

09-2021

COMENTARIOS AL PROYECTO DE LEY No. 221 DE 2021 CÁMARA

“POR MEDIO DEL CUAL SE AJUSTA LA LEY 769 DE 2002 Y SE DICTAN DISPOSICIONES TENDIENTES A GARANTIZAR EL BUEN FUNCIONAMIENTO DE LOS CENTROS DE ENSEÑANZA AUTOMOVILÍSTICA -CEA”.

I. Introducción:

Estamos en presencia de un Proyecto de Ley de muy escasa utilidad general, técnica jurídica y redacción. Se desconoce el verdadero origen de este proyecto, dado que en la exposición de motivos no se explica su origen o causa de esta intervención legal, pero si se puede intuir que busca posicionar una actividad lucrativa, con la sutil figura de la “autorregulación”.

El Ministerio de Transporte no avala en su mayoría el texto, lo que desde ya lo condena a su archivo, a pesar de ello es necesario dejar constancia de lo proyectado en este y otros que empiezan camino, como los estudios que se están contratando por la Agencia Nacional de Seguridad Vial, para auscultar la utilidad de la Revisión Técnico-Mecánica y de Emisiones Contaminantes, que puede traer consecuencias negativas para el sector.

En este documento trataré un tema sensible para los CDAs, en referencia a la libertad económica, que se siente amenazada no solo en el texto de proyecto, sino en los que se vienen en el inmediato futuro.

II. Consideraciones Previas:

Los artículos 333¹ y s.s., de la Constitución, traen, entre muchas otras cuestiones, un elemento importante y trascendental en el asunto que aquí se estudia y es el relacionado con la libre iniciativa privada y actividades económicas, siendo además, fines esenciales del Estado y teniendo como parámetro de medición la eficiencia en la prestación de los mismos, en dichos artículos también se estipula lo relacionado con el régimen económico y de la hacienda pública, fija los parámetros desde los cuales debe dirigirse la actividad económica como presupuesto fundamental del Estado Social de Derecho.

El artículo 334² de la norma superior establece que será el Estado, como encargado de la dirección general de la economía, el que intervenga, por mandato legal, en asuntos que impliquen la restauración de asuntos que, como lo señala el artículo 333 de la Carta, garantice la actividad económica y la libre competencia.

¹ Artículo 333 de la Constitución Política: 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.

² El artículo 334 de la Constitución Política señala: “La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario”. (Resaltado fuera de texto). Si se hace una interpretación del artículo 333, junto con el artículo 334 de la C.P., se advierte que el Estado, como fin esencial, de acuerdo con su modelo, ha fijado la garantía de la libertad económica y la libre competencia, para lo cual, en primera instancia, debe ser el mismo mercado el que fije las condiciones de funcionamiento, de acuerdo con lo que Adam Smith denominó en su momento la mano invisible; sin embargo, en los eventos en los cuales el mercado presente problemas asociados con la eficiencia por causa de un poder de mercado, el Estado, haciendo uso de la autorización dada en el artículo 334, intervendrá para el restablecimiento del mismo.

Lo anterior constituye ni más ni menos que la habilitación constitucional a la intervención estatal, bien sea una intervención *ex ante* –regulación económica– o bien con los supuestos según los cuales el Estado reprime, sanciona o castiga con la llamada regulación *ex post* –referida, en este caso, o bien a las facultades de la Superintendencia de Transporte -cuando se vulnera la regulación preexistente, o bien al derecho de la competencia, cuya autoridad única en Colombia es la Superintendencia de Industria y Comercio y reprocha, desde el punto de vista jurídico, los comportamientos que afecten de forma directa o indirecta las condiciones normales del mercado y sus parámetros de eficiencia, generen distorsiones y efectos adversos que recaen, por supuesto, sobre el mercado mismo, los competidores -en sus diferentes escalas de prestación o producción- y, por último, pero no menos importante, sobre los consumidores.

Esto implicó la organización de un marco jurídico para garantizar la competencia efectiva, los distintos agentes que participan en el mercado, antiguos monopolistas, y los nuevos competidores en el mercado con el fin de evitar posibles abusos de posición de dominio o la imposición de barreras de entrada a nuevos agentes económicos, con lo cual cambió el paradigma en dos sentidos: *i)* la posibilidad de aplicación del derecho de la competencia cuando se identifiquen prácticas que atenten contra alguna de las conductas por ella señaladas como ilegales, *regulación ex post*, y *ii)* un cambio en la regulación sectorial que garantice la posibilidad de competir en dicho mercado, *regulación ex ante*³. Sin dejar de lado, como ya se mencionó, las facultades que hoy ejerce la Superintendencia de Transporte, como entidad que inspecciona, vigila y sanciona el sector (en conjunto con otros actores que han sido introducidos por la ley con funciones y facultades expresas, pero que inciden en la operación del sector de Revisión Técnico Mecánica y de Emisiones Contaminantes).

Estas razones de índole teórico, nos llevan a anticipar la primera conclusión del presente concepto y es, la inconstitucionalidad del mismo, por cuanto, no solo constituye una intervención directa al mercado sin contar con un soporte o estudio de mercado que indique ese sea el camino idóneo para el sector, lo que puede conllevar a la vulneración del artículo 333 de la Constitución Política -libre competencia económica-, así como el desconocimiento de la libertad de empresa. Una tensión de derechos que no resuelve el proyecto de ley, pero por el contrario, si ocasiona un grave perjuicio al sector, que no sobra decir, al día de hoy se encuentra sobre-regulado, con un impacto directo no solo en la operación de Centros de Diagnostico Automotor, sino en la tarifa misma que debe ser asumida por el usuario.

III. En cuanto a la unidad de materia

Es importante señalar que, el presente Proyecto de Ley, va dirigido a los Centros de Enseñanza Automovilística -CEA-, sin embargo, en el transcurso del articulado, genera obligaciones a los Organismos de Apoyo al Tránsito, esto incluye a los Centros de Diagnostico Automotor, quienes, como ya se dijo, son objeto en la actualidad de una sobrerregulación sectorial que limita, cada vez más, la competencia. Adicionalmente, esas obligaciones allí determinadas -proyecto de ley- generan un impacto en la tarifa de la Revisión Técnico Mecánica y de Emisiones Contaminantes, sin contar, ni con el estudio del regulador, ni con un estudio o análisis de mercado que determine la viabilidad de tales imposiciones.

³ Ossa B., Camilo. La Compresión de Márgenes en el Mercado de las Telecomunicaciones: Conducta anticompetitiva y regulación económica en el marco europeo comunitario. Colección Enrique Low Murtra. Tomo X. Universidad Externado de Colombia. 2015.

Por otro lado, la violación a la unidad de materia es más que evidente, recordemos que “[L]a unidad de materia es la exigencia superior de coherencia o relación directa entre la ley y las proposiciones contenidas en ella. Por lo que se vulnera este principio si el contenido normativo no tiene una conexidad razonable con la temática general de la ley”⁴. En ese mismo sentido, ha dicho la Corte Constitucional en sentencia C-309 de 2002 que,

El legislador vulnera el principio constitucional sobre unidad de materia cuando incluye cánones específicos que no encajan dentro del título que delimita la materia objeto de legislación ni guardan relación interna con el contenido global del articulado. Para ejercer el control de constitucionalidad por vulneración de este principio debe determinarse cuál o cuáles son los núcleos temáticos de una ley para inferir si una norma específica tiene vinculación objetiva y razonable con ellos o si está en la ley sin vínculos ni centros de referencia que la articulen con los ejes materiales desarrollados por el legislador.

En ese orden de ideas es más que claro que, la intención inicial del legislador, de hecho, tanto el título del proyecto de ley, como su artículo 1º así lo indica:-

“ARTÍCULO 1. OBJETO. El presente proyecto de Ley tiene como objeto actualizar y complementar el marco normativo que permita a los Centros de Enseñanza Automovilística –CEA funcionar de manera organizada con condiciones acordes a las realidades actuales, efectuar una transición a persona jurídica sin contratiempos y sin interrumpir su operación y cumplir con su propósito como Organismos de Apoyo al Tránsito – OAT”.

Es decir, establecer unas reglas para los Centros de Enseñanza Automovilística- CEA-, sin embargo, en apartes del articulado, termina generando obligaciones a los Organismos de Apoyo al Tránsito, incluidos los Centros de Diagnostico Automotor, que se rigen por una regulación propia, dada la diferencia, no solo en cuanto a objetivos de funcionamiento, sino en cuanto a operación y ejecución en un mercado diferente al de los CEA-.

IV. En cuanto al articulado

IV.1. Artículo 4, numeral 2º. Instalaciones físicas:

Los organismos de apoyo deberán contar, **en calidad de propietario locatario**, con instalaciones físicas idóneas para desarrollar la actividad de apoyo. El Uso de Suelo establecido en el POT. y la Licencia de Construcción del inmueble deberán ser concordantes con las normas vigentes que permitan desarrollar la actividad de apoyo que se habilita.

Es importante señalar que las condiciones e instalaciones físicas donde operan los Centros de Diagnóstico Automotor, responden a lineamientos técnicos frente a: tipo de vehículo, número de vehículos (CER), lugares de instalación, usuarios -oferta y demanda-, lineamientos técnicos que ya se encuentran recogidos en la Norma Técnica NTC 5385 de 2011 y la Resolución 3768 de 2013 del Ministerio de Transporte, los cuales no pueden ser desconocidos o alterados sin tener en cuenta aspectos técnicos y urbanísticos.

Por otro lado, la mención a “**propietario o locatario**”, es cuestionable en cuanto establece una barrera ilegal a quienes pretendan ingresar o estén en el negocio de los CDAs, al imponer la exigencia que el sitio de ubicación debería ser de propiedad y no por ejemplo en arrendamiento.

⁴ Fallo 58 de 2003. Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

IV.2. Artículo 4, numeral 4º. Recaudo:

La actividad de los Organismos de Apoyo a excepción de los Centros Integrales de Atención – CIA estará totalmente bancarizada y el recaudo de los servicios y derechos que prestan deberá efectuarse a través de compra de PINES DE SERVICIO en entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia u operadores postales de pago habilitados o autorizados en Colombia que tengan convenio con una entidad financiera vigilada por la Superintendencia Financiera y que se constituyan en aliados de recaudo haciendo parte del nuevo Sistema de Control y Vigilancia exigido por la Superintendencia de Transporte, la cual verificará y garantizará el registro, control y recaudo de la tarifa por medio de la herramienta informática. No se permitirán descuentos, dádivas, promociones o cualquier otra forma de reducción del precio mínimo que establecerá el Ministerio.

Esta obligación, ya se encuentra estipulada para los Centros de Diagnostico Automotor, a través de la Ley 1753 de 2015 – Resolución 3318 de 2015, de lo cual, es importante que, si el legislador considera que otro actor requiere la imposición de esta obligación, sea señalado de manera clara sin generar alteraciones o suplantaciones a lo establecido previamente por el regulador sectorial. No puede olvidar el legislador que, cualquier obligación adicional o modificación a las existentes, requiere un estudio de mercado, dado el impacto que esto puede generar en la tarifa final del servicio.

IV.3. Artículo 4, numeral 7º. Reporte de información en línea y tiempo real:

Los Organismos de Apoyo reportaran en línea y tiempo real, a través de los Sistemas de Control y Vigilancia de la Superintendencia de Transporte la información y evolución de sus revisiones, capacitaciones o evaluaciones. Una vez terminados sus procesos, la herramienta informática de la Superintendencia registrará en la plataforma del Registro Único Nacional de Tránsito – RUNT la información correspondiente a sus vehículos o alumnos evaluados, capacitados, revisados o certificados. Esta transmisión de información entre las dos plataformas será de manera automática y sin manipulación humana.

Los Centros de Diagnostico Automotor, en la actualidad ya cuentan con esta obligación, según lo establecido en los arts. 21, 22 y 23 de la Ley 2050 de 2020.

IV.4 Artículo 4, numeral 8º. Responsabilidad:

Los organismos de apoyo al tránsito son responsables frente al usuario, a terceros, al Ministerio de Transporte y a las autoridades que las contratan, por el cumplimiento de las obligaciones previstas en la presente ley, en los reglamentos propios de cada actividad y por los daños que se generen con ocasión de su actividad.

En virtud de lo previsto en el presente numeral, los organismos de apoyo son responsables, civil, administrativa y penalmente por los perjuicios que con su actividad generen. No obstante, lo anterior, en materia civil y administrativa, los organismos de apoyo al tránsito podrán adquirir seguros que cubran los eventuales daños que se puedan generar. Los representantes legales de los organismos de apoyo responderán personalmente por la validez y veracidad de la información que deban reportar los organismos de apoyo a las autoridades o a quien estos especifiquen.

En primer lugar, el artículo intenta establecer responsabilidades que, ciertamente, no las determina, más pareciera ser una remisión a otras normas -en blanco- que puedan ser desconocidas con el desarrollo de la actividad. En segundo lugar, objetiviza la responsabilidad a la que puedan ser avocados los Organismos de Apoyo al Tránsito. En todo caso dicho artículo no puede ser entendido de manera autónoma y ahí, máxime en asuntos penales, sí pasa a ser inconstitucional la norma.

IV.5. Artículo 4, numeral 10. Capacidad Instalada de los Organismos de Apoyo:

Los Organismos de Apoyo contarán con una capacidad instalada máxima que será determinada por la infraestructura física, equipos, o personal con que cuente cada Centro. Los Ministerios correspondientes determinarán lo pertinente en la reglamentación que expidan de manera individual o conjunta la capacidad instalada del Centro.

Para el caso de los Centros de Diagnostico Automotor, esta obligación ya se encuentra contenida en la norma técnica NTC 5385 de 2012.

IV.6. Artículo 5°. Autorregulador

Se autoriza la creación de Autorreguladores de los organismos de apoyo como entidades sin ánimo de lucro, organizadas por cada actividad de apoyo, con el propósito de servir como instrumento de autocontrol que propenda por la transparencia y buen comportamiento de los organismos de apoyo. Los Autorreguladores de cada actividad estarán obligados a validar, verificar y certificar que la documentación aportada por los Organismos para su habilitación o registro cumple con lo establecido en la norma legal que rige cada actividad y deberán realizar como mínimo una visita anual para constatar que se mantienen las condiciones que dieron origen a su habilitación o registro. Esta certificación de cumplimiento normativo será obligatoria para poder acceder o mantener la habilitación o registro y poder transmitir información a la plataforma del nuevo SICOV.

Estos organismos de autorregulación serán constituidos entre todas las agremiaciones con personería jurídica vigente que acrediten gestión gremial mínima de cinco (5) años y que representen por lo menos un cinco (5%) por ciento de los que conforman cada gremio de apoyo. Los autorreguladores contarán con un plazo de tres (3) meses contados a partir de la promulgación de la presente Ley para iniciar con sus funciones quedando expresamente prohibido para la cartera de transporte habilitar o registrar organismos de apoyo sin la certificación de verificación del cumplimiento de requisitos legales expedido por los autorreguladores.

En este punto es importante señalar varios aspectos que nos llevan a señalar la inconstitucionalidad del artículo 5° del Proyecto de Ley. En primer lugar, se está introduciendo un nuevo requisito que hoy en día lo cumple el Organismo Nacional de Acreditación -ONAC- quien es la encargada de verificar el cumplimiento de esos requisitos señalados y reiterados en el presente Proyecto de Ley, pero adicional a la imposición de esa facultad al autorregulador y obligación al Organismo de Apoyo, pero sin deshabilitar a ONAC, porque este sigue manteniendo sus competencias en relación a los organismos de Apoyo al Tránsito.

El autorregulador, tal y como está plasmado en el Proyecto de Ley, puede generar efectos de expulsión en el mercado, abuso de posición de dominio contractual y, tal vez, un acuerdo anticompetitivo, esto, según lo dispuesto en el la Ley 155 de 1959, artículo 1°; Ley 1340 del año 2009 y Decreto 2153 de 1992. De ahí la importancia que el legislador recuerde el caso, llevado ante la Superintendencia de Industria y Comercio -SIC-, con la creación del Sistema de Vigilancia y Control -SICOV⁵-, en el cual, el establecimiento de ciertos requisitos, similares a los aquí expuestos, generó

⁵ Superintendencia de Industria y Comercio. Rad.: 14-5962. De conformidad con el contrato, para el SICOV, el plazo de duración de los servicios a ser provistos por los homologados -INDRA y CI2-, **será de sesenta (60) meses, es decir (5) años**, contados a partir de la suscripción, entre ellos y el CDA, del documento de vinculación. Sumado a esto, la terminación unilateral del contrato por parte del CDA, lo obliga a pagar a los homologados el 50% del valor del recaudo durante el tiempo faltante para la terminación del contrato.

Quiere esto decir dos cosas: i) que el objetivo propuesto tendiente a establecer una barrera de entrada al mercado se cumplió, toda vez que, al cabo de cinco (5) años, en el mercado siguen existiendo las (2) dos mismas empresas que establecieron las condiciones abusivas del contrato al inicio. Y no podía ser de otra forma, pues todos los CDA del país deberán contratar con uno

una investigación ante la SIC.

Ahora bien, exigir cinco (5) años de existencia a la agremiación con personería jurídica, sin ningún sustento fáctico o técnico que indique que deba ser así, es una clara barrera de entrada, que, si lo miramos en doble vía, genera un efecto de expulsión, con nombre propio, pues en la actualidad solo una agremiación no cumple el tiempo y por las características del mercado y de funcionamiento de la autorregulación, nunca cumpliría el requisito del porcentaje - 5%-. En la actualidad solo hay una agremiación y es la Corporación Colombiana de Apoyo -CORPCAP- que no cumple con el requisito del tiempo, lo que hace abiertamente inconstitucional el requisito -no hay un lineamiento técnico que indique que deba ser así-, por otro lado, al establecerse como un requisito previo la contratación de un autorregulador, en la práctica el mercado se agota y solo será posible ampliar el mercado en la medida que ingresen nuevos Centros de Diagnostico Automotor.

De otro lado, no hay un estudio de impacto regulatorio frente a la tarifa, pues el articulado señala que la actividad del autorregulador generará un costo, el cual debe ser asumido, o bien por el CDA o bien por el usuario, pero en todo caso, es una variable adicional a la estructura tarifaria sin estudio de impacto que lo avale. No debe olvidar el legislador, que, la actividad a realizar por el autoregulador ya la realiza otro agente del sector y también genera cobro, ante lo cual estamos, no solo en presencia de duplicidad de actividad, sino también de cobro/pago.

La figura del autorregulador existe en Colombia -caso sector eléctrico-, pero este tiene unas características propias que son importantes tenerlas en cuenta, no olvidemos que los mismos CDA's, hacen parte de las agremiaciones que posteriormente cumplirían funciones de autorregulador. Esto genera problemas de: i) conflicto de intereses, ii) acceso/reserva de información -asimetría de información, iii) poder de mercado. Riesgos estos no cubiertos en el Proyecto de Ley y que deben ser considerados. En teoría, el autorregulador tiene una estructura propia, la cual, en el presente Proyecto de Ley ni siquiera se determina.



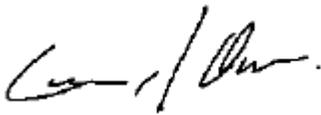
de los dos homologados so pena de perder la habilitación para la prestación del servicio, lo que desechó la posibilidad de nuevos entrantes en el mercado, pues al día de hoy no hay demanda que satisfacer por aquel que ingenuamente quisiera entrar al mercado. **ii)** En segundo lugar, lograron mantener una tarifa concertada en perjuicio de los CDA's y los usuarios de la Revisión Técnico Mecánica, pues no es cierto que el Ministerio de Transporte haya adoptado ese valor del SICOV en la regulación tarifaria, basta con revisar la Resolución 3318 de 2015 en su artículo 4º del citado Ministerio, para entender que la tarifa a cobrar por el SICOV la fijan los investigados, en este caso, en perjuicio de los ciudadanos, pues a ellos debe trasladárseles dicho cobro.

Son mecanismos, en muchos niveles, donde la competencia debe elemento esencial y necesario. Los agentes del mercado, horizontales y verticales, deben estar un iguales condiciones de conocimiento (hay que reducir la asimetría de información) para que la supervisión por pares sea objetiva. La forma de intervención del regulador se hace evaluando el resultado de manera previa:

1. Con la generación de un sistema equivalente de regulación pública, el cual debe controlar la mesa de discusión de la autorregulación.
2. Hay que crear escenarios de discusión y participación previa a la toma de decisiones por el regulador único.

Por todo lo anterior, consideramos altamente inconveniente la aprobación de este Proyecto de Ley, máxime con el tratamiento indiscriminado que se le otorga a los Organismos de Apoyo al Tránsito, por lo cual pedimos el archivo de la iniciativa.

Cordialmente,



Camilo Ernesto Ossa Bocanegra⁶



Corporación
Colombiana
de Apoyo



Juan Esteiner Carvajal García

Presidente

Corporación Colombiana de Apoyo, CORPCAP.

Celular: 3105592245

presidencia@corporacioncolombianadeapoyo.com

⁶ Abogado de la Universidad Externado de Colombia, especialista en Derecho Público de la misma universidad. Magister en Análisis Económico del Derecho y las Políticas Públicas de la universidad de Salamanca -España-. Curso en Derecho y Economía (Law & Economics) de la Universidad de Harvard -Cambridge-. Autor de diversas publicaciones relacionadas con el Análisis Económico del Derecho y Derecho de la Competencia. Investigador-Docente del departamento de Derecho Económico de la Universidad Externado de Colombia (2013-2018). Ex personero Municipal de Ibagué (2018-2020). Docente de la Universidad Externado de Colombia (2013-actualidad). Docente de la Universidad de Ibagué (2019-actualmente).