

_____. Sentencia C-473/94, M. P.: Alejandro Martínez Caballero. Bogotá: 27 de octubre de 1994.

_____. Sentencia C-524/95, M. P.: Carlos Gaviria Díaz. Bogotá: 16 de noviembre de 1995.

_____. Sentencia C-254/96, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá: 1 de junio de 1996.

_____. Sentencia SU-476/97, M. P.: Vladimiro Naranjo Mesa. Bogotá: 25 de septiembre de 1997.

_____. Sentencia C-083/99, M. P.: Vladimiro Naranjo Mesa. Bogotá: 7 de febrero de 1999.

_____. Sentencia C-136/99, M. P. José Gregorio Hernández Galindo. Bogotá: 4 de marzo de 1999.

_____. Sentencia C-953/99, M. P. Alfredo Beltrán Sierra. Bogotá: 1 de diciembre de 1999.

_____. Sentencia C-211/00, M. P.: Carlos Gaviria Díaz. Bogotá: 1 de marzo de 2000.

_____. Sentencia C-371/00, M. P.: Carlos Gaviria Díaz. Bogotá: 29 de marzo de 2000.

_____. Sentencia C-1162/00, M. P.: José Gregorio Hernández Galindo. Bogotá: 6 de septiembre de 2000.

_____. Sentencia C-090/01, M. P.: Carlos Gaviria Díaz. Bogotá: 31 de enero de 2001.

_____. Sentencia C-501/01, Salvamento de voto de Jaime Araujo. Bogotá: 15 de mayo de 2001.

_____. Sentencia C-581/01, M. P.: Jaime Araujo Rentería. Bogotá: 6 de junio de 2001.

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

_____. Sentencia C-676/01, M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra. Bogotá: 28 de junio de 2001.

_____. Sentencia C-779 de 2001, M. P. Jaime Araujo Rentería. Bogotá: 25 de julio de 2001.

_____. Sentencia C-948/01, M. P. Clara Inés Vargas Hernández. Bogotá: 5 de septiembre de 2001.

_____. Sentencia T-1042/01, M. P.: Manuel José Cepeda. Bogotá: 28 de septiembre de 2001.

_____. Sentencia C-1053/01, Salvamento de voto de Jaime Araujo Rentería y Rodrigo Escobar Gil. Bogotá: 4 de octubre de 2001.

_____. Sentencia T-500/02, M. P.: Eduardo Montealegre. Bogotá: 6 de agosto de 2002.

_____. Sentencia T-589/02, M. P.: Jaime Araujo Rentería. Bogotá: 9 de septiembre de 2002.

_____. Sentencia C-615/02, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Bogotá: 8 de agosto de 2002.

_____. Sentencia C-674/02, M. P.: Jaime Córdoba Triviño. Bogotá: 20 de agosto de 2002.

_____. Sentencia C-802/02, M. P.: Jaime Córdoba Triviño. Bogotá: 2 de octubre de 2002.

_____. Sentencia C-127/03, M. P.: Alfredo Sierra Beltrán. Bogotá: 18 de febrero de 2003.

_____. Sentencia C-150/03, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá: 25 de febrero de 2003.

_____. Sentencia C-252/03, M. P.: Jaime Córdoba Triviño. Bogotá: 25 de marzo de 2003

_____. Sentencia T-1177/03, M. P.: Jaime Araujo Rentería. Bogotá D. C., 4 de diciembre de 2003.

_____. Sentencia C-044/04, M. P.: Jaime Araujo Rentería. Bogotá: 27 de enero de 2004.

_____. Sentencia T-301/04, M. P.: Eduardo Montealegre. Bogotá: 25 de marzo de 2004.

_____. Sentencia T-393-04, M. P.: Alfredo Beltrán Sierra. Bogotá: 29 de abril de 2004.

_____. Sentencia C-865/04, M. P.: Rodrigo Escobar Gil. Bogotá: 7 de septiembre de 2004.

_____. Sentencia C-507/04, M. P.: Manuel José Cepeda. Bogotá: 25 de mayo de 2004.

_____. Sentencia C-516/04. M.P. Jaime Córdoba Triviño. Bogotá: 25 de mayo de 2004.

_____. Sentencia C-1145/04, M. P. Álvaro Tafur Galvis. Bogotá: 17 de noviembre de 2004.

_____. Sentencia C-061/05, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá: 1 de febrero de 2005.

_____. Sentencia C-670/05, M. P.: Álvaro Tafur Galvis. Bogotá: 28 de julio de 2005.

_____. Sentencia T-826/05, M. P.: Humberto Antonio Sierra. Bogotá: 10 de agosto de 2005.

_____. Sentencia C-1120/05, M. P.: Jaime Araujo Rentería. Bogotá: 1 de noviembre de 2005.

_____. Sentencia C-188/06, M. P. Rodrigo Escobar Gil. Bogotá: 15 de marzo de 2006.

_____. Sentencia T-063/06, M. P.: Clara Inés Vargas. Bogotá: 2 de febrero de 2006

_____. Sentencia C-860/06, M. P.: Humberto Sierra Porto. Bogotá: 18 de octubre de 2006.

_____. Sentencia C-135/09, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto. Bogotá: 25 de febrero de 2009.

CORTES, Juan Carlos. Sistema de subsidio familiar en Colombia: Hacia la protección social. México: Biblioteca CIESS, 2004.

CUELLAR DE MARTINEZ, María Mercedes. En: Política social: Herramienta de Desarrollo económico. Bogotá: Confecoop, 1999.

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ECONOMIA SOLIDARIA. Congreso de Pedagogía y Cultura Solidaria. Derecho a solidarizarse. Bogotá: Dansocial, 2005.

_____. Derecho a solidarizarse. Medellín: Teoría del color, 2005.

DE CURREA LUGO, Victor. Sociedad civil ¿la ilusión necesaria? En: Nova et Vetera, revista de la Facultad de Investigaciones de la ESAP – Derechos humanos. Bogotá: s. n., 2005.

DE JUAN ASENJO, Oscar. La Constitución económica española. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

DE SALAS MURILLO, Sofía. Las asociaciones sin ánimo de lucro en el derecho español. Madrid: Centro de estudios registrales, 1999.

DE SECONDAT, Carlos (Barón de Montesquieu). Del Espíritu de las leyes. Cuarta edición. Madrid: Tecnos, 1998.

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, Política de modernización y desarrollo del sector de economía solidaria. Bogotá: DNP, 1995.

_____. Documento Conpes 3424 de 2006 “La banca de las oportunidades una política para promover el acceso al crédito y a los demás servicios financieros buscando equidad social”.

_____. Documento Conpes 3639 de 2010 “Política del desarrollo empresarial para el sector de la economía solidaria”.

DIAZ, Elías. Estado de derecho y sociedad democrática. Bogotá: Aguilar, 1996.

DOBB, Maurice. Capitalismo, crecimiento económico y subdesarrollo. Quinta edición. Barcelona: Oikos-tau ediciones, 2002.

DUGUIT, León. Soberanía y libertad. Madrid: librería española y extranjera, 1926.

DUVERGER, Maurice. Introducción a la política. Decimoprimer edición. Barcelona: Ariel, 1997.

DWORKIN, Ronald. El imperio de la justicia. Barcelona: Gedisa editores, 1992.

ELSTER, Jon, Argumentos en pro de la elección constitucional, reflexiones sobre la transición al socialismo. En: SLAGSTAD Rune y ELSTER Jon, Constitucionalismo y democracia. México: Fondo de Cultura Económica, 2001.

ESTELAR ORTEGA, David y otros. Derecho cooperativo, tendencias actuales en Latinoamérica y la Comunidad Económica Europea. Bogotá: 1993.

FARIA, José Eduardo. El derecho en la economía globalizada. Madrid: Trotta, 2001.

FOSTER, William y BRADACH, Jeffrey. ¿Deben las entidades sin fines de lucro buscar utilidades? En: Revista Harvard Bussines Review. Volumen 83, núm. 8. Boston: s. n., 2005.

FRASER, Nancy. Iustitia interrupta: Reflexiones críticas desde la posición postsocialista. Traducción: HOLGUIN, Magdalena y JARAMILLO, Isabel Cristina. Bogotá: Siglo editores - Universidad de los Andes, 1997.

FRIEDMAN, Milton. Libertad de elegir: Hacia un nuevo liberalismo económico. Serie obras maestras del pensamiento contemporáneo n. 30. Barcelona: Planeta, 1993.

FURTADO, Celso. Raul Prebisch: Un homenaje, las raíces de la globalización, En: El desarrollo económico en los albores del siglo XXI. Editor: OCAMPO, José Antonio. Bogotá: CEPAL- ALFAOMEGA, 2004.

GALLEGO MENDEZ, María Teresa. Estado social y crisis del Estado. En: Manual de Ciencia política. Editor: DEL ÁGUILA, Rafael. Cuarta edición. Madrid: Trotta, 2005.

GARAT, Pablo María. La crisis del Estado es la crisis de la sociedad política. En: Estado de crisis, editor académico: LONDOÑO, Beatriz. Bogotá: Universidad del Rosario, 2003.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado. Madrid: s. n., 1996.

_____, Curso de Derecho Administrativo. Tomo I. Décima edición. Madrid: Civitas, 2000.

GARZON VANEGAS, Vidal. Fundamentos básicos de los fondos de empleados. Bogotá: s. n., 2003.

GIDDENS, Anthony. El capitalismo y la moderna teoría social. Barcelona: Idea Books, 1998.

_____. La tercera vía: La renovación de la social democracia. Traducción: CIFUENTES HUERTAS, Pedro. Madrid: Taurus, 1999.

GIDE, Charles. Historia de las doctrinas económicas. Buenos Aires: Depalma, 1949.

GOMEZ ROMERO, Constanza y BUCHELI Marietta. Estado del arte sobre el debate conceptual del término sector solidario "Aproximaciones para la Construcción de un Concepto. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, en prensa, 2006.

GRAZON URIBE, Carlos. Bases del cooperativismo. Cuarta edición. Bogotá: Fondo Nacional universitario, 1993.

HAYEK, Friedrich August Von. La teoría pura del capital. Madrid: Aguilar, 1946.

HEGEL, G. W. F. Fundamentos de la filosofía del derecho. Madrid: Libertarias-Prodhuft, 1993.

HENAO HOYOS, Barlahán y DIEZ VILLA, Humberto. Economía solidaria para tiempos de crisis. Medellín: Impresos El Día, 1997.

HERRERA Beethoven. Escuelas y modelos económicos. En: Economía para todos. Bogotá: Fescol, 1995.

HUERTA DE SOTO, Jesús. Estudios de economía política. Madrid: Unión editorial, 1994.

JARAMILLO, Juan Carlos. Entidades sin ánimo de lucro: Características y aplicaciones del régimen tributario. Cuarta edición. Bogotá: Legis, 2007.

KALMANOVITZ Salomón. Historia de las teorías del desarrollo económico. En: Economía para todos. Bogotá: Fescol, 1995.

KATIME, Abraham y SARMIENTO, Antonio José. Hacia la construcción de un derecho solidario en Colombia. Segunda edición. Bogotá: Universidad Cooperativa de Colombia, 2006.

KEYNES, John Maynard. Teoría general de la ocupación, el interés y el dinero. Traducción: HORNEDO, Eduardo. Bogotá: Fondo de Cultura Económica, 2000.

LAMBERT, Paul. La doctrina cooperativa. Segunda edición. Buenos Aires: Ediciones intercoop, 1962.

LANDRETH, Harry. Historia del pensamiento económico. Cuarta edición. Traducción: RABASCO, Esther. Barcelona: McGraw Hill, 2006.

LECHNER, Norbert. Apuntes sobre las transformaciones del Estado. En: Integración y equidad. Coordinador: BERNAL, Jorge A. Bogotá: Tercer mundo editores, 1994.

LEGUIZAMON ACOSTA, William. Derecho constitucional económico. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2000.

LIVIO CALDAS Tito. SAT: Sociedades Agrarias de Transformación. Bogotá: Legis S.A., 2003.

LIZARAZO RODRIGUEZ, Liliana y ANZOLA GIL, Marcela. Regulación, autorregulación y desregulación. En: La regulación económica: Tendencias y desafíos. Bogotá: Colección de textos de jurisprudencia – Universidad del Rosario, 2004.

LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la Constitución, traducción: GALLEGO ANABITARTE, Alfredo. Barcelona: Ariel, 1970.

LOPEZ GARAVITO, Luís Fernando. Intervencionismo de Estado y economía en Colombia. Segunda edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995.

LÓPEZ VALDERRAMA, Andrés. La autonomía privada y la Función Social de la Empresa. En: Temas jurídicos – Revista de la Facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, núm. 10. Bogotá: Universidad del Rosario, 1997.

LUHMANN, Niklas. El derecho de la Sociedad. Madrid: Herder, 2005.

MARTIN MATEO, Ramón. Manual de Derecho Administrativo, 25ª edición. Navarra: Editorial Aranzadi, 2003.

MARTINEZ NEIRA, Néstor Humberto. De la intervención del Estado en la economía o del Estado imposible. En: Boletín jurídico financiero, número 957. Bogotá: Asobancaria, 1998.

MARX, Karl. Manifiesto del Partido Comunista. Barcelona: Alianza Editorial, 2002.

MAZUREK Per. El pensamiento jurídico contemporáneo, En: El pensamiento jurídico contemporáneo, KAUFMANN Arthur y HASSENER Winfried, editores, Madrid: editorial debate, 1992.

MENDEZ MUNEVAR, Jorge. Los modelos de desarrollo y el papel del Estado. En: Nova et Vetera – Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, número 562, volumen 86. Bogotá: Universidad del Rosario, 1993.

MIRANDA LONDOÑO, Alfonso y MARQUEZ ESCOBAR, Carlos Pablo. Intervención pública, regulación administrativa y economía: Elementos para la definición de los objetivos de la regulación. Armenia: Universidad del Quindío, 2005.

MOCHON Francisco. Economía: Teoría y política. Tercera edición. Madrid: McGraw-Hill, 1994.

MOLINA, Carlos, ¿Reducir o fortalecer el Estado? En: El Estado: Reflexiones acerca de sus retos en el siglo XXI. Editor académico: MOLINA, Carlos Mario. Bogotá: colección de textos de jurisprudencia de la Universidad del Rosario, 2004.

MONCAYO CRUZ, Víctor Manuel. El Leviatán derrotado: Reflexiones sobre la teoría del Estado y el caso colombiano. Bogotá: Editorial norma, 2004.

MONTESQUIEU, Carlos de Secondat, Barón de. Del espíritu de las leyes. Cuarta edición. Madrid: Tecnos, 1998.

MONTORO, Cristóbal. A propósito del sector público. En: MARTINEZ ALVAREZ, José Antonio. Economía del sector Público. Barcelona: Ariel, 2000.

MUÑOZ, Machado. Servicio público y mercado. Tomo I. Madrid: Civitas, 1993.

NEDELSKY, Jennifer. El constitucionalismo estadounidense y la paradoja de la propiedad privada. En: SLAGSTAD, Rune y ELSTER Jon. Constitucionalismo y democracia. México: Fondo de Cultura Económica, 2001.

NERE, Jacques. 1929: Análisis y Estructura de una Crisis. Traducción: AGUADO. Madrid: Biblioteca Universitaria de Economía - Guadiana de Publicaciones, 1970.

NOVE, Alec. Teoría económica del socialismo. México: Fondo de Cultura Económica, 1978.

OCAMPO, José Antonio. El desarrollo económico en los albores del siglo XXI. Bogotá: CEPAL- ALFAOMEGA, 2004.

_____. La estrategia económica del salto social. En: El salto social en discusión. Bogotá: TM editores, 1995.

OVIEDO José del C. Doctrina y organización cooperativa. Tunja: Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, 1993.

PARDO MARTINEZ, Luz Patricia. Estado del arte de la economía solidaria en Bogotá. Bogotá: Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, 2005.

PASCHOAL ROSSETTI, José. Introducción a la economía. Decimoctava edición. México: University Press Oxford, 2000.

PEREA, Germán. Estructuración del Sector Solidario en Colombia. Primer Congreso de Investigación del sector solidario. Ponencias centrales. Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung, Dansocial, Pontificia Universidad Solidaria, 2004.

PIÑAR MAÑAS, José Luis y GARCIA GARCIA, Juan Andrés. Las Fundaciones en Iberoamérica. Madrid: Mc Graw Hill, 1997.

PLAZAS VEGA, Mauricio. Derecho de la hacienda pública y derecho tributario. Bogotá: Temis, 2000.

POLO-ROSETO, Miguel. Sobre la Comisión de Regulación de telecomunicaciones. En: Revista de la maestría de derecho económico, núm. 2. Bogotá: Javegraf, 2004.

POVEDA RAMOS Gabriel. Historia económica de Colombia en el siglo XX. Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana, 1995.

PREBISCH Raúl. Capitalismo periférico: crisis y transformación. México: Fondo de cultura económica, 1981.

RAMÍREZ CARDONA, Alejandro. El Estado de justicia: Más allá del Estado de derecho. Tercera edición. Bogotá: Editorial El Búho, 2006.

RAMIREZ GOMEZ Manuel. Regulación y mercado. En: La regulación económica: Tendencias y desafíos. Bogotá: Colección de textos de jurisprudencia – Universidad del Rosario, 2004.

RAWLS, John. Liberalismo político. Traducción: MADERO BAEZ, Sergio René. México: Fondo de cultura económica, 1993.

_____. Teoría de la justicia. México: Fondo de Cultura Económica, 1997.

REBELLÓN REBELLÓN, Bernardo. Elementos de Derecho Económico. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1994.

RIVERA Eduardo. Ensayos sobre liberalismo y comunitarismo. México: Ediciones Coyoacán, 1999.

RIVERO Jean. Páginas de Derecho Administrativo: Libro homenaje. Bogotá: Temis, 2002.

RODRIGUEZ, Braun. Estado contra mercado. Madrid: Taurus, 2000.

RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino. Comunitarismo y marxismo. Bogotá: Temis, 1982.

ROUSSEAU, Juan Jacobo. El contrato social y el discurso sobre la desigualdad de los hombres. Bogotá: Tecnos, 1998.

_____. El Contrato Social. Buenos Aires: s. n., 1988.

SABINO Carlos A. El fracaso del intervencionismo: Apertura y mercado en América Latina. Caracas: Editorial Panapo, 1998.

SANDOVAL ROBAYO, Mary Luz. El papel de las ONGs Internacionales en los conflictos armados internos, caso Colombia. Bogotá: Universidad Libre, 2003.

SARMIENTO NARVAEZ, Alfredo. Pedagogía y cultura solidaria en el horizonte de una sociedad comunitaria. En: Derecho a solidarizarse. Bogotá: Dansocial, 2005.

SARMIENTO PALACIO, Eduardo. Cómo construir una organización económica: La estabilidad estructural del modelo neoliberal: Elementos para un Estado estratégico. Bogotá: Editorial Oveja Negra, 2000.

SARTORI, Giovanni. Elementos de teoría política. Madrid: Alianza Editorial, 2005.

SCHUMPETER, Joseph Alois. Diez grandes economistas de Marx a Keynes. Madrid: Alianza Editorial, 1969.

SEJERSTED, Francis. La democracia y el imperio de la legalidad: Algunas experiencias históricas de contradicciones en la lucha por el buen Gobierno. En: SLAGSTAD, Rune y ELSTER, Jon. Constitucionalismo y democracia. México: Fondo de Cultura Económica, 2001.

SERRANO URIBE, Rymel. La planificación participativa. Bogotá: Coopdesarrollo, 1994.

SIERRA JARAMILLO, Francisco. Cooperativismo colombiano. Bogotá: Temis, 1980.

SLAGSTAD, Rune. El constitucionalismo liberal y sus críticos: Carl Schmitt y Marx Weber. En: SLAGSTAD, Rune y ELSTER, Jon. Constitucionalismo y democracia. México: Fondo de Cultura Económica, 2001.

STUART MILL, John. Sobre la libertad. Madrid: Alianza editorial, 1997.

TAFUR Álvaro. Las personas jurídicas sin ánimo de lucro y el Estado. Segunda edición. Bogotá: Ediciones de la universidad del Rosario - colección de estudios, 1986.

TAIBO, Carlos. Rupturas y críticas al Estado liberal: Socialismo, comunismo y fascismos. En: Manual de Ciencia política. Editor: DEL ÁGUILA Rafael. Cuarta edición. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

TORRENTE BAYONA, César y BUSTAMANTE, Luis Eduardo. Las entidades sin ánimo de lucro. Tercera edición. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá, 2000.

TOVAR ZAMBRANO, Bernardo. La intervención económica del Estado en Colombia: 1914-1936. Bogotá: Biblioteca Banco Popular, 1984.

TRUJILLO MUÑOZ, Augusto. El Estado y el derecho: Elementos de teoría constitucional. Bogotá: Ediciones Academia Colombina de Jurisprudencia, 2001.

UPRIMNY YEPES Rodrigo, RODRIGUEZ GARAVITO César, y GARCIA VILLEGAS Mauricio ¿Justicia para todos? Sistema Judicial, derechos sociales y democracia en Colombia. Bogotá: Norma, 2006.

VALLESPIN, Fernando. El Estado liberal. En: Manual de Ciencia política, Editor: DEL ÁGUILA Rafael. Cuarta edición. Madrid: Trotta, 2005.

VARGAS CUELLAR, Carlos A. Las nuevas tendencias sociales y el Estado colombiano. Bogotá: Editorial Presencia, 1985.

VELASQUEZ, Carlos Alberto. El Intervencionismo del Estado en la Iniciativa Privada. En: Revista Foro del Jurista, vol. VIII, núm. 16. Medellín: Cámara de Comercio de Medellín, 1995.

VELEZ, Azucena y MONTOYA, Julio C. Mutualismo: Una opción para el desarrollo popular. Bogotá: Fondo editorial cooperativo, 2001.

VIDAL GARZON, Vanegas. Fondos de empleados: Fundamentos básicos. Bogotá: s. n., 2003.

VIDAL PERDOMO, Jaime. Derecho constitucional general e instituciones políticas colombianas. Novena edición. Bogotá: Legis, 2005.

VILLAR, Rodrigo. El tercer sector en Colombia. Bogotá: Confederación Colombiana de Organizaciones No gubernamentales, 2001.

WEBER, Max. Economía y sociedad. México: Fondo de Cultura Económica, 2004.

WITKER, Jorge. Derecho económico. Colección de textos jurídicos. México: Harla, 1985.

ZABALA SALAZAR, Hernando. La economía solidaria: Problemas y definiciones. En: Cooperativismo y desarrollo – Revista Universidad Cooperativa de Colombia, No. 89, enero – mayo de 2006.