

BALANCE Y DESAFÍOS DEL ESTADO
REGULADOR, SUPERVISOR, PROMOTOR Y EMPRESARIO

TOMO II
ESTADO SUPERVISOR - ESTADO PROMOTOR

JULIÁN ANDRÉS
PIMIENTO ECHEVERRI
(EDITOR)

BALANCE Y DESAFÍOS
DEL ESTADO REGULADOR,
SUPERVISOR, PROMOTOR
Y EMPRESARIO

XXIV JORNADAS INTERNACIONALES
DE DERECHO ADMINISTRATIVO

TOMO II
ESTADO SUPERVISOR - ESTADO PROMOTOR

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

Balance y desafíos del Estado regulador, supervisor, promotor y empresario : XXIV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo. Tomo II, Estado supervisor - Estado promotor / Juan Camilo Amado Garzón [y otros] ; Julián Andrés Pimiento Echeverri, editor. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2023. 608 páginas : ilustraciones

Incluye referencias bibliográficas al final de cada capítulo.

ISBN: 9786287676169 (impreso)

1. Derecho administrativo -- Colombia 2. Intervención del Estado -- Aspectos económicos -- Colombia 3. Competencia económica -- Colombia 4. Sanciones administrativas -- Colombia 5. Responsabilidad del Estado -- Colombia I. Amado Garzón, Juan Camilo II. Pimiento Echeverri, Julián Andrés, editor III. Universidad Externado de Colombia IV. Título

344 SCDD 15

Catalogación en la fuente -- Universidad Externado de Colombia. Biblioteca. MRJ

agosto de 2023

ISBN 978-628-7676-16-9

© 2023, JULIÁN ANDRÉS PIMIENTO ECHEVERRI (EDITOR)

© 2023, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Calle 12 n.º 1-17 Este, Bogotá

Teléfono (+57) 601 342 0288

publicaciones@uexternado.edu.co

www.uexternado.edu.co

Primera edición: agosto de 2023

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones

Corrección de estilo: Robinson Quintero

Composición: Álvaro Rodríguez

Impresión y encuadernación: Panamericana, Formas e Impresos S.A.

Tiraje de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad de los autores.

JUAN CAMILO AMADO GARZÓN	JORGE CORONEL LÓPEZ
EMILIO JOSÉ ARCHILA PEÑALOSA	JUAN CARLOS COVILLA MARTÍNEZ
JOSÉ LUIS BENAVIDES	SERGIO GONZÁLEZ REY
FABIO ANDRÉS BONILLA SANABRIA	MÓNICA LILIANA IBAGÓN IBAGÓN
NICOLÁS CABEZAS MANOSALVA	IRIT MILKES
MANUELA CANAL	ANDRÉS FERNANDO OSPINA GARZÓN
BERNARDO CARVAJAL SÁNCHEZ	CAMILO PERDOMO VILLAMIL
SEBASTIAN CONRAD	GUILLERMO LEÓN RAMÍREZ TORRES
DIEGO FELIPE CONTRERAS PANTOJA	JORGE IVÁN RINCÓN CÓRDOBA

Presentación	13
--------------	----

PARTE I
ESTADO SUPERVISOR

CAPÍTULO 1 La regulación económica de cara a la sociedad del riesgo <i>Manuela Canal</i>	17
------------------------------------------------------------------------------------------------	----

CAPÍTULO 2 Los programas de cumplimiento (<i>compliance</i>) como complemento de la supervisión y regulación estatal en el derecho administrativo económico contemporáneo <i>Bernardo Carvajal Sánchez</i>	51
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

CAPÍTULO 3 Informalidad y políticas de formalización: ampliando la mirada <i>Jorge Coronel López</i>	95
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

CAPÍTULO 4 La imparcialidad de la intervención en la economía, a través de las sanciones administrativas para la protección de la competencia <i>Andrés Fernando Ospina Garzón</i>	121
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

CAPÍTULO 5 ¿Autoridad única de protección de la competencia? <i>Emilio José Archila Peñalosa</i>	155
--------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

CAPÍTULO 6 Alcance de los mecanismos de inspección, vigilancia y control en función de su pertenencia a la policía administrativa y su régimen de responsabilidad civil <i>Camilo Perdomo Villamil</i>	183
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

CAPÍTULO 7

- La Administración pública concertada: la terminación
convencional y/o anticipada del procedimiento administrativo
sancionador en Colombia 221
Irit Milkes

CAPÍTULO 8

- Toma de posesión de entidades sujetas a vigilancia de la
Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios 267
Sergio González Rey

CAPÍTULO 9

- La toma de posesión para liquidar en actividades de
interés público: problemas de la supervisión y
crisis financiera en la construcción de vivienda 293
Fabio Andrés Bonilla Sanabria
Guillermo León Ramírez Torres

PARTE II

ESTADO PROMOTOR

CAPÍTULO 10

- ¿Subvención, subsidio o ayuda pública? En la búsqueda
de un concepto para el ordenamiento jurídico colombiano 335
Jorge Iván Rincón Córdoba

CAPÍTULO 11

- La configuración de los subsidios en materia de agua
y su relación con el mínimo vital 373
Juan Carlos Covilla Martínez

CAPÍTULO 12

- El fomento del cine en Colombia. Transformaciones,
alcances y conquistas de la actividad promocional
en un contexto de “película” 399
Juan Camilo Amado Garzón

CAPÍTULO 13	
El desvanecimiento de las casas de papel: los subsidios de vivienda como instrumentos de imposición de obligaciones para la Administración pública y los ciudadanos	437
<i>Diego Felipe Contreras Pantoja</i>	
CAPÍTULO 14	
El contrato público como herramienta de estímulo económico	469
<i>José Luis Benavides</i>	
CAPÍTULO 15	
Ordenación del territorio y urbanismo como instrumentos para el desarrollo socioeconómico de las ciudades sostenibles	519
<i>Nicolás Cabezas Manosalva</i>	
CAPÍTULO 16	
La relación jurídica y su control judicial como idea ordenadora del sistema de derecho administrativo: aproximación desde el derecho público económico y la cooperación público privada	563
<i>Sebastian Conrad</i>	
<i>Mónica Liliana Ibagón Ibagón</i>	

Este Tomo se enfoca en dos grandes pilares de la intervención del Estado en la economía: las actividades de supervisión y las de promoción. Se trata de dos facetas muy diferentes de la actividad económica de las administraciones públicas, que encuentran fundamento en, por una parte, la regulación de las actividades económicas de los particulares y, por la otra, el cumplimiento de garantizar la igualdad material a través de la mejoría de la calidad de vida de los administrados.

Establece el artículo 335 de la Constitución Política que “la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley”. Para cumplir dicho cometido y garantizar ese equilibrio entre iniciativa privada y bien común, el ordenamiento jurídico les ha dado a las autoridades instrumentos de policía administrativa que les permiten ejercer un control previo y/o uno posterior, mediante los cuales se busca garantizar la adecuación a la ley de actividades privadas que son relevantes para el interés general.

El Estado Supervisor aparece, entonces, como una realidad necesaria en un mundo cada vez más complejo, en el cual se requiere regular nuevas actividades como la que se realiza a través de las plataformas tecnológicas, y ese propósito es llevado a cabo por Manuela Canal. Con ese fin, Bernardo Carvajal se enfoca en el *compliance* como mecanismo de verificación de la adecuación del cumplimiento de la ley por los agentes privados. Sin embargo, existe también, como lo demuestra Jorge Coronel López, la necesaria solución de problemas tradicionales relacionados con la informalidad en la realización de actividades económicas.

Andrés Ospina, por su parte, se enfocó en aspectos institucionales del regulador como el deber —o mito— de independencia del ente supervisor de la libre competencia y de las actividades empresariales, el cual se integra en una reflexión más amplia relacionada con el deseo de crear una agencia única en la materia, como lo propone Emilio Archila en su artículo.

El Estado Supervisor, además, sanciona e interviene de manera intensa en las empresas, y por ello Irit Milkes analiza el interesante mecanismo de la concertación en materia de procesos sancionatorios realizados por la autoridad de la competencia, el cual se enlaza perfectamente con la reflexión de Camilo Perdomo Villamil en relación con el ejercicio de las funciones de

inspección, vigilancia y control, y la responsabilidad del Estado. Actividad que, evidentemente, se expande a partir del análisis de la toma de posesión empresarial que analizaron Sergio González Rey, Fabio Bonilla y Guillermo Ramírez.

El Estado Promotor es, por otro lado, el de las ayudas públicas, el de la igualdad material. En el derecho nacional se trata de un asunto prácticamente inexplorado, pero que constituye una de las más importantes funciones del Estado en una sociedad tan desigual como la nuestra. Jorge Iván Rincón realiza, entonces, un desarrollo integral de la teoría de las ayudas públicas en el derecho patrio. También, por otra parte, Juan Carlos Covilla, Diego Contreras y Juan Camilo Amado analizan respectivamente los subsidios y ayudas en el ámbito del acueducto, el cine y la vivienda, zonas en las cuales existe una importante intención del Estado por promover el desarrollo económico. José Luis Benavides analiza el contrato estatal como herramienta de redistribución y Nicolás Cabezas hace lo propio con el ordenamiento del territorio. Finalmente, Sebastián Conrad y Mónica Liliana Ibagón exploran la cooperación internacional como mecanismo de promoción por parte del Estado.

Como se puede notar, es un esfuerzo bastante completo por realizar un acercamiento integral a dos de las grandes competencias del Estado en materia de intervención de la economía, aquella que busca garantizar el cumplimiento y la adecuación constante de la actividad económica al ordenamiento jurídico a través de instrumentos de policía administrativa y sus transformaciones y, por la otra, la promoción de la igualdad material a través de subsidios, directos e indirectos, así como la relectura de herramientas tan tradicionales como el contrato estatal, la ordenación del territorio o la cooperación.

Con toda seguridad, el lector encontrará una obra inédita en el derecho nacional y, probablemente, en América Latina, que tiene, como es acostumbrado en esta serie, una visión integral y completa de los grandes estándares del derecho administrativo.

PARTE I
ESTADO SUPERVISOR

CAPÍTULO I

*La regulación económica de cara
a la sociedad del riesgo*

MANUELA CANAL*

SUMARIO

Introducción; I. Estado social de derecho: entre la libertad económica y la intervención estatal; II. El caso de Uber como un ejemplo de fracaso regulatorio; III. El etiquetado de alimentos como un límite necesario a la industria para proteger la salud de los colombianos; Conclusión.

INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente, la doctrina ha establecido que existen tres principales actividades desarrolladas por la administración, correspondientes al fomento, el servicio público y la policía administrativa¹. Esta última corresponde a la facultad de la administración de reglamentar, restringir o limitar derechos individuales y actividades particulares con el fin de salvaguardar el orden público². La citada definición está compuesta por dos elementos esenciales: el orden público como el objetivo perseguido por la actividad y el *imperium* de la administración como medio para lograr el pretendido fin³.

Durante el Estado liberal o gendarme, caracterizado por una administración abstencionista, la actividad de policía y la del servicio público se entendían como opuestas. Se consideraba que, mediante la primera, la administración desplegaba acciones negativas con el fin de garantizar la tranquilidad, la salubridad, la moralidad y, particularmente, la seguridad de los particulares —consideradas como diversas dimensiones del orden

* Docente investigadora del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia, magíster en Derecho de Daños de la Universitat de Girona, España. Correo-e: manuela.canal.silva@gmail.com

- 1 Alberto Moncada Lorenzo, “Significado y técnica jurídica de la policía administrativa”, en *Revista de Administración pública*, núm. 28, España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, España, 1959, p. 54.
- 2 A fin de estudiar el concepto y la evolución de la policía administrativa, véase Manuela Canal, “La policía administrativa: un concepto en evolución”, en *Las transformaciones de la administración pública y del derecho administrativo, Tomo I*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010. La introducción de este texto se basa, ampliamente, en dicho estudio.
- 3 Véase, entre otros: Maurice Hauriou, *Précis de Droit Administratif* (8ª ed.), LGDJ, París, 1914, p. 518; Alberto Moncada Lorenzo, “Significado y técnica jurídica de la policía administrativa”, *op. cit.*, p. 95; Jaime Vidal Perdomo, *Derecho administrativo general*, Legis, Bogotá, 2010, pp. 315-316; Libardo Rodríguez, *Derecho administrativo general y colombiano, Tomo I*, Temis, Bogotá, 2021, p. 701; Eustorgio Sarria y Mauricio Sarria, *Derecho administrativo colombiano: general y especial*, Pequeño Foro, Bogotá, 1984, p. 102.

público—, mientras que, mediante la segunda, la administración desplegaba acciones positivas a efectos de garantizar el interés general⁴.

Sin embargo, gracias a la proclamación del Estado social de derecho, la administración adquirió un rol prestacionista. Esto provocó una redefinición de la noción de policía administrativa, que abandonó el postulado liberal “*laissez faire, laissez passer*”, adoptó un papel abiertamente intervencionista frente a las actividades de los particulares y multiplicó su campo de acción. En la economía, el libre juego de la oferta y la demanda del Estado gendarme fue reemplazado por la subordinación de la iniciativa privada al interés general⁵.

El cambio del modelo de Estado implicó, a su vez, una extensión del concepto de orden público, en la medida en que este adquirió múltiples dimensiones. De hecho, según Julián Pimiento, “el aspecto quizá más importante del orden público es su ampliación a ámbitos nuevos de la actividad administrativa”⁶. En la actualidad, existe un vasto catálogo de bienes jurídicos protegidos mediante la actividad de policía, tales como la seguridad social, el medio ambiente sano, la confianza, la economía y la estética⁷. Por lo que hoy, el orden público debe entenderse como la suma de bienes jurídicos y manifestaciones de derechos, particularmente colectivos, que, de conformidad con los fundamentos del Estado social de derecho, deben acoplarse a las exigencias del interés general propias de la sociedad moderna⁸⁻⁹.

La referida extensión de la noción de orden público tuvo dos implicaciones fundamentales: primero, la indeterminación del concepto y, segundo, el desvanecimiento de los límites que, durante el Estado liberal, separaban tajantemente las ideas de orden público e interés general, como fines de la

4 Manuela Canal, “La policía administrativa: un concepto en evolución”, *op. cit.*, p. 564.

5 Alberto Moncada Lorenzo, “Significado y técnica jurídica de la policía administrativa”, *op. cit.*, p. 91; Manuela Canal, “La policía administrativa: un concepto en evolución”, *op. cit.*, pp. 546-554.

6 Julián Pimiento Echeverri, “El derecho administrativo sancionatorio en el marco del Código Nacional de Policía y Convivencia”, en Alberto Montaña Plata y Jorge Iván Rincón Córdoba (eds.), *El poder sancionador de la administración pública: discusión, expansión y construcción*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2018, p. 613.

7 Agustín A. Gordillo, *Tratado de derecho administrativo, Parte general, Tomo II*, Ediciones Macchi-López, Buenos Aires, 2009, pp. 7-8.

8 Según Jorge Iván Rincón, “dentro del concepto de orden público podemos situar a cada una de las manifestaciones de derechos, en especial los colectivos, que por perseguir resolver exigencias generales se identifican con el concepto mismo de utilidad pública”. Jorge Iván Rincón Córdoba, *Las generaciones de derechos fundamentales y la acción de la administración pública*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, p. 214.

9 Manuela Canal, “La policía administrativa: un concepto en evolución”, *op. cit.*, pp. 554-556.

policía administrativa y del servicio público¹⁰. En efecto, las actuales medidas de policía limitan las actividades privadas a fin orientarlas y encauzarlas en pro del interés general¹¹ y de garantizar el bienestar social¹².

Sobre la base de que en varios escenarios el interés particular se contrapone con el interés general, la policía administrativa tiene el capital cometido de implementar estrategias innovadoras que logren un equilibrio entre la garantía de intereses comunitarios, tales como el medio ambiente, la protección al consumidor y la economía pública, y la protección de libertades y derechos individuales, como la propiedad privada y la libertad de empresa, para así promover el progreso de la sociedad moderna¹³⁻¹⁴.

Así pues, el ejercicio de la actividad de policía por parte de la administración no solo es esencial para materializar el servicio público como justificación del derecho administrativo y fin último de toda la actividad estatal¹⁵, sino que tiene la virtualidad de incidir en la vida económica, política, social y civil de los particulares¹⁶.

A partir de los datos reseñados, podría pensarse que el mayor reto enfrentado por la policía administrativa correspondió a la extensión de su alcance y de sus objetivos de cara al nuevo modelo de Estado social de derecho. No obstante, me inclino a pensar que el desafío más grande de esta actividad lo enfrenta hoy al tener que operar en la sociedad del riesgo: el mundo moderno está marcado por el desarrollo tecnológico y por la especialización y el incremento exponencial de actividades económicas, pero este cambio implica la proliferación de riesgos —entendidos como eventos inciertos o

10 *Ibidem*.

11 Jorge Iván Rincón Córdoba, *Las generaciones de derechos fundamentales y la acción de la administración pública*, *op. cit.*, p. 216.

12 Jairo Ramos Acevedo, *Cátedra de derecho administrativo general y colombiano, Tomo II*, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2014, p. 498.; Agustín A. Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*, *op. cit.*, p. 12.

13 Jorge Iván Rincón Córdoba, *Las generaciones de derechos fundamentales y la acción de la administración pública*, *op. cit.*, p. 216.

14 Manuela Canal, “La policía administrativa: un concepto en evolución”, *op. cit.*, p. 565.

15 Gaston Jèze, *Les Principes généraux du droit administratif*, tomo 2 (3ª ed.), Dalloz, París, 2004, p. 2. Véase también: Alberto Montaña Plata, *Fundamentos de derecho administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010.

16 Jaime Orlando Santofimio, “La actividad de la administración pública y sus principales manifestaciones”, en *Compendio de derecho administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2017, p. 305.

aleatorios, cuya materialización puede provocar un daño— para el medio ambiente y para los particulares¹⁷.

Al respecto, Ulrich Beck sostiene que los problemas a los que nos enfrentamos como sociedad son, básicamente, consecuencia del desarrollo técnico-económico mismo. “El proceso de modernización se vuelve reflexivo, se toma a sí mismo como tema y problema”¹⁸. En consecuencia, tanto a la ciencia como al derecho les corresponde descubrir, tasar, administrar y, de ser posible, evitar la materialización de tales contingencias.

“Así pues, la denominada ‘sociedad del riesgo’ se convierte hoy en día en un campo de juego obligatorio para la administración. El derecho tiene la importante tarea de concertar el desarrollo tecnológico con la salvaguarda del medio ambiente y de la salud del ser humano”¹⁹. En ese contexto, a la policía administrativa le compete directamente gestionar los riesgos relativos a la evolución técnico-económica. Esta debe sopesar distintas alternativas para combatir las contingencias y elegir las más apropiadas para su prevención y control de cara a los administrados²⁰. Lo anterior sin detener el desarrollo técnico-económico.

La pretensión de este texto consiste en determinar los desafíos de la regulación económica de cara a la sociedad del riesgo. Así, estudiaré, en primer lugar, la difícil tensión entre el respeto a la iniciativa privada y la garantía del interés público o social. Expondré también la relación de género y especie entre la policía administrativa y la regulación económica. En segundo lugar, analizaré la inexistente regulación del servicio prestado a través de la plataforma digital Uber y ahondaré en las causas y los efectos de la normatividad relativa a la actividad desarrollada por la industria alimentaria, que exige el etiquetado de los alimentos que puedan ser dañinos para la salud del consumidor.

17 José Esteve Pardo, “Ciencia y derecho ante los riesgos para la salud. Evaluación, decisión y gestión”, en *Revista Documentación Administrativa*, Madrid, 2005, p. 137-140.

18 Ulrich Beck, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Paidós, Barcelona, 2002, p. 25.

19 Manuela Canal, “La policía administrativa: un concepto en evolución”, *op. cit.*, p. 580.

20 José Esteve Pardo, “De la policía administrativa a la gestión de riesgos”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 119, 2003, pp. 333-335.

I. ESTADO SOCIAL DE DERECHO: ENTRE LA LIBERTAD ECONÓMICA Y LA INTERVENCIÓN ESTATAL

Según el artículo primero superior, Colombia es un Estado social de derecho. Dicho modelo irradia todas las disposiciones de la Constitución Política, incluidas aquellas relativas al régimen económico del país. Los artículos 58 y 60 de la Carta señalan que “se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles” y que “el Estado promoverá, de acuerdo con la ley, el acceso a la propiedad”. En la misma línea, según el artículo 333 constitucional, “la actividad económica y la iniciativa privada son libres” y el Estado estimulará el desarrollo empresarial e impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica. Tales normas dan cuenta de la adopción de un modelo de economía social de mercado, en el cual la iniciativa privada y la libre empresa juegan un papel esencial²¹.

Con ocasión de nuestro modelo de Estado, la libertad económica particular corresponde a un derecho subjetivo que se ejerce, por regla general, de forma directa, sin requerir de permisos previos o habilitaciones de ninguna naturaleza²². Así, a fin de asegurar un mercado en libre competencia, la Constitución garantiza la protección de la libertad económica, que beneficia a los agentes económicos y a los consumidores²³.

No obstante, el ejercicio de los derechos relativos a la libertad económica no es absoluto. De hecho, el citado artículo 58 también advierte la función social y ecológica de la propiedad, y precisa que el interés privado deberá ceder al interés público o social “cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida”. Igualmente, la norma informa sobre la posibilidad de expropiar por parte del Estado. El artículo 333 superior señala que la actividad económica y la iniciativa privada deben ejercerse dentro de los límites del bien común, dispone que “la libre competencia económica es un derecho [...] que supone responsabilidades”

21 Andrés David Ospina Riaño, “La libre competencia económica frente a la intervención del Estado en la Economía. La paradoja del mor”, en *Revista Contexto*, núm. 40, 2013, p. 19.

22 Jaime Orlando Santofimio, “La actividad de la administración pública y sus principales manifestaciones”, *op. cit.*, p. 310.

23 Guillermo Sánchez Luque, “La intervención judicial de la economía: ¿es compatible con el mercado y con la democracia?”, en *Revista Con-texto*, núm. 49, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2018, p. 114.

y establece la función social de la empresa; la cual implica obligaciones para los particulares. Por último, este artículo indica que el Estado “evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional” y que “la ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”. Según el artículo 334 de la Carta, al Estado colombiano le corresponde la dirección general de la economía.

El Estado, por lo tanto, no solo está facultado para intervenir en la economía, sino que, según la Constitución, está obligado a hacerlo a fin de fomentar el desarrollo económico y social; lograr la satisfacción de las necesidades de toda la población en condiciones de equidad; proteger los intereses sociales de los trabajadores y los derechos de los consumidores y los usuarios y prevenir y remediar las fallas del mercado²⁴.

Esta intervención pública se manifiesta mediante la regulación económica, correspondiente a una función del Estado de dictar normas jurídicas en las actividades económicas y “se materializa en leyes que dicta el Congreso, reglamentos y otros tipos de disposiciones de carácter general expedidas por la Administración pública e incluso los organismos autónomos del Estado”²⁵. La regulación económica pretende fomentar el adecuado funcionamiento de mercados específicos y

permite la conjugación de la técnica económica y la ciencia jurídica para la consolidación del libre mercado, la libre competencia y los derechos de los usuarios, no como fines en sí mismos, sino como medios que permiten alcanzar el objetivo encomiable del Estado social de derecho: la satisfacción del bien común²⁶.

En virtud de la definición anterior, concluyo que la regulación económica forma parte de la actividad de policía administrativa. Se recuerda que la policía está compuesta por los elementos esenciales del orden público y el *imperium* y, al respecto, considero que, con ocasión de la ya tratada indeterminación de la noción de orden público, hoy debe reivindicarse el valor

24 Corte Constitucional, sentencias C-524 de 1995 y C-197 de 2012.

25 Luis Ferney Moreno Castillo, *Teoría de la regulación: hacia un derecho administrativo de la regulación*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2019, pp. 57-58.

26 David Guinard-Hernández, “La ‘regulación económica’ como instrumento de intervención estatal en la economía”, en *Revista Digital de Derecho Administrativo*, núm. 18, segundo semestre, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2017, p. 200.

de los medios utilizados por la administración para lograr salvaguardar el orden público como pilares de la idea de policía administrativa²⁷. Ahora, ya que existe una coincidencia entre los medios utilizados por la actividad de policía administrativa y por la regulación económica, atinentes a la restricción y limitación de derechos individuales, se colige una relación de género y especie entre los dos conceptos.

En el marco de la regulación económica, es claro que el ejercicio de la libertad está sujeto a la intervención y dirección del Estado, que se materializa mediante la exigencia de permisos, licencias, autorizaciones y otros tipos de requisitos o condicionamientos fundamentales para el cumplimiento de los fines públicos²⁸. Las tres ramas del poder tienen a su cargo la dirección e intervención del Estado en la economía.

En primer lugar, según el artículo 333 superior, corresponde exclusivamente al Legislador definir los elementos básicos de las limitaciones a las libertades económicas²⁹, por lo que los permisos y requisitos respecto de las actividades de esta índole deben tener una fuente legal³⁰. La Corte Constitucional establece cuándo la intervención estatal en la economía resulta compatible con las normas superiores:

La jurisprudencia de esta Corporación ha previsto que esa intervención será compatible con los preceptos que dispongan la intervención del Estado en el mercado solo resultarán acordes con la Carta Política cuando esta i) necesariamente debe llevarse a cabo por ministerio de la ley; ii) no puede afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa; iii) debe obedecer a motivos adecuados y suficientes que justifiquen la limitación de la referida garantía; iv) debe obedecer al principio de solidaridad; y v) debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad³¹.

En segundo lugar, dentro del marco definido por la ley, el Ejecutivo interviene en la economía a través del ejercicio de la potestad reglamentaria, así como de las funciones de inspección, vigilancia y control. La potestad reglamentaria la ejercen el presidente o sus ministros, mediante la expedición de

27 Manuela Canal, “La policía administrativa: un concepto en evolución”, *op. cit.*, p. 562.

28 Jaime Orlando Santofimio, “La actividad de la administración pública y sus principales manifestaciones”, *op. cit.*, p. 296.

29 Corte Constitucional, Sentencia C-197 de 2012.

30 Magdalena Correa Henao, *Libertad de empresa en el Estado social de derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, p. 76.

31 Corte Constitucional, sentencias C-615 de 2002 y C-228 de 2010.

actos administrativos, y las comisiones reguladoras. La inspección, vigilancia y control, en general, está en cabeza de las Superintendencias³². Según la Corte Constitucional,

la participación del Ejecutivo en la regulación de la economía se encuentra justificada además en la complejidad técnica de los asuntos económicos y en la necesidad de que la regulación sea oportuna, en otras palabras, que se adapte al dinamismo que caracteriza las relaciones económicas³³.

En tercer lugar, al Poder Judicial, encargado de la solución de conflictos, le compete hacer efectivos los derechos definidos en la Constitución, la ley o los actos administrativos y, pese a que jamás puede sustituir al legislador en la emisión de normas de contenido general, su rol resulta crucial cuando existen vacíos normativos.

Así pues, por una parte, nuestra Constitución reconoce la libertad de empresa, la iniciativa privada y la libertad de los administrados frente a la gestión de sus intereses y bienes y, por otra, define límites frente a la referida gestión, impone obligaciones, señala que la libre competencia supone responsabilidades y admite la intervención pública siempre y cuando esta responda a la garantía de intereses superiores y fines sociales de la Carta³⁴.

Con base en lo dispuesto, en la práctica deberá encontrarse una difícil armonía entre la libre competencia económica y la intervención pública en la economía para así conciliar los intereses privados aparejados a la actividad empresarial con el interés general como fin del Estado³⁵. Ello, a fin de evitar escenarios de desregulación, que pueden dar lugar a ineficiencias o abusos frente a los usuarios, o escenarios de exceso de regulación, que pueden anular la iniciativa privada, la competencia y reemplazar al mercado³⁶.

32 Andrés David Ospina Riaño, “La libre competencia económica frente a la intervención del Estado en la Economía. La paradoja del mor”, *op. cit.*, p. 18.

33 Corte Constitucional, Sentencia C-197 de 2012.

34 Véanse, entre otros: Magdalena Correa Henao, *Libertad de empresa en el Estado social de derecho*, *op. cit.*, p. 182; Jaime Orlando Santofimio, “La actividad de la administración pública y sus principales manifestaciones”, *op. cit.*, p. 310; Andrés David Ospina Riaño, “La libre competencia económica frente a la intervención del Estado en la economía. La paradoja del mor”, *op. cit.*, p. 19.

35 Corte Constitucional, Sentencia C-032 de 2017.

36 Andrés David Ospina Riaño, “La libre competencia económica frente a la intervención del Estado en la economía. La paradoja del mor”, *op. cit.*, p. 20.

Al estudiar la intervención del Estado en la economía, usualmente se analiza la exigencia de una habilitación previa, brindada por las autoridades de policía administrativa especializada, a fin de autorizar el ejercicio de una determinada actividad económica. No obstante, la habilitación previa como única expresión de la regulación está revaluada en el mundo moderno, marcado por el desarrollo tecnológico, la especialización y el incremento exponencial de actividades.

Por ello, en este artículo pretendo exponer cómo debe transformarse el papel de la policía administrativa, entendiendo que ya no es suficiente con que se habilite previamente a los particulares para el ejercicio de actividades económicas, sino que es necesario que el Estado ejerza, además, un control durante la ejecución de tales actividades.

Estos desafíos se pueden ver representados en dos casos prácticos. Primero, estudiaré el servicio prestado a través de la plataforma digital Uber, que empezó a operar en el país sin regulación previa y, por lo tanto, sin la exigencia de una habilitación. Luego, estudiaré la actividad desarrollada por la industria alimentaria, en donde la exigencia de una habilitación previa para autorizar su ejercicio resulta insuficiente para una regulación integral de la actividad de cara a los riesgos que esta conlleva para los particulares. Un ejemplo de ello es la obligación de incluir etiquetado en los alimentos con altos niveles de nutrientes críticos a fin de garantizar la salud pública. Analizaré a fondo este tema.

II. EL CASO DE UBER COMO UN EJEMPLO DE FRACASO REGULATORIO

La difícil armonía planteada previamente entre la libre competencia económica y la intervención pública en la economía se evidencia claramente en las dificultades y los obstáculos a los que se ha enfrentado el Estado colombiano para la limitación, la reglamentación y el control de las actividades económicas desarrolladas a través de plataformas digitales. Este es el caso de Uber.

La plataforma digital Uber permite conectar a conductores de vehículos con usuarios que requieren desplazarse. Luego de que el usuario solicita el servicio a través de la aplicación, un conductor es informado sobre la petición y una vez acepte dicho viaje, procederá a movilizar al usuario hasta

el destino indicado previamente. A cambio de la prestación del servicio, el usuario deberá pagar un precio fijado por la aplicación³⁷.

Según un estudio publicado por Fedesarrollo³⁸ en 2020, la contribución al PIB del país por parte de las plataformas digitales es del 0,23 %, teniendo en cuenta la remuneración al factor trabajo y las ganancias de capital de los negocios aliados. Por una parte, dichas plataformas han creado alternativas laborales para un segmento significativo de la población, compuesto por personas que tienen pocas posibilidades de encontrar un empleo formal, tales como migrantes y personas con bajos niveles educativos, o que buscan una fuente secundaria de ingresos que les garantice una flexibilidad laboral. A febrero de 2020, había aproximadamente 200.000 colaboradores de plataformas digitales en Colombia. Por otra parte, las plataformas causan ganancias de capital a negocios aliados y al Estado, en general, como el servicio de internet, la sistematización de procesos, el uso de tarjetas de crédito para el pago, la apertura de cuentas bancarias, el registro en la Cámara de Comercio y el pago de impuestos³⁹.

A finales de 2019, Uber contaba con 88.000 “socios conductores”, la plataforma estaba presente en 12 ciudades del país con más de 2.000.000 de usuarios⁴⁰ y desde el 2013 hasta 2021, alcanzó 360.000.000 de viajes⁴¹. Estas cifras, sumadas a las ganancias de capital de los negocios aliados generados por esta plataforma, dan cuenta del enorme impacto social y económico de Uber en el país. Esta aplicación ha sido y es una importante fuente de empleo en Colombia y se ha consolidado como una solución para la movilización de muchos particulares.

37 Uber. *Cómo usar la app de uber* (s. f.). Disponible en: <https://www.uber.com/co/es/about/how-does-uber-work>. Última consulta: 25 de abril de 2023.

38 Cristina Fernández y Juan Benavides, *Las plataformas digitales, la productividad y el empleo en Colombia*, Fedesarrollo, Bogotá, 2020.

39 María Angélica Arbeláez, Cristina Fernández y Daniel Hernández, *Plataformas digitales y contribuciones a seguridad social. El caso de Colombia antes y después de la pandemia*, Fedesarrollo, Bogotá, 2021, p. 85.

40 Iván Luzardo. “Así son las cifras de uber en Colombia al terminar 2019”. *Folou*. Disponible en: <https://folou.co/colombia/asi-son-las-cifras-de-uber-en-colombia-al-terminar-2019/>. Última consulta: 25 de abril de 2023.

41 Nathalia Morales Arévalo, “La aplicación Uber registró un crecimiento de 89 % en sus ingresos del año pasado”. *La República*. Disponible en: <https://www.larepublica.co/empresas/la-aplicacion-uber-registro-un-crecimiento-de-89-en-sus-ingresos-del-ano-pasado-3294335>. Última consulta: 25 de abril de 2023.

El evidente impacto del uso de la plataforma en nuestro país demuestra la necesaria limitación, reglamentación y control de la actividad por parte del Estado. Ello, ya que la operación de Uber afecta a un sinnúmero de particulares y se relaciona con variados campos del derecho: el derecho laboral, pues Uber debe garantizar la seguridad del empleo y los ingresos, las condiciones de trabajo y la protección social a sus “socios conductores”⁴²; el derecho de transporte; el derecho de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC); el derecho tributario; el derecho mercantil, entre otros.

Así, la limitación, reglamentación y control de la actividad económica desarrollada mediante Uber supone un universo de retos jurídicos para el Estado. Sin embargo, profundizar en todos desbordaría el objeto de esta investigación, por lo que el texto se restringirá a estudiar, en primer lugar, diversos pronunciamientos y decisiones que indagan si, mediante Uber, se presta o no el servicio público de transporte y, en segundo lugar, se analizará el papel del Congreso colombiano en la regulación de la actividad.

El primer desafío para la regulación y la inspección, vigilancia y control de la actividad económica desarrollada mediante Uber, supone definir si, a través de esta plataforma digital, se presta o no el servicio público de transporte. La anterior no solo constituye una duda teórica, sino que, como se estudiará más adelante, tiene un impacto claro en la competencia y el campo de acción que tienen las Superintendencias frente a esta actividad.

La actividad del transporte corresponde a un servicio público esencial que, según el artículo 365 constitucional, es inherente a la finalidad social pública y puede ser prestada por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares. El transporte debe prestarse en forma permanente, regular y continua, con ocasión de la función económica y social que este cumple. La importancia de dicho servicio radica en el hecho de que resulta indispensable para el desarrollo de muchas otras actividades que exigen el desplazamiento de bienes o de personas⁴³.

42 No en vano la “Declaración del centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo” de 2019 plantea la necesidad de “responder a los retos y las oportunidades que plantea la transformación digital del trabajo, incluido el trabajo en plataformas, en el mundo del trabajo”. Organización Internacional del Trabajo, *Declaración del Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo*, Ginebra, 2019. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@relconf/documents/meetingdocument/wcms_711699.pdf Última consulta: 25 de abril de 2023.

43 Corte Constitucional, Sentencia C-066 de 1999.

La búsqueda del equilibrio entre las libertades económicas y su limitación por parte del Estado es clara en la legislación de este sector. La Ley 105 de 1993 define que uno de los principios fundamentales del transporte es la libertad de empresa, según la cual no podrán exigirse requisitos diferentes a los establecidos en la ley y el reglamento para la constitución de empresas o de formas asociativas de transporte, y las autoridades únicamente podrán aplicar las restricciones a la iniciativa privada establecidas en la ley. A la vez, la misma norma define que “la operación del transporte público en Colombia es un servicio público bajo la regulación del Estado, quien ejercerá el control y la vigilancia necesarios para su adecuada prestación en condiciones de calidad, oportunidad y seguridad”⁴⁴. Por su parte, la Ley 336 de 1996 señala que en el transporte deberá privilegiarse el interés general frente al particular, “especialmente en cuanto a la garantía de la prestación del servicio y a la protección de los usuarios”⁴⁵.

El Decreto 1079 de 2015, que se aplica a las entidades del sector transporte y rige en todo el territorio nacional⁴⁶, define a la actividad transportadora como “un conjunto organizado de operaciones tendientes a ejecutar el traslado de personas o cosas, separada o conjuntamente, de un lugar a otro, utilizando uno o varios modos, de conformidad con las autorizaciones expedidas por las autoridades competentes, basadas en los reglamentos del Gobierno Nacional”⁴⁷ y al transporte público como “una industria encaminada a garantizar la movilización de personas o cosas, por medio de vehículos apropiados, en condiciones de libertad de acceso, calidad y seguridad de los usuarios, sujeto a una contraprestación económica”⁴⁸.

Con base en las normas citadas, a continuación, estudiaré tres pronunciamientos contradictorios de la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio, de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado y del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, respecto del tipo de servicio prestado mediante la plataforma Uber.

44 Artículo 3 de la Ley 105 de 1993.

45 Artículo 5 de la Ley 336 de 1996.

46 Artículo 2.1.1.2 del Decreto 1079 de 2015.

47 Artículo 6 de la Ley 336 de 1996 y artículo 2.1.2.1 del Decreto 1079 de 2015.

48 Artículo 3 de la Ley 105 de 1993 y artículo 2.1.2.1 del Decreto 1079 de 2015.