

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RAD: 16-197623- 3-0 FECHA: 2016-08-08 17:17:27
DEP: 1007 GRUPO DE TRABAJO DE ABOGACIA DE LA C EVE: SIN EVENTO
TRA: 396 ABOGACIA COMPETENCIA FOLIOS: 6
ACT: 440 RESPUESTA

Bogotá D.C.

1007

Doctora
AYDA LUCY OSPINA ARIAS
Directora de Transporte y Tránsito
MINISTERIO DE TRANSPORTE
Avenida El Dorado CAN entre Carreras 57 y 59
BOGOTA D.C. COLOMBIA

Asunto: Radicación: 16-197623- 3-0
Trámite: 396
Evento:
Actuación: 440
Folios: 6

Referencia: Concepto de abogacía de la competencia (artículo 7, Ley 1340 de 2009)

Proyecto de Resolución: i) "Por la cual se realiza la intervención de las rutas Medellín-Buenaventura, Medellín-Cartagena, Medellín-Barranquilla y se dictan otras disposiciones"; ii) "Por la cual se realiza la intervención de las rutas Buenaventura-Cali, Cali-Barranquilla, Bogotá-Cali y se dictan otras disposiciones"; iii) "Por la cual se realiza la intervención de las rutas Bogotá-Buenaventura, Bogotá-Ipiales, Bogotá-Cartagena, Barrancabermeja-Bogotá y se dictan otras disposiciones"; iv) "Por la cual se realiza la intervención de las rutas Duitama-Cartagena, Duitama-Buenaventura, Duitama-Barranquilla y se dictan otras disposiciones"; v) "Por la cual se realiza la intervención de las rutas Santa Marta-Bucaramanga, Cúcuta-Barranquilla, Barrancabermeja-Rubiales y se dictan otras disposiciones"; y vi) "Por la cual se realiza la intervención de las rutas Manizales-Bogotá, Manizales-Barranquilla, Manizales-Medellín, Pasto-Buenaventura, Buenaventura-Pitalito y se dictan otras disposiciones".

Respetada Doctora:

En relación con la comunicación de la referencia, radicada con el número 16-197623-0 del 1 de agosto de 2016, este Despacho rinde concepto sobre los proyectos de



resolución: i) "Por la cual se realiza la intervención de las rutas Medellín-Buenaventura, Medellín-Cartagena, Medellín-Barranquilla y se dictan otras disposiciones"; ii) "Por la cual se realiza la intervención de las rutas Buenaventura-Cali, Cali-Barranquilla, Bogotá-Cali y se dictan otras disposiciones"; iii) "Por la cual se realiza la intervención de las rutas Bogotá-Buenaventura, Bogotá-Ipiales, Bogotá-Cartagena, Barrancabermeja-Bogotá y se dictan otras disposiciones"; iv) "Por la cual se realiza la intervención de las rutas Duitama-Cartagena, Duitama-Buenaventura, Duitama-Barranquilla y se dictan otras disposiciones"; v) "Por la cual se realiza la intervención de las rutas Santa Marta-Bucaramanga, Cúcuta-Barranquilla, Barrancabermeja-Rubiales y se dictan otras disposiciones"; y vi) "Por la cual se realiza la intervención de las rutas Manizales-Bogotá, Manizales-Barranquilla, Manizales-Medellín, Pasto-Buenaventura, Buenaventura-Pitalito y se dictan otras disposiciones" (en adelante de manera conjunta los "**Proyectos**"), que fueron puestos en consideración por el Ministerio de Transporte (en adelante el "**MINTRANSPORTE**"), respecto de los cuales se describirá el fundamento legal de la abogacía de la competencia, posteriormente, se expondrá un breve resumen de los Proyectos y finalmente, se presentará el correspondiente análisis de los mismos desde la perspectiva del derecho de la libre competencia económica.

1. FUNDAMENTO LEGAL

De acuerdo con el artículo 7 de la Ley 1340 de 2009, reglamentado por el Capítulo 30 del Título 2 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo, Decreto 1074 de 2015 "(...) la Superintendencia de Industria y Comercio podrá rendir concepto previo sobre los proyectos de regulación estatal que puedan tener incidencia sobre la 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 (...)".

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado se pronunció, en los siguientes términos, sobre el efecto jurídico que podría derivarse del incumplimiento, por parte de una autoridad de regulación, de las obligaciones derivadas del 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."*¹

¹ Consejo de Estado, Sala de Consulta de Servicio Civil. Concepto 2138 del 4 de julio de 2013.



2. REGULACIÓN PROPUESTA

Mediante los Proyectos remitidos por el **MINTRANSPORTE** se pretende fijar el valor que la empresa de transporte debe pagar al transportador en algunas rutas sobre las que se presta el servicio público de transporte terrestre automotor de carga.

2.1. Agentes (definidos así más adelante) y Mercado (definido así más adelante)

El mercado de transporte terrestre automotor de carga (en adelante el "**Mercado**"), tal como lo define **MINTRANSPORTE** en el documento soporte de los Proyectos, está compuesto por tres agentes, así: "Generador de la carga, Empresa de transporte y Propietario, poseedor y/o tenedor del vehículo"² (en adelante de manera conjunta como los "**Agentes**")

La demanda del servicio de transporte la representa el generador de la carga³ susceptible de ser transportada; la oferta la representan los propietarios, poseedores y/o tenedores de vehículos (en adelante la "**Oferta**"). Por su parte, la empresa de transporte (en adelante el "**Intermediario**") actúa como intermediario entre generador de la carga por un lado y la Oferta, por el otro.

De acuerdo con lo anterior, en el Mercado pueden presentarse dos tipos de transacciones: i) la que se da entre el generador de la carga y el Intermediario, cuya prestación económica es reconocida a título de un flete; y ii) la que se produce como consecuencia de la relación entre el Intermediario y la Oferta, cuya prestación económica es denominada en los Proyectos como el valor a pagar (en adelante el "**Valor a Pagar**").

2.2. Objetivo de la regulación

Los Proyectos pretenden dar solución a la falla del Mercado que estaría generando la asimetría de información respecto de las transacciones que tienen lugar en el mismo. Así, de acuerdo con los argumentos⁴ que expone el **MINTRANSPORTE** en el documento soporte remitido a esta Entidad junto con la solicitud de concepto de abogacía de la competencia, la distorsión, producto de la mencionada falla, conduce a que, en ocasiones, el Valor a Pagar por los servicios de transporte prestados por la Oferta sea determinado en condiciones desventajosas para esta y más provechosas para los Intermediarios.

² Expediente 16-197623, folio 2.

³ Según el artículo 2.2.1.7.4. del Decreto 1079 de 2015, el generador de carga: "... es el remitente, o el destinatario de la carga cuando acepte el contrato en los términos de los artículos 1008 y 1009 del Código de Comercio."

⁴ Expediente 16-197623, folio 2. "Para buscar el equilibrio en los valores transaccionales es necesario tener un mercado transparente en el que la información fluya, razón por la cual el flujo de información representa otro de los grandes retos que afronta el mercado, pues es a través de las asimetrías de la misma que se logran las ventajas, no deseables en las negociaciones de algunos actores."



En este orden de ideas, los Proyectos buscan, en opinión del **MINTRANSPORTE**, corregir la falla que en el Mercado produce la asimetría de información sobre el Valor a Pagar en las relaciones verticales de la cadena de valor compuesta por los Agentes.

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

La Superintendencia de Industria y Comercio llama la atención en cuanto a que las medidas regulatorias tendientes a la fijación de tarifas de un producto y/o servicio, proceden solo en forma excepcional cuando las condiciones particulares de un mercado experimentan distorsiones no susceptibles de ser corregidas por vías menos lesivas del derecho colectivo y de rango constitucional a la libre competencia económica (C.P. art. 333). En estas condiciones, se hace necesario examinar las consideraciones del regulador, en este caso del **MINTRANSPORTE**, que fundamentan la decisión de fijar el Valor a Pagar en veintiún (21) rutas de transporte de carga a nivel nacional y, en particular, si las alegadas asimetrías de información así lo ameritan.

Acercas de la regulación de precios la OCDE ha expresado:

*“Los controles de precios a los que se venden los bienes impiden la operación de las fuerzas y las disciplinas normales de los mercados. **Al establecer precios mínimos, se impide que los proveedores que registren el mínimo costo ganen participación de mercado al ofrecer mejores condiciones a los consumidores.** De manera similar, al establecerse precios máximos, se reducen substancialmente los incentivos de innovar mediante la oferta de productos nuevos o de alta calidad. En cualquier caso, se limita substancialmente la capacidad dinámica del mercado necesaria para responder a las preferencias del consumidor.”⁵(Subrayado destacado fuera de texto)*

En consonancia con lo expresado, resulta apenas lógico que esta Superintendencia juzgue con precaución la decisión del regulador de fijar el Valor a Pagar en las rutas mencionadas pues, además de tratarse de una medida por principio restrictiva de la libre competencia económica, podría conducir a agudizar los problemas estructurales que padece el Mercado referido, entre otros, los asociados con la sobreoferta del servicio de transporte de carga, problema que ha sido sobrediagnosticado en los últimos años al momento de calificar la situación de este sector. Lo anterior, sumado con el consecuente detrimento del bienestar del consumidor final y de los pocos incentivos de la Oferta para prestar un servicio de mejor calidad.

Ahora bien, esta Superintendencia no encontró dentro de los antecedentes de los Proyectos sometidos a examen, ninguna información que permita dar crédito a que la fijación del Valor a Pagar sea el mecanismo idóneo para dar remedio al alegado problema de información asimétrica entre el Intermediario y la Oferta. En otras palabras, si las distorsiones que padece el Mercado están en realidad asociadas con

⁵ OCDE, “HERRAMIENTAS PARA LA EVALUACIÓN DE LA COMPETENCIA” Volumen I: Principios, pg. 55.



asimetrías de información, resulta discutible que el remedio idóneo para un diagnóstico de tal naturaleza consista en el más restrictivo para la libre competencia económica, cual es, el de la fijación de un precio, en lugar de uno que se limite a hacer simétrico el acceso a la información.

Lo anterior hace aún menos sentido, si se tiene en cuenta que el **MINTRANSPORTE** ha logrado consolidar herramientas para precisamente recoger información relevante sobre las relaciones económicas, incluidas las de Intermediarios y la Oferta, como lo es el denominado Sistema de Costos Eficientes del Transporte Automotor de Carga (en adelante "**SICETAC**"⁶) y el Registro Nacional de Despachos de Carga (en adelante "**RNDC**"⁷), cuya difusión y garantía de acceso debería ser suficiente para obtener la pretendida simetría de la información que maneja cada uno de los Agentes que componen el Mercado.

Ahora bien, de acuerdo con los cálculos por "corredores logísticos y rutas de interés" consignados en los antecedentes de los Proyectos, se observa que el Mercado estuvo en capacidad de ofrecer precios por tonelada por debajo del valor que arroja el **SICETAC**. Con todo, para esta Superintendencia, la evidencia de las disparidades observadas no es necesariamente reveladora de un problema de asimetría de información -como lo invoca el regulador en este caso para respaldar su propuesta-.

Desde la perspectiva de esta Superintendencia, la observación sobre el comportamiento de los datos que dan cuenta de valores por tonelada inferiores al que arroja el **SICETAC**, tampoco permite ser atribuido a una causa concreta o distorsión que debiera ser corregida a través de la fijación de una tarifa o precio. Lo anterior, como quiera que lo que podría estar revelando es una eventual sobreoferta del servicio de transporte de carga, diagnóstico que terminaría agudizado, agravado y perpetuado por la vía de fijarse un precio mínimo a partir del cual se perdería total trazabilidad sobre la verdadera valoración que realiza el Mercado sobre dicho servicio.

Ahora bien, no milita en favor de la medida regulatoria propuesta el que se disponga que tiene una vocación temporal "*mientras desaparecen las circunstancias que motivan la presente intervención*"⁸. Lo anterior, pues son precisamente esas las circunstancias que aparentemente no están identificadas y que, en todo caso, no parecen estar

⁶ Expediente 16-197623, folio 3. "El **SICETAC** es una herramienta informática de consulta pública, a través de la página web del Ministerio de Transporte, que calcula los costos operativos vehiculares para un viaje entre un origen y un destino. Teniendo en cuenta parámetros particulares de una operación como la tipología de carga, la configuración vehicular y los tiempos pactados para las operaciones de cargue y descargue, el sistema arroja como resultado el valor por tonelada, valor del viaje y valor kilómetro desagregado por la estructura de costos."

⁷ Expediente 16-197623, folio 4. "Es un sistema que permite recibir, validar y transmitir la información generada en las operaciones del Servicio Público de Transporte de Carga por Carretera. El **RNDC** es el medio para registrar la actividad transportadora e informar a las entidades del gobierno (Superintendencia de Puertos y Transporte, Policía, DIAN, UIAF) sobre las mismas, a fin de que puedan ejercer sus actividades de control y planificación. Las Empresas de Transporte de Carga deben usar este sistema para expedir el Manifiesto Electrónico de Carga, el cual corresponde al documento oficial y obligatorio que registra la información de la carga, del viaje, los tiempos logísticos¹, el valor a pagar por el servicio y otras consideraciones. La información recogida con el **RNDC** debe ser transmitida por parte de las Empresas de Transporte al Ministerio de Transporte y su información sirve como herramienta para fijar las políticas del sector con base en los indicadores generados."

⁸ Cfr. Expediente 16-197623, folio 23, artículo 1 de los Proyectos.



vinculadas con asimetría alguna en la información disponible, pues paradójicamente lo que se advierte es que, como en pocos sectores de la economía, abunda información sobre las relaciones económicas de los participantes de este Mercado.

Por otra parte, los reportes del **RNDC** dan cuenta de un diferencial de costos en función de la ruta a considerar, elemento que el **SICETAC** pareciera no reflejar⁹ teniendo en cuenta que para la mayor parte de las rutas los costos eficientes son los mismos indistintamente si el camino está trazado entre el punto (a) y el punto (b) o viceversa y ello podría no estar tomando en consideración que los costos de los servicios de transporte entre el punto (a) y el (b) podrían no ser los mismos si el trayecto inicia en (a) que si comienza en (b). Lo anterior, pone de presente la dificultad de establecer un precio mínimo como si fuera un valor invariable que desatiende, entre otras cosas, los accidentes propios de la geografía colombiana.

4. RECOMENDACIONES

De acuerdo con lo expuesto, la Superintendencia de Industria y Comercio recomienda al **MINTRANSPORTE** reconsiderar la fijación de precios o un Valor a Pagar, como solución al problema de información asimétrica presente en el Mercado y, en lugar de ello, considerar el mejoramiento de la información disponible y su efectiva difusión como una alternativa viable que lleve a corregir la alegada falla.

Esta Superintendencia agradece al **MINTRANSPORTE** que al momento de expedir la regulación en cuestión se remita copia de la misma. Lo anterior con el fin de permitirle a la Superintendencia de Industria y Comercio hacer un seguimiento de la normatividad vigente, además de favorecer los mecanismos de cooperación interinstitucional que permitan alcanzar objetivos de vigilancia y regulación comunes, garantizando la libre competencia, el bienestar de los agentes y la eficiencia económica.

Atentamente,



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

Elaboró: Fernán Alexander Montoya Ortega - Ismael Beltrán Prado
Revisó: Ismael Beltrán Prado
Aprobó: Jorge Enrique Sánchez Medina

⁹ Un ejemplo que ilustra esta afirmación lo representan las rutas Buenaventura Medellín y Medellín Buenaventura, en las cuales el valor por tonelada SICETAC es exactamente el mismo y corresponde a \$81.379, mientras que los valores reportados por RNDC muestran diferencias de hasta 25%.

