



Pontificia Universidad
JAVERIANA
Cali

con Acreditación
Institucional
de Alta Calidad
por **8** años

**CONSECUENCIAS DE LA INTERPRETACION DE LAS NORMAS DE
TRANSPORTE TURISTICO EN COLOMBIA DE ACUERDO CON LA
REGULACION SOBRE LIBRE COMPETENCIA**

**DIANA CAROLINA BOTERO ARANGO
PAULA ANDREA RUIZ ARAGON**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE HUMANIDADES Y CIENCIAS SOCIALES
MAESTRIA EN DERECHO EMPRESARIAL
SANTIAGO DE CALI, AGOSTO 4 DE 2014**

**CONSECUENCIAS DE LA INTERPRETACION DE LAS NORMAS DE
TRANSPORTE TURISTICO EN COLOMBIA DE ACUERDO CON LA
REGULACION SOBRE LIBRE COMPETENCIA**

**DIANA CAROLINA BOTERO ARANGO
PAULA ANDREA RUIZ ARAGON**

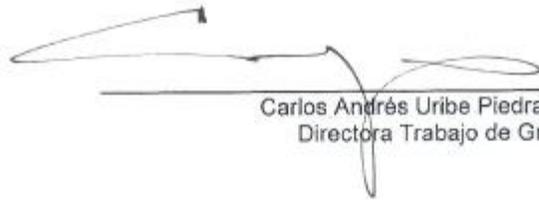
**Director:
PH. D. CARLOS ANDRES URIBE PIEDRAHITA
PROFESOR INVESTIGADOR**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE HUMANIDADES Y CIENCIAS SOCIALES
MAESTRIA EN DERECHO EMPRESARIAL
SANTIAGO DE CALI, AGOSTO 4 DE 2014**

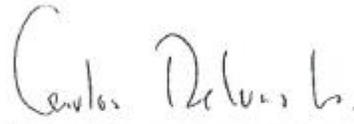
ARTICULO 23 de la Resolución No. 13 del 6 de Julio de 1946, del Reglamento de la Pontificia Universidad Javeriana.

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de Tesis. Solo velará porque no se publique nada contrario al dogma y la moral católica y porque las Tesis no contengan ataques o polémicas puramente personales; antes bien, se vea en ellas el anhelo de buscar la Verdad y la Justicia”.

Nota de Aceptación



Carlos Andrés Uribe Piedrahita
Directora Trabajo de Grado



Carlos Andrés Delvasto Perdomo
Evaluador



Juan Fernando Salazar Calero
Evaluador

Santiago de Cali, Agosto 4 de 2014

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	7
1. ANTECEDENTES NORMATIVOS E HISTÓRICOS, DE LA REGULACIÓN EN MATERIA DE TRANSPORTE TURÍSTICO EN COLOMBIA	8
1.1. LA POSIBLE EXISTENCIA DE DOS MERCADOS DE TRANSPORTE DE TURISMO	10
1.2. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA LEY 105 DE 1993, LEY 336 DE 1996-DECRETO 174 DE 2001.....	12
1.3. NACIMIENTO DE LA LEY 1558 DE 2012.....	14
1.4. RELACIÓN DEL ESTADO FRENTE A LOS PARTICULARES Y POSICIÓN FRENTE A LA LIBRE COMPETENCIA EN MATERIA DE TRANSPORTE PÚBLICO	18
1.5. CONTROL Y VIGILANCIA DE LA ACTIVIDAD TRANSPORTADORA ESPECIAL.....	21
1.6. CONTROL Y VIGILANCIA DE LA ACTIVIDAD TRANSPORTADORA DE TURISMO	22
2. EXIGENCIAS, ALCANCE Y POSIBLES CONFLICTOS DE LA INTERPRETACION DE LAS LEYES QUE RIGEN EL TRANSPORTE TURISTICO EN COLOMBIA	25
2.1. EXIGENCIAS DEL TRANSPORTE DE TURISMO MEDIANTE EMPRESAS DE TRANSPORTE DE ACUERDO CON LO ESTABLECIDO EN LA LEY 105 DE 1993, LA LEY 336 DE 1993 Y EL DECRETO 174 DE 2001	25
2.2. EXIGENCIAS DEL TRANSPORTE DE TURISMO, MEDIANTE EMPRESAS DE TRANSPORTE DE ACUERDO CON LO ESTABLECIDO EN LA LEY 1558 DE 2012	30
2.3. CONFLICTO ACTUAL OBSERVADO.....	32
2.4. EMPRESAS DEL MERCADO DE TURISMO REALIZANDO ACTIVIDADES DE LAS EMPRESAS DE SERVICIO PUBLICO ESPECIAL EN EL SEGMENTO EMPRESARIAL.....	35

3. GRADO DE CUMPLIMIENTO QUE TIENEN EL DECRETO 174 DE 2001 Y LA LEY 1558 DE 2012, CON RELACIÓN A LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN LA LIBRE COMPETENCIA	42
3.1. ASPECTOS GENERALES DE LA LIBRE COMPETENCIA.....	43
3.2. PRINCIPIOS QUE RIGEN LA LIBRE COMPETENCIA.....	46
3.3. LA LIBRE COMPETENCIA A LA LUZ DE LEY 256 DE 1996	48
4. CONCLUSIONES	59

BIBLIOGRAFIA

INTRODUCCIÓN

La economía de Colombia ha sido cambiante de acuerdo con las necesidades del momento histórico apostándole a las exportaciones de café, carbón, minerales, petróleo, frutas, flores entre otros. La globalización¹ ha permitido buscar alternativas de intercambio de bienes y servicios entre países y Colombia, no ha sido la excepción. La idea de compartir experiencias y aventuras con paisajes diferentes, ha venido tomando fuerza con el fin de mostrarle al mundo otra cara de este país donde su riqueza en flora, fauna, clima, calidez de las personas, se han convertido en las mejores herramientas para desarrollar lo que Europa y América saben hacer muy bien; atraer turismo e incrementar la industria al punto de ser un factor muy importante y relevante dentro de su economía².

Podemos denominar la existencia de dos mercados en cabeza de dos tipos de empresas de acuerdo a su regulación de existencia; el transporte público especial y el transporte de turismo. Estas dos tipos de empresa en su día a día han generado situaciones que pueden catalogarse como competencia desleal, situación que abordaremos en el desarrollo del escrito donde el lector podrá determinar la existencia o no de dicho conflicto generado por la evolución y el momento histórico de la normativa que busca promover un sector de la economía con base en el turismo, apuntando a un crecimiento del 3.5% del PIB en el 2013, frente a un 4.9% del año inmediatamente anterior³.

¹ GERBER J. DAVID, competencia Global, Derecho, Mercados y Globalización, Temis S.A, Bogotá 2012: El término mercado de ordinario se refiere a las relaciones económicas en un lapso definido, pero para nuestro propósito es necesario ver dinámicamente la competencia, esto es, en el tiempo. Uso el término “globalización económica” para referirme al elemento temporal. Aunque el término se usa a veces sin el rigor necesario, le doy un significado más específico para referirme al proceso que reduce las barreras a la competencia, apoyadas en factores territoriales. Por ejemplo, los avances tecnológicos en las comunicaciones y los transportes y los cambios en las relaciones políticas y legales han reducido de forma significativa tales restricciones territoriales. La globalización aquí se refiere a un proceso. No es un estado final y no obedece a una agenda política, sino a un conjunto de fuerzas cambiantes e interactuantes que afectan las decisiones de los negocios. (pag.392).

² Sarmiento Palacio, Eduardo. Economía y Globalización. Editorial Norma. Bogotá: 2008

³ Reporte ANIF Cali, Noviembre 7 de 2013

Colombia ha percibido y entendido que el desarrollo requiere una búsqueda del crecimiento y explotación del turismo en general. Es claro que el intercambio de los bienes nacionales ha cobrado un papel muy importante y es la apuesta actual, por incluir este país como actor en el escenario internacional. La firma de TLC con Estados Unidos, Brasil, Suiza, México, Chile, Perú y el recién firmado Alianza del Pacífico, la Unión Europea, entre otros; es muestra de la visión que se tiene para las siguientes décadas de progreso, donde el compromiso con la infraestructura vial es importante y determinante, para acceder y generar el intercambio, pero donde es también el turismo una gran herramienta a explotar.

Es por lo anterior que se han promulgado leyes que apoyan e incentivan la creación de empresas enfocadas a desarrollar el turismo terrestre en Colombia. Tanto la Ley 105 de 1993 y la Ley 336 de 1996, al igual que el Decreto del transporte especial, es decir el Decreto 174 de 2001, como la Ley 1558 de 2012, conocida como la Ley de Turismo, se acogen y están en línea con lo preceptuado por Constitución Política de Colombia, a los principios del transporte y a las exigencias legales.

En el desarrollo del presente escrito, analizaremos los antecedentes normativos e históricos de la regulación en materia de transporte turístico en Colombia, el fundamento legal, los requisitos, controles y exigencias de los dos tipos de mercado dependiendo en cual tipo de regulación la empresa ha sido establecida, así como el ámbito legal para determinar si las actividades de la empresas pueden ser reprochables o constituyen competencia desleal.

Se incluirán ejemplos prácticos que reflejan el comportamiento de las empresas en el mercado en observación, apoyando la tesis de competencia desleal que realiza un sector en perjuicio de otro, fundamentándose en la Ley para participar y prestar un servicio que no les corresponde de acuerdo con la finalidad de la normatividad.

1. ANTECEDENTES NORMATIVOS E HISTÓRICOS, DE LA REGULACIÓN EN MATERIA DE TRANSPORTE TURÍSTICO EN COLOMBIA

El transporte es un medio de movilización que data desde los inicios del mismo hombre, por la necesidad de movilizarse de un lugar a otro. El transporte es parte del desarrollo de las ciudades, regiones, así como de empresas en todo el amplio sentido de la palabra para lograr penetrar, impactar y distribuir muchas clases de productos en los mercados.

El transporte se ha desarrollado en lo terrestre, marítimo-fluvial, férreo y aéreo, siendo desarrollado por particulares y por el sector público en todas sus categorías.

Ahora bien, el transporte terrestre puede ser: i) Urbano, que hace referencia al movimiento de personas a nivel de ciudad o municipio; ii) Intermunicipal, traslado entre localidades; iii) De carga (bienes); iv) Especial, para pasajeros de los segmentos escolar, empresarial y turismo; y v) Mixto, de carga y personas.

De manera puntual este trabajo hará remisión a la modalidad de Transporte Terrestre Público Especial de acuerdo a lo regulado con la Ley 105 de 1993 y la Ley 336 de 1996, que formalizaron el transporte especial de pasajeros en el segmento turístico y un segundo momento de observación al desarrollo de la ley de turismo a partir de la Ley 1558 del 2012.

En adición, teniendo en cuenta las normas que actualmente rigen el transporte turístico en Colombia y las normas sobre libre competencia, se logró determinar los alcances de la posible competencia desleal entre las empresas que desarrollan ambos tipos de transporte, entendiendo que algunas empresas son generadoras de la conducta desleal por ampararse en una interpretación al posible campo de acción y operación trasgrediendo, en algunos casos, los intereses de las empresas especiales públicas.

Es así como se identificó la posible existencia de dos mercados; el especial público de turismo y el transporte de turismo, cada uno con su soporte en leyes que han procurado el servicio público, bajo el control y vigilancia del estado colombiano.

1.1. LA POSIBLE EXISTENCIA DE DOS MERCADOS DE TRANSPORTE DE TURISMO

Entendemos que dado la jerarquía de las normas y leyes del transporte turístico, se genera la posible existencia de dos mercados para desarrollar el transporte turístico en Colombia.

De acuerdo con lo anterior, haremos referencia a la normatividad vigente, con el fin de establecer su alcance y propósito.

Iniciamos con el servicio especial que desarrolla el transporte de pasajeros o personas en los campos empresariales, escolares y de turismo, bajo las leyes 105 de 1993 y 336 de 1996, que fueron puestas en vigencia mediante el Decreto 174 del 2001.

El transporte especial, ha sido definido por el artículo 6to del decreto en mención de la siguiente manera⁴:

“Artículo 6o. Servicio público de transporte terrestre automotor especial. Es aquel que se presta bajo la responsabilidad de una empresa de transporte legalmente constituida y debidamente habilitada en esta modalidad, a un grupo específico de personas ya sean estudiantes, asalariados, turistas (prestadores de servicios turísticos) o particulares, que requieren de un servicio expreso y que para todo evento se hará con base en un contrato

⁴ Decreto 174 de 2001. Congreso de la Republica de Colombia. Bogotá 2001

escrito celebrado entre la empresa de transporte y ese grupo específico de usuarios”.

Antes del 2001, las empresas de transporte tenían los requerimientos de un local comercial para prestar servicios a través de contratos simples de transporte⁵, pasando a la formalización del sector y profesionalización de la rama en general.

Entendiendo la norma, el transporte especial de turismo, puede realizarse mediante el alquiler del servicio como tal, incluyendo o no el conductor, o bajo la figura del renting mediante dos tipos de contrato; i) Contrato de alquiler de vehículo y ii) Contrato de Servicio de transporte.

Así mismo, es importante mencionar que el Código de Comercio, en el artículo 981 consagra al transporte como 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”*⁶. El transporte implica la prestación del servicio a cargo del transportador de conducir personas o cosas de un lugar a otro.

Pero más allá del entender el contrato de transporte, toma relevancia la exposición de motivos de la ley 105 de 1993 y el Decreto 174 de 2001, por lo que haremos referencia a la misma.

⁵ El contrato de transporte es uno de los contratos con mayor relevancia para la actividad económica y en general para el desarrollo normal de la vida de cualquier sociedad⁵. Este oficio ha evolucionado con el día a día y dependiendo las necesidades de las comunidades se ha ido especializando. El contrato de transporte, consagrado en los artículos 981 a 999 del Código de Comercio, se puede asemejar al contrato de compraventa⁵, ya que es de uso cotidiano y permea la economía desde la construcción, agricultura, transporte logístico, obra civil, visitas sociales para áreas rurales, escolar, empresarial, turístico, etc, el simple desplazamiento de las personas de un lugar a otro, hace forzoso el tema del transporte, luego el contrato del servicio a prestar toma importancia desde el punto de vista jurídico para establecer las reglas de contratación y de responsabilidad entre las partes. El contrato de transporte es consensual que carece de formalidades, intervienen tres partes: i) el contratante: pago del flete, el ii) transportador: ejecución del servicio y iii) el destinatario: usuario.

⁶ Código de Comercio. Artículo 981

1.2. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA LEY 105 DE 1993, LEY 336 DE 1996- DECRETO 174 DE 2001

Es importante conocer la razón por la cual las empresas de transporte se encontraban por fuera de la regulación antes del 2001, y la razón por la cual el Estado decidió tomar acción y control a un fin constitucional en manos de particulares como parte de la política de control al transporte vial.

Las empresas de transporte⁷, eran meramente sociedades comerciales, que se dedicaban a movilizar personas de un lugar a otro, así como servicio escolar, empresarial y de turismo. Los vehículos eran en su mayoría particulares cumpliendo con un cometido público, por lo que fué necesario que se regulase la actividad transportadora, con el fin de establecer obligaciones y responsabilidades entre las partes, pues se desconocía la necesidad de procurar un servicio público para suplir las necesidades de segmentos sociales tales como escolares, empresariales y de turismo, siendo así este servicio con vehículo público, el cual es definido en el artículo 2º del Código Nacional de Tránsito: como *“vehículo automotor homologado, destinado al transporte de pasajeros, carga o ambos por las vías de uso público mediante el cobro de una tarifa, porte, flete o pasaje”*⁸.

El vacío legal día a día fue más evidente, surgiendo la necesidad de regular el transporte en diferentes segmentos: i) escolar, ii) empresarial y iii) turismo. Fue entonces como a partir las leyes 105 de 1993 y 336 de 1996 con su decreto reglamentario 174 del 2001, donde se legalizó el transporte terrestre automotor especial y su prestación por parte de empresas de transporte público terrestre, bajo los principios de eficiencia, seguridad, oportunidad y economía.

⁷ De acuerdo con lo descrito por DIAZ RUBIO, Francisco Antonio, en su libro Teoría y Práctica de Tránsito y Transporte, el artículo 9º del Estatuto de Transporte define la empresa de transporte como la unidad de explotación económica permanente, con los equipos, instalaciones y órganos de administración adecuados para efectuar el acarreo de personas o bienes de un lugar a otro. . Editorial Jurídicas Wilches, Bogotá 1985.

⁸ Tomado de

<https://www.mintransporte.gov.co/loader.php?IServicio=FAQ&IFuncion=viewPreguntas&id=18#a159>

En Ecuador y Venezuela por ejemplo, se generó la inquietud y necesidad a través de la política de transporte público de personas, mediante normas que controlaran y direccionaran el transporte en general⁹.

A partir del 2001, se abrió la invitación para aquellas empresas constituidas en el ramo del servicio de transporte de pasajeros, interesadas en formalizar su labor mediante la aplicación ante las direcciones territoriales del Ministerio de Transporte, para obtención de capacidad transportadora y formalización de la empresa de servicio especial por medio de una resolución que avalase la operación de transporte sujeta al cumplimiento de los requisitos exigidos en el decreto 174 del 2001¹⁰.

Mediante una licencia de funcionamiento o resolución, se habilitaban las empresas a cumplir con uno de los fines del Estado, permitiendo matricular vehículos de diferentes modalidades como parte del parque automotor de la empresa y de esta manera desarrollar y ejecutar contratos de transporte terrestre dentro del territorio nacional.

Las leyes 105 de 1993 y 336 de 1996 con el Decreto 174 de 2001, en el artículo 1º establecen los principios y el objeto del mismo: ...*“El presente decreto tiene como objeto reglamentar la habilitación de las empresas de Transporte Público Terrestre Automotor Especial y la prestación por parte de estas de un servicio eficiente, seguro, oportuno y económico, bajo los criterios básicos de cumplimiento de los principios rectores del transporte, como el de la libre competencia y el de la iniciativa privada, a los cuales solamente se aplicarán las restricciones establecidas por la ley y los Convenios Internacionales”*¹¹.

⁹ Tomado de <http://www.voxlocalis.net/revistas/num14/doc/docviii1.pdf>

¹⁰ Art 13 decreto 174 2001

¹¹ Tomado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4310>

De acuerdo a lo anterior, es importante entender y determinar el alcance de una nueva ley de turismo en el transporte, entendiendo que ya hay un previo desarrollo ¿cuál sería el espíritu de esa ley, su alcance? Por lo que lo nos referiremos a la finalidad de esa nueva ley de turismo, la 1558 del 2012.

1.3. NACIMIENTO DE LA LEY 1558 DE 2012

Ahora bien, pasamos a revisar la exposición de motivos de la ley promocional de turismo, donde se incluye aquellas empresas que desarrollan al transporte que movilizaría al renglón de turistas que visitan el país.

El Gobierno actual, está trabajando arduamente para impulsar una industria que seguramente será la que permitirá a mediano y largo plazo, el desarrollo de la economía en Colombia. La Ley 1558 del año 2012, es la ley que reglamenta el turismo, dándole a este sector un total apoyo y respaldo. Es interesante anotar que la ley 1558 del 2012, no amplió la regulación existente o el hecho que ya existen empresas especiales dedicadas al turismo bajo las leyes 105 de 1993 y 336 de 1996 con el su Decreto 174 del 2001, sino que abrió la posibilidad de generar empresas dedicadas al transporte turístico como ítem independiente a la regulación regida por el Ministerio de transporte.

El transporte público existe para el segmento turístico, lo que si sería nuevo es el hecho que se pueda alquilar un automóvil en un esquema de renting para efectos meramente turísticos¹².

¹² SANCHEZ-GAMBORINO FRANCISCO JOSE Y GAITAN REBOLLO JUAN, Transporte de Mercancía por Carreteras, Thomson y Aranzadi, Navarra (España) 2003: el arrendador de vehículos se concibe por la normativa como un profesional específicamente dedicado al arrendamiento, y que dispone de vehículos destinados a su alquiler. No tiene límite en cuanto a los vehículos que pueden ser arrendados; todos los que posee el arrendador tienen dicha finalidad. (pag.317).

En la exposición de motivos de la Ley 1558 de 2012 se lee:

Por el cual se Modifica la Ley 300 de 1996 - Ley General de Turismo, la Ley 1101 de 2006 y se dictan otras Disposiciones.

El Congreso de Colombia resalta el objeto de la ley así

“La presente ley tiene por objeto el fomento, el desarrollo, la promoción, la competitividad del sector y la regulación de la actividad turística, a través de los mecanismos necesarios para la creación, conservación, protección y aprovechamiento de los recursos y atractivos turísticos nacionales, resguardando el desarrollo sostenible y sustentable y la optimización de la calidad, estableciendo los mecanismos de participación y concertación de los sectores público y privado en la actividad”.

La justificación de la ley, es de conocimiento general y es entendida así como direccionada para quienes reconocemos en Colombia, un país que motiva el desarrollo y el bienestar para todos en relación con el transporte público especial y de turismo apoyada en la visión de economía del país, protegiendo los principios inherentes al transporte de pasajeros en la modalidad especial de turismo¹³, facilitando la apertura de nuevas empresas, con base en la libre competencia que es vista positivamente sobre todo en tiempo difíciles y de crecimiento del país.

Para tranquilidad de los tipos de empresa de transporte, el nacimiento de la ley de turismo fue dirigido a quienes su mercado sea enfocado a rentar vehículos y desarrollar el turismo terrestre en Colombia, mediante automóviles de placa particular para individuos que viajan a destinos diferentes de su lugar de residencia habitual, cuyo objetivo es diferente al de recibir una remuneración por la

¹³ CHARRIA GARCÍA, Fernando. Derecho Turístico en Colombia. Ediciones del Profesional. Bogotá: 2009.

actividad realizada en el lugar de destino del servicio de transporte ¹⁴y dejando a las empresas públicas especiales el mercado de volumen de grupos.

Por ser un referente importante en materia de transporte turístico, se revisó el derecho de turismo de España¹⁵, reconociendo que este país es una potencia en materia de turismo y que su legislación ha servido como base e ilustración para ser aplicada a la normatividad interna, siendo ambas legislaciones congruentes en el reflejo de los principios de optimización de las oportunidades de la industria, laborales, desarrollo social y económico¹⁶

Luego resulta importante mencionar los principios de transporte turístico de la Ley 1558 de 2012 o ley de turismo que aborda en el artículo 2:

- a) “Concertación. *En virtud del cual las decisiones y actividades del sector se socializarán en acuerdos para asumir responsabilidades, esfuerzos y recursos entre los diferentes agentes comprometidos, tanto del sector estatal como del sector privado nacional e internacional para el logro de los objetivos comunes que beneficien el turismo.*

Las comunidades se constituyen en parte y sujeto de consulta en procesos de toma de decisiones en circunstancias que así lo ameriten, para ello se acudirá al consentimiento previo libre e informado como instrumento jurídico ajustado al marco internacional de Naciones Unidas.

- b) Coordinación. *En virtud del cual las entidades públicas que integran el sector turismo actuarán en forma coordinada en el ejercicio de sus funciones.*

¹⁴ LEY 1558 2012

¹⁵ RAMALLO MIÑAN, María Elena del Pilar. Manual Básico del Derecho Turístico. Editorial Tecnos. Madrid: 2013

¹⁶ ESCOBAR ESCOBAR, José Fernando. Derecho de Transporte Terrestre. Universidad Externado de Colombia. Bogotá: 2004

- c) Descentralización. *En virtud del cual la actividad turística es responsabilidad de los diferentes niveles del Estado en sus áreas de competencia.*
- d) Planeación. *En virtud del cual las actividades turísticas serán desarrolladas de acuerdo con el plan sectorial de turismo, el cual formará parte del plan nacional de desarrollo.*
- e) Libertad de empresa. *En virtud del cual, y de conformidad con lo establecido en el artículo 333 de la Constitución Política, el turismo es una industria de servicios de libre iniciativa privada, libre acceso y libre competencia, sujeta a los requisitos establecidos en la ley y en sus normas reglamentarias. Las autoridades de turismo en los niveles nacional y territorial preservarán el mercado libre, la competencia abierta y leal, así como la libertad de empresa dentro de un marco normativo de idoneidad, responsabilidad y relación equilibrada con los usuarios.*
- f) Fomento. *En virtud del cual el Estado protegerá y otorgará prioridad al desarrollo integral de las actividades turísticas, recreacionales y en general, todo lo relacionado con esta actividad en todo el territorio nacional.*
- g) Facilitación. *En virtud del cual los distintos organismos relacionados directa o indirectamente con la actividad turística, simplificarán y allanarán los trámites y procesos que el consejo superior de turismo identifique como obstáculos para el desarrollo del turismo.*
- h) Desarrollo social, económico y cultural. *El turismo conforme al artículo 52 de la Constitución Política, es un derecho social y económico de las personas dada su contribución al desarrollo integral en el aprovechamiento del tiempo libre y en la revalorización de la identidad cultural de las comunidades.*
- i) Desarrollo sostenible. *El turismo se desarrolla en armonía con los recursos naturales y culturales a fin de garantizar sus beneficios a las futuras generaciones. La determinación de la capacidad de carga constituye un elemento fundamental de la aplicación de este principio. El desarrollo sostenible se aplica en ejes básicos: ambiente, sociedad y economía.*

- j) Calidad. En virtud del cual, es prioridad optimizar la calidad de los destinos y de los servicios turísticos en todas sus áreas, con el fin de aumentar la competitividad del destino y satisfacer la demanda nacional e internacional.
- k) Competitividad. En virtud del cual, el desarrollo del turismo requiere propiciar las condiciones necesarias para el mejoramiento continuo de la industria turística, de forma que mediante el incremento de la demanda genere riqueza y fomente la inversión de capital nacional y extranjero.
- l) Accesibilidad. En virtud del cual, es deber del sector turístico propender conforme al artículo 13 de la Constitución Política, la eliminación de las barreras que impidan el uso y disfrute de la actividad turística por todos los sectores de la sociedad, incentivando la equiparación de oportunidades.
- m) Protección al consumidor. Con miras al cabal desarrollo del turismo, el consumidor será objeto de protección específica por parte de las entidades públicas y privadas”.

Una vez esbozados los principios contenidos en la ley 1558 del 2012, es importante revisar y tener en cuenta la posición del Estado frente a la libre competencia en materia de transporte público, lo cual se desarrollará a renglón seguido.

1.4. RELACIÓN DEL ESTADO FRENTE A LOS PARTICULARES Y POSICIÓN FRENTE A LA LIBRE COMPETENCIA EN MATERIA DE TRANSPORTE PÚBLICO

Es importante entender porque el Estado es responsable de la prestación del servicio de transporte como servicio público y como nace su responsabilidad de control en la materia de competencia, frente a las dos tipos de empresas en observación.

Podemos recordar que el Estado colombiano fue un estado Monárquico en sus inicios, donde se caracterizó por una clase subyugada que solo pagaba impuestos, trabajaba para la monarquía, hasta la aparición de la imprenta, la información disponible, que libertó y revolucionó al pueblo.

Posteriormente se consolida el estado liberal, burgués, donde el Estado busca conservar la soberanía, justicia cumulativa, propiedad privada y se habla de principios de igualdad, libertad y fraternidad.

Un tercer momento histórico, es para un Estado social, intervencionista, producto de las revoluciones de México y Rusia en 1910 y 1917 trayendo como consecuencias, un estado protector que apoya al ciudadano. German Heller, introduce el concepto de Estado Social que busca un interés general y es plasmado en la constitución alemana de 1949 como tal.

Seguidamente, se habla ya de un Estado gestor y garante de derechos y obligaciones que es el Estado en el que nos encontramos actualmente, un estado social de derecho.

Previo a este momento histórico, jamás pudo el Estado ser responsable administrativamente hablando y es por lo anterior que debe el Estado garantizar la libre competencia y controlar las conductas que vayan en contravía de esta disposición, de lo contrario sería una omisión frente su responsabilidad.

Para el transporte especial turístico, el grado de responsabilidad estatal es el controlar de manera especial a través de organismos que realicen la tarea de vigilancia y control, labor que será aquí sujeto de observación.

Así las cosas, la Constitución Política de Colombia de 1991, consagran en su artículo 2º los fines del Estado¹⁷:

¹⁷ Constitución Política de Colombia. Artículo 2.

“Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”

La Constitución mirada en sentido formal de acuerdo a la pirámide Kelseniana, se perpetua el principio de legalidad expresado en la jerarquía de las normas, donde la estructura jerárquica de un orden jurídico puede expresarse de manera directa y solemne mediante un documento de carácter máximo y que solo podrá ser modificado por procedimiento de reforma constitucional¹⁸. De aquí se explica el porqué de la importancia y postura del Estado en reglar el sector, ya que el transporte forma parte de los servicios públicos definidos por el mismo Estado como parte de su control y protección, así como los servicios domiciliarios, de salud y educación, tarea que el Estado ha permitido sea ejecutado o desarrollado por particulares, mediante la Ley 105 de 1993, la Ley 336 de 1996 y el Decreto 174 del 2001.

Luego, compete al Estado colombiano el control y vigilancia del desarrollo de la industria del transporte y adicionalmente, del comportamiento de los participantes del mercado en aras de garantizar una libre y leal competencia, de acuerdo con la Constitución Política en su artículo 333.

¹⁸ RISSO FERRAND, Martin. Derecho Constitucional. Uruguay: 2005. Página 23

1.5. CONTROL Y VIGILANCIA DE LA ACTIVIDAD TRANSPORTADORA ESPECIAL

Hasta el momento solo se han mencionado comentarios sobre los principios que rigen la Ley 105 de 1993, la Ley 336 de 1996 y el Decreto 174 del 2001, donde el Ministerio de Transporte era el ente regulador de las empresas del sector. Pese a que el decreto reglamentario 174 del 2001 ya se había establecido como órgano de control y vigilancia a la Superintendencia de Puertos y de Transporte, solo hasta el 2012, la Superintendencia de Puertos y transporte toma la dirección del encargo legal.

Entre otras funciones, la Superintendencia de Puertos y Transporte es la encargada de investigar a las empresas que incurran en comportamiento reprochable, así como de sancionar a las que se les demuestre el incumplimiento a las exigencias taxativas en la norma, como violatorias a la sana operación del mercado a nivel nacional.

De esta manera, la Superintendencia de Puertos y de Transporte logra direccionar el trabajo mancomunadamente con el Ministerio de Transporte para desarrollar y controlar el transporte público especial en cumplimiento de los requisitos legales de la empresas intervinientes en el mercado del transporte, sin embargo a este ente de control no le compete conocer ni dirimir, los conflictos generados por las prácticas restrictivas del mercado desarrolladas por las empresas o sus funcionarios.

Uno de los logros de la Superintendencia de Puertos y de Transportes, es la resolución 572 de febrero del 2012 donde con efecto inmediato se generó la exigencia a los vehículos públicos, de portar el número #767 (calcomanía) para reportar quejas y anomalías de los vehículos que cumplen con la función pública a través de la denominada línea de ¿Cómo conduzco? Un segundo acierto es la resolución 315 del 2013, donde se exige a las empresas especiales, el practicar revisiones periódicas; bimensuales, para garantizar la calidad de los vehículos

prestadores del servicio, mediante examen preventivo en los CDA autorizados del país, forzando a las empresas a mantener actualizada la ficha técnica de cada vehículo que en todo caso deberá demostrar ejercicios de chequeo pre-operativo diario practicado con miras a minimizar situaciones o accidentes dentro de la prestación de los servicios y cumplimiento de un Estado garante y responsable.

Las empresas del sector de especiales mediante una tasa de vigilancia subsidian en parte la labor del Estado, mediante el pago de una contribución estimada en el 0.01 % del ingreso bruto de cada empresa por año¹⁹, no obstante, se hace necesario revisar qué organismo de control tiene la misma labor frente al transporte de turismo bajo el mandato que limite la libre competencia²⁰.

1.6. CONTROL Y VIGILANCIA DE LA ACTIVIDAD TRANSPORTADORA DE TURISMO

Las empresas de transporte de turismo están vigiladas por el Ministerio de Industria y Comercio de acuerdo con la denominada ley de turismo, la Ley 1558 del 2012.

Sin embargo, por ser una ley relativamente nueva, no hay aún la obligatoriedad de la Superintendencia de Industria y Comercio de ejercer el control y vigilancia de las empresas de turismo, frente a informes que sometan las empresas para cruzar información referente a infracciones, plan vial, seguridad etc, como si se da en el sector de servicio público especial, dejando el mercado un poco libre en su actuar.

¹⁹http://www.supertransporte.gov.co/super/index.php?option=com_phocadownload&view=category&id=140&Itemid=199&lang=es

²⁰ Una excepción a este principio se encuentra en el párrafo del artículo 1º de la ley 155 de 1959, “El Gobierno, sin embargo, podrá autorizar la celebración de acuerdos o convenios que no obstante limitar la libre competencia, tengan por fin defender la estabilidad de un sector básico de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general”.

1.7. EL TRANSPORTE COMO UN MONOPOLIO NATURAL Y SU REGULACIÓN DE ACUERDO A RICHARD POSNER²¹

El monopolio planteado por Posner, no hace referencia al número de participantes del mercado como la definición del monopolio que conocemos, sino a la relación entre la demanda y los oferentes de tecnologías puntuales como es el caso del transporte público entre otros. Los controles directos sobre este tipo de monopolios, son necesarios para evitar ineficiencias y descontroles que desencadenen presiones competitivas, previniendo competencia excesiva o desleal entre las empresas parte del mercado en observación, así como una posible guerra de precios que tiene una afectación directa, no solo a las empresas oferentes del servicio, sino a los posibles bienes del Estado.

Las empresas de transporte revisadas bajo ambas leyes, operan como una extensión a la necesidad del Estado el proveer maneras de desplazamiento bajo esquemas de seguridad, control, responsabilidad.

El transporte público es una tecnología que está en cabeza del Estado y que este, ha delegado las funciones a particulares, no antes sin condicionar a través de unos requisitos de habilitación para el cumplimiento de dicho fin.

Los ítems en los que basa el autor su libro, son pertinentes a este trabajo ya que analiza en comportamiento y regulación desde los siguientes puntos de vista:

- Precio Vs ganancias, ítem que será analizado a través de ejemplos prácticos, por ser la estructura de costos, esencial para entender cualquier desarrollo empresarial, ya que establece la utilidad devengada de una operación de servicio, es decir su viabilidad.

²¹ POSNER, Richard. Natural Monopoly and Regulation. Cato Institute. Washington, D.C. 1999

- La regulación del proceso evaluado con los beneficios y su costo: donde el mercado es beneficiado con un servicio de calidad y el Estado ejerce control, tanto como seguimiento, en procura del bienestar social. Aquí, es el consumidor quien asume el costo final del servicio.
- Evaluación de una posible reforma a la regulación: para la ley 105 de 1993, El Congreso de Colombia, está tramitando una reforma que permitirá más control y beneficios para el consumidor, pero que incrementa las exigencias a las empresas especiales, haciéndolas frente a las empresas fruto de la ley 1558 del 2012 no competitivas por la estructura de costos de las primeras. Apuntes que se reflejarán en el siguiente capítulo como exigencias normativas, naturales de cada tipo de empresa que desarrollan el transporte turístico.
- Finalmente, las alternativas a la regulación acompañadas de sugerencias prácticas: las empresas privadas que cumplen un propósito social y estatal, generan un bien público entendido como tributación, impuestos. La falta de control sobre empresas bajo la Ley 1558 del 2012, puede generar un faltante de producción en niveles óptimos ya que no registran las contribuciones obligatorias económicas de la misma manera que si lo hacen las especiales.

Para el grupo de trabajo, la regulación planteada por Posner, debe cobijar naturalmente al servicio de turismo de igual manera que sucede en el servicio especial y evitar las consecuencias de estar por fuera de la regulación al monopolio del transporte.

Terminado el repaso al marco legal de la doctrina vigente, es importante pasar a revisar las exigencias y alcance de cada tipo de empresa para entender las posibles diferencias que denotan el posible acto competencia desleal, lo cual será expresado en el capítulo siguiente.

2. EXIGENCIAS, ALCANCE Y POSIBLES CONFLICTOS DE LA INTERPRETACION DE LAS LEYES QUE RIGEN EL TRANSPORTE TURISTICO EN COLOMBIA

Si bien es cierto que los principios y antecedentes jurídicos de los dos mercados que desarrollan el transporte turístico son de suma importancia para establecer la razón de ser, fundamentos y límites, este capítulo recoge parte de la extensión normativa planteadas bajo los preceptos de la Ley 105 de 1993, la Ley 336 de 1996 y el decreto 174 del 2001 y lo establecido en la Ley 1558 de 2012, para ejercicio del transporte del sector o industria del turismo y plantea mediante simuladores prácticos ilustrando conductas empresariales que posiblemente derivan en conducta de competencia desleal.

Iniciamos con las exigencias normativas hechas bajo los dos mercados en comparación.

2.1. EXIGENCIAS DEL TRANSPORTE DE TURISMO MEDIANTE EMPRESAS DE TRANSPORTE DE ACUERDO CON LO ESTABLECIDO EN LA LEY 105 DE 1993, LA LEY 336 DE 1993 Y EL DECRETO 174 DE 2001

La exigencia a las empresas nacientes de la Ley 105 de 1993 y 336 de 1996, se determinan concretamente en el Decreto 174 del 2001, que a continuación enunciamos. Es relevante aclarar que el objeto del servicio público especial es definido en el artículo sexto del Decreto, al cual se hizo remisión en el capítulo anterior.

A partir de este concepto, se reglamenta al Ministerio de Transporte como la autoridad para direccionar y regular al mercado; de igual manera se encarga a la Superintendencia de Puertos y Transporte, como organismo de control.

Las empresas de transporte por estar sujetas a la inspección, control y vigilancia de este último órgano, deben emitir reportes periódicos acerca de puntos cruciales como: el plan vial, cumplimiento con el código nacional de tránsito²², plan de capacitaciones anuales, control de infracciones de los conductores, plan de rodamiento, contratos existentes, ficha técnica de cada vehículo con revisiones periódicas de cada dos meses, inspección de vehículos diaria entre otros, todo lo anterior desarrollado en resoluciones posteriores al decreto 174 del 2001²³.

Adicionalmente a la exigencia de reporte periódico en los temas anteriormente mencionados, se generó la obligación de contribuir a partir del 2012 con una tasa de vigilancia, en la cual se toma como base el ingreso bruto del año fiscal inmediatamente anterior, calculado este valor al 0.01%. Dicha tasa debe pagarse dentro del primer semestre del año como contribución obligatoria. A manera de ejemplo, si una empresa facturó en el año 2012 MIL MILLONES DE PESOS (\$1.000.000.000.oo), su contribución será equivalente a UN MILLON DE PESOS (\$1.000.000.oo).

Así mismo es importante relacionar los requisitos establecidos en el Decreto 174 de 2001, para que el Ministerio de Transporte expida la resolución por medio de la cual se habilita la empresa de transporte especial para la prestación del servicio, entre los que podemos destacar:

- a) Nombre e identificación de la empresa, representante legal, domicilio y los demás que identifican la persona jurídica.
- b) Certificación de contratos de transporte entre la empresa y sus clientes requirentes del servicio especial existentes.
- c) Certificación del parque automotor propio que no debe ser inferior a un tres (3%) por ciento del parque automotor total (sumatoria de propios y afiliados).

Para ser un poco más explícitos, si una empresa registra en su grupo de

²² DUARTE MURILLO, Diego. Código Nacional de Tránsito Terrestre. Editorial Leyer. Bogota:2002

²³ Resoluciones 10225 octubre 2012, 15372 del 13 diciembre 2013 del Ministerio de Transporte

vehículos necesarios para realizar operaciones de transporte, un número de cien (100) vehículos, el tres por ciento (3%) debe de ser propio. Es decir tres (3) vehículos de la empresa.

Es importante mencionar, que actualmente se adelantan las gestiones tendientes a modificar en gran parte el Decreto 174 de 2001. Entre los distintos cambios, se espera que el porcentaje del parque automotor aumente del 3 al 30%. Lo cual hace más gravosa la situación de adquisición de equipos para las empresas actuales para operar.

- d) Respecto al capital pagado o patrimonio líquido, este se obtiene con el valor resultante del cálculo que se haga en función de la clase de vehículo y el número de unidades fijadas, establecidas en la capacidad transportadora para cada uno de ellos, el cual no será inferior a Trescientos (300) Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes, aproximadamente CIENTO OCHENTA Y CINCO MILLONES DE PESOS (\$185.000.000.00).
- e) Una vez obtenido el parque automotor, el capital pagado deberá ser calculado de la siguiente manera de acuerdo al tipo de vehículos diferenciado por grupo o clase de acuerdo a su capacidad y tipología clasificada por el Ministerio de Transporte de la siguiente manera:

El siguiente cuadro hace entender que a mayor número de vehículos registrados en el parque automotor, la empresa debe aumentar el capital líquido generando mayores impuestos en contra de la estructura de costos haciéndose menos competitiva.

CLASE DE VEHICULO	SMMLV
GRUPO A 4 a 9 pasajeros (campero, automóvil, camioneta)	3
GRUPO B 10 a 19 pasajeros (Microbús)	4
GRUPO C más de 19 pasajeros (Bus, Buseteta)	5

Luego si una empresa tiene de los mismos 100 vehículos en los diferentes grupos:

CLASE DE VEHICULO	SMMLV	No de Vehículos de la Empresa MMM	Capital Líquido
GRUPO A 4 a 9 pasajeros (campero, automóvil, camioneta)	3	50	\$ 92.400.000
GRUPO B 10 a 19 pasajeros (Microbús)	4	30	\$ 73.920.000
GRUPO C más de 19 pasajeros (Bus, Busetas)	5	20	\$ 61.600.000
\$ 616.000,00	total	100	\$ 227.920.000

Una vez cumplidos los requisitos anteriores la empresa puede contar con la habilitación dentro de 90 días siguientes a la fecha de la solicitud, situación limitada actualmente ya que la apertura de nuevas empresas en el mercado de servicio público especial está cerrado desde el 2008 ya que el Ministerio de Transporte registra la existencia de un número superior a las 1000 empresas de transporte, por lo que ha considerado pertinente suspender la habilitación de nuevas empresas.

Cuando se cuenta con la habilitación los vehículos deben de contar con pólizas de seguros con cubrimientos mínimos de Sesenta (60) SMMLV en responsabilidad civil contractual y la misma cantidad de cobertura en responsabilidad civil extracontractual. La operación es de radio nacional y la movilización se permite mediante un extracto de contrato que evidencie la relación contractual vigente para determinado grupo de personas de los distintos segmentos, tanto escolares, empresariales y de turismo. En este último, se requiere adicionalmente estar inscrito en el Registro Nacional de Turismo que conlleva a una tasa adicional del

dos punto cinco por ciento (2.5%)²⁴, de los ingresos facturados por cuatrimestre enviados a la liquidación de FONTUR para efectos de liquidación y pago.

En adición, se establecen las maneras de vinculación del parque automotor, y autorización de movilidad mediante una tarjeta de operación que será expedida por el tiempo en el que el vehículo esté inmerso en el plan de rodamiento de la empresa o contrato certificado y registrado ante el Ministerio de Transporte. Entre las otras disposiciones encontramos que: i) durante los primeros cuatro (4) meses de cada año, las empresas habilitadas deberán ajustar este capital pagado o patrimonio líquido de acuerdo con la capacidad transportadora con la que finalice el año inmediatamente anterior, la empresa debe acreditar la propiedad del 3% del parque automotor, contar con un plan de rodamiento asignado al 100% de la capacidad de automóviles y asignación de rutas²⁵.

En materia de conductores, se obliga a las empresas a generar contratos directos con los conductores con el pago de la seguridad social, prestaciones de ley y parafiscales sin importar el tiempo de servicio que tenga el vehículo.

Puntualmente, para el transporte de turismo, en Decreto 174 del 2001, en el capítulo tercero, artículos 29 y 30 solo menciona que la empresa prestadora de servicio de turismo puede realizar el servicio con vehículos propios y pueden ofrecer los servicios de turismo de manera directa a los usuarios. Sin embargo, el artículo 30 establece que la empresa prestadora de servicio de turismo debe de ser adicionalmente, una empresa habilitada bajo el concepto de servicio público especial o contratar con alguna para poder prestar los servicios de manera directa o con vehículos de las empresas habilitadas para cumplir con este fin.

²⁴http://www.fontur.com.co/aym_images/files/pagina/Contribucion/1_%20Base%20de%20la%20Contribucion%CC%81n%20Parafiscal.pdf consultado 01 julio 2014

²⁵ <http://www.revistadyna.com/Articulos/FichaEjemplar.aspx?IdMenu=26e5f45a-7fdd-456b-8088-fad6a8390778&Cod=11>

De acuerdo a las condiciones y exigencias de ley, hemos revisado lo propio de una empresa de mercado público especial realizando servicios para el sector del turismo. Ahora bien, pasemos a revisar las condiciones y exigencias del mercado de servicio de transporte ante la luz de la ley 1558 del 2012

2.2. EXIGENCIAS DEL TRANSPORTE DE TURISMO, MEDIANTE EMPRESAS DE TRANSPORTE DE ACUERDO CON LO ESTABLECIDO EN LA LEY 1558 DE 2012

De acuerdo con lo establecido por la Ley 1558 de 2012, enunciaremos las exigencias para las empresas dedicadas al sector o mercado del turismo creadas mediante dicha ley.

Es importante traer a colación que la Ley 1558 del 2012 busca ...“*el fomento, el desarrollo, la promoción, la competitividad del sector y la regulación de la actividad turística, a través de los mecanismos necesarios para la creación, conservación, protección y aprovechamiento de los recursos y atractivos turísticos nacionales, resguardando el desarrollo sostenible y sustentable y la optimización de la calidad, estableciendo los mecanismos de participación y concertación, de los sectores públicos y privado en la actividad*”²⁶, lo cual se traduce en el fomento de nuevas iniciativas, libertad de empresa, simplificación de las barreras de acceso en materia de turismo y protección al consumidor, como pilares de la ley. Sin embargo, hay que hacer remisión a las exigencias.

Como órgano regulador y de control, está el Ministerio de Industria y Comercio, integrado por un consejo consultivo de 6 Ministerios; incluyendo el Ministerio de

²⁶ Ley 1558 de 2012 “Por medio de la cual se modifica la ley 300 de 1996- Ley General de Turismo, la Ley 1101 de 2006 y se dictan otras disposiciones”. Artículo 1º.

Transporte, para propender por los principios rectores de la ley de turismo, las empresas bajo esta ley, requieren:

1. Como capital (no necesariamente pagado) 300 SMMLV para su conformación,
2. Obligación de contar con cinco (5) vehículos a nombre de la empresa,

Es importante mencionar que este tipo de empresas no están regidas o controladas por la Superintendencia de Puertos y Transporte, y por ende no existe la obligación de realizar el pago por concepto de tasa de control, además no están obligados a realizar informe de conductores, planes de seguridad vial, plan de capacitaciones, infracciones, como lo tienen las empresas de transporte especial.

En cuanto a la tasa de contribución al fondo de turismo y como aportantes al fondo de turismo, se encuentran en el artículo 16, numeral 7: las empresas de alquiler de vehículos, numeral 15, las empresas destinadas al transporte de pasajeros exceptuando las de servicio urbano, luego entonces, ambos tipos de empresas deben registrarse en el RNT (Registro Nacional de Turismo) y realizar las contribuciones pertinentes de manera periódica al Fondo de Turismo FONTUR sobre la misma base de facturación del 2.5%

De acuerdo con lo visto hasta el momento, es importante mencionar que las exigencias para las empresas, conforme a las dos normatividades objeto de estudio, es decir la Leyes 105 de 1993 y 336 de 1996 con el Decreto 174 del 2001 y la Ley 1558 del 2012, evidencian unas exigencias distintas para las empresas que desarrollan su actividad de acuerdo con ambas normatividades.

A grandes luces la Ley 1558 del 2012 resulta más flexible y menos formal en sus requisitos y exigencias. En cuanto al capital inicial es similar, sin embargo la diferencia radica en que cada vez que se incremente el parque automotor, hay que incrementar el capital de manera proporcional, situación que no se da en las empresas de turismo. En este tipo de empresas, no hay que demostrar contratos

ni tipología de vehículos, los seguros son más blandos y los vehículos de las empresas desarrolladas por la Ley 1558 del 2012, no son considerados como servicio público, con lo cual, los precios en su operación son más bajos que los de las empresas de servicio especial.

Ahora bien, la ley que condiciona al mercado del servicio público especial de turismo está bien reglado, condicionado, controlado y el mercado de servicio de transporte de turismo es muy reciente, haciendo parte de una serie de normas más ágiles que propende por el desarrollo de un sector en auge y naciente en el país. Claramente están determinados ambos sectores y la norma es directa, luego ¿dónde está el conflicto, la confusión y la posible conducta de competencia desleal si el marco jurídico determina la existencia bien establecida de dos mercados diferentes no excluyentes entre sí, ya que las empresas promotoras de turismo deben ser i) empresas de servicio público homologadas, o b) contratar con ellas cuando no se tengan los equipos?

En los párrafos siguientes realizaremos referencia a la actividad comercial de los dos mercados.

2.3. CONFLICTO ACTUAL OBSERVADO

Se entiende que las normas estudiadas no generan conflictos entre sí, ya que la libre competencia otorga el derecho a las empresas constituidas bajo la Ley 1558 del 2012, la oportunidad de apoyar y desarrollar el fomento de la industria turística, especialmente cuando el país requiere apuntar con otras industrias, incluir nuevos jugadores a la apuesta de un país que lucha por un mejor porvenir para todos los miembros de su sociedad²⁷.

²⁷ MARTINEZ LAGE SANTIAGO Y PETITBO JUAN AMADEO, El Derecho de la competencia en tiempos de crisis, Fundación Rafael del Pino, Madrid 2010: La necesidad de establecer un marco general para el acceso y ejercicio de los servicios a nivel comunitario se puso en manifiesto en el informe de la comisión europea El

Como actores del mercado de servicio de turismo encontramos a las empresas prestadoras u ofertantes del servicio de transporte, los órganos de control y reguladores y ahora pasamos a los usuarios o consumidores que es donde haremos énfasis.

Tanto los usuarios- consumidores del servicio de transporte público especial de la Leyes 105 de 1993 y 336 de 1996, como los que contratan empresas de turismo bajo lo preceptuado por la Ley 1558 del 2012, desconocen las exigencias de cada tipo de empresa, donde permiten a través de la confianza de la información que genera cada tipo de empresa y empresarios al momento de ofrecer un servicio avalado y legalmente permitido.

A los usuarios- consumidores no se les puede imponer la carga de saber y conocer las diferencias existentes entre los dos diferentes tipos de empresas oferentes del transporte turístico, ya que no deben los usuarios - consumidores ser expertos al momento de contratar el servicio. En materia de competencia, recae sobre las empresas-oferente, el diferenciar el producto y no inducir al consumidor al error como es la figura que se ha logrado evidenciar entre las empresas de servicio especial y de turismo.

Lo anterior hace hilar en los tipos de usuarios; que pueden ser para efectos del servicio de turismo personas o grupos de personas naturales y jurídicas.

A las personas naturales por su posición de información, no se les impone la carga de conocimiento, sería a las empresas mismas el hecho de poder ofertar o no servicios que la ley les permita. En adición, los organismos de control deben de sumarse a la tarea frente a proteger un mercado que requiere recibir la información adecuada a partir de sus necesidades de consumo.

estado del mercado interior de servicios del año 2002. En el citaban como principales obstáculos al desarrollo de los servicios entre los estados miembros, por una parte, los derivados de los excesos administrativos y de la inseguridad jurídica que típicamente rodea las actividades transfronterizas por la coexistencia de legislación nacional, regional y local sobre la materia, y por otra, los obstáculos provenientes de actitudes proteccionistas y de falta de confianza entre los estados miembros. (pag26)

De acuerdo a lo explicado anteriormente, los mercados están diferenciados y las labores de las empresas que prestan servicio de transporte de turismo lo hacen bajo el entendimiento de su campo de acción que podríamos resumir de la siguiente manera:

El mercado de las empresas bajo las Leyes 105 de 1993 y 336 de 1996 y el decreto 174 del 2001 está fijado y su campo de acción es realizar el servicio especial de turismo de particulares o persona jurídicas que requieran transporte de turismo para eventos, donde el volumen sea amplio y en general de uso corporativo, masificado y en general grupos identificados por un representante o delegado. El contratante puede ser un promotor de turismo que requiera vehículos de las empresas homologadas y cumplir con los requisitos de ley.

El mercado de las empresas bajo la Ley 1558 del 2012, debe ser al usuario que requiera un servicio puntual de turismo, donde el consumidor no resida en la ciudad o espacio donde se presta el servicio de turismo y se haga con fines netamente inherentes a este mercado (turismo). Las empresas de renting de vehículos están incluidas en este rango y el usuario debe realizar una actividad económica distinta para la cual se requiera el servicio de alquiler del vehículo protegiendo así el mercado del servicio público especial.

Hemos entendido hasta aquí, la finalidad de cada empresa que si bien se había clasificado en dos mercados, para el trabajo, el grupo concluye que se está frente al mismo mercado, lo que varía sería el tipo de empresa.

Ahora, el conflicto persiste una vez que las empresas son conocedoras de su campo de acción, limitaciones sin embargo las bondades de las empresas dentro del marco de la ley 1558 del 2012 han encontrado un campo de acción rentable paralelo a su razón de ser de turismo, que es importante evidenciar.

Por el hecho de las empresas de turismo los vehículos están exentos de restricciones de operación, como el denominado pico y placa, por tener pólizas de

cobertura para los pasajeros que contraten su servicio, estas empresas están dedicando su gran esfuerzo a tocar un sector que ciertamente no está reglamentado ni habilitado para ese fin; se está mencionado aquí, el servicio de transporte del segmento empresarial.

Si bien es cierto la diferencia del campo de acción entre empresas de los dos mercados es tenue, lo que es muy claro, es que las empresas dedicadas al servicio de transporte de turismo solo pueden hacer turismo, sin embargo ahora están operando en el sector empresarial.

2.4. EMPRESAS DEL MERCADO DE TURISMO REALIZANDO ACTIVIDADES DE LAS EMPRESAS DE SERVICIO PUBLICO ESPECIAL EN EL SEGMENTO EMPRESARIAL

Al momento que las empresas de los sectores público y privado requieren contratar un servicio de transporte especial empresarial, la ley ha sido muy laxa al no realizar el debido control a la contratación adecuada y donde las empresas contratantes lo hacen con particulares, empresas de renting y en menor proporción con las empresas especiales. Lo anterior está motivando el descontento en el sector o mercado de las empresas más afectadas que serían las reguladas por las Leyes 105 de 1993 y 336 de 1996 y el decreto 174 del 2001 exigiendo al Ministerio de transporte y a la Superintendencia de Puertos y de Transporte, a ejercer control y regular el tema de la contratación proveniente de empresas con necesidad de servicio terrestre público especial y al acatamiento por parte del sector público a respetar la Ley 80 de 1993 de contratación estatal, donde se expresa la necesidad de contratación de manera legal con empresa conformada para este fin.

Es importante entender el trasfondo del conflicto que involucra a los mercados en observación y evidenciar la interpretación por parte de los administradores o

gerentes de las empresas creadas bajo la ley 1558 del 2012 donde mediante su conducta, sobrepasan el campo de acción delimitado, generando con su comportamiento actos que constituyen competencia desleal en un mercado totalmente reglado.

Poco se ha dicho al respecto, sin embargo las constantes quejas de las empresas del mercado de servicio público especial ha motivado a los directivos de asociaciones y agremiaciones del transporte especial para tratar de hacer exigibles los derechos del sector, que actualmente está siendo golpeado por la conducta desleal de quienes dirigen las empresas de transporte de turismo.

Una de las asociaciones del mercado del transporte especial; ACOLTES²⁸, ha iniciado la lucha por denunciar el comportamiento de las empresas del Estado que contratan con particulares y no con las empresas clasificadas para llevar a cabo este fin. De acuerdo al boletín número 009 del 2014²⁹, la Corte Constitucional acaba de fallar mediante sentencia C-033/2014 la exequibilidad del artículo 5to del ley 336 de 1996 que sustenta al decreto 174 del 2001, donde se prohíbe a las empresas públicas o privadas, realizar contratación con particulares y empresas de leasing o renting, los servicios de transporte terrestre empresarial (especial). Luego entonces, las empresas contratantes deben de tener conocimiento o asesoría legal frente a la distinción que hace oportunamente la alta Corte al diferenciar claramente el tipo de empresa y de servicio.

El siguiente es un caso real, donde el nombre del contratante se ha cambiado para efectos académicos y que denotan lo que está ocurriendo entre empresas oferentes del servicio de transporte turístico que hacen daño y causan confusión entre los usuarios-consumidores:

²⁸ ACOLTES - Asociación gremial de transportadores especiales que procura por los intereses de los participantes desde el año 1999. Publicación realizada el 12 de Febrero de 2014

²⁹ Sentencia C-033 /2014 (Enero 29 del 2014). MP: Nilson Pinilla

Para poner en contexto presentaremos un ejemplo, que evidencia la situación actual.

La Aerolínea SAM³⁰ de Colombia, realiza ofrecimiento a empresas de transporte turístico mediante licitación abierta para prestar servicios turísticos, como parte de su estrategia de mercadeo dándoles a los pasajeros aéreos, la posibilidad de contratar con SAM los paquetes terrestres. Para el ejemplo SAM es una prestadora de servicio y no una empresa de transporte terrestre pública especial.

Una pareja que quiere visitar el puerto de Buenaventura por espacio de tres (3) días, llega hasta la ciudad de Cali por aire, con un requerimiento de traslado turístico hacia el puerto. SAM envía el requerimiento a dos empresas; transportes especiales “xx”, empresa legalmente constituida y con habilitación otorgada por el Ministerio de Transporte, de acuerdo con las Leyes 105 de 1993 y 336 de 1996 del Decreto 174 del 2001. Para tal fin, también solicita cotización a transportes turísticos “yy”, creada a la luz de la Ley 1558 del 2012.

La cotización tendrá para cada empresa los siguientes rubros a contemplar como estructura de costos:

	Transportes Especiales XX	Transportes Turístico YY
	Ley 105 de 1993	Ley 1558 2012
Facturación por servicio de traslado terrestre Cali-Buenaventura-Cali	\$ 700,000	\$ 653,000
Costo Hombre por día	\$ 195,000	\$ 175,000
Retención en la fuente	\$ 26,950	\$ 25,141
Tasa Super puertos	\$ 700	\$ -
Costo aproximado por concepto de revisiones tecno mecánica bimensuales	\$ 1,500	\$ -

³⁰ El nombre de la empresa se trae a colación para efectos netamente académicos. El ejemplo es un caso hipotético.

Sostenibilidad de plan de control de multas e infracciones. Resolución 315 del 2103	\$ 40,000	\$ -
Tasa Fontour	\$ 14,000	\$ 13,060
Exigencia seguros SOAT	\$ 5,571	\$ 3,857
POLIZA RCC Y RCE	\$ 3,857	\$ 3,000
Planilla de viaje	\$ 10,000	\$ 5,000
Total:	\$ 297,579	\$ 225,058
Utilidad antes de impuestos	\$ 402,421	\$ 427,942

La posibilidad de facturar más económico es para la empresa “yy”, por encima de la empresa “xx” aún así, la utilidad de la empresa “yy” es superior, puesto que en sus costos no hay cierta tributación que si le es exigible a la empresa “xx” tales como las exigencias legales, tales como el SOAT, TASA DE VIGILANCIA DE LA SUPER PUERTOS, controles, exigencias, planes de seguimiento (resolución 315 del 2013), infraestructura y contribuciones tributarias que no son las mismas para las empresas dos empresas del ejemplo.

Lo anterior, es tan solo un ejemplo con un servicio, un día, una empresa. Ahora bien, es pertinente dimensionar el impacto que se le genera a una empresa que realiza traslados a diario con intensidad aproximada de cinco (5) a cien (100) servicios por día. Sin lugar a dudas, hay un daño pecuniario, de imagen y pérdida considerable de clientes para la empresa “xx”.

Como se anotó anteriormente, las exigencias de ambas normatividades son diferentes para cada una de las empresas al momento de su constitución. En la siguiente tabla se resumen y diferencian los requisitos a los que se ven avocadas las empresas, dependiendo de la ley bajo la cual se constituyan, lo cual como se verá en el capítulo siguiente es utilizado para realizar un acto de los que la Ley explícitamente determina como acto de competencia desleal.

	Transportes Especiales XX Ley 105 de 1993	Transportes Turístico YY Ley 1558 2012
HABILITACION	Solicitud dirigida al ministerio de transporte	Solicitud dirigida al ministerios de turismo, figura bajo renting, ahora ante Confecámaras
TIEMPO DE RESPUESTA	Las nuevas empresas a partir del año 2008 están cerradas	Solicitud avalada antes del mes
EXIGENCIA DEL PARQUE ATUMOTOR	El 30% de la capacidad transportadora por cada tipo de vehículo: automóvil, camionetas, camperos, vans , buseta y buses.	5 vehículos a nombre de la empresa
HABILITACION DE AUTOMOVILES	CERRADO desde hace 5 años. Solo tienen automóviles las empresa que desde un inicio solicitaron	NO requiere demostrar contrato
COLORES DEL PARQUE AUTOMOTOR	Blanco con insignias verdes	Cualquier color, automóviles, vans, buses con placa particular
IVA	No es retenedor ni declarante de iva. Se asume todo como gasto o costo	Declara iva. Evita y disminuye utilidad frente a la DIAN-excepto de iva
OPERACIÓN	Nacional pero con restricciones. El nuevo proyecto de ley, quiere delimitar la operación al nivel y peso del parque automotor e impuestos aplicables y exigencia del parque automotor, patrimonio líquido.	No hay licencia, solo certificación de corfecámaras
REQUIERIMEINTO DE CONSTITUCION	300 smmlv El ajuste con la reforma al decreto sería de 1000smmlv	500 SMMLV y un local comercial abierto al público.

Regresando al ejemplo de SAM, ahora es clara la posición de la empresa contratante en virtud del fallo de la Corte constitucional, donde las empresas contratantes están en la obligación de conocer los dos tipos de empresa contratistas y sus responsabilidades.

Podría verse en el ejercicio anterior una competencia de dos tipos de empresas enfrentados por un servicio de turismo que se presta, por lo que requiere de inmediato que las autoridades encargadas determinen y limiten el campo de acción de las empresas de turismo (Ley 1558 de 2012), con el fin de salvaguardar la libre y leal competencia.

Tal vez la gran diferencia no se presente en los servicios de grupo o familias, pero si en los eventos, y movimientos de grupos. Frente a un grupo pequeño o pasajeros individuales donde se utilicen vehículos de clase a, la empresa bajo el modelo de la Ley 1558 del 2012, será más favorable desde el punto de vista económico.

Sin embargo, ese no es la única situación. Las empresas de turismo, por ser este un sector nuevo y donde el movimiento no es tan fluido hasta el momento, los propietarios de los vehículos y las empresas de este mercado, están ofertando los servicios de cara al sector empresarial que no les compete.

Otro ejemplo que refleja la actualidad sería el caso de DHL (real y actual) donde la invitación a prestar el servicio de transporte lo hace desde la legalidad, sin lugar a equívocos de la siguiente manera:

REQUISITOS PARA LA PRESTACION DEL SERVICIO DHL:
✓ 3 vehículos con capacidad para 28 pasajeros
✓ 1 Vehículo con capacidad para 12 pasajeros
✓ Únicamente se aceptaran vehículos modelo 2008 en adelante
✓ Todos los vehículos deben estar dotados con cinturón de seguridad por pasajero
✓ Permiso del ministerio de transporte para operar
✓ Los vehículos deberán contar con medio de comunicación
✓ Coordinador asignado a la cuenta de DHL
✓ Conductores deben presentar planilla de pagos para fiscales
✓ Revisión técnico mecánica al día
✓ La empresa deberá suministrar una carpeta con todos los papeles del vehículo y el conductor.
✓ Deben enviar certificados de disposición final para los residuos que genera la empresa (grasas, llantas, chatarra etc.)
✓ Seguro Extra Contractual por: 200-200-400 millones y un adicional de 200 millones en exceso.

Los requisitos dados por la empresa contratante excluyen a las empresas de renting y de turismo por ser el servicio en licitación, un servicio de transporte especial empresarial.

Qué pasaría si ahora SAM abre una licitación para operar con empresas de transporte especial para trasladar a su personal administrativo y operativo desde sus casa al aeropuerto, para realizarlo de manera permanente por un periodo de tres años?

Sorpresivamente, las empresas de renting bajo la figura de empresas turísticas, están presentándose a las licitaciones para ofrecer los vehículos que forman parte de su parque automotor, sin pico y placa, posibilidad de mejor tarifa u oferta económica, teniendo en cuenta que su estructura de costos es mucho más bajo que permite obtener una ventaja competitiva, respecto a las empresas de transporte especial trasgrediendo la ley ya que su campo de acción está limitado únicamente al turismo.

A nivel del Valle del Cauca, hemos encontrado otras empresas que actualmente contratan con empresas de renting y de turismo. Argos es una empresa que está siguiendo la figura de contratación con empresa de turismo, desdibujando el tema de movimiento y traslado desde la planta en el municipio de Yumbo al aeropuerto y viceversa. El movimiento al aeropuerto está tomado como turístico, más el de empleados es claramente empresarial.

Inquieta el hecho que todos los días son creadas empresas de transporte de turismo, y día a día aumenta las exigencias para el transporte especial, lo cual requiere de parte de los entes de control, mayor vigilancia a las empresas contratantes y empresas oferentes para delimitar en campo de acción y el alcance de cada una de las empresas bajo la normatividad que las regula.

En el capítulo siguiente se revisará las leyes con relación a los principios que rigen la libre competencia.

3. GRADO DE CUMPLIMIENTO QUE TIENEN EL DECRETO 174 DE 2001 Y LA LEY 1558 DE 2012, CON RELACIÓN A LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN LA LIBRE COMPETENCIA³¹

Hasta este momento hemos considerado los aspectos teóricos del transporte y planteado el problema que surge de la regulación actual, en materia de Transporte Turístico. En este capítulo se analizará y determinará si existe un conflicto de libre competencia y se menoscaban los preceptos constitucionales en estos temas.

De manera preliminar, es importante expresar que el derecho de la competencia tiene fundamento constitucional, legal, económico, político e histórico, pues basándose en principios como la propiedad privada, los derechos de los consumidores, la libertad económica, entendida como libertad de empresa y libertad de competencia, se regula el poder de las empresas sobre los determinados mercados. De acuerdo con lo anterior, se hace necesario revisar los aspectos generales de la libre competencia (competencia desleal) y su fundamento legal, el cual tiene sustento en la Ley 256 de 1996³².

³¹ Tiene fundamento constitucional en el artículo 333 de la Constitución Política de Colombia en los siguientes términos: *“La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”*.

³² La Ley 256 de 1996, *“Por la cual se dictan normas sobre competencia desleal”*, tiene por objeto garantizar la libre y leal competencia económica, mediante la prohibición de actos y conductas de competencia desleal, en beneficio de todos los que participen en el mercado. Lo anterior, de acuerdo con el Artículo 1 de la misma Ley.

3.1. ASPECTOS GENERALES DE LA LIBRE COMPETENCIA

La competencia³³ se presenta entonces, “*cuando un conjunto de empresarios (personas naturales o jurídicas) en un marco normativo, en igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos o recursos en la conquista de determinado mercado de bienes o servicios*”³⁴. La libertad de competencia supone la ausencia de obstáculos entre una pluralidad de empresarios en el ejercicio de una actividad económica lícita. Se estima como perteneciente a la estructura del estado social y democrático de derecho, que se funda en un sistema de economía mixta y en un modelo de economía social del Estado.

La libertad de competencia³⁵ tiene dos perspectivas:

- 1) Derechos subjetivos de cada agente económico: tiene la libertad de desarrollar su actividad económica, solo con las restricciones impuestas por la ley.

³³ MIRANDA LODOÑO ALONSO, jurídicas CEDEC 3, Centro de Estudios de Derecho de la Competencia, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá 2009: El régimen general de la libre competencia es aplicado a todo aquel que desarrolla una actividad económica. ... la libertad de competencia económica es la posibilidad efectiva que tienen los participantes de un mercado, de concurrir a él, en contienda con los demás, implicando libertad de busca de una clientela y libertad en los consumidores, para escoger y adquirir en el mercado, pero es el estado el llamado a controlar conductas que protejan esta libertad para generar una subsistencia misma de la economía de mercado (pág. 18 y 19).

³⁴ Sentencia C-186/11

³⁵ MARTIN BELLO MARIA PILAR Y RODRIGUEZ HERNANDEZ FRANCISCO, Derecho de la libre Competencia comunitario y español, Editorial Aranzadi, SA, España 2009: la evaluación del grado de restricción de la competencia y su posible eliminación debe hacerse con referencia a un marco o ámbito determinado, que es el mercado relevante. Este ámbito se define en el artículo 81,3 TCE como “parte sustancial de los productos que se trate”. No obstante, es una expresión insuficiente y ambigua, ya que no menciona los servicios ni el ámbito geográfico o temporal. Y es que el concepto de mercado relevante abarca tres dimensiones fundamentales que se deben tener en cuenta para delimitarlo en su totalidad: una dimensión objetiva, referida a los productos y servicios correspondientes en cada caso; una dimensión espacial o ámbito geográfico, y una dimensión temporal. (pag.169).

Para prestar el servicio público de transporte las empresas requieren autorización del instituto, para lo cual deben obtener la licencia de funcionamiento, la cual los habilita para abrir oficinas y agencias en los lugares donde tengan servicios autorizados. (pag.79).

- 2) Derechos colectivos de cada agente económico: Responsabilidad y obligación de los participantes en el mercado, para proteger el interés colectivo.

La teleología entonces, de las normas que regulan el derecho a la competencia en Colombia es garantizar el derecho constitucional a la libertad económica; entendida esta como el derecho que toda persona tiene de ejercer actividades económicas de acuerdo a sus preferencias y motivaciones, generando un aumento en su patrimonio; claro está que el ejercicio de este derecho se encuentra dentro de los límites impuestos por la constitución y la leyes.

Siguiendo el espíritu de las normas que regulan esta materia se debe tener en cuenta que la forma de protección del derecho de competencia son las acciones declarativas y de condena y las preventivas de prohibición³⁶. Las primeras tienen el resultado de remover los efectos producidos por el acto desleal e indemnización de perjuicios con ocasión de los mismos; las segundas pretenden evitar una conducta que no se ha perfeccionado o prohibir, aunque no se haya producido daño alguno.

Estas acciones buscan garantizar unas condiciones de mercado y específicamente que no se vulneren los derechos de los consumidores, garantizando así una libre y real competencia. Al respecto la Corte Constitucional ha dicho que:

“La libre competencia, desde el punto de vista subjetivo, se consagra como derecho individual que entraña tanto facultades como obligaciones. En una perspectiva objetiva, la libre competencia adquiere el carácter de pauta o

³⁶ “La estricta observancia de las normas sobre competencia desleal se garantiza judicialmente mediante dos acciones dotadas de particular agilidad: la acción declarativa y de condena, que puede interponer el afectado por actos de competencia desleal con miras a obtener la declaración de la ilegalidad de los actos realizados, la remoción producidos y la indemnización de los perjuicios causados; la acción preventiva o de producción, que como su nombre lo indica, se instaura con el fin de evitar la realización de una conducta desleal que aún no se ha perfeccionado”. Sentencia 535/97. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

regla de juego superior con arreglo a la cual deben actuar los sujetos económicos y que, en todo momento, ha de ser celosamente preservada por los poderes públicos, cuya primera misión institucional es la de mantener y propiciar la existencia de mercados libres. La Constitución asume que la libre competencia económica promueve de la mejor manera los intereses de los consumidores y el funcionamiento eficiente de los diferentes mercados”.

En tal sentido la Superintendencia de Industria y Comercio ha expresado que:

“La competencia es el conjunto de esfuerzos que desarrollan los agentes económicos que, actuando independientemente, rivalizan buscando la participación efectiva de sus bienes y servicios en un mercado determinado.

La Constitución Nacional establece el principio de libre competencia como un derecho radicado en cabeza de todos los ciudadanos que supone responsabilidades y está sometido a los límites que establezca la ley”³⁷.

También se ha considerado que *“competencia desleal agrupa aquellos comportamientos malintencionados adelantados por personas comerciantes o participes de un mercado, cuyas consecuencias son el debilitamiento de una empresa o el fortalecimiento de otro, que no necesariamente debe ser el sujeto infractor”³⁸.*

De acuerdo con las definiciones planteadas es importante mencionar los principios que rigen la libre competencia para analizarlos con relación a las normas que son objeto de estudio, el Decreto 174 de 2001 y la Ley 1558 de 2012, de la siguiente manera:

³⁷ Tomado de <http://www.sic.gov.co/libre-competencia>

³⁸ VELANDIA, Mauricio. DERECHO DE LA COMPETENCIA Y DEL CONSUMO. Editorial Universidad Externado de Colombia. Segunda Edición. Página 358. Bogotá:2011

3.2. PRINCIPIOS QUE RIGEN LA LIBRE COMPETENCIA

La libre competencia tiene como principios fundamentales, los consagrados en la Constitución Política de Colombia: i) la propiedad privada, ii) los derechos del consumidor o del consumo y iii) la libertad económica, los cuales se desarrollaran a continuación:

- Propiedad Privada: Consagrada en el artículo 58 de la Constitución. Definida por la Corte Constitucional como *“el derecho real que se tiene por excelencia sobre una cosa corporal o incorporal, que faculta a su titular para usar, gozar, explotar y disponer de ella, siempre y cuando a través de su uso se realicen las funciones sociales y ecológicas que le son propias”*³⁹. *“La propiedad privada ha sido reconocida por la Corte Constitucional como un derecho subjetivo al que le son inherentes unas funciones sociales y ecológicas, dirigidas a asegurar el cumplimiento de varios deberes constitucionales, entre los cuales, se destacan la protección del medio ambiente, la salvaguarda de los derechos ajenos y la promoción de la justicia, la equidad y el interés general como manifestaciones fundamentales del Estado Social de Derecho”*⁴⁰.
- Derechos de los consumidores o del consumo: Garantizados en el artículo 78 de la Constitución Política de Colombia de la siguiente manera: *“La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización. Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios. El Estado garantizará la participación de las*

³⁹ Sentencia C-189/06. Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil

⁴⁰ Sentencia C-133/09. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Araujo Rentería.

organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos”.

- Libertad económica: De acuerdo con la Constitución Política en el artículo 333, la Corte Constitucional ha dicho que:

“Sobre las libertades económicas baste recordar aquí que la jurisprudencia constitucional ha señalado que (i) se encuentran reconocidas y garantizadas por la Constitución, dentro de los límites del bien común y del interés social; (ii) la libertad económica comprende los conceptos de libertad de empresa y libertad de competencia; (iii) la libertad económica es expresión de valores de razonabilidad y eficiencia en la gestión económica para la producción de bienes y servicios y permite el aprovechamiento de la capacidad creadora de los individuos y de la iniciativa privada; (iv) la competencia se presenta cuando un conjunto de empresarios (personas naturales o jurídicas), en un marco normativo, de igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos o recursos en la conquista de un determinado mercado de bienes y servicios; (v) la libre competencia, desde el punto de vista subjetivo, se consagra como derecho individual que entraña tanto facultades como obligaciones; (vi) las libertades económicas no son derechos fundamentales; y (vii) el juez constitucional aplica un test débil de proporcionalidad para efectos de determinar la conformidad de una intervención del legislador en las libertades económicas⁴¹”.

No obstante lo dicho anteriormente, es importante resaltar la labor del Estado, la cual resulta netamente garantista, brindando seguridad a los participantes del mercado, a través de normas que tiendan proteger sus derechos y el acceso al

⁴¹ Sentencia C- 186/11. Magistrado Ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto

mercado, libre de barreras que restrinjan, limiten o beneficien a unos participantes y que perjudiquen los intereses de otros tantos ⁴².

“El régimen de competencia desleal es un régimen de ordenación. Se pretende que el mercado esté ordenado, y que quien sea elegido lo sea dentro de un ambiente de transparencia, sin trampas que hagan perder la credibilidad en el mercado. Para ello el Estado dota a quienes a su mercado concurren con un conjunto normativo que reprime los comportamientos que dañan el ambiente sano de competencia”⁴³.

Una vez esbozados los aspectos preliminares sobre libre competencia y los principios que la rigen, a renglón seguido se realizará un análisis que pretenda determinar si hay una trasgresión o limitación a lo preceptuado en esta materia por parte de las dos normas objeto de estudio, bajo los supuestos que rigen la competencia en Colombia.

3.3 LA LIBRE COMPETENCIA A LA LUZ DE LEY 256 DE 1996

En este acápite analizaremos el caso planteado a la luz de las disposiciones que rigen en materia de libre competencia, específicamente frente a lo reglado por la Ley 256 de 1996 *“Por la cual se dictan normas sobre competencia desleal”*.

⁴² LONDOÑO HOYOS FERNANDO, ZULUAGA MARCO AURELIO Y JARAMILLO FELIPE, Derecho de la Competencia, El Navegante, Bogotá 1998: el principal objetivo de una eficaz política de competencia es, entonces, el mantenimiento del proceso competitivo, proceso que obliga a las empresas a volverse eficientes, con el objeto de ofrecer a sus compradores unos mayores niveles de satisfacción. Los modelos de desarrollo económico anteriores a la iniciación del proceso de apertura económica en nuestro país, estaban caracterizados por la existencia de un fuerte nivel de regulación y proteccionismo. Desregular, implica abrir puertas a la acción de los particulares, por lo que se deben generar las condiciones para que los agentes económicos que operan en el mercado tengan libre acceso a ellas, y no se presenten restricciones al accionar de las fuerzas que sobre el inciden. Esta es, precisamente, la posibilidad que abrió el Gobierno Colombiano al otorgar a los particulares, bajo la vigilancia del Estado, oportunidades de invertir e incursionar en actividades que anteriormente estaban reservadas a este, tales como la participación en actividades portuarias y de transporte, la generación de energía, los sistemas de seguridad social, y de telecomunicaciones.(pag.32,33).

⁴³ VELANDIA MAURICIO. DERECHO DE LA COMPETENCIA Y DEL CONSUMO. Editorial Universidad Externado de Colombia. Segunda Edición. Página 355. Bogotá: 2011

Es importante reiterar que la competencia desleal⁴⁴, contemplada bajo los parámetros de la Ley 256 de 1996, y de acuerdo con los supuestos planteados en párrafos anteriores, la constituye todo acto o hecho contrario a las sanas costumbres mercantiles, al principio de buena fe comercial, a los usos honestos en materia industrial o comercial o bien cuando este encaminado a afectar o afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor o el funcionamiento concurrencial del mercado. Por lo anterior, la ley velará por prohibir y sancionar los actos y conductas de competencia desleal, constituyendo el principio sobre el cual se base la prohibición general que enmarca la ley y según la cual *“quedan prohibidos los actos de competencia desleal. Los participantes en el mercado deben respetar en todas sus actuaciones el principio de la buena fe comercial”*⁴⁵.

Para realizar un análisis del caso, de manera preliminar nos remitiremos a la Ley mencionada, específicamente a los artículos 7 a 19 de la Ley 256 de 1996, con el fin de establecer cuales comportamientos son considerados desleales, dignos de ser reprochados y sancionados por las autoridades competentes para dirimir el conflicto, garantizando la libre y leal competencia en Colombia.

La ley considera desleales los siguientes actos:

1. Actos de desviación de la clientela: Aquellos que tienen como *“objeto o como efecto desviar la clientela de la actividad, prestaciones mercantiles o*

⁴⁴ Respecto a la competencia desleal la Corte Constitucional, en Sentencia C-535 de 1997, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz, ha dicho que: *“La ley pretende garantizar la libre y leal competencia económica y se aplica a los actos de competencia desleal cuyos efectos principales repercutan en el mercado nacional. En términos generales se considera que constituye competencia desleal “todo acto o hecho que se realice en el mercado con fines concurrenciales, cuando resulte contrario a las sanas costumbres mercantiles, al principio de buena fe comercial, a los usos deshonestos 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 mercado”.*

⁴⁵ Artículo 7º. Ley 256 de 1996

establecimientos ajenos, siempre que sea contraria a las sanas costumbres mercantiles o a los usos honestos en materia industrial o comercial”⁴⁶.

2. Actos de desorganización: Hace referencia a “*toda conducta que tenga por objeto o como efecto desorganizar internamente la empresa, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajeno*”⁴⁷.
3. Actos de confusión: “*Se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto crear confusión con la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos*”⁴⁸.
4. Actos de engaño: Acto “*que tenga por objeto o como efecto inducir al público a error sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos.*

Se presume desleal la utilización o difusión de indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que, por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcanza sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos, así como sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos”⁴⁹.

5. Actos de desacreditación: Con relación a “*la utilización o difusión de indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que tenga por objeto o como efecto desacreditar la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las*

⁴⁶ Artículo 8º. Ley 256 de 1996

⁴⁷ Artículo 9º de la Ley 256 de 1996

⁴⁸ Artículo 10º de la Ley 256 de 1996

⁴⁹ Artículo 11º de la Ley 256 de 1996

*relaciones mercantiles de un tercero, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes*⁵⁰.

6. Actos de comparación: Hace referencia a “*la comparación pública de la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento propios o ajenos con los de un tercero, cuando dicha comparación utilice indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, u omita las verdaderas. Así mismo, se considera desleal toda comparación que se refiera a extremos que no se análogos, ni comprobables*”⁵¹.

7. Actos de Imitación: Se refiere a la “*imitación de prestaciones mercantiles e iniciativas empresariales ajenas es libre, salvo que estén amparadas por la ley.*

No obstante, la imitación exacta y minuciosa de las prestaciones de un tercero se considerará desleal cuando genere confusión acerca de la procedencia empresarial de la prestación o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación ajena.

La inevitable existencia de los indicados riesgos de confusión o de aprovechamiento de la reputación ajena excluye la deslealtad de la práctica.

*También se considerará desleal la imitación sistemática de las prestaciones e iniciativas empresariales de un competidor cuando dicha estrategia se halle encaminada a impedir u obstaculice su afirmación en el mercado y exceda de lo que según las circunstancias, pueda reputarse como una respuesta natural del mercado*⁵².

⁵⁰ Artículo 12º de la Ley 256 de 1996

⁵¹ Artículo 13 de la Ley 256 de 1996

⁵² Artículo 14 de la Ley 256 de 1996

8. Explotación de la reputación ajena: Lo constituye “*el aprovechamiento en beneficio propio o ajeno de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado*”⁵³.

9. Violación de secretos: “*Se considera desleal la divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquiera otra clase de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente pero con deber de reserva, o ilegítimamente, a consecuencia de algunas de las conductas previstas en el inciso siguiente o en el artículo 18 de esta ley.*

Tendrá así mismo la consideración de desleal, la adquisición de secretos por medio de espionaje o procedimientos análogos, sin perjuicio de las sanciones que otras normas establezcan”⁵⁴.

10. Inducción a la ruptura contractual: Se refiere a la “*inducción a trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, a infringir los deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores.*

La inducción a la terminación regular de un contrato o el aprovechamiento en beneficio propio o ajeno de una infracción contractual ajena sólo se califica desleal cuando, siendo conocida, tenga por objeto la expansión de un sector industrial o empresarial o vaya acompañada de circunstancias tales como el engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado u otros análogos”⁵⁵.

11. Violación de normas: “*Se considera desleal la efectiva realización en el mercado de una ventaja competitiva adquirida frente a los competidores mediante la infracción de una norma jurídica.*

⁵³ Artículo 15º de la Ley 256 de 1996

⁵⁴ Artículo 16º de la Ley 256 de 1996

⁵⁵ Artículo 17º de la Ley 256 de 1996

*La ventaja ha de ser significativa*⁵⁶.

12. Pactos desleales de exclusividad: *“Se considera desleal pactar en los contratos de suministro cláusulas de exclusividad, cuando dichas cláusulas tengan por objeto o como efecto, restringir el acceso de los competidores al mercado, o monopolizar la distribución de productos o servicios, excepto las industrias licoreras mientras éstas sean de propiedad de los entes territoriales”*⁵⁷.

Si bien es cierto que las empresas dedicadas al turismo, conforme a la Ley 1558 de 2012, están facultadas para prestar un servicio puntual de turismo o de alquiler de vehículo, es cierto que cuando prestan sus servicios al sector empresarial, están incurriendo en un acto de competencia desleal, denominado **violación de normas** – artículo 18 de la Ley 256 de 1996- , pues este servicio le corresponde únicamente a las empresas de transporte especial, conforme a lo dispuesto en la Ley 105 de 1993 y el Decreto 174 de 2001. Así mismo puede decirse que se presenta una clara desviación de la clientela, actos de engaño y confusión, pues obtienen una ventaja competitiva, pues al no tener las responsabilidades y cargas de una empresa de transporte especial pueden ofertar sus servicios a un menor costo, tal cual como se dijo anteriormente.

Dicho lo anterior, el paso siguiente es determinar cuándo una conducta configura o no un acto de competencia desleal, por lo que es necesario comprobar sus efectos desde los ámbitos objetivos, subjetivos y territoriales, conforme con lo establecido en la Ley 256 de 1996.

3.3.1. Ámbito objetivo de aplicación

Establecido en el artículo 2º, según el cual *“los comportamientos previstos en esta ley tendrán la consideración de actos de competencia desleal siempre que realicen en el mercado y con fines concurrenciales.*

⁵⁶ Artículo 18º de la Ley 256 de 1996

⁵⁷ Artículo 19º de la Ley 256 de 1996

La finalidad concurrencial del acto se presume cuando éste, por las circunstancias en que se realiza, se revela objetivamente idóneo para mantener o incrementar la participación en el mercado de quien lo realiza o de un tercero”.

Conforme con lo anterior, el ámbito de aplicación objetivo se cumple puesto que las empresas de renting o empresas de turismo creadas bajo lo preceptuado en la Ley 1558 de 2012, en el mercado están prestando un servicio, para el cual no cuentan con la autorización correspondiente y obtienen de esta manera un incremento en la participación en el mercado.

3.3.2. Ámbito subjetivo de aplicación

El artículo 3º de la Ley 256 de 1996, plantea que la misma es aplicable “*tanto a comerciantes como a cualesquiera otros participantes en el mercado.*

La aplicación de la Ley no podrá supeditarse a la existencia de una relación de competencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo en el acto de competencia desleal”.

Ámbito que es totalmente aplicable a las empresas de renting, por su participación en el mercado.

3.3.3. Ámbito territorial de aplicación:

El artículo 4º de la mencionada Ley establece que:

“Esta ley se le aplicará los actos de competencia desleal cuyos efectos principales tengan lugar o estén llamados a tenerlos en el mercado colombiano”.

Lo cual se cumple, pues los actos están siendo desarrollados en el país.

Así mismo es necesario demostrar: i) la Legitimación por Activa y, ii) Legitimación por Pasiva. Es decir, en la primera- la persona que resulta afectada por el acto de competencia desleal es la llamada a instaurar la acción, acreditando su participación en el mercado. Conforme al artículo 21 de la Ley 256 de 1996.

Sin embargo, es importante decir que cuando se trata de investigaciones administrativas, la Superintendencia de Industria y Comercio puede dar inicio a la misma, a través de una queja presentada por cualquier persona, así no participe del mercado. Más adelante haremos referencia al papel encomendado a la SIC para dirimir los conflictos generados por el acto considerado desleal.

En cuanto a la legitimación por pasiva, consagrada en el artículo 22, es pertinente decir que las acciones previstas en la ley, proceden contra *“cualquier persona cuya conducta haya contribuido a la realización del acto de competencia desleal”*.

3.3.4. Autoridad competente para conocer casos de competencia desleal:

El Decreto 2153 de 1992, modificado por la Ley 1340 de 2009- artículo 3º, estableció en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio la función de “velar por la observancia de las disposiciones sobre protección de la competencia; atender las reclamaciones o quejas por hechos que pudieren implicar su contravención y dar trámite a aquellas que sean significativas para alcanzar en particular los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica.

Así mismo es importante expresar que la misma Superintendencia de Industria y Comercio ejerce funciones jurisdiccionales en los procesos que *“versen sobre violación a las normas relativas a la competencia desleal”*⁵⁸.

(...) PARÁGRAFO 1o. Las funciones jurisdiccionales a que se refiere este artículo, generan competencia a prevención y, por ende, no excluyen la competencia otorgada por la ley a las autoridades judiciales y a las autoridades administrativas en estos determinados asuntos. Cuando las autoridades administrativas ejercen funciones jurisdiccionales, el principio

⁵⁸ Artículo 24 Código General del Proceso.

de intermediación se cumple con la realización del acto por parte de los funcionarios que, de acuerdo con la estructura interna de la entidad, estén habilitados para ello, su delegado o comisionado”.

De acuerdo con lo anterior, resulta pues, la Superintendencia de Industria y Comercio, la competente para conocer del caso y garantizando que los participantes del mercado accedan a éste libre de barreras, dentro de unas condiciones sanas que permitan la libre y leal competencia.

3.3.4.1. Abogacía de la competencia

No obstante las funciones jurisdiccionales que recaen en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio, es importante traer a colación el concepto de abogacía de la competencia.

La abogacía de la competencia, es un concepto que introdujo la Ley 1340 de 2009 “*Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia*”, con la cual se busca que la Superintendencia de Industria y Comercio realice un estudio “*previo sobre los proyectos de regulación estatal que puedan tener incidencia sobre la libre competencia*”.

De acuerdo con lo anterior, la Superintendencia de Industria y Comercio, tiene entre otras funciones⁵⁹:

- ✓ *Asesorar al Gobierno Nacional en la protección de la competencia, para la elaboración de proyectos que estimulen la libre competencia en los mercados.*
- ✓ *Desarrollar estudios de mercado para identificar fallas en la competencia generadas con las normas vigentes.*

⁵⁹ Tomado de sitio web <http://www.sic.gov.co/drupal/abogacia-de-la-competencia>

- ✓ *Promover la competencia, por medio de actividades como la socialización de las normas y la educación;*
- ✓ *Verificar los proyectos de regulación para efectos de promover y mantener la libre competencia en los mercados.*

Este control previo, encomendado a la SIC busca promover la competencia y mitigar riesgos que posibles disposiciones puedan generar en la búsqueda del fin del estado, garantizar la libre y leal competencia.

No hay que desconocer que *“la competencia ayuda a la economía de un país, por cuanto promueve la eficiencia y una buena distribución de recursos humanos y de capital. Gracias a la competencia, los empresarios se ven obligados a: i) buscar la forma de producir a menor costos, optimizando la utilización de recursos humanos y de capital; ii) innovar en las formas de producción y de comercialización, con el fin de ofrecer un producto de mejor calidad y menor precio, para obtener la preferencia del consumidor. Si las empresas están en condiciones de competir, se verán incentivadas a innovar, a brindar mejor calidad y mayor variedad, y a ofrecer mejores precios, todo ello con el propósito de atraer al público consumidor. En síntesis, la existencia de un entorno competitivo obliga a los empresarios a mejorar la eficiencia y la competitividad”⁶⁰.*

Así mismo es importante mencionar que *“el derecho de la competencia en una sociedad de mercado bajo la tutela de un Estado Social de Derecho caracterizado por unas circunstancias particulares de desarrollo, desigualdad y pobreza, debe cumplir una labor responsable y consciente del rol que los mercados desempeñan*

⁶⁰ RUBIO ESCOBAR JAIRO. DERECHO DE LOS MERCADOS. Editorial Legis. Superintendencia de Industria y Comercio. Página 15. Bogotá:2007

*en una sociedad*⁶¹, es por esta razón que no puede el Estado brindar un trato diferencial que pone en desventaja a quienes ejercen el transporte de turismo con relación a la Ley 105 de 1993 y el Decreto 174 de 2001 frente a lo contemplado bajo la Ley 1558 de 2012, pues se presenta un claro desconocimiento de lo ya reglado a través de la Ley en cuestión.

Así las cosas, es importante mencionar que son los empresarios, o participantes del mercado, quienes pueden hacer un mal uso de lo preceptuado en la Ley 1558 de 2012, pues estos pueden utilizar los vehículos matriculados para realizar las labores propias del turismo, en otros servicios empresariales diferentes y reglados por la Ley 105 de 1993 y el Decreto 174 de 2001 para quienes realizan actividades de transporte.

⁶¹ URIBE PEDRAHITA CARLOS ANDRES, Reforma al Régimen de Libre Competencia en Colombia, Pontificia Universidad Javeriana, Grupo Editorial Ibañez, Bogotá 2009

4. CONCLUSIONES

1. La iniciativa privada y la actividad económica, son derechos de rango constitucional que se convierten en el fundamento de la libre competencia, es por esto que el Estado tiene la obligación de impedir la realización de cualquier acto tendiente a menoscabar este derecho; supone entonces que los participante del mercado deben actuar de buena fé y dentro de los límites del bien común, guardando correlación directa con lo dispuesto por la Constitución Política.
2. En una competencia perfecta, se supone la ausencia de obstáculos entre una pluralidad de empresarios en el ejercicio de una actividad económica lícita. Sin embargo, la realidad es que nos enfrentamos a una competencia imperfecta, donde hay obstáculos generados por los mismos participantes, por grupos económicos y otros agentes externos.
3. La libre competencia en Colombia, encuentra el sustento legal en la Ley 155 de 1959, Ley 256 de 1996, el Decreto 2153 de 1992 y en la Ley 1340 de 2009. A través de esta normatividad se busca proteger y garantizar la libre y leal competencia, estableciendo las reglas que deberán seguir los participantes en el mercado (usuarios).
4. En el caso planteado, las empresas de transporte especial se enfrentan no solo con las barreras de acceso que impone la Ley, sino a la práctica desleal que realizan las empresas de turismo, que claramente solo pueden restringir su actividad al fin para el cual fueron creadas; turismo.

5. De acuerdo con la Ley 256 de 1996, la conducta realizada por las empresas de turismo, constituye el acto de competencia desleal denominado violación de normas (artículo 18), pues estas, si bien es cierto que están facultadas para prestar un servicio puntual de turismo o de alquiler de vehículo, es cierto que cuando prestan sus servicios al sector empresarial, se presenta una violación flagrante de la Ley, pues este servicio le corresponde únicamente a las empresas de transporte especial legalmente habilitadas, conforme a la ley 105 de 1993, obteniendo con esto una ventaja competitiva, pues al no tener las responsabilidades y cargas de una empresa de transporte especial, pueden ofertar sus servicios a un menor costo, en detrimento del mercado, tributación e induciendo a error al consumidor.

6. Conforme lo descrito en la Ley 1340 de 2009, es importante cuestionarse sobre el concepto y aplicación de la “*Abogacía de Competencia*”, según la cual la Superintendencia de Industria y Comercio, rinde concepto previo sobre los proyectos de regulación estatal que puedan tener consecuencias sobre la libre competencia. En el caso planteado, se evidencia la falta de control por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, al no sancionar la práctica desleal realizada por las empresas de turismo en el sector empresarial, el cual como se ha dicho, corresponde exclusivamente a las empresas de transporte de especial.

7. Sin lugar a dudas, las empresas de turismo creadas mediante la Ley 1558 de 2012, tienen menos requisitos y formalidades para constituirse y operar, frente a las empresas de transporte especial reguladas mediante la Ley 105 de 1993. Hecho que impacta directamente al elemento de precio versus costos, haciéndola más atractiva para el consumidor, de acuerdo con lo planteado por R. Posner

8. Las empresas de turismo no son una dificultad, son las exigencias tan poco robustas de las empresas de turismo tienen bajo la Ley 1558 del 2012, frente a las empresas de transporte especial de la Ley 105 de 1993 y la falta de control sobre ambas empresas para minimizar la competencia desleal entre las empresas.
9. La competencia es importante y necesaria, pero mediante control y responsabilidad de quienes ejercen el desarrollo de las empresas de transporte.
10. Un nuevo reto que enfrentan las empresas de transporte especial, es el caso de la empresa holandesa UBER. La empresa que se comercializa como una solución de transporte VIP, sin embargo, es importante mencionar que no es una empresa de transporte legalmente habilitada. UBER contrata con los afiliados de las empresas especiales para obtener el parque automotor necesario para prestar servicios VIP. Las empresas especiales no tributan por el ejercicio ya que la contratación está por fuera de la facturación de la empresa en razón a que la contratación se hace directamente con los dueños de los vehículos, infringiendo con la ley que exige que sea a través de las empresas habilitadas por medio de un contrato. Otra de las consecuencias evidentes es el hecho que el Estado deja de percibir tasa de vigilancia, industria y comercio entre otros, por este concepto. A todas luces, es un caso de competencia desleal al transporte especial pues atenta contra estabilidad financiera, económica y jurídica.
11. A través de las distintas agremiaciones, especialmente por medio de Acoltés se están adelantando las gestiones pertinentes con el Gobierno Nacional, para cesar con estos actos que generan competencia desleal y

que claramente afectan patrimonialmente a las empresas de transporte especial.

12. Este trabajo de grado servirá para dar a conocer la problemática actual y las acciones que podrán ejercer las empresas de transporte especial debidamente habilitadas con el fin de cesar con los perjuicios generados con estos actos, totalmente reprochables y dignos de ser sancionados por las autoridades correspondientes, es decir la Superintendencia de Industria y Comercio.

13. En derecho hay un precepto que el que puede lo más, puede lo menos y las empresas especiales son al criterio de este trabajo, quienes pueden desarrollar ambos tipos de servicios, el empresarial y el especial, donde las empresas turísticas o renting deben de limitarse a cumplir con su objetivo y es apoyar el crecimiento turístico de Colombia acogiéndose a sus deberes y no solamente para reclamar sus derechos de competencia apoyada desde el marco de la legalidad.

BIBLIOGRAFIA

1. GUZMAN, Vicente. CONTRATO DE TRANSPORTE. Universidad Externado De Colombia. Bogotá: 2009
2. ESCOBAR ESCOBAR, José Fernando. DERECHO DE TRANSPORTE TERRESTRE. Universidad Externado de Colombia. Bogotá: 2004
3. TAMAYO JARAMILLO, Javier. EL CONTRATO DE TRANSPORTE. Editorial Temis. Bogotá: 1991
4. VASQUEZ PENA, Manuel José. EL DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA COMO INSTRUMENTO DE PROGRESO ECONOMICO A FAVOR DE LAS EMPRESAS Y DE LOS CONSUMIDORES. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia: 2013
5. PEÑA NOSSA, Lisandro. CONTRATOS MERCANTILES. Editorial Temis. Bogotá: 2012
6. SARMIENTO PALACIO EDUARDO. Economía y Globalización. Editorial Norma, Bogotá: 2008
7. ALMONACID SIERRA, Juan Jorge. DERECHO DE LA COMPETENCIA. Editorial Legis. Bogotá 1998
8. CORTAZAR MORA, Javier. CURSO DE DERECHO DE LA COMPETENCIA (ANTIMONOPOLIOS). Editorial Temis. Bogotá: 2011
9. DERECHO DE LA COMPETENCIA. BIBLIOTHECA MILLENNIO COLECCIÓN DERECHO ECONOMICO Y DE LOS NEGOCIOS. EL NAVEGANTE EDITORES. BOGOTA 1998
10. EL MERCADO Y EL DERECHO. ESTUDIOS DE DERECHO DE LA COMPETENCIA. ULRICH IMMENGA. Tirant Lo Blanch. Valencia: 2001
11. VELANDIA, Mauricio. DERECHO DE LA COMPETENCIA Y DEL CONSUMO. Universidad Externado de Colombia. Colombia: 2011
12. RUBIO ESCOBAR, Jairo. DERECHO DE LOS MERCADOS. Editorial Legis. Bogotá: 2007

13. MARTINEZ LAGE, Santiago. PETITBO, Juan Amadeo. EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN TIEMPOS DE CRISIS. Fundación Rafael Del Pino, Madrid: 2010
14. GERBER J, DAVID. Competencia Global, Derecho, Mercados y Globalización. Editorial Temis S.A. Bogotá: 2012
15. SANCHEZ-GAMBORINO, Francisco José. GAITAN REBOLLO, Juan. Transporte De Mercancía Por Carreteras. Thomson y Aranzadi, Navarra (España): 2003
16. LORENCES VALENTIN, Héctor. DERECHO DE TRANSITO. Universidad S.R.L, Buenos Aires: 2007
17. RODRIGUEZ HERNANDEZ, Jose Yesid. Sistema Normativo de Transporte Terrestre en Colombia, ADI, Bogotá: 2010
18. DIAZ RUBIO, Francisco Antonio. Teoría y Práctica de Tránsito y Transporte. Editorial Jurídicas Wilches, Bogotá: 1985
19. MIRANDA LONDOÑO, Alonso. JURÍDICAS CEDEC 3. Centro de Estudios de Derecho de la Competencia. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá
20. MARTIN BELLO, María Pilar. RODRIGUEZ HERNANDEZ, Francisco. Derecho De La Libre Competencia Comunitario y Español, Editorial Aranzadi. España: 2009
21. URIBE PIEDRAHITA, Carlos Andrés. Reforma al régimen de libre competencia en Colombia – Perspectivas y Retos. Grupo Editorial Ibañez. Bogotá: 2009
22. LONDOÑO HOYOS, Fernando. ZULUAGA, Marco Aurelio. JARAMILLO, Felipe. Derecho de la Competencia. Editorial El Navegante. Bogotá: 1998
23. POSNER, Richard. Natural Monopoly and Regulation. Cato Institute. Washington, D.C. 1999
24. MEDINA VERGARA, Jairo. Derecho Comercial. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez. Bogotá: 2004

Fuentes Jurídicas Nacionales

- Constitución Política de Colombia
- Código de Civil
- Código de Comercio
- Decreto 174 de 2001 “Por medio de la cual se crean las empresas de servicio público terrestre”.
- Ley 1558 de 2012 “Por medio de la cual se modifica la Ley 300 de 1996 – Ley General de Turismo, la Ley 1101 de 2006 y se dictan otras disposiciones”.

Sitios web:

- <http://www.elfaro.net/es/201109/opinio/5824/>
- <http://voxlocalis.net/revistas/num14/doc/docviii1.pdf>
- <http://www.revistadyna.com/Articulos/FichaEjemplar.aspx?IdMenu=26e5f45a-7fdd-456b-8088-fad6a8390778&Cod=11>
- www.mintransporte.gov.co/descargar.php?idFile=5608
- www.proexport.com.co/noticias/colombia-lugar-ideal-para-bodas-cruceros-y-lunas-de-miel
- www.proexport.com.co/actualidad-internacional/turismo/colombia-es-elegida-como-mejor-destino-turistico-en-china
- www.supertransporte.gov.co/super/index.php?option=com_phocadownload&view=category&id=140&Itemid=199&lang=es
- www.sic.gov.co
- www.fontur.com.co
- www.acoltes.org.com

Sentencias:

- C-353 de 1997
- C-189 de 2006
- C-133 de 2009
- C-186 de 2011
- C-033 de 2014