

libre competencia en los mercados. Para estos efectos las autoridades de regulación informarán a la Superintendencia de Industria y Comercio de los actos administrativos que se pretendan expedir (...).”

Por su parte, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado se pronunció sobre el efecto jurídico que podría tener el incumplimiento por parte de una autoridad de regulación de las obligaciones señaladas en el artículo 7 de la Ley 1340 de 2009, en los siguientes términos:

“El efecto jurídico que podría traer para la autoridad de regulación el no remitir un proyecto regulatorio a la Superintendencia de Industria y Comercio para su evaluación dentro de la función de abogacía de la competencia, o el de apartarse del concepto previo expedido por la Superintendencia de Industria y Comercio sin manifestar de manera expresa los motivos por los cuales se aparta, en principio, sería la nulidad del acto administrativo de regulación por expedición irregular del acto administrativo y violación de las normas en que debe fundarse, causales que deberán ser estudiadas y declaradas, en todo caso, por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.”² (destacado fuera de texto)

2. REGULACIÓN PROPUESTA

2.1. Marco regulatorio relevante para la comprensión del Proyecto

A continuación, se hace una descripción muy breve del contexto normativo que sirve de sustento al Proyecto.

2.1.1. La Ley 105 de 1993

En esta ley se define el “Sector y Sistema Nacional de Transporte”, se establecen los principios rectores del transporte –principios fundamentales y principios del transporte público- y se incluyen, entre otras, disposiciones relacionadas con la regulación del transporte y del tránsito³.

En cuanto a los principios fundamentales⁴, la ley menciona y desarrolla los siguientes: (i) soberanía del pueblo; (ii) intervención del Estado; (iii) libre circulación; (iv) integración nacional e internacional; y (v) seguridad.

Respecto del principio de seguridad, cabe destacar que según el literal e) del artículo 2 de la Ley 105 de 1993, la seguridad de las personas constituye una prioridad del sistema de transporte⁵.

Por su parte, en lo referido a los principios del transporte público⁶, en la ley se señalan los siguientes: (i) acceso al transporte; (ii) carácter público del transporte; (iii) colaboración entre entidades; (iv) participación ciudadana; (v) rutas para el servicio público de transporte; (vi) libertad

² Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 4 de julio de 2013.

³ Cfr. Capítulos I, II y III del Título I de la Ley 105 de 1993

⁴ Cfr. Artículo 2 de la Ley 105 de 1993.

⁵ Cfr. Literal e) del artículo 2 de la Ley 105 de 1993.

⁶ Cfr. Artículo 3 de la Ley 105 de 1993.

de empresa; (vii) permisos o contratos de concesión; (viii) transporte intermodal; y (ix) subsidios a determinados usuarios.

2.1.2. La Ley 336 de 1996 – Estatuto Nacional de Transporte

En el artículo 1 de la Ley 336 de 1996 se señala que esta tiene por finalidad, unificar los principios y criterios para la regulación y reglamentación del transporte, en armonía con lo establecido en la Ley 105 de 1993⁷.

Igualmente, en el artículo 2 de esta ley se reitera que la seguridad y protección de los usuarios constituye una prioridad esencial para el transporte⁸.

En el Capítulo 2 de la Ley 336 de 1996 se explican los principios y la naturaleza del Estatuto Nacional de Transporte. Así, se señala por ejemplo que el transporte como servicio público continuará bajo la dirección, regulación y control del Estado⁹.

En el artículo 5 se explica que por ser el transporte un servicio público esencial, el interés general prevalecerá sobre el particular, especialmente en lo que tiene que ver con la garantía del servicio y la protección de los usuarios¹⁰.

Respecto del funcionamiento del servicio público, se precisa en el artículo 9 que este será prestado por empresas o personas habilitadas para tal fin¹¹.

Por su parte, en el artículo 16 se mencionan los servicios especiales de transporte, que pueden incluir entre otros, los escolares, para asalariados, de turismo y ocasional.

Adicionalmente, en el capítulo 8 se desarrollan diversos aspectos relacionados con la seguridad, entre otros, aquellos que tienen que ver con los equipos destinados al transporte público¹².

2.1.3. Otras normas

Mediante el Decreto 1079 de 2015 Único Reglamentario del Sector Transporte se compilaron distintas disposiciones relacionadas con el sector transporte, entre ellas, el Decreto 348 de 2015 por el cual se reglamenta la prestación del servicio público de transporte terrestre automotor especial¹³ y se establecen los requisitos que deben cumplir las empresas interesadas en obtener

⁷ Cfr. Artículo 1 de la Ley 336 de 1996.

⁸ Cfr. Artículo 2 de la Ley 336 de 1996.

⁹ Cfr. Artículo 4 de la Ley 336 de 1996.

¹⁰ Cfr. Artículo 5 de la Ley 336 de 1996.

¹¹ Cfr. Artículo 9 de la Ley 336 de 1996.

¹² Cfr. Capítulo 8 de la Ley 336 de 1996

¹³ Decreto 348 de 2014, artículo 4: "Servicio público de transporte terrestre automotor especial. Es aquel que se presta bajo la responsabilidad de una empresa de transporte legalmente constituida y debidamente habilitada en esta modalidad, a un grupo específico de personas que tengan una característica común y homogénea en su origen y destino, como estudiantes, turistas, empleados, personas con discapacidad y/o movilidad reducida, pacientes no crónicos y particulares que requieren de un servicio expreso, siempre que hagan parte de un grupo determinable y de acuerdo con las condiciones y características que se definen en el presente decreto.

y mantener la habilitación¹⁴ en dicha modalidad, las cuales, según este decreto, deberán operar de forma eficiente, segura, oportuna y en armonía con los principios de la libre competencia e iniciativa privada¹⁵.

2.2. El Proyecto

El Proyecto busca modificar disposiciones del capítulo 6 del título 1 de la parte 2 del libro 2 del Decreto 1079 de 2015 y adicionar otras en lo relacionado con el servicio público de transporte terrestre automotor especial.

2.2.1. Concepto de servicio público de transporte terrestre automotor especial

En el artículo 2.2.1.6.4. del Proyecto se establece que el servicio público de transporte especial es aquel que presta una empresa de transporte legalmente constituida y habilitada para esta modalidad, a un grupo específico de personas que comparten una característica común y homogénea en su origen y destino, como estudiantes, empleados, turistas, personas con discapacidad y/o movilidad reducida, pacientes no crónicos y particulares que requieren de un servicio expreso, siempre que hagan parte de un grupo determinable. Así mismo, la prestación de dicho servicio se realizará previa suscripción de un contrato entre la empresa de transporte habilitada en esta modalidad y la persona natural o jurídica que requiera el servicio¹⁶.

2.2.2. Contratación del servicio público de transporte terrestre automotor especial

El Proyecto en su artículo 2.2.1.6.3.1. determina que el servicio público de transporte especial únicamente podrá contratarse con empresas de transporte habilitadas para esta modalidad por el Ministerio de Transporte y, en ningún caso, podrá prestarse sin la celebración del contrato de transporte suscrito entre la empresa habilitada y el interesado¹⁷.

Adicionalmente, se determinan ciertos requisitos mínimos para los contratos, entre otros, se mencionan los siguientes: (i) obligación a cargo de las empresas transportadoras de numerar los contratos; (ii) incluir las obligaciones de las partes; (iii) valor de los servicios contratados; (iv) número de pasajeros a movilizar; (v) tiempos de disponibilidad de vehículos; y (vi) toda la información necesaria para que el Ministerio de Transporte pueda realizar a partir de estos contratos un plan de rodamiento que le permita establecer factores de ocupación y las necesidades de incremento de la capacidad transportadora global¹⁸.

¹⁴ Artículo 2.2.1.6.3.6. Decreto 1079 de 2015, "Habilitación: Las empresas legalmente constituidas, interesadas en prestar el Servicio Público de Transporte Terrestre Automotor Especial, deberán solicitar y obtener habilitación para operar este tipo de servicio. Si la empresa, pretende prestar el servicio de transporte en una modalidad diferente, debe acreditar ante la autoridad competente los requisitos de habilitación exigidos. La habilitación por sí sola no implica la autorización para la prestación del Servicio Público de Transporte en esta modalidad. Además, se requiere el cumplimiento de las obligaciones contenidas en el presente Capítulo, especialmente las relacionadas con la capacidad transportadora, la propiedad del parque automotor y las tarjetas de operación de los vehículos. La habilitación es intransferible a cualquier título. En consecuencia, los beneficiarios de la misma no podrán celebrar o ejecutar actos que impliquen que la actividad transportadora se desarrolle por persona diferente a la empresa que inicialmente fue habilitada."

¹⁵ Decreto 0348 de 2015, artículo 1: "Objeto y principios: el presente decreto tiene como objeto reglamentar la prestación del Servicio Público de Transporte Terrestre Automotor Especial y establecer los requisitos que deben cumplir las empresas interesadas en obtener y mantener la habilitación en esta modalidad las cuales deberán operar de forma eficiente, segura, oportuna y económica, cumpliendo con los principios rectores del transporte como el de la libre competencia y el de la iniciativa privada, a las cuales solamente se les aplicarán las restricciones establecidas por la ley y los Convenios Internacionales."

¹⁶ Cfr. Folio 20 del expediente 16-457103.

¹⁷ Cfr. Artículo 2.2.1.6.3.1. del Proyecto, expediente 16-457103, folio 21.

¹⁸ Ibidem.

2.2.3. Tipos de contratos de servicio público de transporte terrestre automotor especial

El Proyecto establece en el artículo 2.2.1.6.3.2. los únicos cinco (5) tipos de contratos de transporte especial que pueden celebrarse entre una empresa habilitada para este servicio y la persona natural o jurídica que lo requiera, así¹⁹:

- i) **Contrato para transporte de estudiantes:** Es el que se suscribe entre la entidad territorial, la secretaría de educación de entidades territoriales certificadas, un grupo de padres de familia, el centro educativo o una asociación de padres de familia, con una empresa de servicio público de transporte especial habilitada por el Ministerio de Transporte y cuyo objeto es la prestación del servicio especial a estudiantes, entre el lugar de residencia y el establecimiento educativo, u otros destinos requeridos en atención a las actividades que programa el centro educativo²⁰.
- ii) **Contrato para transporte empresarial:** Es aquel que se celebra entre el representante legal de una empresa o entidad para el desplazamiento de funcionarios, empleados o contratistas y una empresa de servicio público de transporte especial habilitada por el Ministerio de Transporte y cuyo objeto es la prestación del servicio especial a los mismos desde la residencia hasta el lugar en donde realizan sus labores²¹.
- iii) **Contrato para transporte de turistas:** Es el suscrito entre el prestador de servicios turísticos con una empresa de servicio público de transporte especial habilitada por el Ministerio de Transporte y cuyo objeto es el traslado de turistas²².
- iv) **Contrato para un grupo específico de usuarios:** Es el celebrado entre el representante de un grupo específico de usuarios con una empresa de servicio público de transporte especial habilitada por el Ministerio de Transporte y cuyo objeto es la prestación de un servicio de transporte expreso para trasladar a todas las personas que hacen parte del grupo, desde un mismo municipio de origen, hasta un mismo municipio de destino. Se aclara que el traslado puede tener origen y destino en un mismo municipio siempre y cuando se realice en vehículos de más de nueve (9) pasajeros²³.
- v) **Contrato para transporte de usuarios del servicio de salud:** Es el que se suscribe entre una empresa de servicio público de transporte especial habilitada por el Ministerio de Transporte y las entidades de salud o las personas jurídicas que demanden la necesidad de transporte para atender un servicio de salud de sus usuarios, cuyo objeto es el traslado de los mismos, que por su condición o estado no requiera de una ambulancia de traslado asistencial básico o "medicalizado"²⁴.

¹⁹ Cfr. Folio 20 del expediente 16-457103.

²⁰ Cfr. Folio 22 del expediente 16-457103.

²¹ Ibídem.

²² Ibídem.

²³ Ibídem.

²⁴ Cfr. Folio 22 del expediente 16-457103.

2.2.4. Requisitos para obtener la habilitación para la prestación del servicio público de transporte terrestre automotor especial

El Decreto 1079 de 2015 en su artículo 2.2.1.6.3.6. dispone que la habilitación es la autorización que otorga el Ministerio de Transporte a las empresas legalmente constituidas, interesadas en prestar el servicio público de transporte terrestre automotor especial. Por su parte, el Proyecto en el artículo 2.2.1.6.4.1. establece diecinueve (19) requisitos generales para cualquier empresa que quiera prestar este servicio. Dichos requisitos son, entre otros, de carácter legal, financiero, organizacional, estructural, técnico, que deben cumplir las empresas interesadas en prestar dicho servicio especial para obtener y mantener la habilitación²⁵.

De otra parte, en el Proyecto se establecen normas adicionales y específicas para ciertas categorías de transporte especial. Es así como se incluyen algunas disposiciones puntuales para el caso del servicio privado de transporte escolar y para el servicio de transporte turístico²⁶.

2.2.5. La capacidad transportadora global y operacional y los requisitos para su incremento

En el Proyecto se determina en el artículo 2.2.1.6.7.1. que la capacidad transportadora global corresponde al número de vehículos que se considera se requieren para atender las necesidades de todo el mercado de movilización de usuarios en el servicio público de transporte especial en todo el territorio nacional, mientras que la capacidad transportadora operacional es el número de vehículos que forman parte de la flota de una empresa de servicio público de transporte especial individualmente considerada.

Así las cosas, la capacidad transportadora operacional puede ser fija o flotante. La fija es aquella que corresponde a vehículos de propiedad de la empresa o adquiridos por ella mediante arrendamiento financiero y la flotante, es aquella que se refiere a vehículos de propiedad de terceros, y que se vinculen cuando ello sea necesario para la efectiva prestación del servicio²⁷.

Así mismo, el incremento de la capacidad transportadora operacional consiste en la adición de nuevos vehículos a la capacidad operacional autorizada a una empresa prestadora del servicio individualmente considerada.

Para obtener cualquier incremento en la capacidad transportadora operacional, el Proyecto establece en su artículo 2.2.1.6.7.3, diez (10) requisitos de carácter financiero, estructural, administrativo y operacional que deben cumplir las empresas interesadas en el incremento de su capacidad transportadora operacional²⁸.

2.2.6. Prohibición en la prestación del servicio especial con ciertos grupos

²⁵ Cfr. Folio 23 del expediente 16-457103.

²⁶ Cfr. Artículos 2.2.1.6.10.9 y 2.2.1.6.11.2. del Proyecto, expediente 16-457103, folios 31 a 32.

²⁷ Cfr. Artículo 2.2.1.6.7.1. del Proyecto, expediente 16-457103, folio 25.

²⁸ Cfr. Folio 25 del expediente 16-457103.

En el párrafo del artículo 2.2.1.6.3.2. se establece que bajo ninguna circunstancia se podrá contratar directamente el servicio de transporte especial con el propietario, tenedor o conductor de un vehículo. Aunado a esto, en el párrafo se precisa que las empresas de servicio de transporte especial no podrán celebrar contratos de transporte en esta modalidad con *“juntas de acción comunal, administradores, consejos de administración de conjunto residenciales o con personas individualmente consideradas o asociadas con el objeto de proveerse o contratar los servicios de transporte”*²⁹.

2.2.7. Ingreso de vehículos nuevos y la desintegración física

Adicionalmente, se establece en el Proyecto la potestad del Ministerio de Transporte de restringir transitoriamente en cualquier tiempo el ingreso de vehículos nuevos, con la condición de adelantar de manera previa la desintegración física total de un vehículo de similares características, capacidad y vinculado a la misma modalidad³⁰.

3. ANÁLISIS DEL PROYECTO DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA

El análisis desde la óptica de la libre competencia económica que se desarrolla en el presente capítulo se refiere al mercado de transporte especial, el cual se compone, por el lado de la oferta, por aquellas personas habilitadas para prestar el servicio de transporte en la modalidad especial, y por el lado de la demanda, por todos los usuarios que, según el Proyecto, pueden usar este servicio en los estrictos términos explicados en el mismo.

A continuación, se exponen las preocupaciones relacionadas con la libre competencia económica que esta Superintendencia advierte en el Proyecto:

3.1. Consideraciones generales para el presente análisis

La Superintendencia de Industria y Comercio comprende que por ser el transporte un servicio público, el mismo corresponde a una actividad que está sujeta a un alto grado de intervención del Estado³¹. Con todo, es preciso destacar que el servicio público de transporte, también debe prestarse por regla general en condiciones de libre competencia económica³².

Además, es claro también que la libre competencia económica en algunos casos admite o requiere que el Estado intervenga en ejercicio de su potestad de dirección general de la economía. De manera puntual, para esta Superintendencia, la intervención del Estado en la economía debe responder a necesidades concretas como las fallas de mercado o al interés de promover el desarrollo económico y social o, al menos, debe atender otras motivaciones de

²⁹ Ibídem.

³⁰ Artículo 2.2.1.6.7.3 del Proyecto, expediente 16-457103, folio 26.

³¹ Corte Constitucional, Sentencia C-033/14, Magistrado Ponente Nilson Pinilla Pinilla.

³² Ibídem.

importancia comparable que ameriten regular, condicionar o limitar el funcionamiento de los mercados en libre competencia³³.

De acuerdo con lo anterior, vale la pena mencionar los principios que orientan las leyes citadas en el encabezado del Proyecto, puesto que, además de la Constitución Política, ese es el marco normativo que sirve de sustento al Proyecto.

Así las cosas, la Ley 105 de 1993 y la Ley 336 de 1996 enfatizan en la prevalencia del principio de seguridad para la prestación del servicio público de transporte. Es así como en el artículo 2 de la Ley 336 de 1996 se dispone que la “...seguridad especialmente la relacionada con la protección de los usuarios, constituye prioridad esencial en la actividad del sector y del sistema de transporte”.

En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional al señalar:

“En síntesis, siempre que se trate de prestar un servicio de transporte, sea público o privado, dada la prevalencia del interés general sobre el particular, es imperativa la intervención estatal para reglamentar y controlar esa actividad, en procura de garantizar no sólo el pleno ejercicio de actividades inherentes a la economía o el desarrollo de la sociedad, sino principalmente para salvaguardar la seguridad tanto de los usuarios como de la comunidad.”³⁴ (destacado fuera de texto)

Así pues, el análisis y las recomendaciones que se presentan a continuación parten principalmente de las siguientes premisas: (i) la intervención del Estado en la economía es una facultad y una necesidad cuando se presentan principalmente fallas de mercado u otras circunstancias semejantes; (ii) el servicio público de transporte es también una actividad que debe desarrollarse en condiciones de libre competencia económica; y (iii) la seguridad de los usuarios y de la comunidad es el principio prevalente que debe orientar la intervención regulatoria en el servicio público de transporte.

3.2. La micro regulación de las características del servicio de transporte especial y sus potenciales efectos anticompetitivos en el mercado de transporte

Según el principio de la libertad de empresa de la Ley 105 de 1993, a las empresas de transporte no se les exigirán otros requisitos distintos a los establecidos en las normas legales y en los reglamentos respectivos.

No obstante, si por esta vía, el regulador opta por establecer requisitos tan numerosos, minuciosos y en algunos casos tan onerosos, que dificultan el ingreso o permanencia de las empresas en el mercado y con ello la oferta de transporte de servicio especial, lo que en efecto terminará por suceder con el Proyecto será una restricción excesiva del principio de libertad de empresa, sin que en muchos casos dichas exigencias se encuentren debidamente fundadas en la seguridad de los usuarios o de la comunidad en general.

³³ Corte Constitucional, Sentencia C- 263 de 2011. En esta sentencia se señala que: “La Constitución de 1991 al adoptar un modelo de Estado Social de Derecho, introdujo un modelo de economía social de mercado en el que, de un lado, se admite que la empresa es motor de desarrollo social y por esta vía se reconoce la importancia de una economía de mercado y la promoción de la actividad empresarial, pero por otro, se asigna al Estado no sólo la facultad sino la obligación de intervenir en la economía con el fin de remediar las fallas del mercado y promover el desarrollo económico y social.” (destacado fuera de texto)

³⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-033 de 2014.

Así, para la Superintendencia, tampoco es claro si la fórmula de “micro regulación” en efecto promoverá la existencia de una oferta suficiente de transporte especial que le permita al usuario escoger diversas alternativas para transportarse, pero siempre en condiciones de seguridad.

De otra parte, este Despacho observa que muchos de los problemas que se identifican en el Informe Final V1 titulado “Realizar el Análisis y Evaluación y Diagnóstico Integral de la Prestación del Servicio Público de Transporte Especial, Estructuración y Presentación de Propuestas para la Actualización y Articulación del Marco Regulatorio de esta Modalidad” de septiembre de 2012 (en adelante el “**Estudio**”)³⁵, que se adjuntó junto con la solicitud de concepto de abogacía de la competencia, están relacionados con incumplimientos de normas anteriores y semejantes a las que se proponen en el Proyecto. Por ejemplo, en el Estudio se identifican, entre otros, los siguientes problemas: (i) incumplimientos en la capacidad transportadora mínima³⁶; (ii) incumplimientos en los requisitos de patrimonio líquido³⁷; y (iii) falta de estandarización de los contratos de transporte³⁸.

Así las cosas, llama la atención de esta Superintendencia la decisión del regulador de continuar con esta tendencia de micro regulación con el riesgo de que, de esta forma, y sin atender otros problemas quizás más relevantes para el usuario, se estén creando condiciones que hagan que ciertos requisitos sean posiblemente aún más difíciles de cumplir.

Por las anteriores consideraciones, a continuación se presenta una lista no exhaustiva de algunos requisitos que aplicarían a todas las modalidades de transporte especial y que, en opinión de esta Superintendencia, parecieran no tener una justificación de seguridad u otra semejante que sirva de sustento a la intervención:

- (i) Sobre el requisito del extracto del contrato: En el párrafo 1 del artículo 2.2.1.6.3.3 del Proyecto, se menciona que el Ministerio de Transporte reglamentará la forma en que se llevará un sistema de información que permita y garantice el control en línea en tiempo real de los extractos de los contratos de todas las empresas habilitadas para la prestación del servicio público de transporte especial.

Como quiera que el Decreto entraría en vigencia con su publicación, cabe interrogarse sobre si el Ministerio cuenta o contará para entonces con la herramienta tecnológica que le permita el control en línea y en tiempo real de los extractos de los contratos de todas las empresas habilitadas. Lo anterior resulta de gran importancia pues en ausencia de ese mecanismo, la prestación del servicio en las condiciones previstas en el Proyecto de regulación no serían posibles y, en consecuencia, podría provocarse una parálisis generalizada de la oferta frente a la imposibilidad de satisfacer los requerimientos tecnológicos que en todo caso son de responsabilidad de la autoridad. Por lo anterior si

³⁵ Informe Final V1, “Realizar el análisis, evaluación y diagnóstico integral de la prestación del servicio público de transporte especial, estructuración y presentación de propuestas para la actualización y articulación del marco regulatorio de esta modalidad.” Ministerio de Transporte e Iovías Ltda. septiembre de 2012.

³⁶ Ibidem. Pág. I-18.

³⁷ Ibidem. Pág. I-19.

³⁸ Ibidem. Pág. I-21.

se insistiera en el requisito relacionado con el extracto del contrato y en su verificación en línea y no se tuviere a disposición las herramientas tecnológicas para proceder de conformidad, el Ministerio debería considerar una suerte de régimen de transición.

(ii) Sobre algunos de los requisitos para obtener y mantener la habilitación: A continuación, se mencionan algunos requisitos que, por su nivel de detalle y alcance, pueden entorpecer el funcionamiento de las empresas en el mercado y con ello se podrían generar mayores barreras de ingreso al mismo:

a) *Organigrama y requisitos de la estructura organizacional de la empresa*³⁹: En relación con los requisitos anunciados en este literal, esta Superintendencia considera necesario llamar la atención sobre la garantía constitucional a la libre empresa, complementaria de la libre competencia económica y conforme con la cual, los particulares pueden escoger la forma en que organizan los medios de producción.

Sobre este punto, la Corte Constitucional ha expresado: “... el artículo 333 reconoce dos tipos de libertades: la libertad de empresa y la libre competencia. La libertad de empresa es la libertad de las personas de ‘afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente de capital) para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia’. 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.”⁴⁰

Para este Despacho que el literal en comento disponga como atribución de la autoridad la revisión de aspectos tales como la planta de personal en nómina, que permita reflejar una estructura administrativa, financiera y contable, una estructura operacional y de seguridad vial y una estructura de tecnología e informática, podrían llegar lesionar de forma grave las garantías constitucionales a las que se ha hecho referencia, si se tiene en cuenta que el texto de la norma no indica ningún parámetro objetivo para la verificación de dichos requisitos.

En efecto, si bien la Ley 105 prevé la necesidad de que la habilitación para la prestación del servicio se someta a condiciones capacidad técnica, operativa, financiera, de seguridad y procedencia del capital aportado, lo que se esperaría de una norma de carácter reglamentario es precisamente la mención clara de cuáles son los requisitos que deben satisfacerse y no la enunciación general de los mismos a riesgo de que caprichosamente sean interpretados. Lo anterior además podría provocar restricciones a la iniciativa privada no deseadas por el propio régimen legal de transporte, que en el inciso 3 del numeral 6 del artículo 3 de dicha Ley dispone que dichas restricciones únicamente deben estar orientadas

³⁹ Cfr. Numeral 4, artículo 2.2.1.6.4.1. del Proyecto, expediente 16-457103, folio 23.

⁴⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-197 de 2002.

a “evitar la competencia desleal, el abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado, para garantizar la eficiencia del sistema y el principio de seguridad.”

- b) *Otros requisitos relacionados con los conductores:* En los numerales 8, 9 y 10 del artículo 2.2.1.6.4.1. del Proyecto, se incluyen requisitos tales como: compromiso del representante legal en el sentido de realizar los registros de los conductores y reportar (i) “en tiempo real los cambios que se presenten” y (ii) documentos relacionados con los procesos de selección, entre otros.

Así las cosas, para este Despacho no es evidente si estas cargas regulatorias representan ventajas para proteger a los usuarios y si contribuyen a que se preste un mejor servicio. Por el contrario, este tipo de requisitos pueden tener un efecto que desincentive el interés de las empresas de ingresar a un negocio en el que estarán micro regulados y con poca flexibilidad para atender los cambios en la demanda de pasajeros y en las necesidades de los mismos.

- c) *Sistemas de comunicaciones entre la empresa y los conductores:* En el numeral 13 del artículo 2.2.1.6.4.1. se propone lo siguiente: “Presentación e implementación de un sistema de comunicación bidireccional entre la empresa y todos los conductores de los vehículos y las soluciones tecnológicas destinadas a la gestión y control de la flota, así como todos aquellos componentes que permitan la eficiente y oportuna comunicación entre las partes, la cual deberá incluir la demostración del uso de herramientas tecnológicas y un centro de control.”⁴¹ (destacado fuera de texto).

De acuerdo con lo anterior, llama la atención de esta Superintendencia el requisito de contar con un “centro de control” para gestionar las comunicaciones con todos los conductores. Sobre el particular, no resulta claro cuál es el alcance de dicho requisito, y en contraste advertimos que la comunicación efectiva con los conductores bien puede satisfacerse en los tiempos de hoy con métodos efectivos y menos exigentes desde el punto de vista logístico como lo sugiere la expresión “centros de control”.

- d) *Requisitos referidos al registro mercantil:* Llama la atención de esta Superintendencia, como encargada de la vigilancia de las cámaras de comercio administradoras del registro mercantil, que el Proyecto disponga provocar la afectación de dicho registro por cuenta de la expedición del acto administrativo que decide sobre la habilitación de las empresas.

Sobre este particular es necesario llamar la atención del regulador en cuanto a que la afectación del registro por disposición de autoridad competente no debería provocar ningún costo para el titular del registro como se dispone en el Proyecto con claro desconocimiento de lo previsto en la Circular Única de esta Superintendencia conforme con la cual: “las órdenes emanadas de autoridad

⁴¹ Cfr. Numeral 13, artículo 2.2.1.6.4.1. del Proyecto, expediente 16-457103, folio 24.

competente no generan cobros de inscripción⁴². Ahora bien, la noticia sobre la habilitación de una determinada empresa consignada en el Registro Mercantil⁴³ resulta por lo menos impropia si se tiene en cuenta que las empresas constituidas y registradas tienen la vocación natural de realizar su objeto social, de manera que el registro sobre su habilitación pareciera redundante.

La misma observación no cabría en relación con la disposición del texto del Proyecto que obliga llevar al registro la noticia de la no habilitación, que en todo caso no debería generar cobro al titular como tampoco impuesto de registro en la medida en que no incorporan un derecho apreciable pecuniariamente en favor del titular del registro.

En consideración de estas materias, para la debida conformación del Gobierno Nacional a fin de expedir el proyecto de decreto, y en la medida en que toca entidades y competencias del sector comercio, es necesario contar con la firma del titular de la Cartera del Ministerio de Comercio Industria y Turismo.

En este contexto y sin que la anterior lista de potenciales riesgos anticompetitivos advertidos en el Proyecto sea taxativa, bien vale la pena traer a colación lo señalado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) respecto de las restricciones introducidas por la regulación:

“Algunas veces las regulaciones limitan el flujo de bienes, servicios, capital o trabajo entre fronteras jurisdiccionales como instrumento de política regional. Sin embargo, estas limitaciones generan una reducción artificial de la zona geográfica de competencia para la prestación de un servicio o el suministro de un bien. Esto tiene el potencial de reducir el número de proveedores y permitirles la posibilidad de ejercer su poder de mercado e incrementar los precios.

En los casos en los que se impongan restricciones, deberán evaluarse en términos de una serie de factores que tomen en cuenta si existe un vínculo claro entre la restricción en cuestión y el logro de un objetivo público específico; si las restricciones no son más limitantes de lo necesario para lograr la meta; si se cuenta con un análisis racional para apoyar la probabilidad de que la meta de política se logre mediante la restricción y si las restricciones se limitan a un horizonte temporal definido por medio de disposiciones regulatorias explícitas.”⁴⁴ (destacado fuera de texto).

Es preciso resaltar que la fijación de requisitos que podrían omitirse y que no son necesarios para la efectiva prestación del servicio y para promover la eficiencia, seguridad y libertad económica, impone costos adicionales y requiere en ocasiones de tiempos prolongados, que pueden evitar que nuevas empresas tengan un fácil acceso al mercado para ofrecer un buen servicio de manera temporal o permanente. Esto implica que la micro regulación contenida en el

⁴² Numeral 1.12, del Capítulo I, del Título VIII de la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio.

⁴³ O los registros respectivos involucrados.

⁴⁴ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). Herramientas para la evaluación de la competencia. Volumen I: Principios. Versión 2.0. Pág. 15. [en línea]. [Consultado 31 ene, 2017]. Disponible en <<http://www.oecd.org/da/competition/98765432.pdf>>

Proyecto tiene el potencial de afectar el desarrollo del servicio de transporte especial y puede generar desincentivos a que se desarrollen innovaciones que promuevan el surgimiento de competidores que ofrezcan el servicio de transporte especial de forma más segura, cómoda y eficiente.

En opinión de esta Superintendencia, lo que se plantea mediante el Proyecto se podría asemejar a una “falla de gobierno” consistente en una ineficiente asignación de cargas y recursos y un potencial declive en el bienestar económico originado por una intervención estatal excesiva quizás incompatible con el funcionamiento de un mercado en libre competencia económica⁴⁵.

Aunque en la parte motiva del Proyecto no se identifica plenamente qué falla de mercado se busca corregir, el regulador podría estar generando distorsiones mayores del mercado sin que las mismas sean requeridas o se justifiquen en criterios de seguridad y protección de la vida e integridad de los pasajeros. Dicho en otras palabras, el regulador pareciera estar más preocupado por intervenir aspectos innecesarios relacionados con el funcionamiento del mercado, que por proteger bienes jurídicos de mayor entidad para los usuarios y la comunidad⁴⁶.

En suma, a través de una micro regulación como la propuesta en el Proyecto, el Ministerio de Transporte podría estar (i) dejando de lado la inclusión de aspectos más relevantes para la protección de los usuarios como el que tiene que ver con la prevalencia de la seguridad de los mismos para amparar su vida e integridad; (ii) limitando innecesariamente la libertad de empresa que también es un principio de la regulación del transporte público y complemento importante de la libre competencia económica; (iii) creando las condiciones para la producción de una “falla de gobierno”; (iv) afectando potencialmente la libre competencia económica, mediante la imposición de algunos requisitos innecesarios que no parecieran atender la seguridad de los usuarios y de la comunidad u otros bienes jurídicos de importancia para los mismos y por el contrario podrían estar afectando la libre entrada y salida de los consumidores.

Por todas las anteriores consideraciones, este Despacho recomendará al Ministerio de Transporte en el punto 4 de este concepto que:

- (i) se evalúen nuevamente la pertinencia y real necesidad de todas las disposiciones del Proyecto que, en línea con lo explicado en este capítulo, puedan potencialmente afectar la libre competencia económica a través de restricciones a la libre entrada y salida de los competidores al mercado del servicio de transporte especial.
- (ii) en atención del análisis del punto anterior, se eliminen o sustituyan las disposiciones innecesarias y potencialmente anticompetitivas, por otras que en efecto prioricen la seguridad e integridad de los usuarios y no restrinjan la libre competencia económica más allá de lo estrictamente necesario para alcanzar estos fines u otros de suficiente relevancia jurídica para los usuarios y la comunidad en general.

⁴⁵ Market Failure Compared to Government Failure- Becker. The Becker-Posner Blog, a Blog by Gary Becker and Richard Posner. (En línea) disponible en: <http://www.becker-posner-blog.com/2011/09/market-failure-compared-to-government-failure-becker.html>

⁴⁶ Market Failure Compared to Government Failure- Becker. The Becker-Posner Blog, a Blog by Gary Becker and Richard Posner. (En línea) disponible en: <http://www.becker-posner-blog.com/2011/09/market-failure-compared-to-government-failure-becker.html>

3.3. Restricción del incremento de la capacidad transportadora global

Aunado a las demás potenciales restricciones de entrada al mercado de transporte público especial ya aludidas, en el Proyecto se incluye una adicional relacionada con la capacidad transportadora global y operacional.

Este Despacho entiende que tal restricción recae sobre la oferta de servicios de transporte especial, pese a que, en el Proyecto, la decisión de incremento de dicha capacidad se confunde conceptualmente con la demanda. En efecto, se dispone en el artículo 2.2.1.6.7.3. del Proyecto que:

*“... el Ministerio de Transporte incrementará la capacidad transportadora global siempre que sea necesario realizar el registro inicial de vehículos nuevos y previo un estudio técnico que así lo demuestre e identifique **la necesidad de incremento de la demanda**.”* (destacado fuera de texto)

Así, mientras por un lado el título del artículo citado pretende controlar variables relacionadas con la oferta –léase *capacidad transportadora*–, el texto del mismo pareciera buscar definir un incremento en la demanda.

De cualquier forma, esta Superintendencia observa que en el Proyecto se plantea la posibilidad de restringir el ingreso de vehículos nuevos al mercado, en cualquier tiempo, previa la desintegración física total de un vehículo de similares características, capacidad y vinculado a la misma modalidad⁴⁷.

Echa de menos esta Superintendencia una explicación de carácter técnico en los antecedentes del proyecto que sustente por qué restricciones de autoridad sobre la oferta disponible son más eficientes que la vigencia plena de las leyes de oferta y demanda en relación con dichos servicios. Tampoco encuentra esta Superintendencia identificadas las fallas de mercado que están llamadas a ser superadas con las nuevas reglas, propuestas sobre capacidad transportadora y operacional propuestas.

Sobre este particular esta Superintendencia quiere llamar la atención del Ministerio sobre lo costoso que han resultado para la eficiencia en el funcionamiento de los mercados del servicio de transporte en otras modalidades experiencias regulatorias orientadas a generar restricciones con fórmulas que impiden el acceso de nuevos vehículos a condición de la salida de la operación de los viejos, lo cual no ha hecho sino generar serias distorsiones y escenarios de sobre oferta.

Al respecto es necesario tomar en cuenta, la guía para evaluar la competencia de la OCDE advierte que las regulaciones que establecen un número ilimitado de licencias para concurrir a un mercado se erigen como barreras que “protegen de la competencia a los productores participantes del mercado”.

A juicio de esta Superintendencia la propuesta regulatoria en este tema genera rigideces a la dinámica del mercado que se traducen en: (i) una barrera para los oferentes del servicio de

⁴⁷ Artículo 2.2.1.6.7.3. del Proyecto, expediente 16-457103, folio 26.

transporte para invertir en automotores con costos variables más bajos, lo cual a su vez desincentiva los flujos de inversión en vehículos, situación que incluso podría ser materia de preocupación y análisis por parte de la Cartera del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo; (ii) una barrera a la entrada de nuevos competidores debido a que su ingreso al mercado dependerá que se desintegre un automotor usado lo cual implica en la práctica que el competidor entrante de una cesión de matrícula de un competidor ya existente. Estas medidas en el largo plazo pueden también conducir a la obsolescencia del parque automotor con claro impacto sobre la seguridad de las personas, prioridad y principio rector de la intervención en el servicio público de transporte.

De otra parte, cabe destacar además en este punto que, en general, las disposiciones sobre el incremento de la capacidad transportadora global y operacional, constituyen requisitos de difícil control y vigilancia, por cuanto limitan a las empresas para atender libre y eficientemente las variaciones en la demanda. En efecto, exigirle a las empresas prestadoras del servicio de transporte público especial que determinen *ex ante* si van a utilizar plenamente los vehículos o no y si tienen la solvencia financiera para tal fin, representan requisitos de entrada poco flexibles para responder a las condiciones cambiantes del mercado. En estas circunstancias, es pertinente evaluar si debería permitirse el libre incremento del número de vehículos –capacidad operacional- de cada empresa y que sea la interacción de oferta y demanda a través de la cual se vaya fijando constantemente si los vehículos deben entrar, permanecer o salir del mercado.

Por las anteriores consideraciones, en el punto 4 de este concepto, la Delegatura para la Protección de la Competencia recomendará que no se incorpore al mercado de servicio público de transporte especial las mismas fallas de las que padecen otros servicios de transporte con medidas equivalentes como la de condicionar la operación de nuevos vehículos a la desintegración física total de los existentes.

3.4. Prohibición de contratar con ciertos usuarios

A propósito de lo establecido en el parágrafo del artículo 2.2.1.6.3.2. sobre la prohibición específica de contratar en la modalidad de servicio público de transporte especial con juntas de acción comunal, administradores, consejos de administración de conjuntos residenciales⁴⁸, le surge la duda a este Despacho sobre la finalidad de la misma frente a este grupo en concreto y no frente a otro que cumpla con una característica común y homogénea como lo establece la definición de transporte especial. Tras las indagaciones pertinentes, el Ministerio de Transporte realizó los siguientes comentarios:

“La contratación por personas individualmente consideradas se restringe en esta modalidad por cuanto el servicio en esta modalidad Es aquel que se presta bajo la responsabilidad de una empresa de transporte legalmente constituida y debidamente habilitada en esta modalidad, a un grupo específico de personas ya sean estudiantes, asalariados, turistas (prestadores de servicios turísticos) o particulares, que requieren de un servicio expreso y es necesario que a través de esta modalidad no se preste los servicios establecidos para otra modalidad, tal y como sería a la modalidad de transporte individual de pasajeros.”

⁴⁸ Artículo 2.2.1.6.3.2. del Proyecto, expediente 16-457103, folio 22.

Situación similar se presenta con juntas de acción comunal, administradores y consejos de administración de conjuntos residenciales los cuales no pueden contratar servicios especiales para cubrir necesidades de movilización de las personas residentes, en competencia desleal con las rutas de transporte público colectivo y demás autorizadas en las demás modalidades.

Es decir, la prestación del servicio en esta modalidad debe obedecer a las clases de contratos establecidas en los reglamentos de la modalidad y en ningún caso invadir los servicios de otra modalidad distinta a aquellos para la cual están autorizados.”(sic a todo el texto y destacado fuera de texto).⁴⁹

Así pues, no resulta clara la naturaleza de dicha prohibición, pues no se observa por el Despacho en qué acto de competencia desleal se estaría incurriendo en los términos de la Ley 256 de 1996⁵⁰ de realizarse la conducta.

Adicionalmente, no resulta clara la razón de establecer una prohibición expresa respecto de este grupo determinable que comparte una característica común y no respecto de otro, cualquiera que sea. Por lo tanto, para esta Superintendencia no se configura la necesidad requerida para regular y prohibir la prestación del servicio a este grupo determinado y en cambio restringe la demanda de servicios de forma injustificada a un grupo determinado de la población.

4. RECOMENDACIONES

De acuerdo con el numeral anterior, la Superintendencia de Industria y Comercio recomienda al Ministerio de Transporte:

- (i) Evaluar nuevamente la pertinencia y real necesidad de todas las disposiciones del Proyecto que, en línea con lo explicado en el presente documento, puedan potencialmente afectar la libre competencia económica a través de restricciones a la libre entrada y salida de los competidores al mercado del servicio de transporte especial.
- (ii) Que en atención al análisis del punto anterior, se eliminen o se sustituyan las disposiciones innecesarias y potencialmente anticompetitivas, por otras que en efecto prioricen la seguridad e integridad de los usuarios sin restringir la libre competencia económica más allá de lo estrictamente necesario para alcanzar estos fines u otros de suficiente relevancia jurídica para los usuarios y la comunidad en general.
- (iii) No incorporar al mercado de servicio público de transporte especial las mismas fallas de las que padecen otros servicios de transporte con medidas equivalentes como la de condicionar la operación de nuevos vehículos a la desintegración física total de los existentes.
- (iv) Eliminar la prohibición de prestar el servicio de transporte especial a juntas de acción comunal, administradores o consejos de administración de conjuntos residenciales por representar una restricción innecesaria a falta de explicación suficiente de la necesidad de la misma.

⁴⁹ Comunicación del Despacho del Viceministro de Transporte.

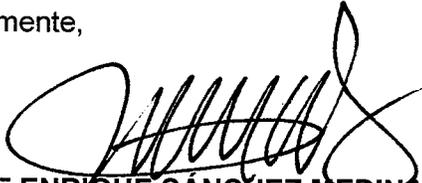
⁵⁰ Artículos 7 a 19, Ley 256 de 1996 “Por la cual se dictan normas sobre competencia desleal”.

Por último, teniendo en cuenta que en el presente caso esta Superintendencia consideró procedente la formulación de recomendaciones en relación con el proyecto regulatorio remitido, es importante resaltar lo manifestado por el Consejo de Estado en cuanto a la carga motiva que surge en cabeza del regulador que decida apartarse de las sugerencias no vinculantes de la Superintendencia de Industria y Comercio:

*"La forma que exige el artículo 7 de la ley 1340 de 2009 (...), para apartarse del concepto de la Superintendencia de Industria y Comercio es la de manifestar **de manera expresa dentro de las consideraciones de la decisión los motivos por los cuales se aparta**". Por tanto, la motivación debe constar **en la parte considerativa del acto regulatorio y no serán suficientes las explicaciones o constancias que se dejen en otro documento**"⁵¹.*

De conformidad con lo señalado en el Consejo de Estado, reiteramos la necesidad de que cada una de las explicaciones para alejarse de lo recomendado por esta Superintendencia, conste en efecto en la parte considerativa del acto administrativo correspondiente.

Atentamente,



JORGE ENRIQUE SÁNCHEZ MEDINA
SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA LA PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA

Elaboró: María Paz Vesga – Ismael Beltrán Prado
Revisó: Ismael Beltrán Prado
Aprobó: Jorge Enrique Sánchez

Con copia a: Ministra de Comercio de Industria y Turismo, Dra. María Claudia Lacouture
Oficina Jurídica de la Presidencia de la República, Dra. Cristina Pardo.

⁵¹ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 4 de julio de 2013.