

Ingrid Soraya Ortiz Baquero Editora

Estudios de

derecho de la **competencia**

Universidad
Externado
de Colombia

INGRID SORAYA
ORTIZ BAQUERO
Editora

ESTUDIOS DE
DERECHO DE LA
COMPETENCIA

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Estudios de Derecho de la Competencia / Ingrid Soraya Ortiz Baquero, editora ; Ricardo Alonso Soto [y otros] -- Bogotá : Universidad Externado de Colombia. 2022. -- Primera edición.

896 páginas : gráficos ; 24 cm.

Incluye referencias bibliográficas

ISBN: 9789587908824 (impreso)

1. Derecho de la competencia -- Aspectos legales – Colombia 2. Derecho de la competencia -- Aspectos económicos – Colombia 3. Derecho comercial – Colombia 4. Comercio internacional I. Ortiz Baquero, Ingrid Soraya, editora II. Universidad Externado de Colombia III. Título

347 SCDD 15

Catalogación en la fuente -- Universidad Externado de Colombia. Biblioteca. Área e Procesos Técnicos
julio de 2022

ISBN 978-958-790-882-4

© 2022, INGRID SORAYA ORTIZ BAQUERO (ED.)
© 2022, 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 2022

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones
Corrección de estilo: Santiago Perea Latorre
Composición: Precolombi EU-David Reyes
Impresión y encuadernación: DGP Editores S.A.S.
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.

JAVIER ANDRÉS FRANCO ZÁRATE*

JULY ROCÍO FARFÁN MANCIPE**

*Reflexiones sobre el régimen tarifario del transporte
terrestre y sus implicaciones en Colombia*

RESUMEN

El Estado colombiano a lo largo de los años ha mostrado particular interés en intervenir en las denominadas “relaciones económicas” del sector transporte terrestre de carga y, en cierta forma, regular los pagos que realiza el generador de carga a las empresas de transporte, así como el que estas realizan a los propietarios, poseedores o tenedores de vehículos. Sin embargo, a pesar de que se trata del desarrollo de una facultad otorgada por ley al Gobierno, no ha existido una línea clara a la hora de justificar el establecimiento de restricciones al libre juego de la oferta y la demanda en este ámbito, pareciendo en ocasiones incluso que lo que se busca, lejos de solucionar alguna falla del mercado o de proteger en general el régimen de competencia, es solucionar un problema político garantizando un mínimo de ingreso a uno de los integrantes de la cadena de transporte: el propietario, poseedor o tenedor del vehículo.

Palabras clave: relaciones económicas, transporte de carga, transporte de mercancías, flete, intervención del Estado, fallas del mercado, protección de la competencia.

* Abogado de la Universidad Externado de Colombia, especialista en Derecho Marítimo de la misma universidad y LL.M. (máster) en Derecho Comercial Internacional y Derecho Marítimo de la Universidad de Gales–Swansea, Reino Unido (distinción). Vicepresidente de la Asociación Colombiana de Derecho Marítimo y miembro de la rama colombiana del Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo. Árbitro de la Cámara de Comercio de Bogotá en temas de transporte y derecho comercial. Es además profesor investigador del Departamento de Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia, así como de diferentes asignaturas de especialización y maestría en el área de transporte de esta universidad y autor, entre otras publicaciones especializadas en el área, del libro *Aspectos legales de la logística comercial y los contratos de servicios logísticos*. Miembro de la Comisión de Derecho y Prácticas Mercantiles y de Aduanas y Facilitación del Comercio del Comité Colombiano de la Cámara de Comercio Internacional. Socio de Franco & Abogados Asociados SAS.

** Abogada de la Universidad Externado de Colombia, especialista en Derecho Comercial de la Universidad de los Andes y magíster en Derecho Privado con énfasis en Responsabilidad Civil Contractual, Extracontractual y del Estado. Abogada senior en Franco & Abogados Asociados SAS.

ABSTRACT

The Colombian State has shown particular interest over the years in intervening in the so-called “economic relations” of the land freight transportation sector and, in a way, regulating the payments made by the shipper to transport companies (and in turn, those made by said companies to the owners, possessors or holders of vehicles). However, despite the fact that said intervention is an execution of a power granted by law to the Government, there has not been a clear line as to justify the establishment of restrictions on the free competition rule in this area, sometimes even appearing that what is sought, far from solving any market failure or protecting the competition regime in general, is to solve a political problem by guaranteeing a minimum of income to one of the members of the transport chain: the owner, possessor or holder of the vehicle.

Keywords: Economic relations, freight transport, land carriage of goods, freight, state intervention, market failures, competition protection.

INTRODUCCIÓN

Ya desde los años sesenta las tarifas de los servicios de transporte terrestre de carga en Colombia eran fijadas libremente por el mercado. Si bien es cierto que entonces Superintendencia Económica fijaba algunos valores origen-destino, estos fungían como simples referencias para los actores (Pachón y Ramírez, 2006, p. 360), los cuales gozaban de libertad en la configuración de sus relaciones negociales. En efecto, durante buena parte de nuestra historia el transporte terrestre de carga no tuvo tarifas “reguladas” sino que, en virtud de la libertad de la que gozaban los actores del mercado, los valores se determinaban según lo estimaran conveniente en el marco de su negociación. Sin embargo, con el paso del tiempo y fruto de varias manifestaciones y protestas, particularmente en la década de 1990, hizo carrera la tesis según la cual era necesario realizar una intervención al mercado con el objetivo de garantizar un mínimo valor a pagar al propietario de los vehículos utilizados, esquema que en su momento se instrumentó a través de la llamada “tabla de fletes”.

Luego de casi diez años de operación bajo tal esquema, el modelo fue revaluado desde la perspectiva de la política pública y fue entonces cuando, gracias al documento Conpes 3489 de 2007, se dio un giro dramático que

pretendió eliminar la “tabla de fletes” para dar paso a lo que desde entonces se ha conocido como un modelo de “libertad vigilada” para el sector.

El presente artículo aborda entonces la problemática que ha supuesto el nuevo modelo regulatorio del sector en la materia, esto es, la llamada “libertad vigilada”, realizando un análisis de sus principales características y diferenciando sus implicaciones entre dos relaciones, a saber: de un lado, la que se traba entre el generador de la carga o remitente y la empresa de transporte, y de otro, la que se establece entre una empresa de transporte y el propietario, poseedor o tenedor de un vehículo de carga. El artículo abordará, además, la cuestión de si el actual modelo responde a la necesidad de proteger la competencia en el mercado de transporte terrestre de carga o si, por el contrario, se trata de una medida política que pretende velar por los intereses específicos de uno de los eslabones de la cadena logística (propietario, poseedor o tenedor del vehículo).

I. ACTORES DEL TRANSPORTE TERRESTRE DE CARGA

Para garantizar el correcto entendimiento de los planteamientos que en lo sucesivo se harán, de entrada es preciso hacer claridad sobre los diferentes actores que intervienen en este tipo de operaciones, así como respecto de las relaciones jurídicas que entre ellos surgen para desplegar la actividad.

En este sentido, es necesario dar cuenta de la presencia usual de tres actores, a saber: i) el remitente o generador de carga; ii) el transportador o porteador terrestre, y iii) el propietario, poseedor o tenedor de un vehículo de carga.

I.1. REMITENTE O GENERADOR DE CARGA

El Código de Comercio, en su artículo 1008, señala que “por remitente, [se entenderá] la [persona] que se obliga por cuenta propia o ajena, a entregar las cosas para la conducción, en las condiciones, lugar y tiempo convenidos”. En este sentido, es importante destacar que, desde la perspectiva legal, se identifica bajo este concepto a la persona que, siendo o no el dueño de la carga, celebra el contrato de transporte con el transportador y se obliga a poner las mercancías a su disposición –o a entregarlas, según el caso, en origen– para el desplazamiento a destino de conformidad con lo previsto por las partes en el contrato.

El remitente es en veces conocido bajo otros nombres, por ejemplo, “generador de carga”, vocablo que se acuñó en el entorno comercial para hacer

referencia a quien tenía la carga en origen y requería un transportador para desplazarla (expresión hoy recogida y definida –a mi juicio de manera anti-técnica– en el Decreto 1079 de 2015), o también bajo el rótulo de “cargador” o “*shipper*”, aunque esta última expresión es más propia del transporte marítimo de mercancías.

I.2. TRANSPORTADOR

El Código de Comercio, en el ya citado artículo 1008, establece también el alcance del concepto de transportador y señala que “[p]or transportador se entenderá la persona que se obliga a recibir, conducir y entregar las cosas objeto del contrato”. Es así como, desde la perspectiva legal/contractual (no operativa), el transportador es la persona natural o jurídica que se obliga a realizar la conducción de las mercancías de un lugar a otro de conformidad con lo previsto en el acuerdo de las partes y que, se entiende, dadas las exigencias que a él se le hacen desde otra perspectiva –valga señalar, la de la regulación de la actividad y no del contrato– deberá ostentar la condición de empresa de transporte debidamente habilitada por la autoridad en Colombia para su operación en la modalidad respectiva¹.

Nótese entonces, al respecto, que el transportador desde esta perspectiva –contractual, si se quiere– no necesariamente será aquel que materialmente ejecute la conducción ya que, entre otras opciones, le asiste la posibilidad de realizar en todo o en parte un “encargo a terceros” en los términos del artículo 984 del Código de Comercio, pero sin que tal situación lo desligue de su responsabilidad contractual en relación con quien obró frente a él en calidad de remitente original².

1 Dispone el artículo 10 de la Ley 336 de 1996: “Para los efectos de la presente Ley se entiende por operador o empresa de transporte la persona natural o jurídica constituida como unidad de explotación económica permanente con los equipos, instalaciones y órganos de administración adecuados para efectuar el traslado de un lugar a otro de personas o cosas, o de unas y otras conjuntamente...”. A renglón seguido, el artículo 11 indica: “Las empresas interesadas en prestar el servicio público de transporte o constituidas para tal fin, deberán solicitar y obtener habilitación para operar”.

2 El artículo 984 del Código de Comercio dispone: “Salvo lo dispuesto en normas especiales, el transporte deberá ser contratado con transportadores autorizados, quienes podrán encargar la conducción, en todo o en parte a terceros, pero bajo su responsabilidad, y sin que por ello se entiendan modificadas las condiciones del contrato...”.

De otro lado, en lo que tiene que ver con la propiedad de los vehículos a emplear, debe mencionarse que el transportador podrá prestar el servicio (en un supuesto diferente al comentado en el párrafo precedente) bien con vehículos propios (de propiedad de la empresa de transporte) o mediante lo que se conoce como vehículos de terceros que son vinculados transitoria o permanentemente a una empresa de transporte, a efectos de poder formar parte de su flota³.

I.3. EL PROPIETARIO, POSEEDOR O TENEDOR DE UN VEHÍCULO DE TRANSPORTE TERRESTRE DE CARGA

El propietario, poseedor o tenedor es una persona natural o jurídica que ostenta respecto del bien a emplear en la operación una de las calidades atrás referidas delineadas de antaño por el derecho civil. Es decir, puede ser el propietario (porque ostenta un derecho real de dominio), el poseedor (porque tiene ánimo de señor y dueño), o eventualmente un simple tenedor del vehículo (en tanto que detenta materialmente el equipo pero reconoce dominio ajeno). Téngase entonces presente que el concepto de propietario no es de ninguna manera asimilable al de transportador (con independencia de que una misma persona natural o jurídica pueda tener las dos calidades) ni puede ser confundido con este.

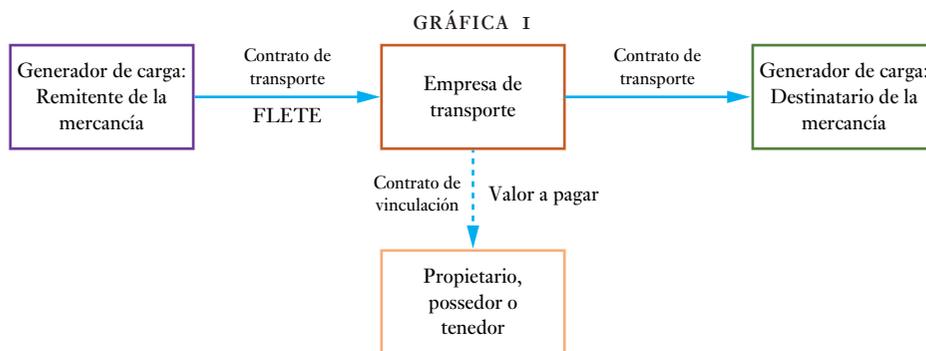
2. RELACIONES JURÍDICAS ENTABLADAS ENTRE LOS ACTORES

Aparte de identificar los actores que usualmente intervienen el ámbito del transporte terrestre de carga, se hace igualmente necesario identificar plenamente las relaciones jurídicas que surgen entre tales intervinientes —así como su objeto y alcance—.

Como primer punto es conveniente destacar que entre el generador de la carga (remitente o destinatario) y el transportador se da propiamente una relación conocida como contrato de transporte, mientras que entre el transportador

3 El Decreto 1079 del 2015 en su artículo 2.2.1.7.4.4 señala: “Contrato de vinculación. El contrato de vinculación del equipo se regirá por las normas del derecho privado, debiendo contener como mínimo las obligaciones, derechos y prohibiciones de cada una de las partes, su término, causales de terminación y preavisos requeridos para ello, así como aquellas condiciones especiales que permiten definir la existencia de prórrogas automáticas y los mecanismos alternativos de solución de conflictos al que sujetarán las partes”.

y el propietario, poseedor o tenedor de un vehículo de transporte la relación jurídica que emerge es diferente, esto es, un contrato de vinculación de flota (gráfica 1).



2.1. EL CONTRATO DE TRANSPORTE

El contrato de transporte es la relación jurídica existente entre el remitente y el transportador, y es definido en el artículo 981 del Código de Comercio como sigue:

El transporte es un contrato por medio del cual una de las partes se obliga para con la otra, a cambio de un precio, a conducir de un lugar a otro, por determinado medio y en el plazo fijado, personas o cosas y entregar éstas al destinatario.

Se trata, pues, de un contrato típico en virtud del cual el transportador, en calidad de deudor contractual de la prestación de transporte, asume la obligación de conducir personas o cosas de un lugar a otro. Aunque el análisis en detalle del contrato y de sus características escapa al presente trabajo, valga señalar que este contrato tiene un objeto claro que lo distingue de cualquier otra relación contractual: la conducción o movilización de cosas (en lo que interesa a este documento), las cuales deberán ser entregadas al destinatario en el mismo estado en que las haya recibido de manos del remitente⁴.

⁴ Código de Comercio, artículo 982.

Es preciso además señalar que aunque el contrato de transporte podría llegar a ser un contrato gratuito⁵, lo cierto es que usualmente implica el pago de un precio por la conducción, valor que es conocido en el ámbito del transporte de mercancías como “flete”.

2.2. EL CONTRATO DE VINCULACIÓN DE FLOTA

Se trata del contrato –mucho menos conocido por su nombre– que se celebra entre quien ostenta la condición de transportador y el propietario, poseedor o tenedor de un vehículo de transporte terrestre de mercancías y cuyo objeto, bien diferente al del transporte, consiste en permitir el uso o la disposición de un vehículo de carga. Es un negocio celebrado en el ámbito del derecho privado, no regulado en nuestra legislación civil ni comercial, aunque se encuentra referenciado en el artículo 983 del Código de Comercio en el que se prevé de manera general la razón de su existencia, así:

Las empresas de servicio público someterán sus reglamentos a la aprobación oficial y, *si no prestan el servicio en vehículos de su propiedad, celebrarán con los dueños de éstos el respectivo contrato de vinculación*, conforme a las normas reglamentarias del transporte (destacado fuera de texto).

Queda claro entonces de la simple mención hecha por el Código de Comercio a que se trata de un contrato –se insiste, diferente del contrato de transporte– al que recurrirán las empresas de transporte cuando no tengan vehículos propios para cumplir sus compromisos contractuales y requieran los vehículos de terceros.

Aunque se trata de un contrato que no puede considerarse típico –por cuanto no cuenta realmente con una disciplina completa prevista en la ley⁶–, puede decirse que algunos de sus rasgos están planteados en el artículo

5 Código de Comercio, artículo 995. En este sentido véase además, por todos, Tamayo Jaramillo (1991, p. 5).

6 “El variado contenido de los contratos singulares que hasta aquí hemos presupuesto, proviene de lo estatuido por la ley, que prevé y disciplina figuras concretas, las cuales –precisamente por estar disciplinadas por la ley y de ordinario (*aunque no necesariamente*) contenidas bajo el título del Código Civil ‘De los contratos singulares’– suelen llamarse contratos nominados o típicos” (Messineo, 1986, p. 378).

2.2.1.7.4.4 del Decreto 1079 de 2015 (anteriormente contenidos en el Decreto 173 de 2001) en los siguientes términos:

El contrato de vinculación del equipo, se regirá por las normas del derecho privado, debiendo contener como mínimo las obligaciones, derechos y prohibiciones de cada una de las partes, su término, causales de terminación y preavisos requeridos para ello, así como aquellas condiciones especiales que permiten definir la existencia de prórrogas automáticas y los mecanismos alternativos de solución de conflictos al que sujetarán las partes.

Igualmente, el clausulado del contrato deberá contener los ítems que conformarán los pagos y cobros a que se comprometen las partes y su periodicidad. De acuerdo con ésta, la empresa expedirá al propietario del vehículo un extracto que contenga en forma discriminada exacta los rubros y montos por cada concepto.

Parágrafo.- Las empresas de Transporte Público y los propietarios de los vehículos podrán vincular los equipos transitoriamente para la movilización de la carga, bajo la responsabilidad de la empresa que expide el manifiesto de carga.

Existen pues, actualmente, dos modalidades de contrato de vinculación: permanente y transitoria. La vinculación permanente es la que surge de un contrato escrito, diseñado para el efecto entre las partes, esto es, empresa de transporte y propietario, poseedor o tenedor de un vehículo de carga, el cual tiene la vocación de proyectar sus efectos en el tiempo, como un contrato de tracto sucesivo y que, en la práctica, supondrá estar vigente para que el transportador pueda disponer del vehículo para la ejecución de más de un trayecto. Por otra parte, la vinculación transitoria se da con la simple expedición del manifiesto de carga por parte de una empresa de transporte y genera la vinculación con dicha empresa mientras se da la ejecución del servicio al que hace alusión el respectivo manifiesto.

3. RECUENTO DE LA NORMATIVA EN MATERIA DE REGULACIÓN TARIFARIA EN EL TRANSPORTE DE CARGA TERRESTRE

3.1. ANTECEDENTES

En Colombia, de acuerdo con lo previsto en la Ley 336 de 1996, el Gobierno Nacional es el encargado de establecer la “directa, controlada o libre fijación

de las tarifas” respectivas, según lo estime necesario. Así, establece el artículo 29 de la referida ley:

En su condición rectora y orientadora del Sector y del Sistema Nacional de Transporte, le corresponde al Gobierno Nacional a través del Ministerio de Transporte formular la política y fijar los criterios a tener en cuenta para la directa, controlada o libre fijación de las tarifas en cada uno de los Modos de transporte (destacado fuera de texto).

Así mismo, esta norma consagró en su artículo 65:

El Gobierno Nacional expedirá los reglamentos correspondientes, a efectos de armonizar las relaciones equitativas entre los distintos elementos que intervienen en la contratación y prestación del servicio público de transporte, con criterios que impidan la competencia desleal y promuevan la racionalización del mercado de transporte.

Se trata de dos pautas normativas que establecen la piedra angular de la regulación en materia tarifaria, pues determinan, entre otras cosas, que uno de los objetivos de dicha injerencia radica en la búsqueda de la armonía en las relaciones económicas que se construyen entre los actores de la cadena de servicios de transporte⁷.

Precisamente con base en dicha normativa, entre los años 1997 y 2011 estuvo vigente en el país un esquema que se conoció como “tabla de fletes”⁸. Sobre los orígenes del esquema habría que indicar que el mismo surgió como una reacción a las llamadas “inmovilizaciones camioneras” del último quinquenio de los años noventa, esto es, protestas públicas protagonizadas fundamentalmente por propietarios de vehículos quienes consideraban que no estaban recibiendo un pago justo por el empleo de los mismos. El esquema buscaba fundamentalmente garantizar un pago mínimo a los propietarios, poseedores o tenedores de vehículos de transporte terrestre de carga por parte de las empresas de transporte.

7 Decreto 1150 de 1997, Consideraciones.

8 Como juicio personal, consideramos mal llamada tabla de fletes, porque en realidad no establecía fletes, esto es, el precio que se paga por la conducción bajo un contrato de transporte, sino que se refería al pago que debía hacerse al propietario del equipo por parte del transportador respectivo.

Tal esquema de tabla de fletes constituyó en la práctica un “piso tarifario” en relación con el valor a reconocer a los propietarios de los equipos o vehículos de transporte de carga, modelo que implicaba además, por tanto, una sanción, esto es, fundamentalmente una multa, a aquellas empresas de transporte que realizaran pagos por debajo de los valores previstos en la referida tabla.

3.2. DE LA TABLA DE FLETES AL RÉGIMEN DE LIBERTAD VIGILADA

No obstante que el esquema de la tabla de fletes rigió aproximadamente durante 10 años, lo cierto es que durante su vigencia se preparó y expidió el documento Conpes 3489 de 2007 (conocido como “Conpes del sector transporte terrestre de carga”) en el cual se analizaron el funcionamiento y las condiciones del sector. Una de las conclusiones fundamentales a las que se arribó en el documento fue justamente la de que era necesario migrar del esquema de tabla de fletes (tal y como estaba funcionando en ese momento) hacia un esquema que implicara la intervención solo en aquellos casos en que se presentaran fallas de mercado:

Con el fin de armonizar las relaciones económicas de todos y cada uno de los integrantes de la cadena, de acuerdo con principios de eficiencia, sostenibilidad, desarrollo y competitividad del sector, *es necesario migrar hacia un esquema de regulación basado en el principio de intervenir sólo en los casos en que se presenten fallas de mercado* y para esto, se propone la creación del Índice de Precios del Transporte–IPT⁹ (destacado fuera de texto).

Recuérdese que, en palabras del Consejo de Estado, “[l]a intervención del Estado en la economía se justifica como mecanismo para asegurar el adecuado funcionamiento del mercado y corregir las llamadas ‘fallas’ del mismo”¹⁰.

Sin embargo, luego de la expedición del documento Conpes anterior pero haciendo caso omiso de este, el Gobierno Nacional, al ver que la reglamentación solamente vinculaba a la empresa de transporte y al propietario del vehículo, y además que la tabla de fletes propuesta cada vez coincidía menos

9 Documento Conpes 3489, Política Nacional de Transporte Público Automotor de Carga, Ministerio de Transporte, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Bogotá, D.C., 1 de octubre de 2007.

10 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 1735 de 2006.

con la realidad ya que no había actualización constante de sus parámetros de cálculo, decidió expedir el Decreto 2663 de 2008, que daba continuidad a la tabla de fletes, aunque con dos variaciones: involucraba al generador de carga y determinaba que el flete por tonelada sería mínimo de un 12.5% por encima de los valores contemplados en la tabla.

El régimen tarifario anterior estuvo vigente hasta el año 2011, cuando, acogiendo los lineamientos de política pública previstos en el documento Conpes atrás mencionado, fue expedido el Decreto 2092, norma que dio un importante giro a la regulación del sector al establecer el modelo de “libertad vigilada”. Se reconoció así que los valores a pactar entre los actores involucrados se podrían fijar libremente (mediante el esquema tradicional de oferta y demanda) por las partes, sin perjuicio de la eventual intervención del Estado, que quedaría reservada para ciertas hipótesis específicas relacionadas con distorsiones importantes del mercado.

3.3. PARTICULARIDADES DEL RÉGIMEN DE LIBERTAD VIGILADA

De entrada cabe resaltar que el Decreto 2092 de 2011 consagró un esquema de “libertad vigilada”, concepto que ya había sido abordado en el país con el objeto de precisar su alcance en oportunidad anterior. En efecto, es importante recordar que en su momento la Ley 81 de 1988, que reestructuró el entonces Ministerio de Desarrollo Económico, dispuso sobre el particular que a dicha entidad le correspondería en ciertos casos “[e]stablecer la política de precios”¹¹, y para ello dispuso en su artículo 60:

Artículo 60. De la Política de Precios. El ejercicio de la Política de Precios a que se refiere el literal d) del artículo 2.º de la presente Ley podrá ejercerse, por parte de las entidades a que se refiere el artículo siguiente, bajo algunas de las modalidades que a continuación se consignan.

i) Régimen de control directo, en el cual la entidad fijará mediante resolución el precio máximo, en cualquiera de sus distintos niveles, que los productores y distribuidores podrán cobrar por el bien o servicio en cuestión;

¹¹ Ley 88 de 1981, artículo 2, literal d.

ii) Régimen de libertad regulada, en el cual la entidad fijará los criterios y la metodología con arreglo a los cuales los productores y distribuidores podrán determinar o modificar, los precios máximos en cualquiera de sus niveles respecto a los bienes y servicios sometidos a este régimen;

iii) *Régimen de libertad vigilada, en el cual los productores y distribuidores podrán determinar libremente los precios de los bienes y servicios en cuestión, bajo la obligación de informar en forma escrita a la respectiva entidad sobre las variaciones y determinaciones de sus precios, de acuerdo con la metodología que la entidad determine.*

Las empresas cuyos bienes o servicios están sometidos a la política de precios que se señale en el presente artículo, tendrán derecho a exigir de la respectiva entidad que se modifique o se permita la modificación del precio en cuestión, consultando para ello el incremento de costos que se compruebe haya tenido el bien o servicio en el curso de los doce (12) meses siguientes a la fecha en la cual la entidad haya ejercido la política de precios en cualquiera de sus modalidades (destacado fuera de texto).

Así las cosas, el concepto de libertad vigilada no fue creado específicamente por el Decreto 2092 de 2011 sino que, por el contrario, sus rasgos fueron delineados con bastante anterioridad a efectos de diferenciarlo de otros modelos posibles para fijar la política de precios en ámbitos diferentes de la economía. Sobre este punto valga recalcar que a diferencia de la libertad regulada, en la libertad vigilada lo que hay de por medio no es la idea de establecer tarifas “piso” o “techo”, sino la obligación de información proyectada de una manera especial, que implica en la práctica garantizarle al Estado la posibilidad de hacer seguimiento para determinar anomalías en un determinado mercado.

De esta forma se aprecia que el Decreto 2092 en sus considerandos trajo a colación la recomendación que en su momento hizo el documento Conpes 3489 de 2007 en el sentido de facilitar la implementación de un “sistema de información” que permitiera hacer seguimiento al mercado del transporte terrestre de carga por carretera¹², el cual serviría “de apoyo a las partes para determinar los parámetros de negociación económica”¹³. Es pues evidente que

12 En el documento Conpes 3489 de 2007, “Política Nacional de Transporte Público Automotor de Carga”, adicionalmente se recomienda implementar un sistema de información para el monitoreo de los mercados relevantes en el transporte de carga por carretera.

13 Decreto 2092 de 2011, artículo 3, parágrafo.

el modelo elegido tenía una clara connotación: hacer seguimiento al mercado a partir del reporte de información de los actores. Precisamente con ocasión de lo anterior, el artículo 3.º del decreto originalmente dispuso:

Artículo 3.º Las relaciones económicas entre el Generador de la Carga y la empresa de transporte público, y de esta con los propietarios, poseedores o tenedores de vehículos, serán pactadas por las partes, *teniendo en cuenta las condiciones del mercado*.

A renglón seguido dispuso el decreto en comento en el artículo 4.º:

Artículo 4.º El Ministerio de Transporte monitoreará, en los términos que este establezca, el comportamiento del Valor a Pagar.

Para el efecto creó una obligación de reporte de información en el artículo 6.º y previó en el artículo 5.º que en los casos en que en una determinada ruta el “valor a pagar” estuviera *sistemáticamente* por debajo de los costos eficientes de operación se podría intervenir dicho valor a efectos de establecer, ahí sí, un verdadero mínimo o tarifa “piso”.

Entonces, a pesar de que el decreto hiciera mención del generador de carga como sujeto de la cadena de transporte, el énfasis permanecía en el concepto de “valor a pagar”¹⁴ –propio de los contratos de vinculación–, el cual entonces despertaba interés particular a efectos de ser monitoreado para establecer, de ser el caso, un valor mínimo a pagar al propietario, poseedor o tenedor del vehículo de carga.

Se trató de un esquema que abogó sin duda por la libertad del mercado, el cual, con sana lógica, buscó siempre defender la libertad en la negociación, previendo una solución para aquellos eventos en que se verificara la existencia de una violación sistemática del esquema de costos del sector.

3.4. DECRETO 2228 DE 2013^[15]

En un cambio importante del plan originalmente trazado por el Conpes, se profirió en el año 2013 el Decreto 2228, norma que derogó parcialmente el

14 Decreto 2092 de 2011, artículo 1: “... el valor que pacta la empresa de transporte con el propietario, poseedor o tenedor de un vehículo de servicio público de carga”.

15 Hoy compilado en el Decreto 1079 de 2015.

Decreto 2092 reemplazando algunos de sus artículos. Quizá el cambio más importante de la norma fue la modificación del artículo 3.º del Decreto 2092 que fue reemplazado por el siguiente texto:

Las relaciones económicas entre el Generador de la Carga y la empresa de transporte público, y de esta con los propietarios, poseedores o tenedores de vehículos, serán establecidas por las partes, *sin que en ningún caso se puedan efectuar pagos por debajo de los Costos Eficientes de Operación.*

El sistema de información SICE-TAC, del Ministerio de Transporte, será el *parámetro de referencia* (destacado fuera de texto).

Con el fin de lograr un correcto entendimiento del verdadero significado de la norma es conveniente tener presente lo siguiente:

– En primer lugar se resalta que la norma, a diferencia de su predecesora, proyecta sus efectos –en lo que a la regulación de las relaciones económicas se refiere– más allá de la relación entre empresa de transporte y propietario, poseedor o tenedor de vehículo. En efecto, la norma regula de manera expresa también la relación entre generador y empresa de transporte (en la cual, como ya se ha indicado, se paga es un flete, no un valor a pagar).

– La norma establece con claridad que no será posible hacer pagos por debajo de los “costos eficientes de operación”, entendidos estos como “los costos de operación del servicio público de transporte terrestre automotor de carga que se obtienen en una ruta origen-destino, considerando los parámetros de operación más eficientes, atendiendo criterios técnicos, logísticos y de eficiencia, *con base* en la información de costos reportada y contenida en el SICE-TAC” (destacado fuera de texto).

– Si bien la norma se refiere a la imposibilidad de hacer pagos por debajo de los “costos eficientes de operación”, tal concepto hace alusión a los “parámetros más eficientes” de acuerdo con “criterios técnicos, logísticos y de eficiencia” que se calculan teniendo “como base” la información del SICE-TAC.

– El SICE-TAC es un sistema de información que contiene parámetros de costo de distintas operaciones de transporte intermunicipal (más adelante se examinará en concreto este punto).

De tal forma, el Decreto 2228 de 2013 establece que no es posible hacer pagos por debajo de los costos eficientes de operación y prevé que las superintendencias de Puertos y Transporte (hoy Superintendencia de Transporte) y de Industria y Comercio podrán adelantar las investigaciones correspondientes

dentro del marco de sus competencias de conformidad con lo previsto en las leyes 336 de 1996 y 1340 de 2009.

3.5. LA RESOLUCIÓN 757 DE 2015

Con posterioridad a las normas comentadas y ante el inconformismo de sectores camioneros por las diversas interpretaciones que se daban al esquema planteado por el Decreto 2228 de 2013, se expidió por parte del Ministerio de Transporte la Resolución 757 de 2015. Como cambio significativo desde la perspectiva de la regulación de las relaciones económicas se encuentra que la citada norma estableció:

Artículo primero. En ningún caso se pueden efectuar pagos por debajo de los Costos Eficientes de Operación, *publicados* en el SICE-TAC, dado el carácter obligatorio del artículo segundo del Decreto 2228 de 2013 (destacado fuera de texto).

En este caso la norma agregó una frase adicional respecto de lo indicado en el decreto, refiriéndose específicamente a los costos “publicados en el SICE-TAC”, con lo que se puede concluir que lo que pretendió inicialmente el Ministerio con dicha norma fue imponer el valor publicado en el SICE-TAC como una “tarifa piso”, dado que a partir de la expedición de la Resolución 757 no sería posible hacer pagos por debajo de los valores mínimos contemplados en el SICE-TAC, retrocediéndose así nuevamente al régimen que intentó erradicar el Conpes 3489 de 2007.

3.6. CIRCULAR/MEMORANDO 4611 DE 2015^[16]

Al margen de las discusiones que puedan surgir sobre la jerarquía normativa, el Ministerio de Transporte, luego de casi dos meses de expedirse la resolución antes dicha, por medio de la Circular/Memorando 4611 de 2015 retomó el rumbo que habría prácticamente perdido con la Resolución 757 (pues se había retornado al punto de partida de la tabla de fletes) y consagró en su oportunidad que si bien de manera general debería atenderse a los valores consagrados por el SICE-TAC, no debía perderse de vista que resultaba necesario atender a las

16 Publicado por el Ministerio de Transporte como Memorando 20151010124611 del 13 de mayo de 2019.

características propias de las relaciones económicas de cada contrato, pues se podrían presentar “eficiencias adicionales” en los factores técnicos, logísticos u operativos.

Sobre el particular es importante traer a colación expresamente lo previsto por la circular/memorando en comento, al señalar:

El valor a reconocer en las relaciones económicas del costo kilómetro por tonelada efectivamente transportada debe ser calculado con base en los Costos Eficientes de Operación contenidos en el SICE-TAC y de acuerdo a las características propias de las relaciones económicas de cada contrato, pudiendo pactar las partes eficiencias adicionales en los factores técnicos, logísticos y operativos (destacado fuera de texto).

Es así como entendió la entidad que a pesar de lo señalado inicialmente por la Resolución 757, era posible reconocer que en ciertos casos puede darse una justificación para el pago de un valor diferente al consagrado en el SICE-TAC, específicamente cuando la operación en cuestión refleje la existencia de las llamadas “eficiencias adicionales”.

3.7. RESOLUCIONES DE INTERVENCIÓN

Al cabo de un año de expedirse la Circular/Memorando 4611 fueron publicadas las llamadas “resoluciones de intervención”, esto es, las resoluciones 3437, 3438, 3439, 3440, 3441 y 3442 del 10 de agosto de 2016. Estas resoluciones, cuya vocación supuestamente era temporal, consagraron veintidós rutas específicas en las que –con claridad– se señaló que no era posible ninguna interpretación y que el “valor a pagar” sería únicamente el valor contemplado para la ruta respectiva en cada una de las referidas operaciones (no se hizo alusión al flete sino únicamente a valor a pagar).

Con estas resoluciones, ahora sí, en aparente consonancia con el Conpes 3489 de 2007, el Ministerio de Transporte indicó que “una vez verificadas las variaciones del valor a pagar confrontando los registros del Sistema de Información de Costos Eficientes del Transporte de Carga–SICE-TAC con los del Registro Nacional de Despachos de Carga–RNDC¹⁷, arrojaron que existe

17 Registro Nacional de Despachos de Carga, implementado a través de la Resolución 377 de 2013, el cual, según el Conpes 3759, permite registrar, en tiempo real y en línea, la información del movimiento de carga en el país.

tendencia negativa o por debajo de los mínimos establecidos de las cifras para dichas rutas”¹⁸ (destacado fuera de texto), por lo que fue necesario intervenir las rutas precitadas con el fin de mantener el equilibrio entre los actores de la cadena de transporte de carga, definir el justo valor del costo mínimo de operación y monitorear permanentemente las rutas para determinar su prolongación o terminación.

Es decir, de alguna forma se refirió a los parámetros indicados en el Conpes, según los cuales, de una parte, debe existir un índice de precios del transporte que contenga una estructura de costos de operación eficiente y que sirva de base para formular parámetros de regulación y fórmulas tarifarias (asimilable al SICE-TAC), y de otra, un sistema de información para el monitoreo del comportamiento de los mercados relevantes en el transporte de carga por carretera (asimilable al RNDC).

Es preciso mencionar que en el texto de las resoluciones se incluyó una alusión a los costos del SICE-TAC, no como un costo mínimo, sino como un parámetro comparable con el RNDC, que al mostrar una tendencia negativa dio lugar a la intervención de unas rutas para fijar los valores a pagar mínimos respectivos en una ruta origen-destino.

Por último, en relación con este acápite, la “temporalidad” de las resoluciones de intervención terminó con la expedición de la Resolución 2534 de 2018, mediante la cual se derogaron las resoluciones 3437, 3438, 3439, 3440, 3441 y 3442 y se fijaron cuatro nuevas rutas intervenidas.

Es importante detenerse en este punto y analizar los fundamentos utilizados esta vez por el Ministerio de Transporte para justificar esta nueva intervención. En esta oportunidad la entidad ya no sostuvo que se trataba de una intervención con el fin de mantener el equilibrio entre los actores de la cadena de transporte de carga y el justo valor del costo mínimo de operación teniendo en cuenta las variaciones del valor a pagar confrontando los valores del SICE-TAC y del RNDC, sino que justificó la intervención “como medida para reconocer a los transportadores de carga por carretera las desviaciones que deben hacer con ocasión del derrumbe en el kilómetro 62 en la zona de Valdivia”¹⁹.

18 Resolución 3442 de 2016, Consideraciones.

19 Resolución 2534 de 2018, Consideraciones. Al respecto, téngase presente que la emergencia que dio lugar a esta intervención fue superada, sin que a la fecha de elaboración de este escrito se haya levantado la medida.

4. EL SICE-TAC

El SICE-TAC es un sistema de información de costos eficientes del transporte automotor de carga cuyo “objetivo es facilitar la transición entre el anterior régimen de regulación (Tabla de Fletes) y el nuevo de libertad vigilada”²⁰. En los términos del Conpes 3759 de 2013, el SICE-TAC calcula los costos eficientes de referencia, los cuales “sirven como parámetro para la negociación entre los agentes”²¹.

Se trata de una “herramienta tecnológica para el cálculo objetivo de los costos de operación en el transporte de carga, que contiene los costos eficientes de operación para un determinado vehículo entre un origen y un destino específico”²², teniendo en cuenta las rutas principales de carga del país, y las tipologías vehiculares y de carga frecuentemente empleadas²³⁻²⁴, que pretende constituirse como un insumo de información sumamente valioso para quienes se encuentran trabajando en el ámbito de dicho sector.

Luego de examinar el modelo de regulación económica del sector transporte terrestre de carga, corresponde ahora proceder a hacer un análisis de los fundamentos que fueron en su momento utilizados para diseñar este esquema normativo, todo con el propósito de establecer si existen o no los fundamentos requeridos desde la óptica del derecho de la competencia para la consagración de un régimen como el propuesto esquema.

5. FUNDAMENTOS DE LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA REGULACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO DEL TRANSPORTE TERRESTRE DE CARGA

En el presente acápite se pretende analizar si las normas expedidas por el Gobierno Nacional, por conducto del Ministerio de Transporte, han sido emitidas con un enfoque y un objetivo claros, que justifiquen la necesidad de intervenir el mercado de transporte, y además determinar cuál es su impacto desde el punto de vista del derecho de la competencia.

20 Conpes 3759 de 2013, p. 7.

21 *Ibid.*

22 Resolución 2502 de 2015, Protocolo de actualización de la herramienta SICE-TAC.

23 Las tipologías vehiculares contenidas en el SICE-TAC son: C2, C3, 2S2, 3S2, 3S3, 2S3. Las tipologías se encuentran caracterizadas en la Resolución 4100 de 2004 y NTC-4788.

24 Las tipologías de carga contenidas en el SICE-TAC son: general, granel, refrigerada, contenedor.

Como ya se mencionó, cada una de las normas atrás referidas ha contemplado como fundamento lo previsto en las leyes 105 de 1993 y 336 de 1996. En particular, dichas normas han hecho referencia a la actividad del transporte como un servicio público sometido a la regulación del Estado y, además, han destacado que en vista de lo previsto en la ley el Gobierno, a través del Ministerio de Transporte, es el encargado de formular la política y fijar los criterios para establecer la directa, controlada o libre fijación de tarifas. En el mismo sentido, tales normas también han partido del parámetro según el cual:

El Gobierno Nacional expedirá los reglamentos correspondientes, a efectos de armonizar las relaciones equitativas entre los distintos elementos que intervienen en la contratación y prestación del servicio público de transporte, con criterios que impidan la *competencia desleal y promuevan la racionalización del mercado de transporte*²⁵ (destacado fuera de texto).

Si bien a la luz de los fundamentos anteriores se podría llegar a pensar *prima facie* que el Gobierno tiene total amplitud para determinar el grado y la forma de intervención del Estado en el mercado de transporte, ha de tenerse presente que en cualquier caso deben existir parámetros claros y unívocos para llevarla a cabo, pues no se tratará de una potestad omnímoda y/o que pueda ser ejercida de forma arbitraria.

Para un mayor entendimiento en lo que concierne al análisis que se presentará posteriormente sobre el punto, en el cuadro a continuación se destacan las características de cada una de las normas y documentos expedidos para regular las relaciones económicas en el sector transporte terrestre de carga.

TABLA I

Norma	Causa o fundamento de la intervención	Medida a tomar
Conpes 3489 de 2007	Se destaca que debe migrarse a un esquema de regulación basado en el principio de intervenir solo en aquellos casos en que se presenten <i>fallas de mercado</i> .	No especifica en qué consiste la intervención.

25 Ley 336 de 1996, artículo 65.

Norma	Causa o fundamento de la intervención	Medida a tomar
Decreto 2092 de 2011	En las consideraciones se reitera que se debe intervenir solo en los casos en que se presenten <i>fallas de mercado</i> .	Propone un monitoreo del mercado, y dispone que en aquellos casos en que el “valor a pagar” en una ruta se encuentre sistemáticamente por debajo de los costos eficientes de operación, el Ministerio de Transporte podrá intervenir para fijar el valor mínimo del mismo.
Decreto 2228 de 2013	Menciona nuevamente la política de libertad vigilada e indica que el Ministerio de Transporte debe realizar el monitoreo al comportamiento de los mercados relevantes en el transporte de carga por carretera, para intervenir en los casos en que se <i>presenten fallas</i> .	Prohíbe el pago por debajo de los costos eficientes de operación, con el SICE-TAC como parámetro de referencia.
Resolución 757 de 2015	Destaca en sus considerandos que es función de las autoridades competentes <i>garantizar la competencia y no permitir el abuso de posición dominante</i> .	Indica que no se pueden realizar pagos por debajo de los costos eficientes de operación publicados en el SICE-TAC.
Memorando/ Circular 4611 de 2015	En la medida en que se trata de un memorando/circular, no señala un fundamento preciso.	Se abre paso al reconocimiento de las denominadas “eficiencias adicionales”
Resoluciones de intervención 3437, 3438, 3439, 3440, 3441 y 3442 de 2016	El fin aquí consiste en <i>mantener el equilibrio</i> entre los actores de la cadena del transporte de carga y el <i>justo valor</i> del costo mínimo de operación. Se hace necesaria la intervención teniendo en cuenta que al comparar el SICE-TAC con el RNDC se verificó una tendencia negativa o por debajo de los mínimos establecidos de las cifras para dichas rutas.	Se fijan valores a pagar mínimos.
Resolución 2534 de 2018	Se busca <i>reconocer a los transportadores</i> de carga los costos adicionales por las desviaciones que deben hacer los conductores con ocasión del derrumbe en el kilómetro 62 en la zona de Valdivia.	Se fijan valores a pagar mínimos.

Como se puede observar, son distintos los fundamentos utilizados por el Gobierno Nacional en cada norma para justificar la necesidad de intervención del mercado de transporte, sin que sea perceptible una uniformidad en relación con tales supuestos.

A efectos de lograr una mejor comprensión del punto, así como de verificar en particular si las justificaciones empleadas son reales y responden a lo previsto en la normatividad, conviene traer a colación lo previsto en el numeral 6 del artículo 3 de la Ley 105 de 1993, cuyo título es “De la libertad de empresa”, según el cual:

Las autoridades *sólo* podrán aplicar las restricciones a la iniciativa privada establecidas en la Ley, *que tiendan 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 (destacado fuera de texto).

Debe resaltarse que la libertad de empresa a la cual hace alusión el pasaje transcrito constituye uno de los principios rectores del transporte público y con fundamento en el cual es posible sostener que la ley prevé una limitante general para cualquier tipo de intervención tendiente a restringir la libre iniciativa privada. De tal forma, una eventual limitación solo sería posible si apunta a uno de los siguientes objetivos expresamente previstos en la norma: i) evitar la competencia desleal, ii) evitar el abuso de posición dominante en el mercado. La norma, además, invita a que las medidas que se tomen tengan en cuenta la garantía de la eficiencia y la seguridad en el desarrollo de la actividad del transporte.

Ahora bien, teniendo en cuenta las líneas precedentes, conviene realizar un examen que permita ahondar en las consideraciones que fueron expuestas por el Gobierno como justificantes de la intervención del mercado de transporte de carga.

5.1. FALLAS DE MERCADO

La primera razón que se ha esgrimido para argumentar la intervención del mercado de transporte por parte del Gobierno consiste en la detección de una supuesta falla de mercado. Sin embargo, ninguna de las normas o documentos atrás referidos menciona cuál es (o sería) la falla que se configuraría en el mercado de transporte. Por esta razón, es pertinente realizar una revisión general sobre la tipología de fallas de mercado con el fin de verificar si alguna de ellas en realidad se presenta.

De manera general puede decirse que la falla “es una consecuencia negativa del funcionamiento del mercado y se produce cuando este no es eficiente en la asignación de los recursos disponibles”²⁶. Según Pindyck y Rubinfeld (2009, pp. 706 ss.), existen cuatro clases o grupos de fallas de mercado:

– *Poder de mercado/falla de competencia*: se refiere a la concentración del mercado. “Es una estructura de mercado que se caracteriza por observar una concentración natural en su oferta, de tal forma que existen uno o pocos agentes que proveen los bienes y servicios. Esto les permite eliminar a otras empresas que pretenden participar en el sector y extraer mayores ganancias a costa de los consumidores”²⁷.

– *Información incompleta o asimétrica*: quiere decir que “unos saben más que otros (...) En la mayoría de las ocasiones el vendedor conoce mucho mejor que el comprador la calidad del producto” (Pindyck y Rubinfeld, 2009, pp. 713-719). Se refiere a que ciertos actores del mercado no tienen información suficiente sobre el precio y/o la calidad de los productos o servicios que se ofrecen en él.

– *Externalidades*: “Existe una externalidad cuando una actividad de consumo o de producción produce un efecto indirecto en otra actividad de consumo o de producción que no se refleja directamente en los precios de mercado”²⁸.

– *Bienes públicos*: cuando el mercado no puede responder a ciertas demandas de bienes públicos, porque, por ejemplo, no son rentables para un inversor, el Estado debe entrar a proveerlos, por razones de interés público. “Se caracterizan porque es prácticamente imposible impedir que las personas que no han pagado por ellos los utilicen”²⁹.

Si se revisa cada una de las definiciones anteriores, en principio no es posible inferir a cuál de ellas se refieren las normas; sin embargo, es oportuno traer a colación un pronunciamiento del Ministerio de Transporte en el que afirma que la falla presentada en el mercado de transporte corresponde a la “asimetría de información”:

26 Tomado de: <https://www.mheducation.es/bcv/guide/capitulo/8448175476.pdf> (consultada en de mayo de 2019).

27 Tomado de: <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/Sesi%C3%B3n-1.2-Presentations.pdf> (consultado en mayo de 2019).

28 *Ibíd.*

29 Tomado de: <https://www.mheducation.es/bcv/guide/capitulo/8448175476.pdf> (consultado en mayo de 2019).

El sistema de información de costos eficientes del transporte automotor de carga SICE TAC, fue construido como una *herramienta de información que permitiría reducir la asimetría de información en lo correspondiente al valor del flete para el mercado de transporte público de carga por carretera*³⁰ (destacado fuera de texto).

A esa misma falla se refiere la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) en el concepto de abogacía de la competencia³¹ solicitado por el Ministerio de Transporte para proceder con la expedición de las resoluciones de intervención³², al destacar que “[L]os proyectos pretenden dar solución a la falla de mercado que estaría generando la *asimetría de información* respecto de las transacciones que tienen lugar en el mismo”, y que, según la máxima autoridad del transporte,

... 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 ésta y más provechosas para los intermediarios* (...) [L]os proyectos buscan (...) 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 Agentes³³ (destacado fuera de texto).

Respecto de lo transcrito, en primer lugar, es necesario destacar que al parecer, para el Ministerio de Transporte, los propietarios, poseedores o tenedores de vehículos (oferentes³⁴) no tienen la información suficiente sobre los valores a pagar (valor que paga la empresa de transporte al propietario, poseedor

30 Ministerio de Transporte. Concepto 20161420098641 del 29 de febrero de 2016.

31 Ley 1340 de 2009, artículo 7.º: “Abogacía de la Competencia. Además de las disposiciones consagradas en el artículo 2.º del Decreto 2153 de 1992, 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 [*sic*] expedir. El concepto emitido por la Superintendencia de Industria y Comercio en este sentido no será vinculante. Sin embargo, si la autoridad respectiva se apartara de dicho concepto, la misma deberá manifestar de manera expresa dentro de las consideraciones de la decisión los motivos por los cuales se aparta”.

32 Resoluciones 3437, 3438, 3439, 3440, 3441 y 3442 de 2016.

33 Superintendencia de Industria y Comercio. Abogacía de la Competencia, 16-197623 del 8 de agosto de 2016.

34 Terminología destacada en el mismo concepto de la Abogacía de la Competencia, 16-197623 del 8 de agosto de 2016, p. 3.

o tenedor del vehículo), por lo cual dichos valores son pactados en forma desventajosa para los oferentes y en provecho de las empresas de transporte. Sin embargo, no resulta lógico que un propietario de vehículo, dedicado a la actividad del transporte de carga, pueda desconocer su propio negocio, los costos que implica la movilización del vehículo o, incluso, las tarifas que deben ser cobradas por el mismo oferente del servicio.

Así mismo, suponiendo que en realidad el oferente de un servicio no tuviera conocimiento de su propio negocio a la hora de celebrar los contratos, y aceptando que en realidad existe una asimetría de información, la solución que podría parecer razonable consistiría en generar una obligación de reporte de estos precios para que estos puedan ser consultados por los actores que intervienen en este mercado. Esa es, precisamente, la función del referido Registro Nacional de Despachos de Carga–RNDC, en el que las empresas de transporte deben reportar el valor a pagar³⁵ que cancelan a los propietarios, poseedores o tenedores de vehículos. Este sistema, valga la pena mencionarlo, es completamente funcional a partir de la expedición de la Resolución 377 de 2013.

Y, por si no fuera suficiente la anterior herramienta, al lado de esta se tiene también el SICE-TAC, como un sistema en el que se pueden consultar los costos fijos, los costos variables y otros costos asociados a un viaje, con lo cual, en caso de continuar afirmándose que los propietarios de vehículos desconocen los costos de su operación, constituiría una herramienta de información que además serviría como parámetro de negociación a la hora de contratar un servicio.

Habiendo mencionado todo esto, resulta más confuso cada vez que una supuesta falta de información sobre el “valor a pagar” se pueda traducir en la práctica en la necesidad de intervenir, por parte del Gobierno, para fijar –como sostienen algunos– un precio o tarifa mínima, máxime cuando, como se vio, no existe una correlación aparente entre ambas variables.

En efecto, vale la pena resaltar que fue la SIC la que le indicó en su momento al Ministerio de Transporte:

... no se encontró (...) 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 la información asimétrica entre el intermediario [empresa de transporte] y la oferta [propietario, poseedor o tenedor del vehículo]. En otras

35 Decreto 1079 de 2015, artículo 2.2.1.7.6.3.

palabras, si las distorsiones que padece el Mercado están en realidad asociadas con asimetrías de información, resulta discutible que el remedio idóneo para un diagnóstico de tal naturaleza consista en (...) el de *la fijación de un precio*, en lugar de uno que se limite a hacer simétrico el acceso a la información³⁶ (destacado fuera de texto).

De esta forma, es posible concluir que, a pesar de que el Gobierno, en cabeza del Ministerio de Transporte, ha invocado la necesidad de corregir una falla de mercado para intervenir los precios de mercado, no existe evidencia o argumento alguno que permita ver la fijación de precios o tarifas como un correctivo útil.

5.2. RÉGIMEN DE COMPETENCIA

Luego de estudiar la falla del servicio de asimetría de información como justa causa utilizada por el Gobierno para su intervención en el mercado de transporte, se pasará ahora a analizar otro de los argumentos utilizados para limitar la libertad contractual, referido a la necesidad de garantizar la competencia y no permitir el abuso de posición dominante.

Retomando líneas precedentes, la Resolución 757 de 2015 expresamente lo mencionó así en sus considerandos, y además de reiterar la función de las autoridades competentes de “garantizar la competencia y no permitir el abuso de posición dominante”³⁷, indicó que por dicho motivo a partir de la expedición de esta “se garantizan las funciones que para este efecto tiene[n] las Superintendencias de Puertos y Transporte e Industria y Comercio”³⁸.

Lo mencionado es consonante con el Decreto 2228 de 2013, compilado en el Decreto 1079 de 2015, el cual designó a la SIC como la entidad que debía velar por el cumplimiento de las normas, al señalar:

... cuando el valor a pagar o flete *se encuentre por debajo de los costos eficientes de operación en un caso concreto*, las Superintendencias de Puertos y Transporte, así como de *Industria y Comercio*[,] *podrían adelantar en el marco de sus competencias*

36 Superintendencia de Industria y Comercio. Abogacía de la Competencia, 16-197623 del 8 de agosto de 2016.

37 Resolución 757 de 2015, Consideraciones.

38 *Ibid.*

las investigaciones a que haya lugar de conformidad con la Ley 336 de 1996 y la Ley 1340 de 2009^[39] (destacado fuera de texto).

De igual forma, la Resolución 757 de 2015 reiteró:

La Superintendencia de Industria y Comercio, en el marco de sus atribuciones legales, adelantará las actuaciones administrativas sancionatorias a que hubiere lugar en materia de infracciones al régimen de protección de la competencia previsto en la Ley 155 de 1959, Ley 256 de 1996, Ley 1340 de 2009, Decreto 2153 de 1992 y Decreto 4886 de 2011, derivados de la violación de normas que prevén infracciones al régimen de Costos Eficientes de Operación en materia de transporte, reportados por el Ministerio de Transporte o por los particulares interesados, con el fin de imponer las sanciones legales y las órdenes de restitución a cargo de quienes hayan efectuado pagos por *debajo de los Costos Eficientes de Operación, cuando a ello hubiere lugar* (destacado fuera de texto).

Así, los actos administrativos expedidos con base en los artículos 29 y 65 de la Ley 336 de 1996 consagraron expresamente que la SIC podrá actuar cuando el valor a pagar o flete se encuentre por debajo de los costos eficientes de operación en un caso concreto.

De la lectura de las normas cuestionadas puede inferirse que el Ministerio de Transporte afirma que el pago de valores por debajo de los costos eficientes de operación puede llegar a configurar alguna infracción al régimen de protección de la competencia, por lo que a partir de este punto conviene analizar si en realidad puede existir una conexidad entre el pago por debajo de los costos eficientes de operación y la vulneración del régimen legal de la competencia.

Para empezar, resulta necesario abordar de manera general el radio de acción y los alcances de la SIC, que investiga, corrige y sanciona las prácticas comerciales restrictivas de la competencia y la competencia desleal, buscando siempre “fortalecer la eficiencia del aparato productivo nacional, garantizar que los consumidores tengan libertad de acceso y elección a la oferta de bienes y servicios, así como propender porque en el mercado exista variedad de precios y calidades”⁴⁰.

39 Decreto 1079 de 2015, artículo 2.2.1.7.6.4.

40 Tomado de: <http://sic.gov.co/objetivos-y-funciones> (consultado en marzo de 2019).

En esa línea, las infracciones al régimen de libre competencia pueden enmarcarse en dos vías. Veamos.

5.2.1. PRÁCTICAS COMERCIALES RESTRICTIVAS

Se trata de cualquier tipo de acuerdo, acto o abuso de posición de dominio susceptible de distorsionar la competencia, por falsear, restringir o torpedear la misma, tal y como lo indica la Ley 1340 de 2009.

En primer lugar, debe mencionarse la denominada *prohibición general* de atentar contra la libertad de competencia contenida en la Ley 155 de 1959, que también contiene disposiciones en materia de prácticas comerciales restrictivas, así:

Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos⁴¹.

Este artículo fue analizado por la Corte Constitucional⁴², la cual concluyó que este contiene tres prohibiciones de carácter general, que censuran tres cosas:

- Los acuerdos que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos o mercancías.
- Toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia.
- Toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a mantener o determinar precios inequitativos.

La Corte indicó además que este artículo no contiene una prohibición aislada, sino que:

... forma parte del régimen de protección de la competencia, establecido por el legislador en el artículo 4 de la Ley 1340 de 2009, norma que además determina los componentes de ese régimen, al señalar que está constituido por la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992, la presente ley y la demás disposiciones que las

⁴¹ Ley 155 de 1959, artículo 1.

⁴² Corte Constitucional. Sentencia C-032 de 2017.

modifiquen o adicionen. Dicho régimen tiene como finalidad general la protección del derecho a la libre competencia, referenciando la necesidad de su actualización “a las condiciones actuales de los mercados, conforme al objeto establecido en el artículo 1 de esa ley”⁴³.

Al final de dicha sentencia se concluye que la interpretación del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 “se integra con las reglas establecidas en el Decreto 2153 de 1992, especialmente en relación con los acuerdos y actos contrarios a la libre competencia allí enumerados”.

Es así como, al lado de la mencionada prohibición general, se establece también un régimen de prohibiciones especiales, que contemplan algunos eventos tradicionalmente considerados como violatorios del régimen de libre competencia, que se pasa a describir a continuación.

– Acuerdos

Es “todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas”⁴⁴, lo que no implica que todos los acuerdos estén prohibidos, sino solamente aquellos que prevengan, restrinjan o distorsionen la competencia o tengan la potencialidad de surtir uno de estos efectos.

Los acuerdos contrarios a la competencia pueden ser anticompetitivos, bien por sí mismos, “cuando sin importar que hayan sido efectivamente ejecutados en el mercado, su fin los califica como tal”⁴⁵ (se denominan “cárteles de precios”), o bien por sus efectos, “cuando el resultado del mismo sin importar el fin de las partes tiene efectos anticompetitivos en el mercado”⁴⁶.

Los acuerdos también pueden clasificarse como horizontales, cuando los pactos se realizan entre empresas del mismo eslabón de la cadena de producción (p. ej., entre dos empresas de transporte), o verticales, cuando los agentes se encuentran en diferentes niveles de la cadena de producción (p. ej., entre una empresa de transporte y un propietario de vehículo)⁴⁷.

43 *Ibid.*

44 Decreto 2153 de 1992, artículo 45.

45 Tomado de: Preguntas frecuentes del Régimen de la Protección de la Competencia. Pablo Felipe Robledo, disponible en: <http://www.sic.gov.co/practicas-restrictivas-de-la-competencia>

46 *Ibid.*

47 Tomado de: <http://www.sic.gov.co/practicas-restrictivas-de-la-competencia>, consultado el mes de marzo de 2019.

Los acuerdos contrarios a la libre competencia se enmarcan además en diez tipologías⁴⁸; sin embargo, para los efectos del presente artículo solo será analizada la primera de ellas, por su relación con el tema aquí tratado, es decir, los acuerdos que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios.

Sobre esta práctica en particular, sea lo primero mencionar que por regla general los precios de un mercado no pueden ser establecidos como consecuencia de las manipulaciones de los agentes que participan en él, sino que deben ser el reflejo del libre juego entre oferta y demanda⁴⁹.

Indica la SIC:

... será el productor en términos generales quien determine el precio con que habrá de ofrecer sus productos o servicios, para lo cual tendrá en cuenta la estructura de costos y los márgenes de utilidad que pretende obtener, en donde los primeros corresponden a los factores de producción que deben asignarse para la elaboración del respectivo bien o prestación del servicio, tales como: insumos, mano de obra, capital humano y tecnológico, etc..., en tanto que los segundos, esto es, los márgenes de utilidad, están determinados por las políticas internas de cada empresa que a su vez consideran el entorno económico del respectivo mercado y en general del lugar en que estén operando⁵⁰.

El Consejo de Estado⁵¹ en su oportunidad definió los siguientes elementos que permiten determinar si un comportamiento puede constituirse como una infracción por acuerdo de precios: i) Práctica: “La presencia de dos o más empresas”⁵², ii) Conciencia: “El acuerdo con el objeto o el efecto de fijar directa o indirectamente el precio, cuyas fuentes pueden ser un contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela”⁵³.

48 Decreto 2153 de 1992, artículo 47.

49 Superintendencia de Puertos y Transporte. Concepto 00033102: “el precio constituye un indicador representativo del mercado, esto es, del libre juego de la oferta y la demandada, de manera que no debe verse sujeto a manipulaciones ni convertirse en un instrumento mediante el cual se alteren o perturben las condiciones de libertad y lealtad bajo las que se debe operar la competencia”.

50 *Ibíd.*

51 Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 23 de enero de 2003, C.P. Manuel Santiago Urueta, exp. 25000-23-24-000-2000-0665-01(7909).

52 *Ibíd.*

53 El Consejo de Estado advirtió en la misma sentencia que para que exista paralelismo “[s]e

Un ejemplo en este caso se presenta cuando a través de convenio dos o más empresas de transporte buscan fijar artificialmente los fletes en el mercado, desconociendo así el libre juego de oferta y demanda. Esta causal, a pesar de que se relaciona con los precios de mercado, no tiene ninguna correlación ni coincidencia con aquellas situaciones en que se realizan pagos por debajo de SICE-TAC.

– Actos

Son todos aquellos comportamientos que provienen de quien ejerce una actividad económica⁵⁴, es decir, a diferencia de los anteriores, estos son comportamientos unilaterales que afectan la libre competencia, y que se dirigen hacia el mercado.

En el Decreto 2153 de 1992 se describen tres conductas que se consideran actos contrarios a la libre competencia: i) Infringir las normas sobre publicidad contenidas en el Estatuto de Protección al Consumidor; ii) Influenciar a una empresa para que incremente los precios de sus productos o servicios o para que desista de su intención de rebajar los precios; iii) Negarse a vender o prestar servicios a una empresa o discriminar en contra de la misma cuando ello pueda entenderse como una retaliación a su política de precios.

Para los efectos del presente trabajo, se analizará aquella conducta que consiste en “influenciar a una empresa para que incremente los precios de sus productos o servicios o para que desista de su intención de rebajar los precios”⁵⁵. Para efectos del presente escrito, las palabras “precio” y “tarifa” se tomarán como sinónimas, atendiendo al artículo 2.2.1.1 del Decreto 1079 de 2015, según el cual la tarifa es “el precio que pagan los usuarios por la utilización del servicio público de transporte”.

Desglosando el tipo sancionatorio destacado, para que se configure esta causal se requiere la convergencia de dos elementos:

i) El elemento subjetivo, que hace alusión a los sujetos activos o pasivos que intervienen en la conducta, siendo los primeros quienes ejercen el acto

requiere que exista conciencia de las políticas que están desarrollando otras empresas y se decida seguirlas o hacer que se imiten o sigan las propias, de manera reiterada, y que se pierda la autonomía en el actuar, no requiriéndose indagar sobre las voluntades, sino sobre cómo actúan las empresas en el mercado”.

54 Decreto 2153 de 1992, artículo 45.

55 Decreto 2153 de 1992, artículo 48.

de influenciar sobre una empresa determinada, y los segundos, la empresa a quien se pretende influenciar, esto es, el que recibe el mensaje u orden⁵⁶.

ii) El elemento objetivo, que es “el ejercicio de la actividad económica desplegada por una empresa, en la que sus actos vayan encaminados a alterar el libre albedrío de otra empresa, respecto del precio que está dispuesta a asignar a los productos y servicios que ofrece. En efecto, la conducta de ‘influenciar’ presupone ‘incidir’, ‘sugerir’, esto es, ‘insinuar’ o ‘inspirar’ una idea, en el parecer de otro sobre el monto del precio que debe cobrarse al público consumidor por un determinado producto, bien sea para aumentarlo o [para] disminuirlo”⁵⁷.

Aunque el artículo en mención se refiere a “incrementar precios” o “desistir de su intención de rebajarlos”, el Consejo de Estado ha indicado:

... resulta irrelevante para los efectos de la disposición en estudio, que el sujeto pasivo de la influencia hubiera o no tenido la idea *de incrementar o rebajar los precios*, sino que basta que se ejerza presión tendiente a evitar el incremento o la rebaja, independientemente, como ya se dijo, [de] si debido a tal presión dicho sujeto se abstuvo o no de actuar⁵⁸ (destacado fuera de texto).

Como se puede observar, de la conducta mencionada se pueden extraer los siguientes elementos para su configuración, aterrizados al sector transporte de carga:

– En primer lugar, el pretender influenciar o incidir en los precios cobrados al público por un determinado producto: lo cual, entonces, solamente abarcaría la relación entre empresa de transporte y generador de carga, ya que este último es quien eventualmente podría fungir como “público consumidor” y es a quien se le cobra el flete, dejando por fuera en este punto al propietario, poseedor o tenedor del vehículo.

– En segundo lugar, esa influencia debe enfocarse hacia un aumento o disminución de precios, limitando el libre albedrío de la empresa sobre la cual recae la práctica comercial restrictiva, sin indicarse en ningún caso un rango tarifario. Es decir, no importa si se incumple o no un valor de referencia o

56 Consejo de Estado. Sentencia del 19 de noviembre de 2009, C.P. Marco Antonio Velilla Moreno, exp. 25000-23-24-000-2001-01261-01.

57 *Ibid.*

58 Consejo de Estado, Sección Primera. 19 de noviembre de 2009, C.P. Marco Antonio Velilla Moreno.

piso mínimo, lo que interesa para estos efectos es la restricción que se inflige a un actor del mercado.

– En tercer lugar, el sujeto activo de la conducta, es decir, el sujeto sancionable, es quien realiza el acto de influencia sobre el sujeto pasivo, quien eventualmente será el que disminuya los precios que va a cobrar a los consumidores, quienes en últimas realizarán el pago de un valor. Distinto esto de lo que busca la normativa de transporte, que se centra en definir como sujeto sancionable a quien realiza el pago por debajo de los rangos definidos.

Es así como el realizar un pago por debajo de los costos eficientes de operación o de un valor mínimo preestablecido, tal y como lo establecen las normas expedidas por el Ministerio de Transporte, tampoco encuadraría como un “acto” violatorio del régimen de la libre competencia.

– Abusos de posición de dominio

El término “posición de dominio”

... se refiere a la capacidad que tiene una empresa para determinar las condiciones del mercado relevante en el que participa. Esto quiere decir que la empresa tiene la posibilidad, sin tener en cuenta qué hacen sus competidores, de definir precios, montos de producción, calidad de sus bienes, etc., independientemente de las presiones de la competencia. Esto, en consecuencia, puede afectar a su favor a los competidores o consumidores participantes en el mercado⁵⁹.

Lo anterior implica que para determinar si algún participante (generador de carga, empresa de transporte, propietario, poseedor o tenedor) tiene o no posición de dominio es importante, primero, analizar el mercado relevante⁶⁰ dentro del cual el participante desarrolla sus actividades. El mercado relevante comprende el del bien o servicio que se analiza (sería el transporte de carga terrestre y sus sustitutos) y el mercado relevante geográfico (la zona en que las empresas afectadas desarrollan actividades de prestación de los servicios de referencia, es decir, las rutas que atraviesan el país).

59 Tomado de: <http://www.sic.gov.co/practicas-restrictivas-de-la-competencia>, consultada en el mes de marzo de 2019. Decreto 2153 de 1903, artículo 45.

60 Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 8328 de 2003: “El mercado relevante determina cuáles son los bienes y servicios entre los que puede plantearse una competencia efectiva, así como el ámbito geográfico dentro del cual se ofrecen y se intercambian”.

De forma paralela al análisis anterior, debe destacarse que el solo hecho de ostentar una posición de *domino* en el mercado no está prohibido, lo que se reprocha es abusar de dicha posición ejerciendo conductas anticompetitivas frente a otros actores del mercado, bien sea para excluir a competidores actuales o potenciales del mercado o para cobrar a los consumidores precios que no podría cobrar en competencia perfecta⁶¹, cuestión que también deberá ser demostrada a efectos de iniciar una investigación.

Las conductas que, cuando existe posición dominante, constituyen abuso de la misma son diversas, y algunas de ellas están mencionadas en el artículo 50 del Decreto 2153 de 1992; pero en lo que atañe al presente escrito basta con hacer referencia a aquella que consiste en “La disminución de precios por debajo de los costos cuando tenga por objeto eliminar uno varios competidores o prevenir la entrada o expansión de éstos”⁶², práctica más conocida como precios predatorios.

Por medio de esta conducta se busca reprimir el comportamiento de quien, aprovechándose de la posición de dominio que tiene, disminuye sus precios por debajo de los costos, con el firme propósito de eliminar a los competidores o evitar que los nuevos ingresen al mercado.

... no es la eficiencia, sino la capacidad financiera, la que le permite mantener su predominio, deprimiendo sus precios durante el tiempo que sea necesario para eliminar o prevenir a sus competidores, con un efecto en el largo plazo pernicioso para el mercado, en cuanto las pérdidas en que haya incurrido mientras dure la estrategia de vender por debajo de costos, tenderán a ser recuperadas a través de incrementos sustanciales de precios o de la disminución de la calidad de sus productos, en un escenario en el que no habrá rivales que lo puedan hacer desistir de su política o aun habiéndolos, se hallen [*sic*] lo suficientemente aleccionados como para no intentarlo⁶³.

Vale la pena detenerse en este punto, teniendo en cuenta que el hecho de disminuir los precios por debajo de los costos pareciera ser un supuesto coincidente con la prohibición según la cual “no es posible realizar pagos por debajo de los costos eficientes de operación”. Empero, el solo hecho de disminuir los

61 Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto 0115115–20150706.

62 Decreto 2153 de 1992, artículo 50.

63 Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 22624 del 15 de septiembre de 2005.

precios por debajo de los costos no es sancionable desde el punto de vista de la competencia, y únicamente llegaría a ser objeto de investigación por parte de la SIC cuando quien disminuye los precios, durante un tiempo determinado, quiera aprovechar su posición de dominio dentro de un mercado específico, con el objeto de eliminar a sus competidores.

En esa medida, es de tener presente que lo anteriormente señalado fue reiterado por la misma SIC cuando indicó que, al realizar pagos por debajo de los costos eficientes de operación,

... en cada caso particular se debe analizar cuál es la disposición del régimen de la competencia que es objeto de infracción, para determinar si se ha incurrido en una práctica restrictiva de la competencia, siempre y cuando se cumplan todos los supuestos que estas normas exigen, ya que la disposición [Decreto 2228 de 2013 y Resolución 757 de 2015] no está redactada en el sentido de castigar de plano dicha conducta como anticompetitiva per sé⁶⁴.

Por último, los participantes en el mercado del transporte terrestre de carga deben distinguir entre posición de dominio en el mercado, que es la descrita en este aparte, y posición de dominio contractual, la cual:

... no observa el mercado, sino la relación comercial entre dos partes, donde para nada operan las normas de oferta y demanda, ni la posición de las partes dentro del entorno de mercado. La situación se presenta cuando, entre otros, dentro de la elaboración y conformación de un contrato las partes no cuentan con las mismas oportunidades de discusión en el contenido, generando situaciones ventajosas para una de las partes, la cual se convierte en abusiva cuando son usadas en desmedro de la parte débil del contrato (Velandia, 2006, p. 2).

Cuando existan eventos de posición de dominio contractual, estos deben ventilarse ante la jurisdicción ordinaria, mas no ante una autoridad administrativa que imponga sanciones, a menos que alguna de las partes sea tratada como un consumidor. Solo en el evento en que un consumidor es parte dentro de un contrato, las superintendencias respectivas asumirán el conocimiento de la investigación.

64 Superintendencia de Industria y Comercio. Rad. 15-109735 del 2 de junio de 2015.

5.2.2. COMPETENCIA DESLEAL

Dentro del listado de aquellas conductas que constituyen una falta, cuya investigación y sanción incumbe a la SIC, se encuentra también la competencia desleal, entendida esta como:

... todo acto o hecho que se realice en el mercado con fines concurrenciales⁶⁵, cuando resulte contrario a las sanas costumbres mercantiles, al principio de la buena fe comercial, a los usos honestos en materia industrial o comercial, o bien cuando esté encaminado a afectar o afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor, o el funcionamiento concurrencial del mercado⁶⁶.

Aunque el Decreto 2228 de 2013 no hizo referencia a la competencia desleal, a partir de la Resolución 757 de 2015 sí fue invocada, al citar la Ley 256 de 1996, por lo cual es pertinente ahora hacer alusión a la causal “violación de normas” del régimen de competencia desleal para verificar si al realizar pagos por debajo de los costos eficientes de operación podría llegar a incurrirse en esta falta.

Resulta importante analizar su impacto en este ámbito ya que, aunque se trate en principio de conductas demandables por la parte afectada para obtener una reparación por los daños causados, esta también puede ser tomada por la SIC como causal para dar inicio a una investigación por desconocimiento del régimen de libre competencia y para la eventual imposición de sanciones.

Ahora bien, es necesario poner de presente que para que tal acción pueda proceder no debería bastar el simple desconocimiento de un parámetro normativo cualquiera, sino que será necesario al menos “buscar incidir en la decisión de la clientela (...) para direccionar el consumo hacia un determinado producto o servicio, a través de la cual se posicione al comerciante en un mercado”⁶⁷. Se deberá entonces, además, obtener una “ventaja en el mercado” y acreditar que esta es “significativa” (De La Cruz Camargo, 2014, p. 220), por lo que el simple desconocimiento aritmético del parámetro no debería ser suficiente para la procedencia de la acción.

65 Ley 256 de 1996, artículo 2: “... idóneo para mantener o incrementar la participación en el mercado de quien lo realiza o de un tercero”.

66 *Ibíd.*, artículo 7.

67 Corte Constitucional. Sentencia T-379 de 2013.

Incluso en aquellos casos en que la Superintendencia de Transporte evidencie que se materializó la violación a la norma según la cual no es posible realizar pagos por debajo de los costos eficientes de operación (v.gr., la Resolución 757 de 2015), dando lugar entonces al desconocimiento de una norma, lo cierto es que con fundamento en tal conclusión la SIC podría sancionar a los implicados únicamente en aquellos casos en que se acrediten los demás elementos ya señalados en el párrafo anterior.

Por último, es preciso concluir de los apartes arriba desarrollados lo siguiente:

– El solo hecho de pagar precios por debajo de los costos eficientes de operación no implica *per se* una violación al régimen de competencia, vigilado por la SIC.

– En caso de que no existiesen las normas de transporte en las que se indica que la SIC tiene competencia para investigar aquellos casos en que se realizan pagos por debajo de los costos eficientes de operación, esta igual tendría las facultades necesarias para, en cualquier mercado y contra cualquier agente o participante de él, poder iniciar las investigaciones correspondientes, de conformidad con la Ley 1340 de 2009 y los decretos ya vistos que protegen el régimen de libre competencia económica.

Se evidencia así que, a pesar de que las normas promulgadas por el Ministerio de Transporte con el objetivo de intervenir el mercado invocan una necesidad de proteger la competencia del mercado de transporte, los mandatos allí planteados nada tienen que ver con el mencionado objetivo.

Para cerrar la idea, si se ha descartado, por un lado, la solución a una falla de mercado, y por otro, la idea de proteger la competencia, debe volverse a revisar cuál es la pretensión del Ministerio de Transporte y cuáles son los bienes que pretende proteger con la expedición de los actos administrativos estudiados.

Tal vez un indicio sobre esto pueda ser observado dentro de las que fueron denominadas como *resoluciones de intervención*, las cuales fueron expedidas por dos razones, como ya se vio:

– El primer grupo de resoluciones buscó garantizar un valor a pagar mínimo para el propietario del vehículo, teniendo en cuenta que el sondeo realizado por el Ministerio evidenció que los valores transados en el mercado no alcanzaban a cubrir los costos estimados en el SICE-TAC.

– El segundo grupo buscó también garantizar un valor a pagar mínimo para el propietario del vehículo, esta vez argumentando que, como consecuencia de un derrumbe, los costos en dichas rutas habían aumentado.

En estos actos administrativos resulta más claro para todos que, si bien el Gobierno Nacional advierte dentro de su discurso la eficiencia del sector, la protección al mercado y la protección al régimen de competencia, su objetivo siempre ha sido otro, esto es, garantizar un ingreso mínimo a los propietarios, poseedores o tenedores de vehículos⁶⁸, incluso sin tener en cuenta las consecuencias nefastas que desde el punto de vista de la competencia y el libre mercado esto pueda comportar.

La misma SIC advirtió en un comunicado dirigido al Ministerio de Transporte cuanto sigue:

... 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 calidad⁶⁹.

Por otro lado, la OCDE destacó en su oportunidad:

... las regulaciones económicas han demostrado con frecuencia ser medios extremadamente costosos e ineficientes para alcanzar metas de interés público. En ausencia de evidencia clara acerca de la necesidad de estas regulaciones como medio para atender los intereses públicos, los gobiernos deberán establecer una prioridad alta para identificar y eliminar las regulaciones económicas que impidan la competencia⁷⁰⁻⁷¹.

68 OECD. Economic Studies, n.º 32, 2001/1: *“In countries in which barriers to entry and restrictions on price competition had created rents for the employees of firms already in the market, these rents are tending to disappear (for the United States, see Rose, 1987; Boyer, 1991; Hirsch and MacPherson, 1998). This last fact could explain European road hauliers’ fear that their working conditions would deteriorate when the road haulage market was opened fully on 1 July 1998”*.

69 Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto Abogacía de la Competencia. Radicación n.º 16-197623 de 8 de agosto de 2016.

70 OECD. Informe sobre reforma regulatoria de 1997 de la OECD. Consultado en: <https://www.oecd.org/daf/competition/98765433.pdf> (consultado en enero de 2019).

71 OECD. Economic Studies, n.º 32, 2001/1: *“According to the US Bureau of Transport Statistics (1999a), in the past the regulation of market access and prices has also been motivated by concerns*

Si bien estas medidas convienen a los gobiernos de turno para mitigar la ocurrencia de vías de hecho, se trata de simples medidas proteccionistas que bastante daño causan al mercado. Ya bien señalaba Pindyck que, “[d]ado que uno de los principales fines del proteccionismo es proteger el empleo de determinadas industrias, no es sorprendente que esta política beneficie a los productores [léase propietarios]. Sin embargo, los costes suponen pérdidas para los consumidores y una disminución significativa de la eficiencia económica” (Pindyck y Rubinfeld, 2009, p. 704).

La intervención del Gobierno en la economía tiene otras formas de expresión, más allá de la fijación de precios, por lo que sería útil estudiar otros campos, hacer énfasis en su regulación y asegurar su cumplimiento. Como se mencionó, queda a la vista la sobreoferta vehicular y de empresas de transporte que prestan el servicio, lo cual se evidencia en múltiples corredores viales del país en los que bajan considerablemente los precios, precisamente por existir un número tan elevado de agentes dispuestos a prestar sus servicios.

CONCLUSIONES

1. Han sido múltiples las ocasiones en que el Gobierno Nacional ha tratado de regular las relaciones económicas del sector transporte de carga, enfocándose en la definición de los valores a pagar a los propietarios, poseedores o tenedores de vehículos, y de los fletes que se pagan a las empresas de transporte; sin embargo, al no generar el resultado esperado por los actores, estos varían constantemente.

2. A partir del Conpes 3489 de 2007 se determinó que era necesario migrar del esquema de tabla de fletes (tal y como estaba funcionando en ese momento) hacia un esquema que implicara la intervención solo en aquellos casos en que se presentaran fallas de mercado.

3. La regulación actual en materia de relaciones económicas cobija tanto a los sujetos intervinientes del contrato de vinculación, es decir, la empresa de transporte y el propietario, poseedor o tenedor del vehículo, como a los sujetos propios del contrato de transporte, esto es, por un lado los generadores de carga (remitentes) y por otro, nuevamente, la empresa de transporte.

within the industry that cut-throat competition would cause instability, would lead to road haulage firms going bankrupt and would worsen working conditions”.

4. A partir de la expedición del Decreto 2228 de 2013 se establece que no es posible hacer pagos por debajo de los costos eficientes de operación y se prevé que las superintendencias de Puertos y Transporte (hoy Superintendencia de Transporte) y de Industria y Comercio podrán adelantar las investigaciones correspondientes dentro del marco de sus competencias de conformidad con lo previsto en las leyes 336 de 1996 y 1340 de 2009.

5. El SICE-TAC es una herramienta tecnológica que contiene los costos eficientes de operación en una ruta origen-destino y que pretende constituirse como un insumo de información sumamente valioso para quienes trabajan en dicho sector.

6. La falla del mercado consistente en una asimetría de información parece no ser una justificación válida para que el Gobierno Nacional intervenga en el mercado del transporte, más aún cuando existen herramientas, como el Registro Nacional de Despachos de Carga-RNDC y el SICE-TAC, que permiten visualizar no solamente los valores que efectivamente se transan en el mercado, sino también los costos de las operaciones por tipología de vehículo y en una ruta en específico.

7. Si bien la normativa en algunos casos se ha justificado también como necesaria para garantizar la competencia y no permitir el abuso de posición dominante, no resulta comprensible que una limitación en la negociación del valor de los valores a pagar y los fletes pueda contribuir a evitar afectaciones al régimen de libre competencia económica.

8. Es más, las regulaciones económicas, según los expertos, son medios costosos e ineficientes, que incluso llegan a ser más restrictivos de la libre competencia y a agudizar ulteriormente los problemas del mercado. Por ello, limitar la negociación sobre los valores a pagar y los fletes puede parecer más una medida proteccionista para proteger a uno de los sujetos del mercado de transporte de carga: el propietario, poseedor o tenedor del vehículo.

REFERENCIAS

Congreso de la República. Decreto n.º 410 (16 de junio de 1971). Por el cual se expide el Código de Comercio.

Congreso de la República. Decreto n.º 1079 (16 de mayo de 2015). Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Transporte.

Congreso de la República. Decreto n.º 1150 (25 de abril de 1997). Por el cual se fijan criterios sobre las relaciones económicas entre las empresas de transporte y los propietarios de vehículos de carga.

Congreso de la República. Decreto n.º 173 (5, febrero, 2001). Por el cual se reglamenta el Servicio Público de Transporte Terrestre Automotor de Carga.

Congreso de la República. Decreto n.º 2092 (14 de junio de 2011). Por el cual se fija la política tarifaria y los criterios que regulan las relaciones económicas entre los actores del servicio público de transporte terrestre automotor de carga y se establecen otras disposiciones.

Congreso de la República. Decreto n.º 2153 (30 de diciembre de 1992). Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones.

Congreso de la República. Decreto n.º 2228 (11 de octubre de 2013). Por el cual se modifican los artículos 1, 3, 4, 5, 11 y 12 del Decreto 2092 de 2011 y se dictan otras disposiciones.

Congreso de la República. Decreto n.º 4886 (23 de diciembre de 2011). Por medio del cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Industria y Comercio, se determinan las funciones de sus dependencias y se dictan otras disposiciones.

Congreso de la República. Ley 105 (30 de diciembre de 1993). Por la cual se dictan disposiciones básicas sobre el transporte, se redistribuyen competencias y recursos entre la Nación y las Entidades Territoriales, se reglamenta la planeación en el sector transporte y se dictan otras disposiciones.

Congreso de la República. Ley 1340 (24 de julio de 2009). Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia.

Congreso de la República. Ley 155 (24 de diciembre de 1959). Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas.

Congreso de la República. Ley 256 (15 de enero de 1996). Por la cual se dictan normas sobre competencia desleal.

Congreso de la República. Ley 336 (20 de diciembre de 1996). Estatuto General de Transporte.

Congreso de la República. Ley 81 (23 de diciembre de 1988). Por la cual se reestructura el Ministerio de Desarrollo Económico, se determinan las funciones de sus

dependencias, se deroga el Decreto legislativo número 0177 de 1.º de febrero de 1956, se dictan normas relativas a los contratos de fabricación y ensamble de vehículos automotores y a la política de precios y se dictan otras disposiciones.

Congreso de la República. Ley 88 de 1981.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 1735 de 2006. C.P. Luis Fernando Álvarez Jaramillo.

Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 19 de noviembre de 2009. Exp. 25000-23-24-000-2001-01261-01. C.P. Marco Antonio Velilla Moreno.

Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 23 de enero de 2003. Exp. 25000-23-24-000-2000-0665-01(7909). C.P. Manuel Santiago Urueta.

Corte Constitucional. Sentencia C-032 de 2017. M.P. Alberto Rojas Ríos.

Corte Constitucional. Sentencia T-379 de 2013. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

De la Cruz Camargo, D. M. (2014). *La competencia desleal en Colombia. Un estudio sustantivo de la ley*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Departamento Nacional de Planeación. Documento Conpes 3489. 1.º de octubre de 2007.

Departamento Nacional de Planeación. Documento Conpes 3759. 20 de agosto de 2013.

ICONTEC. Norma Técnica Colombiana NTC 4788. Tipología para vehículos de transporte de carga terrestre.

Los fallos del mercado. Capítulo 8. Disponible en: <https://www.mheducation.es/bcv/guide/capitulo/8448175476.pdf> (Consultado: mayo de 2019).

Messineo, F. (1986). *Doctrina general del contrato*. Tomo 1. Buenos Aires: Bosch y EJEA.

Ministerio de Transporte. Concepto n.º 20161420098641 del 29 de febrero de 2016.

Ministerio de Transporte. Memorando n.º 20151010124611 del 13 de mayo de 2019.

Ministerio de Transporte. Resolución n.º 2502 (24 de julio de 2015). Por la cual se establece el Protocolo de Actualización del Sistema de Información de Costos Eficientes para el Transporte Público de Carga por Carretera – SICE TAC.

Ministerio de Transporte. Resolución n.º 2534 (3 de julio de 2018). Por la cual se realiza la intervención en ambos sentidos de las rutas Medellín–Sincelejo, Medellín–Cartagena, Medellín–Barranquilla, Medellín–Santa Marta y se dictan otras disposiciones.

Ministerio de Transporte. Resolución n.º 3437 (10 de agosto de 2016). Por la cual se realiza la intervención de las rutas Medellín–Buenaventura, Medellín–Cartagena, Medellín–Barranquilla y se dictan otras disposiciones.

Ministerio de Transporte. Resolución n.º 3438 (10 de agosto de 2016). Por la cual se realiza la intervención de las rutas Santa Marta–Bucaramanga, Cúcuta–Barranquilla, Barrancabermeja–Rubiales y se dictan otras disposiciones.

Ministerio de Transporte. Resolución n.º 3439 (10 de agosto de 2016). Por la cual se realiza la intervención de las rutas Duitama–Cartagena, Duitama–Buenaventura, Duitama–Barranquilla y se dictan otras disposiciones.

Ministerio de Transporte. Resolución n.º 3440 (10 de agosto de 2016). Por la cual se realiza la intervención de las rutas Bogotá–Buenaventura, Bogotá–Ipiales, Bogotá–Cartagena, Barrancabermeja–Bogotá y se dictan otras disposiciones.

Ministerio de Transporte. Resolución n.º 3441 (10 de agosto de 2016). Por la cual se realiza la intervención de las rutas Buenaventura–Cali, Cali–Barranquilla, Bogotá–Cali y se dictan otras disposiciones.

Ministerio de Transporte. Resolución n.º 3442 (10 de agosto de 2016). Por la cual se realiza la intervención de las rutas Manizales – Bogotá, Manizales–Barranquilla, Manizales–Medellín, Manizales–Buenaventura, Pasto–Buenaventura, Buenaventura–Pitalito y se dictan otras disposiciones.

Ministerio de Transporte. Resolución n.º 377 (15 de febrero de 2013). Por la cual se adopta e implementa el Registro Nacional de Despachos de Carga (RNDC).

Ministerio de Transporte. Resolución n.º 4100 (28 de diciembre de 2004). Por la cual se adoptan los límites de pesos y dimensiones en los vehículos de transporte terrestre automotor de carga por carretera, para su operación normal en la red vial a nivel nacional.

Ministerio de Transporte. Resolución n.º 757 (26 de marzo de 2015). Por la cual se establece la aplicación de los artículos 2 del Decreto 2228 de 2013 y se dictan otras disposiciones.

OECD. Informe sobre reforma regulatoria de 1997 de la OECD. Consultado en: <https://www.oecd.org/daf/competition/98765433.pdf> (Consultado: enero de 2019).

OECD. *Economic Studies*, n.º 32, 2001/1.

Pachón, Á. y Ramírez, M. T. *Infraestructura del transporte en Colombia en el siglo XX*. Bogotá: Fondo de Cultura Económica, 2006.

Pindyck, R. S. y Rubinfeld, D. L. *Microeconomía*. 7.ª ed. Madrid: Prentice Hall, 2009.

Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto de abogacía de la competencia del 8 de agosto de 2016. Rad. 16-197623.

Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto del 6 de junio de 2017. Rad. 201501151115.

Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto del 2 de junio de 2015. Rad. 15-109735.

Superintendencia de Industria y Comercio. Objetivos y funciones. Disponible en: <http://sic.gov.co/objetivos-y-funciones> (Consultado: marzo de 2019).

Superintendencia de Industria y Comercio. Prácticas restrictivas de la competencia. Disponible en: <http://www.sic.gov.co/practicas-restrictivas-de-la-competencia> (Consultado: marzo de 2019).

Superintendencia de Industria y Comercio. Preguntas frecuentes del Régimen de la Protección de la Competencia. Disponible en: <http://www.sic.gov.co/practicas-restrictivas-de-la-competencia> (Consultado: marzo de 2019).

Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución n.º 22624 (15 de septiembre de 2005).

Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución n.º 8328 (28 de marzo de 2003).

Superintendencia de Puertos y Transporte. Concepto n.º 00033102.

Taller sobre análisis de la competencia en el contexto de la manifestación de impacto regulatorio. Disponible en: <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/Sesi%C3%B3n-1.2-Presentations.pdf> (Consultado: mayo de 2019).

Tamayo Jaramillo, J. (1991). *El contrato de transporte*. Bogotá: Temis, 1991.

Velandia, M. (2006). En *Boletín-Derecho de los Mercados*, n.º 17.

Las transformaciones tecnológicas, sociales, económicas y políticas han hecho que el derecho de la competencia sea hoy una de las herramientas más importantes para garantizar la economía social, la libertad y permanencia de los operadores económicos en el mercado, la eficiencia económica y el bienestar del consumidor. Más reciente, controversial e interesantes resulta la posición según la cual el derecho de la competencia debe propender igualmente por la equidad y la justicia en las relaciones de poder y, en esa medida, debe ser claramente un instrumento no solo de intervención en la economía sino de política social.

El derecho de la competencia enfrenta a día de hoy retos a todo nivel, desde la generación de un sistema de prohibiciones y excepciones coherente, pasando por la revisión de ciertas conductas prohibidas, el rol que juegan estas normas como mecanismos de lucha contra la corrupción y su injerencia en el manejo y protección de datos personales, al igual que su utilidad frente a los nuevos desarrollos tecnológicos, hasta llegar a temas como la abogacía de la competencia –en cuanto mecanismo para evitar la indebida intervención del Estado en los mercados– y los fines que deben cumplir las autoridades de regulación y competencia. Todos estos tópicos se abarcan en este libro fruto del esfuerzo de numerosos expertos e investigadores cuyo examen se pone al servicio de una mayor difusión y desarrollo de la materia en nuestro país.

