

# La cláusula general de competencia de los entes territoriales en materia económica

ANÍBAL RAFAEL ZÁRATE PÉREZ<sup>1</sup>

## RESUMEN

Si la autonomía territorial con que cuentan los entes locales para la "gestión de sus intereses" permite fundar, vía una cláusula general de competencia, las iniciativas económicas locales, esta fórmula aparece sujeta a los límites constitucionales y legales sobre las modalidades de intervención local, como lo sugiere el respeto de las normas nacionales en materia de competencia económica.

## PALABRAS CLAVE

Autonomía territorial; Entes locales; Cláusula general de competencia; Libre competencia; Iniciativa económica.

## ABSTRACT

While the autonomy that local public entities have for managing their "own interests" allows to found, under a general competence clause, local public initiatives of economic intervention, such formula appears to be subject to constitutional and legal constraints on the forms of intervention, as the case of the national antitrust laws suggests.

## KEYWORDS

Autonomy; Local Public Entities; General Competence Clause; Local Public Initiatives; Economic Intervention; Economic Competition.

1 Docente investigador Dpto. Derecho Administrativo. Doctor en Derecho Universidad Panthéon-Assas, Paris II. [anibal.zarate@uexternado.edu.co]

Los entes territoriales en Colombia no poseen, a título del principio constitucional de la libre administración, competencias precisas determinadas a nivel constitucional en materia de intervención económica. En efecto, las competencias de éstos se presentan generalmente como competencias de atribución<sup>2</sup>, en la medida en que estamos en un Estado unitario, en el cual las colectividades territoriales no poseen "la competencia de la competencia".

De un punto de vista estático, la política económica aparece como una política nacional, en la medida en que el artículo 334 de la Constitución dispone que le corresponde al Estado la dirección general de la economía. En ese orden de ideas, el legislador nacional es el llamado a expedir las normas mediante las cuales ha de llevarse a efecto esa intervención<sup>3</sup>. Bien entendido, algunas competencias son reconocidas por la ley a los entes territoriales en materia económica<sup>4</sup>. No obstante, si esas competencias pueden converger con aquellas del Estado, se trata de competencias reconocidas en el ámbito nacional y, en algunos casos, compartidas con éste<sup>5</sup>.

- 2 El derecho público colombiano vincula dos modos teóricos de determinación de las competencias locales: de un lado, la atribución de competencias por vía de enumeración legislativa y, de otro lado, la habilitación a dictar actos jurídicos fundados sobre el interés local (v. ALEXANDER SÁNCHEZ, 2008: 588); Conforme a lo dispuesto por el artículo 26 de la Ley 1454 de 2011, el término competencia designa "la facultad o poder jurídico que tienen la Nación, las entidades territoriales y las figuras de integración territorial para atender de manera general responsabilidades estatales".
- 3 Como lo recuerda el juez constitucional colombiano, el artículo 150, numeral 21 de la Constitución exige al Congreso la regulación precisa de la forma como el Estado deberá intervenir en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de bienes, al igual que en los servicios públicos y privados; v. Corte Constitucional, Sentencia C-022 de 2004. Es importante añadir que el presidente de la República posee también funciones en materia de dirección económica, así como de inspección, vigilancia y control que realiza a través de las Superintendencias, según lo dispuesto en el artículo 189 de la Constitución. Otros órganos, como el Banco de la República, *independiente* y ubicado por fuera de la rama ejecutiva, juegan así mismo un rol importante en materia de regulación sobre la economía.
- 4 Es posible citar las múltiples atribuciones reconocidas desde la Ley 60 de 1993 a los municipios en materias agropecuaria, de agua potable y saneamiento básico y en materia de vivienda. Sin embargo, no se trata aquí de abordar un estudio de la atribución de competencias en materia de intervención económica mediante una enumeración legislativa de las competencias atribuidas, las cuales, en ausencia de determinaciones claras en una Ley orgánica de ordenamiento territorial, se encuentran en una multitud de normas, situación que se ha traducido por un desorden normativo.
- 5 De hecho, el artículo 27 de la Ley 1454 de 2011 establece como principios para el ejercicio de competencias, además de los establecidos en el artículo 209 de la Constitución, los de coordinación, concurrencia, subsidiariedad, complementariedad, eficiencia, equilibrio entre competencias y recursos, gradualidad y responsabilidad. Además, señala en el párrafo único del artículo 28 que "cuando el respectivo municipio no esté en capacidad de asumir dicha competencia solicitará la concurrencia del departamento y la Nación".

Desde un punto de vista dinámico, los elementos centralizadores se manifiestan esencialmente a través de la orientación reguladora de la acción pública en materia económica, que implica que cada una de las intervenciones públicas sea puesta en relación con una estrategia global, que es definida al nivel central. El episodio de crisis financiera y económica registrado al final de la década de los noventa da testimonio de esto, con la adopción desde el nivel central de un plan de reactivación económica que organiza las capacidades de acción del conjunto de actores públicos, comprendidas las colectividades territoriales<sup>6</sup>. Es posible también mencionar el caso de los servicios públicos domiciliarios, en los que corresponde al legislador nacional señalar "el marco normativo atinente a las cuestiones básicas que estructuran la naturaleza propia de cada servicio", librando a los entes territoriales aquellos aspectos de naturaleza reglamentaria ligados a los asuntos no regulados por el legislador<sup>7</sup>. Los poderes de ordenación y gestión económica de las entidades territoriales aparecen de este modo circunscritos a su campo legítimo de acción y sujetos a las políticas y normas adoptadas por las autoridades centrales que intervienen en la economía. Según el artículo primero de la Constitución, Colombia se encuentra organizado "en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales". De ahí que la pluralidad de competencias a favor de los entes territoriales no pueda ser disfuncional ni desintegradora del espacio económico nacional, debiéndose asegurar la igualdad de todas las sub-divisiones nacionales frente a posibles políticas económicas locales "dispersas"<sup>8</sup>.

- 6 Para el juez constitucional, "La regla aplicable es que se permite la intervención del legislador sobre la destinación de recursos endógenos de las entidades territoriales, siempre que así lo exija la preservación del equilibrio macroeconómico de la Nación". Aquí, se estimó que la estabilidad nacional constituye un asunto que concierne a todas las sub-divisiones de la Nación, razón por la cual es el Legislador nacional quien debe tomar las decisiones correspondientes; v. Corte Constitucional, Sentencia C-579 de 2001.
- 7 Corte Constitucional, Sentencia C-389 de 2002: se trata de cuestiones que atañen particularmente los órdenes técnicos y operativos. Compete precisamente al legislador nacional –y no a los entes territoriales– establecer los atributos de regularidad, permanencia, eficacia y eficiencia del servicio, los sujetos que los prestan, las relaciones usuario-entidad prestataria, la manera de establecer las tarifas que se pagan y los subsidios que demanda la universalidad y solidaridad del servicio, el contenido y alcance del control, inspección y vigilancia, atribuido a la Superintendencia de Servicios Públicos, y la financiación de ésta, entre otros aspectos.
- 8 Existiría una concepción solidaria de la exigencia de igualdad que soportaría y limitaría al mismo tiempo las diferenciaciones admisibles, *in fine*, entre los diferentes entes territoriales; v. sobre esta noción en derecho francés, FRANÇOIS CAFARELLI (2007). La concepción solidaria de la exigencia de igualdad permitiría, en una lectura opuesta, justificar un trato diferencial de los entes territoriales en materia económica y, por ende, políticas locales "dispersas". Para la Corte Constitucional colombiana, "el reconocimiento de la diversidad hecho a través de la consagración del principio de autonomía, lleva necesariamente al respeto del núcleo esencial de ésta, pues no puede darse tratamiento idéntico, a través de

Si nos atuviéramos a una lectura estrecha de ambos puntos de vista, no podrían en principio existir competencias locales en materia económica que no sean atribuidas por la ley. La Constitución habría precisamente introducido una especie de barrera legislativa (*écran législatif*) entre sus propias disposiciones y las iniciativas económicas locales, de suerte que las entidades territoriales no dispondrían de competencias distintas a aquellas que le han sido reconocidas desde el nivel central. Siendo posible entonces deducir que la Constitución sería la fuente de la autoridad legislativa, al tiempo que esta última sería aquella de las iniciativas económicas locales de las entidades territoriales.

Sin embargo, este enfoque parece desconocer la presencia de elementos descentralizadores, esto es, de elementos que irían en un sentido opuesto. Encontramos en un sentido descentralizador la "extensión" de la cláusula general de competencia a las iniciativas económicas de los entes territoriales, a partir de una construcción jurisprudencial sobre los "asuntos locales" y el "núcleo esencial de la autonomía". De ahí que sea posible interrogarse si existe en el texto constitucional de 1991 una disposición de la cual se derive una competencia local a favor de los entes territoriales, permitiéndoles intervenir en materia económica sin que medie un reconocimiento desde el nivel central.

A la luz de las fuentes tratadas, la problemática que surge alrededor del reconocimiento de una cláusula general de competencia de los entes territoriales para intervenir en materia económica no se ha presentado aún en derecho colombiano, al menos no con la misma intensidad con la que el debate se ha ido desarrollando en Derecho francés. De ahí que un análisis comparativo con el caso francés se muestre indispensable. De un lado, conviene recordar la influencia del derecho francés en el reconocimiento de una cláusula general de competencia de los entes territoriales en derecho colombiano. La Constitución de 1991 no entiende dar a los "asuntos propios" una significación diferente de aquella tirada de la fórmula influenciada por el derecho francés que encontramos desde la ley colombiana 14 de 1913: "el Concejo municipal regla por sus deliberaciones los asuntos del municipio"<sup>9</sup>. De otro lado, un examen de las evoluciones jurisprudenciales y de las reformas legislativas recientes en materia de colectividades territoriales en dicho país aspira a alimentar el debate nacional<sup>10</sup>.

regulaciones generales, unificadas y homogéneas, a localidades y territorios indígenas con características muy distintas y con derecho de participar a través de sus propios órganos en la administración de sus asuntos" (Corte Constitucional, sentencia C-535 de 1996).

- 9 Como lo señala ALEXANDER SÁNCHEZ (Ob. cit.: 624-625), la Constitución colombiana no menciona explícitamente que los entes territoriales se benefician de una cláusula general de competencia. Sin embargo, la consagración de ésta en beneficio de las comunas francesas por el artículo 61 de la Ley del 5 de abril de 1884, ha influenciado el sistema jurídico colombiano, tal como puede inferirse del reconocimiento de una vocación general a los municipios desde la Ley 14 de 1913.
- 10 Más allá de las leyes recientes que han acrecentado las competencias de las colectividades territoriales en materia económica, sea que se trate de las grandes leyes sobre la descentra-

Si el texto constitucional no menciona explícitamente que las colectividades territoriales pueden beneficiarse de una cláusula general de competencia en materia de intervención económica, su reconocimiento puede apoyarse sobre la autonomía con que cuentan para la "gestión de sus intereses" (I), a pesar del alcance relativo que esta fórmula parece tener al estar condicionada a los límites de la Constitución y la ley (II).

## I. HACIA EL RECONOCIMIENTO DE UNA CLÁUSULA GENERAL DE COMPETENCIA DE LOS ENTES TERRITORIALES EN MATERIA ECONÓMICA

La labor de reconocimiento de una cláusula general de competencia de los entes territoriales en materia de intervención económica requiere establecer en primer lugar los fundamentos a partir de los cuales es posible constatar su existencia en nuestro ordenamiento jurídico (A), antes de proceder a determinar el conjunto de atributos y facultades que tienen vocación a integrar su contenido (B).

### A. LOS FUNDAMENTOS DE LA CLÁUSULA GENERAL DE COMPETENCIA

El reconocimiento de una cláusula general de competencia a los entes territoriales para intervenir en materia económica puede hoy en día aprehenderse como un elemento integrante de su autonomía, constitucionalmente protegida (a), al mismo tiempo que permite satisfacer las exigencias derivadas de la noción de *servicio público de desarrollo local* (b).

#### a. Los "intereses propios" como parte del núcleo esencial de la autonomía territorial

La autonomía consagrada en la Constitución no solo se manifiesta como un principio en materia de organización territorial colombiana, sino que además se presenta como un atributo de los entes territoriales. Se trata de "una posición jurídica de los entes territoriales que los convierte en autónomos respecto de otro sujeto, el Estado central"<sup>11</sup>. De una lectura de lo dispuesto en

lización (1982-1983, luego en 2004) o de textos puntuales, como la Ley del 21 de junio de 2004 relativa a la confianza en la economía digital (*économie numérique*), con relación a las redes públicas de iniciativa local, nos encontramos con una interpretación jurisprudencial amplia y evolutiva de la noción de interés local.

11 V. PAULA ROBLEDO SILVA (2010: 55); además, como bien lo indica ALFREDO GALÁN-GALÁN (citado por ídem), "la autonomía territorial debe ser concebida como condición general de determinados sujetos. Esto es, la autonomía constituye un estatus: el ordenamiento jurídico al reconocer autonomía a ese sujeto le está reconociendo un estatus determinado. Este estatus está integrado por la práctica totalidad de las potestades públicas superiores

el artículo 287 de la Constitución política es posible derivar aquello que la doctrina llama "las consecuencias o los efectos concretos de la autonomía, como atributo de las entidades territoriales"<sup>12</sup>. En efecto, para el juez constitucional colombiano, "las colectividades territoriales tienen derechos y competencias propias que deben ser protegidas de interferencias"<sup>13</sup>. Parece por consiguiente que los asuntos propios de las colectividades territoriales sean objeto de una protección constitucional<sup>14</sup>. Gracias a la construcción jurisprudencial de "asuntos propios", la vocación general de los entes territoriales se encuentra asegurada: como ocurre con el principio de la libre administración francés, el reconocimiento de "asuntos propios" o de "competencias propias" apunta a la construcción jurisprudencial de un *núcleo esencial de la autonomía*, toda vez que se trata de un elemento cuya efectividad no podría ser menoscabada por el legislador<sup>15</sup>. El contenido esencial de la autonomía se liga así a la "gestión de los propios intereses", y por ello ha sido entendido como el derecho a participar a través de órganos propios, en la administración y el gobierno de los asuntos de interés local<sup>16</sup>.

Establecida la relación que guarda el ejercicio de la autonomía con la gestión de los intereses propios, surge inmediatamente el interrogante de saber qué debe entenderse por "intereses locales" o "asuntos propios" y si estos términos facultan a los entes territoriales para intervenir en materia económica. Nos

(...) y viene atribuido al ente para la gestión de los intereses propios de la comunidad por él representada".

- 12 El artículo 287 de la Constitución dispone que "las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley. En tal virtud tendrán los siguientes derechos: 1) gobernarse por autoridades propias; 2) ejercer las competencias que les corresponde; 3) Administrar los recursos y establecer los tributos para el cumplimiento de sus funciones".
- 13 Corte constitucional, sentencia C-1187 de 2000. Para la Corte, "el núcleo esencial de la autonomía está constituido en primer término, por aquellos elementos indispensables a la propia configuración del concepto, y especialmente por los poderes de acción de que gozan las entidades territoriales para satisfacer sus propios intereses (...)": Corte Constitucional, sentencia C-535 de 1996.
- 14 Cabe anotar como la noción de "intereses propios" no ha generado sin embargo mayores reacciones en la doctrina colombiana, con omisión de los trabajos de AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA, PAULA ROBLEDÓ SILVA y ALEXANDER SÁNCHEZ, para quienes el artículo 287 les permite a las entidades territoriales la gestión de sus asuntos propios.
- 15 "El juez constitucional no garantiza solamente la existencia de atribuciones efectivas, sino que vigila igualmente al respeto de la cláusula general de competencia gracias a la construcción jurisprudencial de "competencias propias" (SÁNCHEZ, Ob. cit.: 629). Ver, por ejemplo, Corte Constitucional, sentencia C-535 de 1996 y sentencia C-149 de 2010.
- 16 Corte Constitucional, sentencia C-535 de 1996. El límite mínimo del núcleo, garantizado por la Constitución se determina por un conjunto de derechos, atribuciones y poderes reconocidos en la Constitución a los entes territoriales para el cumplimiento eficaz de sus misiones, en particular la prestación de servicios públicos. De ahí que toda restricción a la autonomía deba ser proporcional y necesaria a las finalidades que la justifican (v. Corte constitucional, sentencia C-284 de 1992).

encontramos frente a un concepto jurídico indeterminado que se identifica con los "intereses colectivos que corresponden a la comunidad de la respectiva entidad territorial, es decir, por ejemplo, serían los intereses propios o inherentes a la vida municipal y también aquellos que sean legítimamente adjudicados" (ROBLEDO SILVA, Ob. cit.: 56). En comparación, la doctrina francesa entiende por "asuntos de su competencia"<sup>17</sup> aquel "interés local", esto es, "aquello que constituye a su vez la finalidad, la medida y la condición de legalidad de la intervención municipal"<sup>18</sup>.

En derecho francés, los asuntos de la comuna se caracterizan por una finalidad de interés público comunal, en la cual pueden fácilmente inscribirse aquellas de orden económico<sup>19</sup>, identificadas por el Concejo municipal<sup>20</sup>. La jurisprudencia del Consejo de Estado *Ordre des avocats au barreau de Paris*<sup>21</sup> muestra el estado de cosas en dicho sistema. Ella opera una distinción entre las misiones tradicionales de las personas públicas –misiones de servicio público administrativo– y las intervenciones en los sectores abiertos a la competencia –servicios públicos industriales y comerciales. De un lado, y en principio, "las personas públicas deben asegurar las actividades necesarias a la realización de misiones de servicio público a su cargo y benefician para ello de prerrogativas de poder público". De otro lado, "si ellas deciden, independientemente de estas misiones, tomar a su cargo una actividad económica, ellas no pueden legalmente hacerlo que en el respeto de la libertad de comercio y de industria y del derecho de la competencia"<sup>22</sup>.

17 Para PAUL GIROD, antiguo *rapporteur* de la Comisión de leyes del Senado francés, sería imposible definir el interés local, de manera que aboga en 1982 por el remplazo de esta expresión por aquella de "asuntos de su competencia". El ministro del interior y de la descentralización de la época, GASTON DEFFERRE, manifiesta su hostilidad a esta modificación, indicando que la noción de interés local es tradicional y ha sido consagrada por la jurisprudencia desde 1871 y luego en 1884 (MARIE-CHRISTINE ROUAULT [1982: 4.883]).

18 "Mentionner les «affaires» d'une collectivité revient à déterminer un champ matériel de compétence. Parler d'un «intérêt» désigne un but, une finalité. L'intérêt correspond à la spécialité d'une collectivité territoriale donnée. La notion d'intérêt public local justifie les décisions des collectivités territoriales : réalisation de travaux, activités diverses, octroi de subventions, création de services publics locaux, etc. L'administration relève d'un autre registre" (ROUAULT, Ob. Cit.: 2).

19 Vale la pena señalar como el adjetivo "económico" no se encuentra desprovisto de ambigüedad, en la medida en que más allá de las actividades de producción, distribución o de servicio a las cuales reenvía, es difícil determinar dónde termina lo económico y dónde comienza lo social o lo ambiental. ¿No se entrelazan acaso las problemáticas económicas, ambientales y/o sociales al menos en la práctica? (LOMBARD, 2006: 4).

20 Este elemento orgánico podría decirse que juega un rol de filtro, no autorizando entonces la utilización de la etiqueta "misión de servicio público" que a propósito de las actividades que presentan un carácter general suficiente –esto es un interés público– y por las cuales una colectividad local ha expresado su voluntad de ubicarla y de gestionarla directamente.

21 Consejo de Estado, ass., 31 de mayo de 2006, n.º 275531; JCPA 2006, 1133, nota F. LINCITCH.

22 Ídem.

El juez administrativo indica además que dicha intervención se encuentra sometida al respeto, por las personas públicas, de su campo geográfico de competencia, y a la existencia de un interés público<sup>23</sup>. Aquí, el interés público comunal es igual a aquel general de los habitantes de la comuna, de manera que a ésta le es permitido por ejemplo expropiar un inmueble para edificar una oficina de correos, puesto que "los usuarios de la oficina de correos serán en su gran mayoría sus habitantes"<sup>24</sup>. Conforme a lo anterior, las colectividades locales no podrían, a título de la cláusula general de competencia, crear actividades económicas o sostener una actividad económica que si un interés local lo justifica. Este interés local puede no obstante comprender necesidades no inmediatas o a largo plazo de la colectividad, de manera que es considerado como un interés público local el despliegue del transporte aéreo en la polinesia francesa, actividad juzgada "indispensable para sus relaciones con el resto del mundo y para su desarrollo"<sup>25</sup>.

La "gestión de los intereses locales" bien puede acarrear la adopción de una política de desarrollo local<sup>26</sup>. Sin embargo, la presencia de un interés local no parece ser la única justificación admitida por la jurisprudencia francesa en relación con las intervenciones económicas de los entes territoriales. A pesar de que con la determinación de un interés público comunal en materia económica sea posible realizar aquello que el juez administrativo francés ha reconocido como un elemento de la libre administración: *el servicio público de*

23 Ídem.

24 Consejo de Estado, sect., 1 de abril de 1977, GRIGNARD; *AJPI* 1977, p. 8109, concl. J.-M. GALABERT. Cabe recordar que las cosas pueden algunas veces resultar complejas. Una operación puede presentar a la vez un interés comunal, pero también uno nacional, departamental y, porqué no, uno regional (ROUAULT, Ob.cit.: 4).

25 Consejo de Estado, 18 de mayo de 2005, n.º 254199, *Territoire Polynésie française*; *Dr. adm.* 2005, comm. n.º 98.

26 La doctrina francesa distingue a propósito entre las nociones de interés comunal, el cual "corresponde a un proceso histórico, natural y democrático", y aquella de interés comunitario, noción "artificial" que busca dotar a las "comunidades" de funciones que van a ejercer en lugar o conjuntamente con las comunas miembros, principalmente en materia de ordenación del territorio y de desarrollo económico. Según el ministro del interior francés, «l'intérêt communautaire constitue la ligne de partage, au sein d'une compétence transférée, entre les actions qui ont vocation à être mises en oeuvre par l'Epci et celles qui demeurent de la compétence de ses communes membres. Dans une logique de subsidiarité, c'est le moyen de confier aux Epci les missions qui, par leur coût, leur technicité, leur ampleur ou leur caractère structurant s'inscrivent dans une logique intercommunale (mutualisation de moyens, réalisation d'économies d'échelle et élaboration d'un projet de développement sur des périmètres pertinents) et de laisser aux communes la maîtrise des actions de proximité» (Circ. min. dél. Collectivités territoriales, 23 nov. 2005). Las comunidades son así dotadas por la ley de ciertas atribuciones, mientras que las comunas poseen una competencia general. Una de las diferencias entre las comunidades y las comunas reside en el hecho de que las primeras, establecimientos públicos se encuentran sometidas al principio de espacialidad (ROUAULT, Ob. cit.: 5).

*desarrollo local*, la sola satisfacción de las exigencias derivadas de esta última noción puede servir a fundar sus competencias económicas.

## b. El servicio público de desarrollo local

Como en derecho francés, el interés general como objetivo del servicio público local difícilmente puede definirse *a priori* en Derecho colombiano, sino que éste se constata, sea a partir de consideraciones propias de la localidad, sea a partir de exigencias constitucionales o legales. Se trata de una noción proteiforme que puede comprender desde la satisfacción de las necesidades individuales de los usuarios y la lucha contra las desigualdades sociales, hasta el desarrollo económico y social de las colectividades locales. Luego, este interés general caracterizado requiere ser aprehendido por una colectividad pública local, en función de un texto o de una deliberación por parte del Concejo municipal, órgano competente, en la que se decida que el municipio o la comuna toman a su cargo la actividad correspondiente.

Incontestablemente, una colectividad local que toma a su cargo un actividad económica cuyo objetivo es su propio desarrollo local realiza, al mismo tiempo, una misión de servicio público<sup>27</sup>. Bien entendido, existen hipótesis en las cuales la adopción de una actividad económica por un ente territorial corresponde tanto a un primer interés local, considerado como una finalidad de servicio público ligada a un objetivo de desarrollo económico, como a un segundo interés local, determinado por las prestaciones acordadas a los usuarios: se trata aquí de actividades que han sido calificadas de "doble grado de interés general"<sup>28</sup>. Sin embargo, puede que la actividad económica del ente territorial corresponda a una misión de servicio público de desarrollo local, sin que en ella misma comporte prestaciones individuales acordadas a usuarios determinados. Es el caso de un casino municipal en una comuna francesa, el cual no suministra a sus clientes una prestación de servicio público. La creación, la organización y la gestión de dicho casino es no obstante admitida por el juez galo, no con relación a las prestaciones individuales acordadas, sino en la medida en que es una herramienta "importante en el desarrollo de una estación turística y balnearia"<sup>29</sup>. De manera análoga, la jurisprudencia en dicho país califica de misión de servicio público la actividad de ordenación territorial desarrollada por una comuna en vista de la instalación sobre su territorio de una fábrica, toda vez que ésta corresponde a un interés público: la creación

27 Consejo de Estado francés, 26 de junio de 1974, *Sté "la Maison des Isolants-France"*: Rec. CE 1974, p. 356, *RD publ.* 1974, p. 1486, nota J.-M. AUBY.

28 Consejo de Estado, 25 de julio de 1986, *Cne de Mercoeur*; *Dr. adm.* 1986, n.º 489; Tribunal administrativo de Clermont-Ferrand, 21 oct. 1983, *Tay: AJDA* 1984, p. 166.

29 Ver, por ejemplo, Consejo de Estado francés, 25 marzo 1966, *Ville Royan*: Rec. CE 1966, p. 237; Consejo de Estado francés, 6 de julio de 2005, n.º 256977, *Sté groupe Partouche*.

de empleos y el desarrollo económico de la comuna<sup>30</sup>. En nuestro sistema la Constitución confiere a los municipios en su artículo 313 competencias en materia de ordenación territorial a partir de las cuales nuestros entes territoriales podrían destinar el uso del suelo para desarrollo de la actividad industrial en su territorio. En una jurisprudencia C-149 de 2010, el juez constitucional colombiano estima precisamente que desplazar las competencias de los Consejos municipales en el proceso de adopción de los Planes de Ordenamiento Territorial (POT), dando prioridad a lo establecido en los megaproyectos de interés social nacional (MISN), significa desconocer las competencias que el constituyente asignó a estas corporaciones locales, de manera que la norma en cuestión<sup>31</sup> es declarada inexecutable, puesto que implica un "vaciamiento de las competencias" de éstos, al privarlos de participar en las etapas de formulación, elaboración, adopción, ejecución y revisión de dichos megaproyectos, quedando a expensas de las decisiones que el gobierno nacional incorpore en los MISN y a las cuales quedarían subordinados los POT<sup>32</sup>.

En derecho francés, la noción de *servicio público de desarrollo local* ha sido precisamente reconocida por la jurisprudencia como un elemento de la libre administración de la cual disponen los entes territoriales<sup>33</sup>. En virtud de este reconocimiento, se permite a una colectividad territorial acordar por ejemplo una ayuda financiera a un sindicato profesional para que lleve a cabo acciones que "contribuyan al desarrollo económico y social local"<sup>34</sup>, a la condición de

30 Consejo de Estado francés, 26 de junio de 1974, *Sté "la Maison des Isolants-France"* : Rec. CE 1974, p. 356 ; *RD publ.* 1974, p. 1486, nota J.-M. AUBY; ver también Corte administrativa de apelaciones de Lyon, 4 de marzo de 2004, n.º 03LY00790, X, Y et Z. En Derecho francés, la legalidad de las ayudas locales a empresas cuya actividad no satisface directamente las necesidades de la población, pero aseguran o juegan un rol en el desarrollo económico local ha sido admitida desde una jurisprudencia del 26 de junio de 1974, *Société La Maison des isolants de France*, en la cual el Consejo de Estado ha admitido la legalidad de una subvención pública a una empresa, no por los servicios directos que la empresa podría prestar a la población local, sino por sus únicos efectos económicos positivos sobre la economía. Encontramos este mismo análisis en otra decisión del Consejo de Estado del 10 de mayo de 1985, *Société anónima Boussac-Saint-Frères*. En la especie, frente a la decisión de una sociedad que había decidido cerrar una fábrica de textiles, el consejo municipal de la comuna, en una deliberación del 22 de mayo de 1978, decide que ésta adoptará las medidas de financiamiento para mantener dicha empresa en actividad. El Consejo de Estado estima que "al buscar un industrial susceptible de retomar la actividad de la empresa, el alcalde de la comuna ha actuado con una finalidad de interés general consistente en mantener el empleo en el territorio de la comuna".

31 El artículo 79 de la ley 1151 de 2007, "Plan nacional de desarrollo 2006-2010".

32 Corte constitucional, sentencia C-149 de 2010.

33 Al lado de este servicio de desarrollo económico local, la jurisprudencia ha recientemente identificado en la adquisición y adecuación de un albergue rural un "servicio público de desarrollo económico y turístico" (Tribunal administrativo de Lyon, sentencia del 25 de enero de 2006, *Commune Souche*).

34 Consejo de Estado francés, 4 de abril de 2005, *Commune d'Argentan*.

que la ayuda se limite a dicha actividad. Para el Consejo de Estado, es necesario que las ayudas no muestren la toma de partido por una de las partes en un conflicto de trabajo. Al examinar los motivos que justificaban en la especie la ayuda por parte de la Comuna de Argentan: los proyectos de formación profesional y las actividades de consejo jurídico en derecho social y del trabajo, el juez administrativo estima que contribuye al desarrollo económico y social local y que es conforme a las exigencias de neutralidad propia del servicio público<sup>35</sup>.

El caso de la Comuna de Argentan aquí presentado constituye un ejemplo de intervención de los entes territoriales *sobre* la economía. Se trata de una actividad clásica de *fomento*, esto es, de una acción del ente local encaminada a promover, sin que medie coacción alguna, una actividad por parte de particulares, tendiente a satisfacer unas necesidades que se estiman, en el caso en cuestión, pueden contribuir al desarrollo económico y social comunal<sup>36</sup>, esto es, a un fin de utilidad general. Sea que encontremos un fundamento a una cláusula de competencia general de intervención económica de estas colectividades en los intereses o asuntos que les son propios o bien exclusivamente en la satisfacción de un servicio público de desarrollo local, las opciones de intervención que se presentan a los entes locales son múltiples; de ahí que sea necesario tratar de determinar el contenido de dicha cláusula general de competencia.

## B. EL CONTENIDO DE LA CLÁUSULA GENERAL DE COMPETENCIA EN MATERIA DE INTERVENCIÓN ECONÓMICA

El reconocimiento de una cláusula general de competencia a favor de los entes territoriales autoriza las "intervenciones económicas locales", más allá de aquellas que les han sido reconocidas desde el nivel central. Pero, ¿qué significa esto? Todo esfuerzo tendiente a identificar el contenido de la cláusula general de competencia de los entes territoriales en materia económica nos parece que debe comenzar por precisar el sentido de la expresión "intervención económica". Esta expresión resulta justamente menos unívoca de lo que se piensa. En efecto, ella designa generalmente la acción a través de la cual una persona pública "actúa" en materia económica<sup>37</sup>. Las cosas comienzan a complicarse no

35 La jurisprudencia francesa admite las subvenciones a las secciones locales de asociaciones nacionales, si llevan a cabo una acción social a nivel comunal. Además, las subvenciones que acuerdan las colectividades territoriales deben respetar, como todas las personas públicas, el principio de neutralidad de los servicios públicos, por lo que le es prohibido obedecer a una toma de partido en un conflicto nacional o internacional o en un conflicto colectivo de trabajo.

36 Sobre las interrelación existente entre las problemáticas económicas y sociales, v. supra nota 19.

37 El término "intervención" o "intervenir" no es considerado ideológicamente "neutral", en la medida en que sugiere que el Estado o las otras personas públicas, por decirlo de alguna

obstante desde el momento en que es necesario precisar que se entiende por "actuar". Estaríamos frente a una intervención económica desde que existe una interferencia o una inmisión entre la acción de una persona pública y el juego "normal" y "libre" de los operadores económicos. Sería entonces posible hablar de intervención económica en los supuestos en los que la persona pública juega ella misma un rol de operador económico, esto es, cuando ésta se libra a las actividades de producción y de distribución de bienes y servicios, actuando como un agente más del mercado, o cuando recurre a potestades públicas para orientar y/o dirigir los comportamientos y equilibrios económicos, en el sentido definido por tal o tal política pública<sup>38</sup>. De este modo, que el ente territorial actúe "en" la economía (como operador económico en determinado mercado de productos) o "sobre" la economía (como regulador, para emplear un término que sea ha puesto de moda en la jerga jurídica), significa que está interviniendo en ésta.

En cuanto a las finalidades de la intervención económica, nuestro juez constitucional manifiesta que la actividad intervencionista de las personas públicas en la economía pretende conciliar los intereses privados presentes en la actividad económica empresarial de los particulares, con imperativos de interés general que están involucrados o presentes en esa misma actividad, como parece ilustrarlo el caso de la prestación de los servicios públicos domiciliarios, actividad que vincula la rentabilidad económica y la libre competencia entre los diferentes agentes presentes en un mercado geográfico determinado con la satisfacción de las necesidades básicas de la población y la protección de los derechos de los usuarios<sup>39</sup>. De ahí que en las intervenciones económicas pueda observarse una tensión entre las libertades económicas y otros imperativos de interés general.

El núcleo esencial de la autonomía territorial comprende aquellos elementos indispensables a la propia configuración del concepto, y en particular "los poderes de acción de que gozan las entidades territoriales para poder satisfacer sus propios intereses"<sup>40</sup>. Esos poderes de acción comprenden entonces, antes que todo, la posibilidad de tener iniciativas económicas, sin que medie un reconocimiento previo desde el poder central. Del mismo modo, la cláusula

manera "salgan de su órbita, esfera o si se quiere ámbito natural de competencia". Como lo afirma ROBERT-ÉDOUARD CHARLIER, el término intervención parece significar la inmisión de una persona o de una institución en los asuntos que no son los suyos. Históricamente la expresión se emplea para denunciar una injerencia de la institución pública en un campo, el económico, que normalmente no sería el suyo. De hecho, el derecho público económico nace como una disciplina académica con el establecimiento progresivo de una dirección de la economía en la Europa continental de la posguerra y los planes de reconstrucción emprendidos en el año de 1944 (CHARLIER, 1984: 95).

38 Ver PIERRE DEVOLVE (1998).

39 Corte Constitucional, sentencia C-615 de 2002.

40 Corte Constitucional, sentencia C-535 de 1996.

general de competencia en materia económica otorga a los entes territoriales una discreción en la determinación de las modalidades de intervención, siendo el ente territorial el llamado a establecer si la realización de la actividad económica, esto es, la materialización del interés local en juego, requiere de una intervención "en" la economía o "sobre" la economía.

En lo que respecta a los posibles modos de intervención "en" la economía, tenemos que los entes territoriales pueden adelantar una actividad de prestación de servicio público, sea directamente o por delegación, supuesto en el cual la determinación de la modalidad de prestación del mismo corresponde también a la colectividad territorial, o bien una actividad de gestión económica o de producción y distribución de bienes y de servicios. La jurisprudencia administrativa tanto en Francia como en Colombia parece aceptar, a título de imperativos de interés general, la toma en consideración de necesidades cada vez más numerosas de las colectividades locales. No sorprende entonces observar que, cuando se trata de prestar un servicio al conjunto de la población, la actividad económica del ente territorial puede erigirse en un servicio público (teatro, cine, actividades de salud, oficinas de asistencia jurídica)<sup>41</sup>. Pero no solo se tienen en cuenta aquí las necesidades de la población habitante, sino que además, para el caso francés, la jurisprudencia no duda en considerar también las necesidades de los turistas que pasan una temporada en el territorio de la colectividad durante la estación de vacaciones, al admitir la legalidad de la creación de *campings* municipales<sup>42</sup>, necesidades que aparecen por lo demás ligadas al desarrollo económico y turístico de la zona.

En cuanto a los posibles modos de intervención "sobre" la economía, tenemos que los entes territoriales pueden adelantar una actividad de planificación, es decir, una actividad tendiente a conformar y a racionalizar sistemáticamente la acción pública local y aquella de los agentes económicos y operadores privados susceptibles de intervenir en un mercado de productos o, más ampliamente, en un sector económico determinado para, de este modo,

41 JEAN-YVES CHÉROT (2002: 621): la jurisprudencia reconoce que ciertos intereses públicos son eminentes, en particular porque se encuentran ligados a las atribuciones legales de las colectividades territoriales, y cuya satisfacción es suficiente para justificar la creación de servicios públicos locales, sin que el juez entre a controlar su necesidad en función de una falla o ausencia eventual de la iniciativa privada. La jurisprudencia, por ejemplo, siempre ha admitido la creación de baños públicos y lavatorios municipales ligados a la policía de la higiene por las comunas francesas (Consejo de Estado, 26 de febrero de 1906). Del mismo modo, el Consejo de Estado francés ha juzgado que a la creación de un servicio público para la satisfacción de las necesidades de vivienda de la población no puede oponerse la libertad de comercio e industria (Consejo de Estado, 27 de octubre de 1971, Dlle Degrais) "La liberté du commerce et de l'industrie ne saurait faire obstacle à ce qu'une commune prenne les initiatives nécessaires pour pourvoir aux besoins de logements de la population". Así como la creación de una piscina municipal: "el principio de la libertad de comercio y de industria no puede ser un obstáculo a una intervención municipal en este campo".

42 Consejo de Estado, 17 de abril de 1964, *Commune de Merleville-Franceville*.

atender eficientemente las necesidades locales, contrarrestar las externalidades negativas, y satisfacer otros imperativos de interés general previsibles a corto, mediano y/o largo plazo. Adicionalmente, los entes territoriales pueden adelantar una actividad de policía, dentro de los límites que impone el respeto de las libertades económicas de los particulares, para regular aquellas condiciones externas de las actividades económicas que realizan estos últimos, en temas de seguridad, salubridad, publicidad, protección del medio ambiente y localización física –conforme a la determinación de los usos del suelo de su territorio, por ejemplo. Asimismo, es posible al ente territorial adelantar una actividad de fomento, con el ánimo de promover una determinada actividad económica, mediante la atribución de ventajas económicas o jurídicas, como es el caso de las subvenciones acordadas en derecho francés por la Comuna de Argentan. Pero es el caso también más reciente de la provincia de las islas Loyauté, en la Nueva Caledonia, provincia de ultramar.

En este caso, el campo geográfico de la actividad económica está al centro del litigio. ¿Puede una provincia sostener una actividad económica que se desarrolla en parte fuera de su territorio? Para el Consejo de Estado francés, poco importa que exista o no una actividad económica anexa que se desarrolle por fuera del territorio de la comuna, con tal que la actividad económica responda a un interés público local –en la especie provincial– que justifique la consignación de la subvención<sup>43</sup>.

En Derecho colombiano, un rasgo característico del derecho a la autonomía lo constituye la atribución que tienen las entidades territoriales para establecer los tributos necesarios al cumplimiento de sus funciones. En efecto, para la Corte Constitucional, "no basta con diseñar una autonomía bajo la idea de que las entidades territoriales pueden designar sus propias autoridades, ejercer poderes, atribuciones o competencias específicas que les pertenecen, con cierta libertad e independencia, si al mismo tiempo aquella no comprende lo

43 Esta colectividad local, por deliberación del 12 de noviembre de 2001, decide acordar una ayuda financiera a la sociedad Loyauté Investissement Services (LIS) para la adquisición de un barco de cabotaje para asegurar el transporte de las islas del archipiélago (servicio de flete marítimo a destinación de las islas Loyauté y entre ellas mismas). Para rentabilizar la inversión, el barco realizó el transporte de arena por fuera del territorio de la provincia. La empresa competidora, la Compagnie maritime des îles, ataca la deliberación del Consejo de la comuna con el argumento de que la actividad de la compañía LIS no era de interés provincial y que la ayuda financiera acordada por al provincia no contribuía a satisfacer principalmente las necesidades económicas de la provincia. La Corte administrativa de apelaciones de París había acogido los argumentos del demandante, señalando que la actividad anexa de transporte de arena desde la provincia Sur, generaba más de la mitad de los ingresos de la explotación (Corte administrativa de apelaciones de París, sentencia del 3 de octubre de 2006 req. n.º 03PA03703). El Consejo de Estado decide de otra manera, viendo en la sola necesidad de la población local una justificación a la ayuda acordada a la empresa; ver, para un análisis en detalle del caso en cuestión, CATHERINE PRÉBISSY-SCHNALL (2011: comm. 12).

económico y financiero, es decir, el derecho de contar con recursos, a través de la participación en las rentas nacionales y el establecimiento de impuestos y de administrarlos, según convenga a la gestión de intereses regionales y locales<sup>44</sup>. A manera de ejemplo, se tiene que el impuesto de industria y comercio, conforme lo establece el artículo 172 del Código de Régimen Municipal, es un impuesto de los municipios y distritos especiales<sup>45</sup>. Si el tema de los monopolios rentísticos puede guardar cierta similitud con la facultad que se le reconoce a las entidades territoriales para imponer contribuciones, la iniciativa de las entidades territoriales en materia de monopolios rentísticos exige la autorización legal<sup>46</sup>.

Si la autonomía territorial puede ser concebida como una condición general de los entes territoriales, un estatus que le confiere potestades, competencias y atribuciones, e incluso, como lo sugieren algunos autores, libertades económicas<sup>47</sup> y la libertad contractual<sup>48</sup>, es necesario no olvidar que la concreción del contenido del artículo 287 de la Constitución se encuentra en las distintas competencias de las que son titulares los entes territoriales y que, en nuestro ordenamiento jurídico, es la propia Constitución la que realiza una primera distribución de competencias, pero dejando abierta la posibilidad para que por vía legislativa se complete su sistema competencial (ROBLEDO SILVA, Ob. cit.: 56). Como a justo título lo sugiere PAULA ROBLEDO SILVA, "se trata de un concepto cuyo contenido podrá llenarse a partir de otros preceptos constitucionales distintos del artículo 287, y de la labor del órgano legislativo" (ídem). El alcance de la autonomía parece entonces sujeto a lo que la Constitución y la ley determinen en relación con los intereses de las entidades territoriales, de ahí que el marco de definición de las entidades territoriales se revele bastante reducido, lo cual puede sin duda convertirse en un obstáculo de gran tamaño para el ejercicio efectivo de sus competencias en materia económica (ídem: 57).

## II. EL ALCANCE DE LA CLÁUSULA GENERAL DE COMPETENCIA EN MATERIA ECONÓMICA

El alcance de la cláusula general de competencia en materia económica depende en gran medida de los límites que la Constitución (A) y la ley (B) establezcan en relación a los intereses de las entidades territoriales.

44 Corte Constitucional, sentencia C-1496 de 2000.

45 Ver, sobre el particular, Corte Constitucional, sentencia C-812 de 2009.

46 Corte Constitucional, sentencia C-256 de 1998.

47 Ver GUYLAIN CLAMOUR (2007: 228).

48 Ver PASCAL IDOUX (2011: 100). Este autor apoya el reconocimiento de una libertad contractual a favor de los entes territoriales, entre otras referencias, en la jurisprudencia del Consejo de Estado del 28 de enero de 1998, *Société Borg Warner*.

## A. LOS LÍMITES CONSTITUCIONALES

Nuestra Constitución económica<sup>49</sup> puede afirmarse que recoge un modelo mixto en materia económica, o de "economía social de mercado", en la que "existe la libre iniciativa privada pero en la que a su vez el Estado se presenta como instrumento de justicia social ejerciendo cierta intervención redistributiva de la riqueza y de los recursos para corregir las desigualdades sociales originadas por los excesos individuales o colectivistas"<sup>50</sup>. Dicho modelo económico exige que las intervenciones de las personas públicas en la economía se efectúen en el respeto de la iniciativa privada de los particulares y del libre juego de la competencia<sup>51</sup>. La "neutralidad"<sup>52</sup> que suele atribuirse a nuestra Constitución política impone, en consecuencia, una igualdad de trato entre operadores públicos y privados, así como una seguridad jurídica a todos los agentes económicos que participan en el mercado (CHÉROT, Ob. cit.: 25 a 28),

49 Podemos entender por Constitución económica el conjunto de principios, criterios, valores y reglas fundamentales que rigen el orden económico y social de un Estado. Esta definición nos parece acorde con aquella propuesta por el juez constitucional nacional, para quien la Constitución económica contiene "las normas constitucionales que ordenan la vida económica de la sociedad y establecen el marco jurídico esencial para la restructuración y el funcionamiento de la actividad material productiva, así como los fundamentos esenciales que deben tener en cuenta los operadores económicos" (v. a manera de ejemplo, Corte Constitucional, sentencias C-264 de 1994 y T-426 de 1992).

50 V. por ejemplo, Corte constitucional, sentencia C-978 de 2010.

51 Las libertades económicas son un elemento esencial de las sociedades democráticas contemporáneas. Objeto de pocas reflexiones doctrinales, al ser implícitamente contenidas en otras libertades más generales, no aparecen, al menos en nuestra tradición jurídica, en un primer plano. Otra razón puede encontrarse en el carácter más o menos indefinido de ciertas libertades económicas: la libre competencia, la libertad de empresa, la libertad de comercio y de industria son rara vez definidas por su contenido. Estas libertades son comúnmente definidas en razón de los desconocimientos de las cuales son objeto, sea por la acción del Estado, sea por la acción de otros operadores económicos (por ejemplo, la práctica de acuerdos o de precios predadores entre competidores); ver, para una presentación exhaustiva del tema, MAGDALENA CORREA (2009).

52 La "neutralidad" como atributo que puede predicarse de la Constitución económica expresa la idea según la cual no sería posible encontrar en el texto constitucional un programa de política económica o requerimientos substanciales al Estado y a los particulares tendientes a orientar las elecciones entre diferentes políticas económicas que, en sus extremos, oponen, de un lado, un modelo liberal o de economía de mercado, presidido por la soberanía del consumidor, la libertad de precios, la libre competencia económica, el principio del beneficio y de la rentabilidad económica y la libre decisión empresarial, basado en la propiedad privada de los medios de producción, a uno de corte social o de economía de dirección o de planificación central, presidido por las decisiones de los poderes públicos con base en las necesidades, estimadas, de los ciudadanos, bajo un régimen de precios controlados y remuneraciones tasadas, producción, distribución y prestación estatal directa de bienes y de servicios, controles macroeconómicos de tipo crediticio, monetario y cambiario y del comercio exterior, todo ello sobre la base de la propiedad colectiva de los medios de producción, de otro lado.

las cuales se concretizan a su vez en la exigencia de una reserva de orden legal para ciertas materias, como ocurre justamente con la garantía legislativa de la libertad de empresa y de otras libertades económicas<sup>53</sup>. El respeto de estas libertades ilustra los límites constitucionales presentes en relación con el alcance de una cláusula general de competencia a favor de los entes territoriales.

Uno de los principales instrumentos disponibles en el nivel central para canalizar las intervenciones públicas locales reside efectivamente en el mantenimiento del respeto de las libertades económicas y, en particular, de la libertad de empresa<sup>54</sup>. Aquí es posible cuestionarse sobre las repercusiones que encierra la

53 No es raro encontrar que el juez administrativo aquí en Colombia o en Francia anule las medidas administrativas que restringen estas libertades, cuando no están cubiertas en la ley. Es por ejemplo el caso en Derecho francés de la anulación de un decreto del gobierno central que limita a dos veces por año, la posibilidad para los comerciantes de hacer rebajas (las famosas rebajas de estaciones), sobre las mercancías pasadas de moda o de fin de serie. El principio de la libertad de empresa también se opone a que un acto administrativo general de control restrinja el libre acceso a una profesión, puesto que solo el legislador es competente para ello. Es posible además mencionar la garantía legislativa relacionada con el régimen de la propiedad. Cabe recordar que, en lo que respecta a la protección de esa garantía legislativa con relación a los actos de la Administración –tanto del nivel central, como del territorial–, nos encontramos con una garantía que es de carácter obligatorio. La ley no podría estar redactada de manera que ella comporte una habilitación a la Administración que vaciaría la competencia del legislador de su contenido. Nuestro juez constitucional estima que el Congreso no puede disponer a libre voluntad de las competencias que le han sido reconocidas (generalmente a título de mandato) por la Constitución. En comparación, en Derecho francés, una ley que reenvía a un decreto el cuidado de dictar las disposiciones que debería ella misma fijar fue declarada nula en razón de una “incompetencia negativa” o de una “subdelegación irregular”. No hay solamente una competencia legislativa protegida, sino que además, en términos de THIERRY RENOUX, “una competencia legislativa obligada”, THIERRY RENOUX, « Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire », Paris: Economica, 1984.

54 Tradicionalmente solía hablarse de libertad de comercio y de industria, término que hoy día parece tener un alcance efectivo mucho más amplio gracias a la noción de libertad de empresa, noción esta última que aparece como un término más inclusivo y que, a pesar de conservar su vigencia el primero, la doctrina se inclina por considerar que abarca tanto la libertad de comercio y de industria, como a las libertades económicas en general (ver LOMBARD, 2003: 59); ver, además, JEAN-LOUIS LESQUINS (Ob. cit.: 73). La libertad de empresa se muestra precisamente como una noción amplia que puede comprender múltiples aspectos necesarios para la empresa, entre los cuales podemos destacar la libertad de producción, de comercialización, de organización de la actividad económica, de escogencia de los bienes y/o de los servicios ofrecidos, de localización de las instalaciones, de contratación de los servicios internos y externos y del personal necesario, de acceder sin barreras y de competir libremente sobre un mercado de productos y geográfico de elección también libre del operador, de horarios de apertura y de trabajo, de estrategias comerciales y de mercadeo, de atención al cliente; pero también aspectos ligados a la posibilidad de ejercer una profesión u oficio sin restricciones que no sean razonables o proporcionadas, o incluso de asociarse para ejercer una actividad económica, solo para mencionar algunos de sus tantos posibles elementos. Para nuestro juez constitucional, “la libertad de empresa comprende la facultad de las personas de (...) afectar o destinar

libertad de empresa en términos de restricción de las iniciativas y de los modos de acción de los entes territoriales en la economía. A pesar de que es factible identificar casos en la práctica de nuestro sistema, en los cuales se aprecia un choque frontal entre, de un lado, las libertades económicas de los particulares y, de otro lado, otros imperativos de interés general locales —o bien asuntos locales que son interés general—<sup>55</sup>, como lo sugiere, en el sector de transporte, la implementación de sistemas de transporte masivo en nuestras principales ciudades, estas experiencias no se han traducido hasta hoy, a nuestro conocimiento, en construcciones jurídicas alrededor del alcance de las competencias económicas de nuestros entes territoriales. De una lectura de estos casos, es posible inferir que es permitido para los entes locales restringir por ejemplo a una empresa de transportes el uso de una vía pública como terminal de transporte. Para nuestro juez constitucional, “el artículo 82 de la Constitución señala que es un deber del Estado “velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular”, responsabilidad que recae particularmente sobre los alcaldes”<sup>56</sup>. Del mismo modo, el establecimiento de una obligación de renovación de las licencias de operación

bienes de cualquier tipo (principalmente de capital) para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia”. Esta libertad comprende, entre otras garantías, (i) la libertad contractual, es decir, la capacidad de celebrar los acuerdos que sean necesarios para el desarrollo de la actividad económica, y (ii) la libre iniciativa privada. Su núcleo esencial comprende, entre otras prerrogativas, (i) el derecho a un tratamiento igual y no discriminatorio entre empresarios o competidores que se hallan en la misma posición; (ii) el derecho a concurrir al mercado o retirarse; (iii) la libertad de organización y el derecho a que el Estado no interfiera en los asuntos internos de la empresa como la organización empresarial y los métodos de gestión; (iv) el derecho a la libre iniciativa privada; (v) el derecho a la creación de establecimientos de comercio con el cumplimiento de los requisitos que exija la ley, y (vi) el derecho a recibir un beneficio económico razonable” (Corte constitucional, sentencia C-263 de 2011).

- 55 Para el juez constitucional colombiano, “empresas como TransMilenio S. A. prestan un servicio que cumple una función social significativa en el contexto actual de Bogotá. La posibilidad de generar procesos de desarrollo económico e integración social que propicien el goce efectivo de las garantías constitucionales, reposa, en gran medida, en el éxito de los sistemas de transporte público. Toda empresa que preste el servicio público de transporte juega un papel determinante (para) los habitantes de una ciudad, su responsabilidad social debe llevarla a estar del lado de los usuarios” (Corte constitucional, sentencia T-595 de 2002).
- 56 Para la Corte, frente a la inacción de las autoridades locales procede ordenar por vía de tutela que la empresa no utilice la vía pública a manera de terminal, lo cual no significa que la empresa no pueda seguir explotando su ruta, conforme a lo establecido en la resolución de la alcaldía de Medellín, tal como lo ha venido haciendo: “de esta manera, se entiende que la afectación que pueda sufrir la empresa es menor pues no se priva del derecho de ejercer su libertad de empresa y resulta necesaria para garantizar el goce de un derecho fundamental, motivo que explica que no se conceda a esta accionada período alguno para adaptarse a las nuevas condiciones en la que podrá realizar su actividad”, Corte constitucional, sentencia T-437 de 2002.

para el servicio público de transporte no sabría desconocer derechos adquiridos. En efecto, no puede considerarse que dichas licencias generen derechos adquiridos a favor de los operadores de este servicio, puesto que, como lo recuerda a justo título nuestra Corte constitucional, "se trata simplemente de derechos temporales de operación, sujetos a las nuevas condiciones y modificaciones que se deriven de la regulación legal y reglamentaria", lo cual se encuentra respaldado por una finalidad de interés general consistente en el mejoramiento de la calidad de vida de la población<sup>57</sup>. Sin embargo, el mismo juez constitucional nos recuerda que la autorización administrativa comporta la existencia de una prohibición sobre actividades que en principio se consideran propias de los particulares y que se desarrollan al amparo de la garantía constitucional de la libertad de empresa y de la libre competencia. Si estas autorizaciones administrativas, como formas de intervención "sobre" la economía, pueden encontrar una razón de ser en las finalidades de tranquilidad, seguridad y salubridad en la prestación del servicio, se encuentran no menos justificadas en razón del rol que conservan en el ámbito local los entes territoriales de dirección del espacio económico local y de promoción, en su territorio, del interés general. No obstante, con aras a proteger la iniciativa privada, el juez constitucional afirma que corresponde a la ley establecer las condiciones en las cuales la libertad económica y la iniciativa privada pueden verse sometidas a la exigencia de autorizaciones previas, licencias o permisos. De ahí que el ente local no sea competente en materia de autorizaciones sino para realizar aquello que le ha sido permitido por el legislador nacional<sup>58</sup>.

En comparación, tratándose de la intervención local "en" la economía, las intervenciones económicas de las colectividades territoriales francesas han sido el objeto de amplias discusiones y de una evolución progresiva tanto al interior de la jurisprudencia, como a nivel doctrinal<sup>59</sup>. Así, desde la década de los años treinta, la jurisprudencia en dicho país se ha preocupado por enmarcar las intervenciones locales con el ánimo de preservar la iniciativa privada, según un razonamiento de corte liberal<sup>60</sup>. En Derecho francés, las colectividades locales no pueden a título de la cláusula general de competencia crear

57 Corte Constitucional, sentencia C-043 de 1998.

58 "Las autorizaciones comportan, en general, una limitación de la libre iniciativa y de la libertad económica y no pueden, conforme al régimen constitucional colombiano, establecerse sino por disposición de la ley. En cuanto que medida de intervención del Estado en la economía, dichas autorizaciones, en relación con sus fines y modalidades deben sujetarse las previsiones de los artículos 150 numerales 21 y 23, y 334 de la Constitución, y, en todo caso, a los principios de razonabilidad y proporcionalidad" (Corte constitucional, sentencia C-1078 de 2002).

59 Es posible ver a manera de ejemplo los trabajos de JEAN-PAUL MARKUS (2011: 2037); CATHERINE PRÉBISSY-SCHNALL (Ob. cit.).

60 La práctica de las colectividades territoriales de tomar directamente a su cargo la satisfacción de las necesidades de la población local ha sido generalmente asociada con aquello

actividades económicas o sostener una actividad económica que si un interés local lo justifica. Sin embargo, el interés público local no funda, en principio, la legalidad de toma en carga de una actividad económica que si ésta satisface directamente las necesidades de la población y que la intervención local es necesaria, es decir, si la iniciativa privada no está en medida de satisfacer esas mismas necesidades<sup>61</sup>. Esta jurisprudencia se mantuvo constante por un largo período<sup>62</sup>. El control ejercido por el juez administrativo se refuerza por el hecho de que se considera que “las actividades comerciales son, en principio, reservadas a la iniciativa privada”<sup>63</sup>. El juez hace suya la preocupación de evitar que las administraciones y los elegidos locales no se lancen en actividades comerciales para las cuales no han sido formados y que podrían generar largas pérdidas para las finanzas públicas. El juez francés también parece temer que

que la doctrina francesa llama “socialismo municipal”; ver, a título ilustrativo, JEAN-BERNARD AUBY (2008: repère 10).

- 61 V. Consejo de Estado, 21 de marzo de 1901, *Casanova*; ver, en particular, Consejo de Estado, jurisprudencia de principio, Sect. 30 de mayo de 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*. “Los consejos (sic) municipales no pueden crear empresas de esta naturaleza en servicios públicos comunales que si, en razón de circunstancias particulares de tiempo y de lugar, un interés público justifica su intervención en esta materia”. Estas circunstancias particulares de tiempo y de lugar reenvían en la práctica a la ausencia o la falla cuantitativa o cualitativa de la iniciativa privada.
- 62 Una jurisprudencia de 1994 ofrece todavía un ejemplo de la aplicación de este control por parte del juez administrativo. En una sentencia del 23 de diciembre de 1994, *Commune de Clairvaux – d’Aveyron*, el Consejo de Estado anula las deliberaciones de los consejos municipales de tres comunas que tomaron una participación en el capital de una sociedad de economía mixta local donde el objeto era la producción, fabricación y la puesta en obra de productos y de materiales para la construcción y el mantenimiento de caminos y obras. El Consejo de Estado juzga que “así el objeto de la sociedad en mención pueda ser mirado como una actividad de interés general, no se encuentra en las piezas del expediente que, en el caso bajo examen, su creación haya sido necesaria por una ausencia o una falla de la iniciativa privada”. En un caso en materia de telecomunicaciones, el Tribunal administrativo de Nancy añade que “la circunstancia que en ausencia de intervención de la comunidad urbana, ninguna competencia exista sobre la red (*boucle*) local de telefonía, no serviría para justificar la operación pública proyectada, puesto que no existe carencia de la iniciativa privada, sino simplemente un sector privado insuficientemente competitivo sobre ese segmento del mercado de las telecomunicaciones”; v. Tribunal administrativo de Nancy, sentencia del 18 de marzo de 1999, *SA France Telecom*. Al mismo tiempo, el legislador francés, inquieto por esta ausencia de competencia en ciertos mercados geográficos de servicio de telefonía local, incorpora en la ley 99-553 del 25 de junio de 1999 (ley de orientación para el ordenamiento y el desarrollo durable del territorio) una disposición que prevé la facultad para los entes territoriales o para los establecimientos públicos locales de intervenir en dichos mercados, fijando el marco respectivo de esta intervención. Tras las modificaciones introducidas por la ley del 17 de julio de 2001, los entes territoriales pueden intervenir para crear infraestructuras de soporte de redes de telecomunicación, sin tener que probar la ausencia de iniciativa privada. La ley hasta su redacción de 2001 precisaba sin embargo que las colectividades territoriales no pueden ejercer las actividades de operador de comunicaciones.
- 63 Ver, por ejemplo, la jurisprudencia *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*.

las personas públicas no falseen la libre competencia entrando a mercados competitivos, con sus prerrogativas de poder. Sin embargo, esta línea de razonamiento parece evolucionar cada vez con más fuerza hacia el abandono del principio de la no competencia entre personas públicas y privadas<sup>64</sup>.

De un lado, se observa como la falla de la iniciativa privada se ha convertido en una condición puramente potestativa, ya que es posible que un servicio público a cargo de un ente territorial pueda funcionar según modalidades de frecuencia y de tarifas que no ofrezcan las empresas privadas. La jurisprudencia en dicho país parece considerar que existe una deficiencia en la iniciativa privada cada vez que está frente a un servicio público que se ofrece en condiciones especiales, básicamente en condiciones de tarifas que son abordables para todos (como es el caso de piscinas públicas, centros comunales de entretenimiento, escuelas de música, entre otros)<sup>65</sup>.

De otro lado, el principio establecido en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés *Ordre des avocats au barreau de Paris* de 2006, según el cual las actividades económicas de las personas públicas deben actuar en el límite de sus competencias, justificando un interés público, el cual puede resultar principalmente de la ausencia de iniciativa privada no se entiende hoy día como una reafirmación del principio de la no competencia entre personas públicas y privadas. Por el contrario, la acción económica pública se encuentra sometida a una justificación en términos de interés público *que no se reduce a la ausencia o a la deficiencia de iniciativa privada*. Cabe recordar como en casación el Consejo de Estado consideró que una Corte administrativa de apelaciones que juzgó que "solo la insuficiencia de la iniciativa privada podía justificar las deliberaciones", autorizando la intervención económica local, cometió un "error de derecho"<sup>66</sup>. Por consiguiente, puede asimilarse que las necesidades de la población son susceptibles de caracterizar el interés público en diferentes hipótesis. Bien entendido, se trata de necesidades de los usuarios de un servicio público, pero, de manera más amplia, de aquellas de los administrados. Pero el interés público puede incluso expresar un interés de la colectividad pública, como es el caso del interés a un desarrollo económico, turístico, industrial o artesanal de la comuna. El juez administrativo estima, por ejemplo, que no constituye una violación a la iniciativa privada la creación de un "organismo local de turismo" que presta servicios de agencia de viajes que propone ofertas completas de estancias,

64 Si se trata de proteger la competencia sobre un mercado, el juez administrativo dispone de otros medios considerados "menos brutales". Consejo de Estado, opinión del 8 de noviembre de 2000, *Société Bernard Consultant*.

65 Ver, por ejemplo, Consejo de Estado, sentencia del 20 de julio de 1989, *Centre d'action sociale de La Rochelle, AJDA*, 1989, p. 398; ver, en un mismo sentido, Consejo de Estado, sentencia del 20 de noviembre de 1964, *Ville de Nanterre*, Rec. p. 563, caso en el cual el juez administrativo francés admite la legalidad de la creación de un cabinet odontológico municipal.

66 Consejo de Estado francés, 18 de mayo de 2005, *Terr. Polynésie française*, Rec. CE 2005, tablas p. 748.

con miras a desarrollar el turismo local. En la especie, la sola circunstancia de la presencia de empresas privadas que pudieran asegurar dichas prestaciones turísticas no sería un obstáculo para que una sociedad de economía mixta local, que se beneficia del soporte de las colectividades territoriales accionarias, actúe, en el marco de sus competencias legales, en el mercado local, puesto que esta intervención aparece justificada por un interés público local "suficiente"<sup>67</sup>. Esta tendencia parece confirmarse con un segundo ejemplo más reciente en materia de iniciativas de los entes locales para el desarrollo de energías limpias, esencialmente de la energía eólica, en el cual "dada la naturaleza del proyecto de producción de electricidad a partir de la energía eólica sobre el territorio de las comunas interesadas, en parte sobre parcelas pertenecientes a dos secciones comunales, proyecto cuya iniciativa corresponde a las comunas con un fin de desarrollo local", éste es admitido por el juez administrativo<sup>68</sup>.

En estos supuestos, nos encontramos frente a una desaparición que no es sino "aparente" del Derecho nacional en la determinación de las modalidades de intervención pública local. En efecto, la discreción global derivada del reconocimiento de una cláusula general de competencia de los entes territoriales en materia económica no significa la ausencia de un derecho nacional que enmarque dichas actuaciones. No solo existe un importante suelo jurídico determinado por el legislador nacional<sup>69</sup>, sino que éste se presenta además como un límite a la actuación de los entes locales. En materia de intervención "en" la economía, si se permite competir en un mismo mercado a personas públicas y privadas, esto se hace, en aras de garantizar las libertades económicas de los agentes presentes, en el respeto de las normas nacionales de competencia.

67 Corte administrativa de apelaciones de Nancy, 14 de junio de 2007, n.º 06NC01474, *Saem Reims Champagne Congrès Expo: AIDA 2007*, p. 1933, nota de GUYLAINE CLAMOUR (2007, n.º 920), observaciones del mismo autor.

68 Ver, a propósito, el análisis jurisprudencial elaborado por JEAN-LUC MAILLOT (2011: estudio 5). En la especie, dada la importancia del proyecto por su tamaño y su impacto para el desarrollo, por lo que este autor se permite cuestionar si para un proyecto de menor el juez administrativo llegaría a la misma conclusión. En un mismo sentido, "en matière d'énergies renouvelables, face à l'accroissement des initiatives – en particulier dans le domaine du solaire photovoltaïque et de l'éolien ou de la biomasse – l'objectif de l'outil est de renforcer la maîtrise publique sur ces projets afin, d'une part, de les mettre en cohérence avec les objectifs de développement local (et à ce titre assurer une meilleure diversification et exploitation des filières) et, d'autre part, maximiser les retours économiques au bénéfice du territoire et de ses habitants" (FLEUR JOURDAN, 2012: act. 197).

69 En reiterada jurisprudencia la Corte constitucional se ha encargado de establecer los límites constitucionales que se imponen a la hora de intervenir la actividad económica de los particulares, en aras del interés general. Para la Corte, esta intervención *debe en primer lugar llevarse a cabo por ministerio de la ley*; en segundo lugar, no puede afectar el *núcleo esencial* de la libertad de empresa; en tercer lugar, debe obedecer a motivos adecuados y suficientes que justifiquen la limitación de la referida garantía; en cuarto lugar, debe obedecer al principio de solidaridad; y, en quinto lugar, debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad (Corte constitucional, sentencia C-615 de 2002).

La evolución en la práctica se muestra favorable a un afloje en la coacción que pesa sobre la iniciativa pública local, la cual se da a favor, y en contrapartida, de un control de las modalidades de intervención e impone la satisfacción de las exigencias derivadas de las disposiciones legales en materias como la libre competencia económica y el régimen general de la contratación pública.

## B. LOS LÍMITES DEL ÓRGANO LEGISLATIVO

La autonomía territorial encuentra así límites en lo que toca con los intereses nacionales<sup>70</sup>, en la medida en que si la descentralización supone la gestión propia de sus intereses por los entes locales, que para nuestro juez constitucional constituye "la particular regulación de lo específico de cada localidad", esta actividad debe realizarse dentro de los parámetros de un orden unificado por la voluntad general bajo la forma de ley. Se tiene entonces que las decisiones y actuaciones locales deben estar en armonía con la ley general del Estado, dado que "la parte se ordena al todo, así como lo específico esta comprendido dentro de lo genérico"<sup>71</sup>. Los ejemplos son múltiples. Es posible encontrar el caso de una ley nacional que establece el marco normativo para la regulación del funcionamiento de los establecimientos de comercio abiertos al público (Ley 232 de 1995), la cual prohíbe a las autoridades administrativas locales la exigencia de permisos o trámites, fuera de aquellos consagrados expresamente en la ley y suprimiendo, por ende, la licencia de funcionamiento como requisito previo para el ejercicio de la actividad mercantil a través de los establecimientos de comercio. En su lugar, la ley introduce una serie de requerimientos fundados en las necesidades de preservar el orden público y de salvaguardar la salubridad pública, incluyendo una remisión a las demás normas nacionales vigentes en estas materias. Para la Corte Constitucional, al pronunciarse sobre la exequibilidad de la norma, es claro que ésta prohíbe a las autoridades administrativas, de cualquier nivel, "establecer requisitos para el ejercicio de la actividad económica, práctica que repercutiría en una incertidumbre jurídica, que además de erosionar los principios de legalidad y de seguridad jurídica, impondría ilegítimas limitaciones a la libertad de empresa y al desarrollo de la iniciativa privada, protegidos por la Constitución"<sup>72</sup>.

70 La libre competencia económica es reconocida en el Derecho colombiano a la vez como un derecho colectivo (art. 88 de la Constitución), como un derecho individual –*dimensión subjetiva*– y como un imperativo de interés general de orden nacional, una finalidad misma de la intervención del Estado en la economía –*dimensión objetiva*– (artículo 333 de la Constitución), que puede decirse que representa aquella aptitud real y efectiva que tienen los operadores económicos presentes en un mercado de concurrir en él en contienda con los demás, con el objeto de ofrecer y transar bienes y/o servicios a los consumidores y de constituir y conservar una clientela.

71 Corte Constitucional, sentencia C-497A de 1994.

72 Corte Constitucional, sentencia C-352 de 2009. Es preciso indicar como para la Corte

Del mismo modo, la jurisprudencia constitucional estima que tanto el legislativo como el ejecutivo nacional tienen amparo de la Carta Magna para regular y controlar la adecuada prestación de los servicios públicos, así éstos sean prestados directamente por entidades territoriales, "puesto que el interés general siempre tiene un criterio unitivo, que no implica el desconocimiento de las autonomías, sino apenas su cauce lógico"<sup>73</sup>.

Conforme a lo dispuesto en el artículo segundo de la Ley 1340 de 2009, las reglas de competencia en derecho colombiano abarcan lo relativo a prácticas comerciales restrictivas, esto es acuerdos, actos y abusos de posición de dominio, y el régimen de integraciones empresariales y se aplican a todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica y en relación con las conductas que tengan o puedan tener efectos total o parcialmente en los *mercados nacionales*, cualquiera que sea la actividad o sector económico. De ahí que sea posible afirmar que las personas públicas, incluidos los entes territoriales, se encuentran sometidos a las reglas de competencia, cuando actúan sea "en" la economía o bien "sobre" la misma. El ámbito de aplicación de la ley recubre además los *mercados nacionales*, esto es, abarca tanto los mercados geográficos de talla nacional, como todos aquellos mercados geográficos de talla local, municipal, departamental o regional, que se encuentren ubicados en el territorio nacional en una o en varias de sus subdivisiones. No es entonces sorprendente que la decisión del Distrito de Bogotá de fusionar su compañía de teléfonos con otra empresa del sector deba contar con la aprobación de la autoridad nacional de competencia. Es el caso de la integración entre Colombia

la opción del legislador por exigir que los requisitos sanitarios para el funcionamiento de los establecimientos de comercio deben estar ordenados o autorizados por el órgano legislativo no excluye la remisión a normas de contenido sanitario proferidas por el gobierno nacional en el ejercicio de la facultad reglamentaria de éste. Del mismo modo, la jurisprudencia constitucional recuerda como en los casos en los que se encuentra involucrado el ejercicio de funciones autónomas de los entes territoriales, no es válido aplicar una lógica estrictamente legalista, esto es, aplicando la teoría tradicional de la clasificación jerárquica de las fuentes del derecho que lleve a la sola conclusión de que los actos y las actuaciones de los entes territoriales estén siempre sujetos a los dictámenes puntuales y precisos del legislador. Para la Corte constitucional, "las relaciones entre la autonomía de las entidades territoriales y la unidad nacional –a extremos que se buscan armonizar–, están conformadas por una serie de limitaciones recíprocas, que reservan tanto para las entidades nacionales como para las entidades territoriales, un reducto mínimo que les habilita para ejercer ciertas atribuciones y competencias en forma exclusiva". Sería posible entonces para los entes territoriales reglamentar ciertas cuestiones, por ejemplo en materia sanitaria, a través de la expedición de actos administrativos al ejercer funciones propias de dicho reducto esencial de autonomía. Esto no obsta, sin embargo, para que los actos administrativos expedidos en virtud de tales atribuciones deban ser respetuosos de la ley, al menos en el sentido de no lesionar sus dictados, y de no invadir el ámbito propio del legislador (Corte Constitucional, sentencia C-497A de 1994).

73 Corte Constitucional, sentencia C-497A de 1994.

Telecomunicaciones S.A. E.S.P. (Telefónica) y la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. (ETB). En el caso en cuestión, la Superintendencia de industria y comercio encontró que "si bien existen altas concentraciones en algunos de los mercados relacionados con los servicios de telecomunicaciones, las circunstancias regulatorias y las características particulares de este sector permiten concluir que la alteración estructural que se generaría no lleva implícita una restricción significativa a la competencia". Además, la autoridad de competencia se reservó el control *ex post* a través de la aplicación de las normas de protección de la competencia, en caso de que se presente alguna de las conductas consideradas anticompetitivas en el régimen vigente<sup>74</sup>.

En comparación con el caso francés, en una opinión de la autoridad de competencia n.º 08-A-13 del 10 de julio de 2008, sobre la intervención de las colectividades locales en el sector de la explotación de salas de cine, ésta recuerda las condiciones en las cuales el derecho de la competencia se aplica. La autoridad estima que los cines públicos se encuentran sometidos al respeto de las reglas de competencia en el ejercicio de su actividad. Sin embargo, en su análisis constata que la posibilidad de que el ente público ponga en marcha una estrategia de precios predadores o abusivamente bajos, se encuentre o no en posición dominante en un área de clientela determinada parece poco probable, en razón de las finalidades de la intervención pública. En efecto, la autoridad observa que la intención de la actuación municipal o departamental es la de proponer a los habitantes tarifas inferiores a aquellas del mercado. En este caso la delimitación del mercado geográfico juega un rol determinante (COURNIL, 2009: 1251). En la especie, la autoridad observa que el cine público "Le Méliès" de la comuna de Montreuil-sous-Bois, al emplear un criterio de tiempo de transporte para definir la zona geográfica, estaría en una posición dominante en una zona definida por una duración de transporte de diez minutos, pero que sería luego dominado por la presencia de un multiplex de quince salas, al aumentar el tiempo de transporte a quince minutos. De igual manera, el cine público se convertiría en un operador marginal para un trayecto de veinte minutos, estando confrontado a tres multiplex y a un cine privado de cuatro salas. Frente a lo que puede decirse constituye una dificultad relativa al derecho de la competencia para tratar la cuestión de las intervenciones de los entes territoriales en materia de explotación de salas de cine, la autoridad formula una serie de recomendaciones, como la obligación, a cargo del ente local, de vigilar que no se dé a su operador una ventaja de la cual no se beneficiarían sus competidores presentes en el mismo mercado. Las solas ventajas aceptables, a la luz de las reglas nacionales de competencia, son aquellas necesarias

74 Según la información que reposa en el sitio institucional Web de la Superintendencia de Industria y Comercio, comunicado público con fecha de 7 de julio de 2010: [<http://www.sic.gov.co/oldest/index.php?idcategoria=10621&ts=008bd5ad93b754d500338c253d9c1770>].

a la realización de una misión de servicio público confiada a ese operador y proporcionales a esta realización (ídem). Es por esto que es deseable que la colectividad local que decida crear un cine municipal o departamental fije a este sus misiones de servicio público de manera detallada y le otorgue los medios jurídicos para asegurar su autonomía y la transparencia financiera de la entidad encargada de intervenir (ídem). Y, en la medida de lo posible, estima la autoridad que es preferible privilegiar las soluciones menos distorsivas de la competencia, como la búsqueda de tarifas de cine más adaptadas, mediante el pago directo de la ayuda a los operadores privados involucrados, o bien a los particulares que se beneficiarían del servicio. Considera la autoridad de competencia que las ayudas a las personas son menos distorsivas y directamente redistributivas. Se indica de otro modo que la búsqueda de una programación más "cultural" no implica necesariamente que la colectividad se dote de un establecimiento cinematográfico propio, ya que se podría realizar esta finalidad a través de una convención que prevea una remuneración adecuada con el o los cines privados que existan y que aceptarían modificar su programación en la dirección querida por la colectividad territorial.

Un segundo ejemplo es el relacionado con las sociedades públicas locales –SPL– creadas por la ley del 28 de mayo de 2010, que son una nueva forma de sociedad anónima que tiene la particularidad de que la totalidad de su capital social es obligatoriamente detentado por al menos dos colectividades territoriales (municipio, departamento o región) o por su aglomeración. En cuanto a su objeto social, en los términos de la ley, éste se muestra bastante amplio, ya que porta sobre el ordenamiento territorial e inmobiliario, la explotación de servicios públicos industriales y comerciales o, de manera más general, toda actividad de interés general<sup>75</sup>. El solo límite es de orden geográfico en la medida en que una SPL debe intervenir exclusivamente en el territorio de las colectividades accionarias. Las actividades aseguradas hasta la entrada en vigencia de la reforma en transportes públicos, distribución del agua, la colecta y el tratamiento de basuras, la alimentación pública, el estacionamiento, todas pueden ser confiadas a estas SPL por las colectividades territoriales, sin pasar por ninguna concesión administrativa, y sin una puesta en competencia previa<sup>76</sup>. El sindicato de empresas generales de Francia BTP (EGF-BTP), que reagrupa las empresas francesas de construcción y trabajos públicos, observando una amenaza para las actividades que sus miembros han venido asegurando en el marco de delegaciones de servicios públicos o de contratos con los entes territoriales<sup>77</sup>, solicitó la opinión de la autoridad de la competencia. Se preguntó a la autoridad

75 La aparición de estas SPL no ha pasado desapercibida en derecho francés. El debate ha comenzado a calentarse, siendo posible consultar a CATHERINE PRÉBISSY-SCHNALL (2012, comm. 26).

76 Ídem.

77 Ídem.

si es compatible el sistema previsto por el legislador con el régimen general de la contratación pública, en particular con las exigencias derivadas de la publicidad y de la puesta en competencia, las cuales comportan un límite a la "libertad contractual" de los entes locales. La autoridad encontró el régimen de las SPL compatible, recordando que la jurisprudencia de la Corte de la Unión europea permite que sean derogados estos principios en los casos de prestaciones "*in house*", es decir, cuando la prestación es realizada por una entidad jurídicamente distinta de los servicios de la colectividad, pero ubicada bajo el control exclusivo de ésta, siempre y cuando: a) el capital de la entidad tercera es público en su integralidad; b) la entidad ejerce lo esencial de su actividad por mandato de las colectividades accionarias y c) la entidad se encuentra sometida al control de la colectividad. Aquí no se trata de cualquier control, sino de un control análogo a aquel que el ente local ejerce sobre sus propios servicios. La autoridad retiene entonces que las características acordadas a las SPL satisfacen las dos primeras condiciones. En cuanto a la tercera, supone que en los estatutos de cada SPL se establecerán los mecanismos de control adecuados para satisfacer con estas exigencias derivadas de la jurisprudencia europea (*ídem*).

En un tercer ejemplo, la autoridad de la competencia francesa, mediante una opinión n.º 12-A-02 del 17 de enero de 2012, recuerda el marco competitivo en el que las colectividades locales pueden intervenir en el despliegue de redes para transmisión de datos en banda ancha (*très haut débit*), a través de "proyectos integrados". Dicha opinión había sido solicitada en septiembre del año pasado por la Comisión de la economía, el desarrollo durable y la ordenación del territorio del Senado francés, sobre las cuestiones de competencia que podría generar la intervención de los entes territoriales en el despliegue de la fibra óptica. La autoridad consagra una parte importante de su análisis a exponer las obligaciones jurídicas que provienen del régimen comunitario en materia de ayudas estatales, en relación con la posibilidad prevista para las colectividades territoriales de subvencionar esos "proyectos integrados". De una lectura de la opinión de la autoridad, se tiene que es posible para los entes territoriales intervenir, principalmente en razón de la noción de servicio de interés económico general, noción que englobaría aquella más específica de servicio público de desarrollo local, en el respeto, no obstante, de condiciones estrictas en el proceso de selección de la empresa encargada de prestar el servicio, así como sobre las modalidades de compensación financiera a dicha empresa. Puede el ente local desplegar esta actividad tanto en zonas no rentables como en zonas rentables, esto es, en zonas donde ya otros operadores han podido desarrollar su propia infraestructura o prevén hacerlo en un futuro próximo. La autoridad de la competencia estima imperativo que la compensación financiera eventual no cubra sino los costos de despliegue de la infraestructura en las zonas no rentables. Es en este marco que la autoridad concluye que solo la distribución puesta en marcha desde las zonas rentables hacia las zonas no rentables es de naturaleza a minimizar el monto de la compensación pública para las zonas no

rentables. A la inversa, ninguna distribución debe tener por objeto o por efecto el de organizar una transferencia de zonas no rentables hacia las zonas rentables, lo cual tendría como consecuencia falsear el juego de la competencia y de aumentar la necesidad de financiamiento público, allí donde los actores privados tienen vocación a invertir. Además, la autoridad de la competencia aprovecha para emitir una serie de recomendaciones tendientes a prevenir el riesgo de que las colectividades territoriales, al momento en que comprometen recursos para redes de iniciativa pública, sean víctimas de distorsiones a la competencia durante las respectivas licitaciones públicas. En substancia, ciertos operadores verticalmente integrados –principalmente Orange y SFR– responden a las licitaciones de las colectividades ejerciendo también una actividad de prestador del servicio de acceso a Internet sobre el mercado al pormenor, mientras que los otros operadores responden en la sola calidad de *pure players*, del sector de las comunicaciones electrónicas –por ejemplo, las filiales de los grupos del BTP como Axione y Covage. Las informaciones que detiene la autoridad francesa de la competencia ponen en evidencia las dificultades que encuentran ciertos operadores *pure players* al momento de responder a estas licitaciones, las cuales provienen del hecho de que estos últimos tienen por principales clientes potenciales a Orange y a SFR, que son también competidores en el marco de esas licitaciones, por lo que los oferentes no parecen comenzar el proceso en igualdad de condiciones. La autoridad logra establecer que los operadores verticalmente integrados tienen ventajas comerciales, a través de la facultad de comprometerse a ser cliente de la red pública en caso de adjudicársele la licitación, para su establecimiento y explotación. Pero además que poseen una ventaja técnica que se deriva del hecho de que las empresas verticalmente integradas poseen exigencias técnicas que no parecen ilegítimas en ellas mismas, pero que en la práctica solo ellas pueden satisfacer. Por lo anterior, la autoridad sugiere reducir la asimetría de informaciones entre operadores verticalmente integrados y *pure players*. Para reducir las ventajas comercial y técnica de los primeros propone que los operadores integrados suministren a las colectividades locales, cuando tienen intención de portarse como oferentes en una licitación, las condiciones en las cuales sería susceptible utilizar la red pública como prestadores del servicio de acceso a Internet, cualquiera que sea la identidad del operador que será *in fine* designado para ponerla en marcha, de manera que esta información pueda ser comunicada al conjunto de los candidatos. Lo que aparece sin duda como una condición de recepción de la oferta de las empresas integradas verticalmente.

Los diferentes ejemplos examinados en el Derecho nacional y en el francés revelan las múltiples aristas posibles del tema de las intervenciones económicas de los entes territoriales, función que aparece necesaria para el logro de equilibrios entre rentabilidad y libre competencia económica, y otros imperativos de interés general, ligados a los “intereses propios” y a “los asuntos locales”, necesarios para el logro de los fines sociales del Estado y un desarrollo económico y social durable. Estas reflexiones alrededor del reconocimiento de una

cláusula general de competencia en materia económica a los entes territoriales esperamos que sirvan a alimentar un debate teórico que tradicionalmente se ha mirado, en nuestro sistema, desde el centro y no desde la periferia, quedando entonces varios interrogantes abiertos en torno a las manifestaciones concretas de estas intervenciones, las cuales sin duda alguna invitan a construcciones futuras y a continuar con una labor comparatista con fines académicos.

## BIBLIOGRAFÍA

### I. FUENTES DOCTRINALES

#### A. OBRAS, MONOGRAFÍAS

CAFARELLI, F. (2007). *Recherche sur le fondement juridique des discriminations compensatoires en droit public français*. Tesis de doctorado. Montpellier: Université de Montpellier I, sous la direction de JEAN-LOUIS AUTIN.

CHÉROT, J.-Y. (2002). *Droit public économique*. Paris: Economica.

CORREA, M. (2009). *Libertad de empresa en el Estado social de derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

DEVOLVE, P. (1998). *Droit public de l'économie*. Paris: Dalloz-Sirey, coll. Précis Dalloz.

RENOUX, T. (1984). *Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire*. Paris: Economica, 1984.

ROBLEDO SILVA, P. (2010). *La autonomía municipal en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

SÁNCHEZ, A. (2008). *La Décentralisation territoriale en Colombie : Une contribution juridique à l'approfondissement de l'autonomie locale*, Tesis de doctorado. Paris : Université Paris II, Panthéon-Assas, JEAN-MICHEL LEMOYNE DE FORGES (dir.).

#### B. INFORMES Y DOCUMENTOS DE INTERÉS

Circular ministerial Ministerio del Interior, de las colectividades territoriales y de la seguridad nacional francés del 23 de noviembre de 2005.

Superintendencia de industria y comercio, comunicado público con fecha de 7 de julio de 2010: [<http://www.sic.gov.co/oldest/index.php?idcategoria=10621&ts=008bd5ad93b754d500338c253d9c1770>].

Plan nacional de desarrollo de la República de Colombia 2006-2010 (ley 1151 de 200).

## C. ARTÍCULOS Y CONTRIBUCIONES

- AUBY, J.-B. (2008). "Espaces économiques locaux", *Droit Administratif*, n.º 11, novembre de 2008, repère 10.
- CHARLIER, R.-E. (1984). "Signification de 'intervention' de l'Etat dans l'économie. Quelques observations linguistiques", *L'interventionnisme économique de la puissance publique: études en honneur du Doyen Georges Péquignot*. Montpellier: CERAM.
- CLAMOUR, G. (2007). "Qui peut le moins peut le plus... ! - Ou la liberté économique de fait des personnes publiques", en *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, n.º 44, 29 de octubre 2007.
- COURNIL, C. (2009). Salles de cinéma et concurrence. - "Les liaisons contentieuses", *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n.º 11, 12 Mars 2009, 1251.
- IDOUX, P. (2011). "Le cas de l'intervention économique", en *L'Etat dans ses relations avec les collectivités territoriales*, Journée d'études juridiques sur la centralisation française, coll. LEJEP, Paris: Lextenso éditions.
- JOURDAN, F. (2012). "Une société d'économie mixte pour favoriser la transition énergétique en Île-de-France", en *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, n.º 12, 26 de marzo de 2012, act. 197.
- MAILLOT, J.-L. (2011). "Bilan jurisprudentiel du contentieux éolien", en *Construction - Urbanisme*, n.º 4, abril 2011, estudio 5.
- MARKUS, J.-P. (2011). "La carence de l'initiative privée est-elle encore un critère de légalité d'une aide publique à une entreprise?", en *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, n.º 4, 24 de enero de 2011, 2037.
- LESQUINS, J.-L. (2003). "La liberté du commerce et de l'industrie: archaïsme ou renouveau?", en *Les libertés économiques*, Paris: Editions Panthéon-Assas. GUILLAUME DRAGO y MARTINE LOMBARD (dir.).
- LOMBARD, M. (2006). "Introduction", en *Régulations économiques et démocratie*, Paris: Dalloz.
- LOMBARD, M. (2003). "La liberté du commerce et de l'industrie: archaïsme ou renouveau?", en *Les libertés économiques*. Paris: Editions Panthéon-Assas. GUILLAUME DRAGO y MARTINE LOMBARD (dir.).
- PRÉBISSY-SCHNALL, C. (2012). "Compatibilité des SPL avec les règles de la concurrence et de la commande publique", en *Contrats Concurrence Consommation*, n.º 1, Janvier 2012, comm. 26.
- PRÉBISSY-SCHNALL, C. (2011). "Critères de l'interventionnisme économique d'une personne publique", en *Contrats Concurrence Consommation*, n.º 1, Janvier 2011, comm. 12.
- ROUAULT, M.-C. (2007). "Intérêt communal et intérêt communautaire", en *Cahiers de droit de l'intercommunalité*, n.º 1, janvier 2007, dossier 1.

## II. FUENTES JURISPRUDENCIALES Y DECISIONES DE AUTORIDADES DE COMPETENCIA

### A. JURISPRUDENCIA NACIONAL

#### 1. Sentencias de constitucionalidad

Corte Constitucional, sentencia C-263 de 2011.

Corte Constitucional, sentencia C-978 de 2010.

Corte Constitucional, sentencia C-149 de 2010.

Corte Constitucional, sentencia C-812 de 2009.

Corte Constitucional, sentencia C-352 de 2009.

Corte Constitucional, sentencia C-022 de 2004.

Corte Constitucional, sentencia C-1078 de 2002.

Corte Constitucional, sentencia C-615 de 2002.

Corte Constitucional, sentencia C-389 de 2002.

Corte Constitucional, sentencia C-579 de 2001.

Corte Constitucional, sentencia C-1496 de 2000.

Corte Constitucional, sentencia C-1187 de 2000.

Corte Constitucional, sentencia C-256 de 1998.

Corte Constitucional, sentencia C-043 de 1998.

Corte Constitucional, sentencia C-535 de 1996.

Corte Constitucional, sentencia C-497A de 1994.

Corte Constitucional, sentencia C-264 de 1994.

Corte Constitucional, sentencia C-284 de 1992.

#### 2. Sentencias de tutela

Corte Constitucional, sentencia T-595 de 2002.

Corte Constitucional, sentencia T-437 de 2002.

Corte Constitucional, sentencia T-426 de 1992.

## B. JURISPRUDENCIA FRANCESA

**1. Consejo de Estado**

Consejo de Estado, ass., 31 de mayo de 2006, n.º 275531; *JCP A* 2006, 1133, nota F. LINCITCH.

Consejo de Estado, 6 de julio de 2005, n.º 256977, *Sté groupe Partouche*.

Consejo de Estado, 18 de mayo de 2005, n.º 254199, *Territoire Polynésie française*; *Dr. adm.* 2005, comm. n.º 98.

Consejo de Estado, 4 de abril de 2005, *Commune d'Argentan*.

Consejo de Estado, 28 de enero de 1998, *Société Borg Warner*.

Consejo de Estado, 23 de diciembre de 1994, *Commune de Clairvaux – d'Aveyron*

Consejo de Estado, 20 de julio de 1989, *Centre d'action sociale de La Rochelle*, *AJDA*, 1989, 398.

Consejo de Estado, 25 de julio de 1986, *Cne de Mercoeur*; *Dr. adm.* 1986, n.º 489.

Consejo de Estado, sect., 1 de abril de 1977, GRIGNARD; *AJPI* 1977, p. 8109, concl. J.-M. GALABERT.

Consejo de Estado francés, 26 de junio de 1974, "Sté la Maison des Isolants-France": *Rec. CE* 1974, 356, *RD publ.* 1974, 1486, nota J.-M. AUBY.

Consejo de Estado, 27 de octubre de 1971, *Dlle Degrais*

Consejo de Estado, 25 marzo 1966, *Ville Royan* : *Rec. CE* 1966, 237.

Consejo de Estado, 20 de noviembre de 1964, *Ville de Nanterre*, *Rec.* 563.

Consejo de Estado, 17 de abril de 1964, *Commune de Merleville-Franceville*.

Consejo de Estado, Sect., 30 de mayo de 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*.

Consejo de Estado, 26 de febrero de 1906.

Consejo de Estado, 21 de marzo de 1901, *Casanova*.

**2. Cortes administrativas de apelaciones y Tribunales administrativos:**

Corte administrativa de apelaciones de Nancy, 14 de junio de 2007, n.º 06NC01474, *Saem Reims Champagne Congrès Expo*: *AJDA* 2007, p. 1933, nota de G. CLAMOUR; *Rev. Lamy conc.* 2007, n.º 920.

Corte administrativa de apelaciones de Paris, 3 de octubre de 2006, req. n.º 03PA03703.

Corte administrativa de apelaciones de Lyon, 4 de marzo de 2004, n.º 03LY00790, X, Y et Z.

Tribunal administrativo de Nancy, 18 de marzo de 1999, SA *France Telecom*.

Tribunal administrativo de Clermont-Ferrand, 21 oct. 1983, *Tay*: AJDA 1984, 166.

Tribunal administrativo de Lyon, 25 de enero de 2006, *Commune Souche*.