

Bogotá D.C., 26 de enero de 2024

Señores

COMISION DE REGULACIÓN DE LAS COMUNICACIONES - CRC

Bogotá

Asunto: Observaciones propuesta regulatoria Revisión régimen tarifario mercado de envíos masivos

Respetad@s señor@s:

FENALCO BOGOTÁ CUNDINAMARCA agremia los más importantes Operadores Postales de Mensajería de la región, en nombre de los cuales ponemos en conocimiento de la Comisión de Regulación de las Comunicaciones, los principales aspectos que evidencian el impacto negativo que tendrá dicho proyecto en la operación y la existencia empresarial de las empresas involucradas en la operación postal de envíos masivos en Colombia.

Sea lo primero solicitarles consideren la no implementación de la libertad tarifaria, por ser contraria a las facultades conferidas por el artículo 146 de la ley 2294 y encontrarlo en contraposición de los intereses fundantes que motivaron al legislador, al expedir la Ley 1369 a establecer un régimen exceptivo de la libertad tarifaria, hoy más vigentes que en 2009 y que merecen su total protección dado su alto contenido constitucional, como lo es la afectación al derecho al trabajo y a la creación y vigencia de la empresa, los cuales deben observarse como quiera que sustentan la intervención del Estado a este renglón de la economía [Art. 2 de la ley 1369 en cita -numerales 4, 5 y 6-].

Dado lo anterior, se propone de entrada, parafraseando la sentencia C-228 de 2010, que el proyecto de resolución no consulta los límites constitucionales a las facultades otorgadas al legislador y mucho menos al ente regulador, al inobservar los criterios de razonabilidad, proporcionalidad, a justificarse en motivos adecuados y suficientes que sustenten el levantamiento de una medida excepcional que obedeció a un fin superior aún presente y que termina afectando el núcleo esencial de la libertad de empresa.

El problema planteado desde el documento de formulación generado en septiembre y luego reiterado en el documento soporte no es comprensible y mucho menos su razonabilidad a partir de sus posibles causas y consecuencias, que no guardan relación alguna con el mismo; dejando de lado la realidad actual que atenta contra la libre competencia en el mercado de envíos masivos.

Consideramos que partiendo de la premisa, que si se quiere levantar una medida excepcional, debe justificarse a lo sumo que las causas que motivaron al legislador para implementarla han desaparecido y establecer con total certeza en qué consiste el desbalance y por qué es atribuible a la tarifa mínima, en lugar de la ausencia de regulación a los otros actores del mercado relevante, atentando así contra el principio de proporcionalidad.

Para estos efectos, hemos dividido esta comunicación en los siguientes aspectos:

- 1-. Una revisión fáctica del Sector y el impacto que éste ha sufrido desde el año 2020, cuando se agudizó el auge del correo electrónico certificado.
- 2-. Las facultades otorgadas a la Comisión por la ley 2294 y el ámbito de competencias de la misma a la luz de la carta política.
- 3-. La insuficiencia de las medidas propuestas para resolver los verdaderos problemas que se están presentando.
- 4-. Los efectos que estas medidas tendrían en el mercado, a partir de una evidencia cierta que se presentará.

I. **La situación fáctica del Sector de Mensajería expresa.**

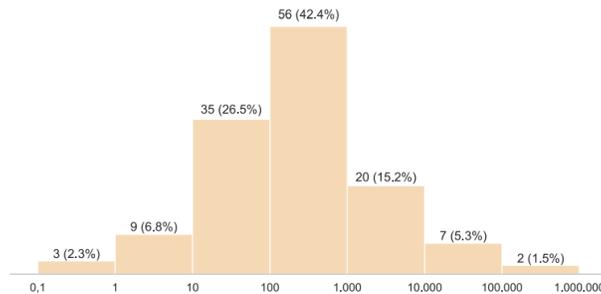
- 1-. Comportamiento ingresos - pedidos de envíos masivos.

El presente capítulo se sustenta en lo dispuesto en el artículo segundo de la ley 1369 de 2009 al concretar la intervención del Estado en este rubro de la economía para garantizar “Promover la libre competencia y evitar los abusos de posición dominante” y “Asegurar que las tarifas permitan recuperar los costos eficientes de prestación del servicio”.

La caída del mercado de envíos masivos es de público conocimiento y repercute en la rentabilidad de las Empresas, que tienen que afrontar los costos de la contratación formal de los trabajadores -siendo ésta una industria intensiva en mano de obra -, la necesidad de garantizar una capacidad instalada mínima para cumplir con los requisitos de calidad previstos en la resolución 5050 que generan ineficiencia entendida en una economía de escala; el alza del salario mínimo en contraposición con el IPC; la reducción de la jornada laboral; el incremento del precio de la gasolina, que impactan negativamente en los índices de rentabilidad y de sostenibilidad empresarial.

Para ello, basta con entender la composición del mercado de envíos masivos, según enseña el Boletín Trimestral del Sector Postal, segundo trimestre de 2023¹, que denota la composición del mercado, en el que son muy pocas las empresas que podrían lograr medianamente los costos eficientes planteados por la Comisión en el estudio que soportó la Resolución 6577. La mayoría de empresas, se ubica en nivel de ingresos y operaciones que los hace ineficientes dados los altos costos fijos y el impacto de la economía de escala:

Gráfico 26.
 Porcentaje de empresas, según ingresos totales en el trimestre (millones de pesos)



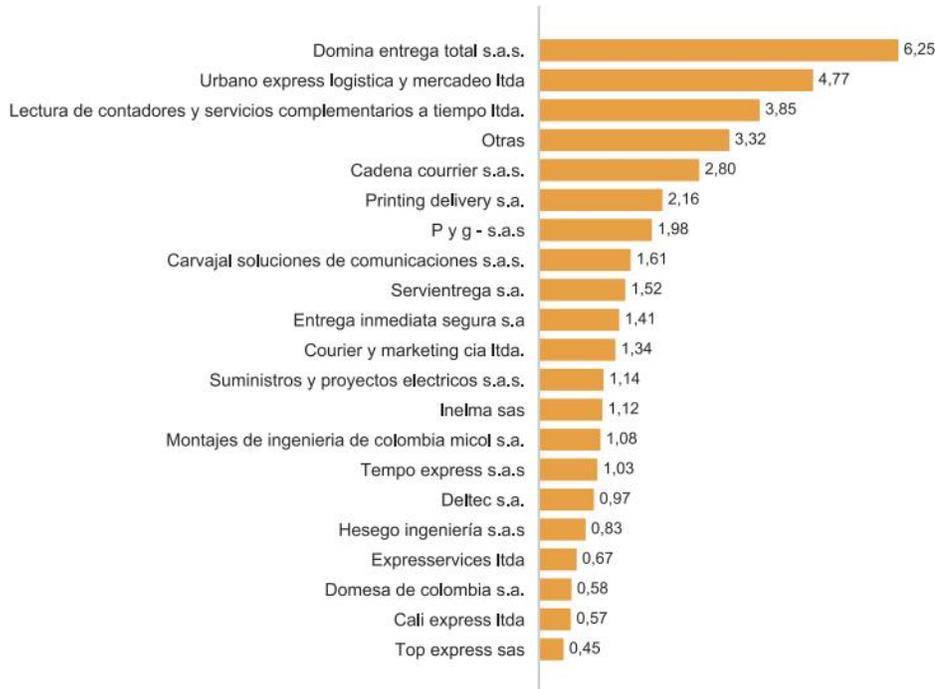
Fuente: Sistema de Información Integral del Sector TIC - Colombia TIC.
 Fecha de consulta: 28 de agosto de 2023

Para el tercer trimestre de 2023, el 42,8 % (59 Operadores) del total de operadores de mensajería expresa reportó ingresos entre \$100 y \$1.000 millones por los envíos realizados. El 27,5% (38 operadores) ingresos entre \$10 y \$100 millones y el 14,5% (20 operadores) reportó ingresos entre \$1.000 y 10.000 millones. (Gráfico 26).

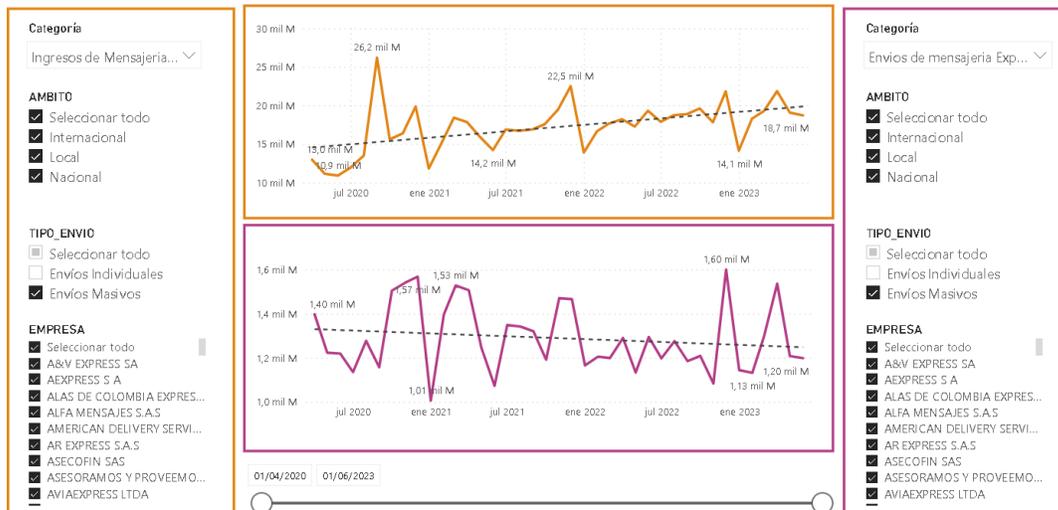
El 7,5% de los operadores reportaron ingresos mayores a \$10.000 millones en el tercer trimestre de 2023 y un 8,6% reportaron ingresos inferiores a 10 millones.

Al anterior gráfico en términos de ingresos, el Boletín Trimestral escogido, enseña en número de pedidos:

Gráfico 28.
20 principales empresas de mensajería, según número de envíos masivos en el trimestre (millones)



Al revisar las cifras del Sector de envíos masivos denota la reducción de los volúmenes de pedido y de los ingresos de las empresas a nivel general. De acuerdo con la metodología utilizada por el Sistema Integral del Sector TIC, al lado izquierdo y con color naranja se encuentra los ingresos y al derecho y con color violeta los pedidos, veamos:



Se advierte una reducción clara de los ingresos en todo el período, como se lee en el Boletín Trimestral del segundo periodo de 2023:

En junio de 2023 frente al mismo mes de 2022, la variación de -3,12% en los ingresos por envíos masivos obedeció a la disminución de 13,21% en los ingresos por envíos nacionales, que restaron 5,84 puntos porcentuales.

La inclusión de una libertad tarifaria conducirá a que los grandes impositores, sin el límite de la tarifa mínima, pacten precios por debajo de ésta [que es lo que tiene proyectado esta regulación que se nos presenta], sin importar que no permita recuperar sus costos eficientes y se genere una utilidad razonable. El concepto de costo eficiente, va a estar al vaivén del mercado, unas empresas, serán más eficientes, dada su capilaridad a contrario de otras que por su estructura no podrán ofrecer precios competitivos y saldrán del mismo, conduciendo de un mercado atomizado a uno de carácter oligopólico.

2-. La ilegalidad como práctica abusiva de competencia.

Como lo advertimos en nuestra comunicación del año pasado, las empresas competidoras a través del uso de plataformas vienen abusando de la ecuación postal a su favor, para ofrecer servicios sustitutos que guardan similitud con la de envíos masivos sin estar regulados y entrar en el ámbito de vigilancia y control impuesto a todas las empresas habilitadas.

Descripción de casos. A continuación, exponemos algunos ejemplos:

A-. Caso Rapidísimo: <https://www.rapidisimo.co/>

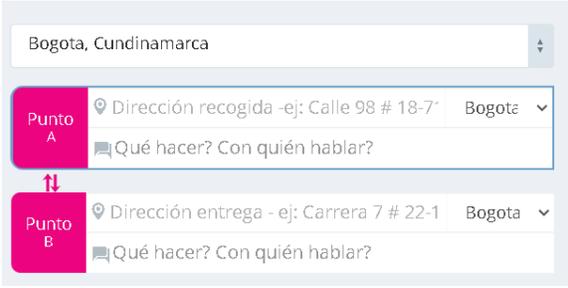
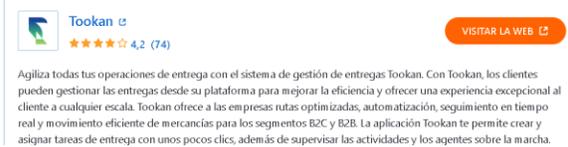
B-. Caso Motorizados Express: <https://motorizadosexpress.com.co/>

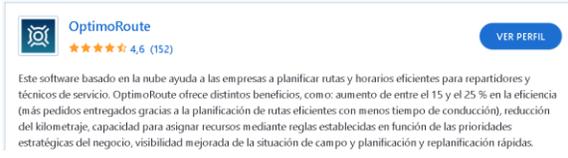
c-. Caso Coorexpress: <https://www.coorexpress.com/servicios/mensajeria/>

d-. Caso Rapigo: <https://www.rapigo.co/guia-rapigo/S/servicio-mensajeria/>

En todos estos casos que traemos como muestra, se ofrece el servicio y como se demostró en nuestra anterior comunicación, no aparecen en el listado de empresas habilitadas para prestar operar como habilitadas. Si lo que queremos es garantizar el bienestar del consumidor, asegurar la eficiencia en la prestación del servicio, evitar tratos discriminatorios que atentan contra la libre competencia, privilegiando el mercado no regulado en términos económicos al mercado regulado que le contribuye al país, este pronunciamiento invita a reconocer estas prerrogativas para quienes no están habilitados, en contra de quienes han contribuido de mucho tiempo atrás al FUNTIC y pagan la contraprestación que ingresa a las arcas de la CRC.

Baste analizar cada uno de los elementos de la ecuación postal y uno de los servicios aquí ofrecidos:

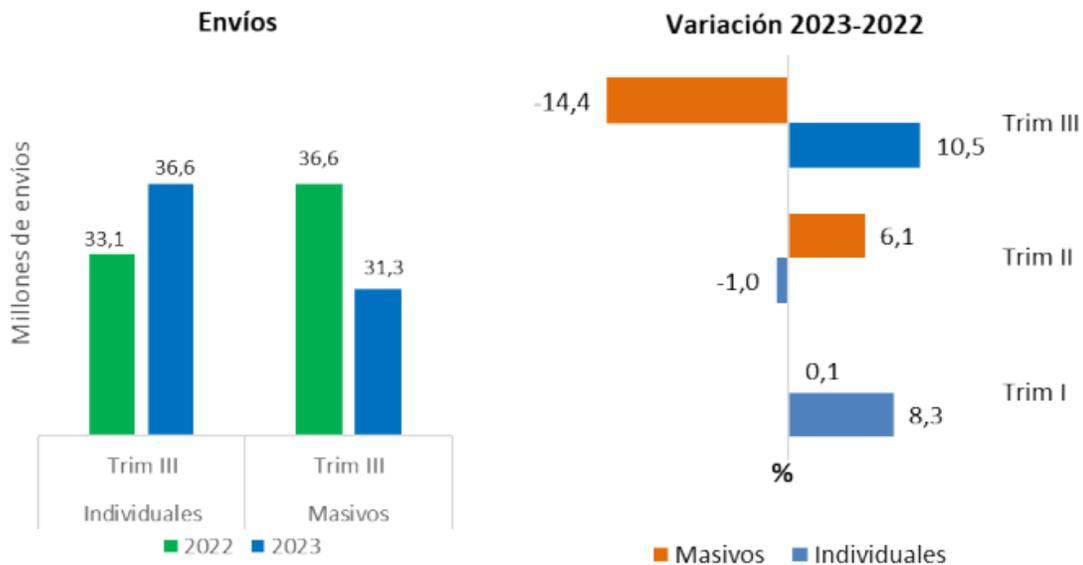
La ecuación postal - Concepto 1105846 de 2017 (MINTIC)	Ejercicio de contraste ¿Qué ofrecen las plataformas?
<p>La recepción o recolección, corresponde al proceso en el cual una pieza postal es recibida por el operador responsable de la prestación del servicio en su oficina o en buzones, o en predios del remitente en el caso de que se incluya el servicio de recolección a domicilio</p>	<p>rapigo</p> 
<p>Admisión: debe elaborarse la guía correspondiente con toda la información de destinatario y remitente. La asignación de los costos del proceso de admisión a los diferentes productos postales</p>	<p>El algoritmo de las plataformas permiten automatizar este proceso, un ejemplo es la descripción de lo que se ofrece genérico en el mercado a través de la plataforma de captterra:</p> <p>https://www.capterra.co/directory/31261/delivery-management/software</p>  <p>“Agiliza todas tus operaciones de entrega con el sistema de gestión de entregas Tookan. Con Tookan, los clientes pueden gestionar las entregas desde su plataforma para mejorar la eficiencia y ofrecer una experiencia excepcional al cliente a cualquier escala. Tookan ofrece a las empresas rutas optimizadas, automatización, seguimiento en tiempo real y movimiento eficiente de mercancías para los segmentos B2C y B2B. La aplicación Tookan te permite crear y asignar tareas de entrega con unos pocos clics, además de supervisar las actividades y los agentes sobre la marcha.</p>

<p>La clasificación, según la USPS, se refiere al agrupamiento y ordenamiento de las piezas postales en clases y subclases según su categoría y atributos de servicio (tiempo de entrega y control de seguimiento), así como respecto de variables de contenido, peso, tamaño y preparación de envío.</p> <p>En este proceso se ordenan y agrupan las piezas postales de cada grupo conforme al diseño de las etapas posteriores de transporte, procesos complementarios de clasificación (opcionales) en otros nodos de la red y rutas de entrega.</p>	<p>Optimo Route:</p>  <p>“aumento de entre el 15 y el 25 % en la eficiencia (más pedidos entregados gracias a la planificación de rutas eficientes con menos tiempo de conducción), reducción del kilometraje, capacidad para asignar recursos mediante reglas establecidas en función de las prioridades estratégicas del negocio, visibilidad mejorada de la situación de campo y planificación y replanificación rápidas”.</p>
<p>Proceso de entrega, correspondiente a los procesos de manejo de las piezas postales en el tramo correspondiente a la entrega domiciliaria al usuario final del servicio desde el punto final de presencia del OPO.</p>	<p>Rapigo hace una descripción eficiente del proceso de entrega ofreciendo que se hará en tiempo record: https://www.rapigo.co/guia-rapigo/S/servicio-mensajeria/</p> 

En consecuencia, de los elementos de la ecuación postal estas plataformas ofrecen un servicio sustituible por su comparación y similitud con el de mensajería expresa, variando en temas de forma pero no de fondo, al asegurarse con firma electrónica la constancia de recibido, oferta que se puede verificar la guía en línea, etc.

Esto ha llevado a que el sector caracterizado por economías de escala², incremente sus costes de operación con la reducción de pedidos: Boletín trimestral del Sector Postal - Tercer Trimestre de 2023: https://colombiatic.mintic.gov.co/679/articles-333415_archivo_pdf.pdf

² Consultar el numeral 4.2.1. del estudio de la CRC denominado: “Análisis preliminar del mercado postal en Colombia”:



Si bien el proceso de digitalización resulta irreversible, el mercado ha consolidado ciertos nichos poblacionales donde el servicio de envíos masivos resulta determinante y que aún no es sustituible por el correo certificado pero que, producto de los altos costes de operación están desincentivando la competencia al interior de este sector, dado que la rentabilidad de estas Compañías a lo largo del tiempo se ha mermado ostensiblemente.

3-. Los intereses supremos protegidos por el legislador de 2009

3.1-. La protección del empleo.

De acuerdo con el artículo 334 de la Carta Política:

“El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos”

En orden a proteger el empleo, como principio y sustento de la intervención del Estado en la economía, la ley 1369 de 2009 reconoció la problemática presente en el mercado de lo que otrora se conocía como mensajería especializada, particularmente, producto de la competencia desleal, de la depredación del empleo y para ello, considero necesario entrar a regular, interviniendo para erradicar por completo estas prácticas abusivas que se presentaban con la tarifa mínima.

Si el derecho al trabajo es un aspecto fundamental, debe entenderse que a través de tratamientos diferenciados generados por la imposibilidad del estado de ejercer el control y vigilancia, se generan discrepancias laborales que hoy en día se buscan “legalizar” dejando de lado la protección del trabajador de las plataformas digitales. Tal circunstancia, es muy similar a lo que se buscaba proteger con el parágrafo del artículo 12 en su momento, veamos:

3. Aparecieron en el mercado grandes empresas de impresión, que decidieron, sin tener licencia de mensajería, ofrecer el servicio de distribución de correo como valor agregado, disminuyendo aparentemente sus costos, en detrimento de las tarifas de mensajería. Aprovechando su posición dominante pusieron a competir las empresas de mensajería con precios que las llevaban a disminuir la calidad del servicio, la remuneración a sus empleados y hasta el pago del % al Ministerio. Otra causa más de la quiebra de Adpostal y el pésimo servicio de correos en Colombia.

Y es que las noticias actuales dan cuenta de los siguientes aspectos:

“

La economía de plataformas en Colombia ha florecido en un contexto de informalidad, migración y una diversificación incipiente, enfocándose principalmente en empleos de baja calificación

Óscar Maldonado, profesor de la Escuela de Ciencias Humanas de la Universidad del Rosario y líder de este estudio en el país

”

<https://redmas.com.co/economia/El-trato-indigno-de-ocho-plataformas-digitales-a-sus-trabajadores-que-expone-un-estudio-20231123-0054.html>

Y en criterio de³:

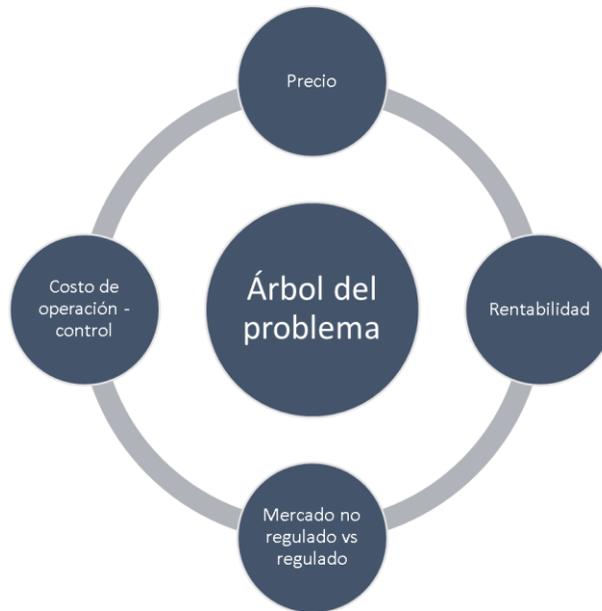
³ <https://www.portafolio.co/economia/finanzas/aplicaciones-de-domicilios-seran-golpeadas-por-la-crisis-economica-577929>

Frente a la regulación, José Daniel López, director ejecutivo de Alianza IN, señaló que esta **coyuntura envía un mensaje claro** sobre “*tener las reglas claras en el mercado*”.

“Hay que entender que esta no es una industria fácil y ahora que se vienen discusiones muy importantes, por ejemplo la reforma laboral. Es muy importante que se tenga cuidado en no tomar medidas que terminen marchitando a esta industria”, agregó.

En tal sentido, es importante precisar la realidad laboral del mercado. El Gobierno Nacional hizo un acuerdo con las empresas de plataformas tecnológicas que se ve reflejado en el proyecto de Reforma Laboral, para excluirlas de las obligaciones del Código Sustantivo del Trabajo. Si las empresas de mensajería expresa cumplidoras por convicción de las normas laborales ven aumentados sus costos en 13,1%, como lo precisó Portafolio, claramente quedan en total desventaja. No están dadas las condiciones para competir en igualdad de condiciones y más aún cuando este rubro es tan sensible para este tipo de industria intensiva en mano de obra, que, como lo señaló en su momento Alianza IN, marchitaría a quienes participamos en este tipo de industria. [<https://www.larepublica.co/empresas/empresarios-deberan-asumir-sobrecostos-de-13-4-desde-el-15-de-julio-cuando-inicie-la-reduccion-de-la-jornada-laboral-a-47-horas-3649905>]

Un empresario que ve afectada su rentabilidad, en la práctica y bajo un criterio de prudencia, plantearse un árbol del problema ante el régimen de libertad de tarifas en el que se debe ponderar varias circunstancias:



Si el Estado no tiene capacidad de controlar al mercado no regulado [plataforma electrónica y correo electrónico certificado], que genera un tratamiento diferenciado y nocivo para las empresas de mensajería expresa que se traduce en costos económicos que impactan la tarifa, a saber: pago de la contribución a la CRC, pago de contraprestación al MINTIC, costos asociados a atender visitas del Consorcio Auditor y con ello procesos administrativos que involucran esfuerzo en tiempo y en dinero y en algunos casos multas del Ministerio, costos laborales, que le obligan y llevan a plantearse otras opciones de mercado o el cierre definitivo de sus empresas.

Ante esta situación, justo lo que se quiso evitar con la tarifa mínima terminaría siendo en el tiempo la regla que el propio mercado ajustaría porque no puede hablarse de una libertad tarifaria si unos participantes en el mercado no están sujetos a ninguna regla y otros sí lo están en el que todos ofrecen productos similares y la variación en costos son significativos entre uno y otro sector. Recordemos para el efecto lo señalado como propósito de dicho régimen exceptivo: -ver concepto de abogacía página 17-.

3. Aparecieron en el mercado grandes empresas de impresión, que decidieron, sin tener licencia de mensajería, ofrecer el servicio de distribución de correo como valor agregado, disminuyendo aparentemente sus costos, en detrimento de las tarifas de mensajería. Aprovechando su posición dominante pusieron a competir las empresas de mensajería con precios que las llevaban a disminuir la calidad del servicio, la remuneración a sus empleados y hasta el pago del % al Ministerio. Otra causa más de la quiebra de Adpostal y el pésimo servicio de correos en Colombia.

3.2-. Evitar prácticas de competencia desleal.

En el Concepto de Abogacía No. 21-450030- -1-0 recordó que dentro de las causales para la introducción de la tarifa mínima era erradicar:

“1. La proliferación de licencias de mensajería especializada a empresas muchas veces de garaje, que no pagaban prestaciones sociales a sus empleados y menos pagaban el 4% al Ministerio, el control sobre estas, nunca Fue efectivo.

Claramente esto es lo que sucede actualmente. Se avaló a las Plataformas, a través del acuerdo con el Ministerio, para no pagar prestaciones sociales. A empresas que claramente ni pagan la Contribución a la CRC y tampoco la contraprestación al MINTIC, como tampoco realizó el pago inicial y su renovación para mantenerse habilitado, se está generando hoy en día en el mercado la misma situación del pasado.

El artículo “la libre competencia económica frente a la intervención del Estado en la Economía” precisa los siguientes aspectos:

“se les ha confiado al legislador y al regulador la obligación de diseñar normas que garanticen la prestación universal, eficiente e ininterrumpida de los servicios, así como la formación eficiente de precios, que garanticen la sostenibilidad de las empresas y el acceso por parte de los usuarios”⁴

“En Colombia, a partir de la expedición de la Carta Política de 1991, el modelo constitucional adoptado privilegia la prestación de tales servicios por terceros, en pro de una mayor eficiencia, reservándose el Estado las funciones de regulación, y de inspección, control y vigilancia, y reconociendo a los empresarios la recuperación de los costos involucrados en la operación de las redes humanas y físicas, que para la prestación se requieren”

Si el Estado, conforme al artículo 333 de la Carta Política, debe evitar que se restrinja o afecte la libertad económica, es evidente que debe remover todas las asimetrías que generan distorsiones facilitadoras de una práctica restrictiva del comercio, que no ha sido estudiada en el presente caso, como soporte de la decisión de mantener o no la tarifa mínima. Para asegurar el bienestar general, la prestación efectiva y eficiente del servicio y cumplir con los propósitos inherentes a su intervención en la economía es necesario en lugar de la propuesta regulatoria que se nos presenta, mantener la tarifa mínima reconociendo una protección al empleo y a la empresa. Hoy en día no están dadas las

⁴ La libre competencia económica frente a la intervención del Estado en la Economía - la paradoja del mor.
Andrés David Ospina Riaño.

condiciones para asegurar la continuidad en el mercado de las empresas de mensajería expresa y con su salida, el mercado quedaría solo en manos del OPO y del comercio electrónico, es decir, se marchitará totalmente la competencia.

Se insta a reconocer que la falla del mercado no está en el desbalance atribuido a la tarifa mínima. Se trata de una incapacidad de regulación, en el que se goza de una prerrogativa en el que el único que tiene que asumir los costos y el sostenimiento del servicio universal son las empresas de mensajería que no tienen las condiciones para competir, dados los subsidios y prerrogativas de mercado otorgadas al OPO y la permisividad para que las empresas de correo electrónico y las de plataformas presten un servicio deficiente, a precios no regulados [no obstante que no hay condiciones de competencia, como lo permite el artículo 12 de la ley 1369].

Prueba del servicio deficiente, dado que no hay una regulación en términos de calidad, está:

Líos de servicio

En los últimos meses, el sector de domicilios se ha sacudido no solo por la salida de jugadores, sino por crecientes **quejas de los usuarios**, quienes afirman en redes tener problemas con el servicio, que incluyen la toma y cancelación de pedidos, **un alza importante de precios y pedidos incompletos**.

Puntualmente, sobre la plataforma **Rappi**, la de mayor cuota de mercado, en **Twitter** varios usuarios mostraron su inconformidad no sólo por los **precios**, sino por los tiempos de entrega.

Como se trata de una obligación del Estado, lo que aquí se precisa demanda un urgente esfuerzo coordinado para garantizar las condiciones de idoneidad que permitan una prestación de calidad en el servicio, a precios de mercado, sin abusos, producto del control y vigilancia a un servicio público que por decisión del Estado no ha sido vigilado. No puede ser que la respuesta a esta falla de regulación, sea atacar a la parte más débil, atribuyéndole consecuencias sin prueba como las planteadas en el árbol del problema en lugar de ejercer el deber constitucional de garantizar la libre competencia, como incluso se propone en el borrador de la resolución.

Tema que expresamente le fue solicitado por la SIC en el concepto de abogacía 21-450030-1-0 rendido con motivo del traslado previo a la expedición de la Resolución 6577, así:

No obstante, observa esta Superintendencia que la alternativa regulatoria formulada por la CRC **no resulta efectiva** para resolver la problemática de fondo referida anteriormente frente al **tratamiento diferenciado injustificado** imperante en el mercado. He subrayado y resaltado.

“Lo anterior, en virtud de que la extensión tarifaria únicamente operará **igualando las condiciones en las que compiten los operadores** de los servicios de mensajería expresa y correo, sin remediar dicha situación de cara al tercer grupo de agentes que compiten en este mercado: los medios digitales que prestan los servicios de correo electrónico certificado” -Folio 25 del Concepto-.

“Como se describió en la sección 3 de este concepto, **la CRC considera que no cuenta con competencias para regular los envíos a través de medios digitales**, a su vez, el propio regulador **reconoce en el cuestionario de abogacía** de la competencia presentado con el Proyecto **que la ausencia de facultades para regular los medios digitales les estaría otorgando un trato diferenciado** en el mercado de envíos masivos en detrimento de los servicios de mensajería expresa y correo”. He resaltado y subrayado.

“En mérito de lo expuesto, esta Superintendencia considera de la mayor relevancia que la CRC adopte una estrategia que propenda efectivamente por la eliminación de los tratos diferenciados injustificados entre todos los agentes que participan en el mercado de envíos masivos, para resolver adecuadamente o mitigar de la mejor manera posible la asimetría regulatoria introducida por la Ley 1369 de 2009”.

Tal y como se advierte del resumen de posturas hecho por la SIC, si la misma CRC reconoce los efectos nocivos del trato diferenciado producto de la falla de gobierno por no incluir dentro del mercado regulado a las plataformas [que no han sido siquiera reconocidas dentro del mercado relevante] y el correo electrónico certificado, de contera se advierte que este mercado relevante, como lo definió la resolución 5900 de 2020 privilegia una práctica restrictiva del comercio, para lo cual baste con revisar los criterios jurisprudenciales predominantes en los que se precisa: -sentencia C-228 de 2010-

“existe competencia en un mercado cuando un conjunto de empresarios, en **un marco normativo de igualdad de condiciones**, ponen sus esfuerzos, factores empresariales y de producción, en la conquista de un mercado determinado” He subrayado, resaltado y en cursivas.

Si al servicio de correo electrónico certificado, a las plataformas digitales que prestan servicios de mensajería no se les regula, no se les exige contribuir a la CRC, pagar la contraprestación al Ministerio, cumplir con la normativa laboral, sino por el contrario se le permite estar por fuera del ámbito regulatorio, siendo un mercado intensivo en mano de obra, es evidente que no están dadas las condiciones para que unos y otros puedan competir y es evidente que los argumentos que se encuentran presentes desde la resolución 6577 y su documentación preparatoria adolecen en su planteamiento de una consistencia lógica, como se advierte de la siguiente proposición:

“respecto, la CRC señaló que dicha asimetría regulatoria “le estaría confiriendo **ventajas competitivas a los agentes que ofrecen los servicios de envíos masivos a través de correo y medios digitales**, lo cual puede llevar al deterioro en las condiciones estructurales de competencia en el mercado relevante.” He subrayado y resaltado.

“(…)Asimismo, dicha asimetría regulatoria operaría, generando desequilibrios competitivos entre agentes pertenecientes al mismo mercado relevante, reduciendo los incentivos para que otros operadores diferentes al OPO entren a disputar este mercado”. - Tomado del Concepto de Abogacía de la SIC No. 21-450030-1-0, folio 24.

Es importante entender de qué mercado estamos hablando cuando de evitar aquellas consecuencias nefastas se quieren mitigar al proponer eliminar el trato diferenciado del párrafo del artículo 12 de la ley 1369, según se acaba de precisar en la cita transcrita. se debe considerar en el estudio propuesto la medición y valoración del impacto que en el mercado de mensajería expresa representa un régimen de libertad tarifaria como el propuesto, de cara a su continuidad y reducción o eliminación del mercado, junto con las responsabilidades para el Estado de permitirlo al omitir ejercer su función de vigilancia y control, como aquí respetuosamente insistimos.

Las medidas que se proponen con el proyecto de regulación generan precisamente el impacto y efecto que se recién se subrayó, es decir, lleva al deterioro del mercado de mensajería expresa, al éxodo, terminación de empresas, afectación al derecho al trabajo, generando un impacto negativo en las condiciones estructurales de competencia en el mercado relevante. Lo cual debe corresponder a un análisis cualitativo de análisis del impacto normativo, que no se nos está ofreciendo en los documentos soportes y mucho menos en el proyecto de Resolución puesto en conocimiento.

Si la CRC no tiene facultades para regular al correo certificado, dichos competidores aunque parte de un mercado sustituto no son un mercado relevante, porque, a voces de la SIC, el objeto del mismo consiste precisamente en “el objetivo de definir un mercado tanto en su dimensión de producto y geográfica es identificar aquellos competidores actuales que son capaces de restringir el comportamiento de los involucrados y prevenir de ellos cualquier comportamiento independiente producto de una presión competitiva”.

Si no hay capacidad alguna de regulación, tal y como lo señaló los considerandos de la resolución 6577: “Que en relación con la recomendación relativa a coordinar con las entidades competentes para regular los servicios de envíos masivos a través de medios digitales, debe advertirse que actualmente Colombia no cuenta con una entidad que se encuentre facultada para tal fin”, no podría aludirse a un “desbalance de las condiciones de competencia”, cuando la misma Comisión reconoce la incapacidad estatal actual de eliminar los tratamientos diferenciados que sí efectivamente tienen la potencialidad de erosionar el mercado, afectar la capacidad de ofrecer un servicio de calidad, producto de los privilegios otorgados al mercado no regulado sobre el que se encuentra ahora SOBRE regulado. En el documento soporte⁵ publicado en diciembre [folio 13] se dice:

“En este sentido, establecer un instrumento regulatorio que aplique integralmente a los agentes regulados (mensajería expresa y correo) puede resultar poco efectivo a la hora de resolver las problemáticas del mercado, pues debería propenderse por condiciones homogéneas entre todos los competidores; ya que de la aplicación de este instrumento alguno o algunos de los agentes pueden resultar privilegiados de manera injustificada en perjuicio de los demás”. He subrayado y resaltado.

Es decir, la solicitud expresa que hemos efectuado es coadyuvada por la propia CRC, con lo que se acaba de transcribir, el problema no es la tarifa mínima, el problema es la ausencia de regulación a las plataformas digitales y correo electrónico.

En este proyecto se mantienen las premisas fundantes de la Resolución 6577 que vale la pena recordar:

Que tras adelantar el test de los tres criterios establecidos en el artículo 3.1.2.3. de la Resolución CRC 5050 de 2016, para determinar si un mercado relevante debe ser sujeto de regulación ex ante, esta Comisión concluyó frente al primer criterio, competencia actual, que existe una falla de mercado derivada de la asimetría regulatoria generada por la Ley 1369 de 2009, que le estaría confiriendo ventajas competitivas a los agentes que ofrecen los servicios de envíos masivos a través de correo y medios digitales, lo cual puede llevar al deterioro en las condiciones estructurales de competencia en el mencionado mercado relevante.

Esto en definitiva prueba que la Resolución 6577 no cumplió el propósito perseguido, porque luego de su expedición la CRC continúa hablando de un desbalance. No obstante, producto de esa disposición normativa si se redujo la tarifa mínima, afectando gravemente a las empresas de mensajería y ello se ve en el éxodo de éstas del mercado regulado o que finalmente se han liquidado:

Si se analiza la tabla de excel denominada “informe boletín Sector Postal” se advierte una creciente reducción de participantes en cada sector durante los años de la muestra de 2020 a 2022:

Abril de 2020. La muestra de empresas participantes en el nicho de envíos individuales desde 2kg a 5kg era aproximadamente de 179 empresas, como se observa en el cuadro de excel que a continuación se incluye:

1070	02/04/2020	INTER SERVICIOS S.A.S.	Envíos Individuales	Nacional	Entre 4 Kg y 5 Kg	\$ 5.929.821	194
1071	02/04/2020	INTERSERVICE S A	Envíos Individuales	Nacional	Entre 4 Kg y 5 Kg	\$ 4.977.305	302
1072	02/04/2020	J&V TRADING GROUP S.A.S	Envíos Individuales	Nacional	Entre 4 Kg y 5 Kg	\$ 0	0
1073	02/04/2020	L & D COLOMBIA LTDA.	Envíos Individuales	Nacional	Entre 4 Kg y 5 Kg	\$ 162.547	3
1074	02/04/2020	LOGISTICA E.P. ASESORIAS E INVERSIONES S.A.S.	Envíos Individuales	Nacional	Entre 4 Kg y 5 Kg	\$ 323.210	20
1075	02/04/2020	MANDDE S.A.S	Envíos Individuales	Nacional	Entre 4 Kg y 5 Kg	\$ 1.087.591	60
1076	02/04/2020	METROPOLITANA DE ENVÍOS METROENVÍOS	Envíos Individuales	Nacional	Entre 4 Kg y 5 Kg	\$ 0	0
1077	02/04/2020	PASAR EXPRESS S.A	Envíos Individuales	Nacional	Entre 4 Kg y 5 Kg	\$ 48.000	15
1078	02/04/2020	PLANET EXPRESS SAS	Envíos Individuales	Nacional	Entre 4 Kg y 5 Kg	\$ 6.238	3
1079	02/04/2020	RED ESPECIALIZADA EN TRANSPORTE REDETRANS S.A.	Envíos Individuales	Nacional	Entre 4 Kg y 5 Kg	\$ 1.121.240	72
1080	02/04/2020	RED INTEGRADORA SAS	Envíos Individuales	Nacional	Entre 4 Kg y 5 Kg	\$ 5.626.479	303
1081	02/04/2020	SERVICIOS ASOCIADOS ESPECIALIZADOS EN COMUNICACIONES LTDA	Envíos Individuales	Nacional	Entre 4 Kg y 5 Kg	\$ 8.172.877	300
1082	02/04/2020	SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.	Envíos Individuales	Nacional	Entre 4 Kg y 5 Kg	\$ 19.528.800	1236
1083	02/04/2020	SERVIENTREGA INTERNACIONAL S.A.	Envíos Individuales	Nacional	Entre 4 Kg y 5 Kg	\$ 0	0
1084	02/04/2020	SERVIENTREGA S.A.	Envíos Individuales	Nacional	Entre 4 Kg y 5 Kg	\$ 1.335.603,757	78803
1085	02/04/2020	SERVITEM LTDA. MENSALERIA ESPECIALIZADA	Envíos Individuales	Nacional	Entre 4 Kg y 5 Kg	\$ 0	0
1086	02/04/2020	SURENVÍOS S. A. S.	Envíos Individuales	Nacional	Entre 4 Kg y 5 Kg	\$ 560.535	38
1087	02/04/2020	THOMAS GREG EXPRESS S. A. - T. G. EXPRESS	Envíos Individuales	Nacional	Entre 4 Kg y 5 Kg	\$ 2.196.752	99
1088	02/04/2020	TOP EXPRESS SAS	Envíos Individuales	Nacional	Entre 4 Kg y 5 Kg	\$ 0	0
1089	02/04/2020	TRANS INTERNATIONAL COURIER SA	Envíos Individuales	Nacional	Entre 4 Kg y 5 Kg	\$ 1.732.433	92
1090	02/04/2020	TRANSARMENIA CARGA S.A. DE FAMILIA	Envíos Individuales	Nacional	Entre 4 Kg y 5 Kg	\$ 698.400	69
1091	02/04/2020	TRANSPORTE SAFERBO S.A.	Envíos Individuales	Nacional	Entre 4 Kg y 5 Kg	\$ 1.584.450	69
1092	02/04/2020	TRANSPORTES RAPIDO OCHOA S.A.	Envíos Individuales	Nacional	Entre 4 Kg y 5 Kg	\$ 513.870	34
1093	02/04/2020	UNO A DATASERVICIOS S.A.S	Envíos Individuales	Nacional	Entre 4 Kg y 5 Kg	\$ 0	0
1094	02/04/2020	USA CO. COLOMBIAN WORLDWIDE COURIER SAS	Envíos Individuales	Nacional	Entre 4 Kg y 5 Kg	\$ 0	0
1095	02/04/2020	V M CARGO SERVICES LTDA.	Envíos Individuales	Nacional	Entre 4 Kg y 5 Kg	\$ 0	0
1096	02/04/2020	VIAJES Y SERVICIOS TURISTICOS COLOMBIAS S.A.	Envíos Individuales	Nacional	Entre 4 Kg y 5 Kg	\$ 7.479.702	10

Octubre de 2022: El número de empresas en el rango de envíos individuales mayor de 2kg a 5kg, se observa que la muestra es de 133 empresas.

28319	04/10/2022	ENVIOS LOGISTICOS SAS	Envíos Individuales	Nacional	Mayor a 4Kg y hasta 5Kg	\$ 7.294,076	127	0.009.161-9
28320	04/10/2022	EXPRESO BRASILIA S.A.	Envíos Individuales	Nacional	Mayor a 4Kg y hasta 5Kg	\$ 127.657,185	13037	
28321	04/10/2022	EXTRA RAPIDO LOS MOTILONES S.A.	Envíos Individuales	Nacional	Mayor a 4Kg y hasta 5Kg	\$ 6.062,600	795	
28322	04/10/2022	EXKE LOGISTICA S.A.S	Envíos Individuales	Nacional	Mayor a 4Kg y hasta 5Kg	\$ 1.656,019	120	
28323	04/10/2022	FEDERAL EXPRESS CORPORATION	Envíos Individuales	Nacional	Mayor a 4Kg y hasta 5Kg	\$ 20.022,966	634	
28324	04/10/2022	FLOTA LA MACARENA S.A	Envíos Individuales	Nacional	Mayor a 4Kg y hasta 5Kg	\$ 5.687,100	315	
28325	04/10/2022	FLOTA OCCIDENTAL S.A.	Envíos Individuales	Nacional	Mayor a 4Kg y hasta 5Kg	\$ 3.874,500	203	
28326	04/10/2022	GLOBAL MENSAJERIA S.A.S.	Envíos Individuales	Nacional	Mayor a 4Kg y hasta 5Kg	\$ 122.158,569	6596	
28327	04/10/2022	INTER RAPIDISIMO S.A	Envíos Individuales	Nacional	Mayor a 4Kg y hasta 5Kg	\$ 1.531.557,304	56044	
28328	04/10/2022	INTER SERVICIOS S.A.S.	Envíos Individuales	Nacional	Mayor a 4Kg y hasta 5Kg	\$ 18.062,697	843	
28329	04/10/2022	INTERSERVICE S A	Envíos Individuales	Nacional	Mayor a 4Kg y hasta 5Kg	\$ 26.794,815	1097	
28330	04/10/2022	L & D COLOMBIA LTDA.	Envíos Individuales	Nacional	Mayor a 4Kg y hasta 5Kg	\$ 340,944	6	
28331	04/10/2022	LOGISTICA E.P. ASESORIAS E INVERSIONES S.A.S.	Envíos Individuales	Nacional	Mayor a 4Kg y hasta 5Kg	\$ 1.826,137	77	
28332	04/10/2022	MANDDE S.A.S	Envíos Individuales	Nacional	Mayor a 4Kg y hasta 5Kg	\$ 5.467,661	169	
28333	04/10/2022	PASAR EXPRESS S A	Envíos Individuales	Nacional	Mayor a 4Kg y hasta 5Kg	\$ 257.095,021	6983	
28334	04/10/2022	PLANET EXPRESS SAS	Envíos Individuales	Nacional	Mayor a 4Kg y hasta 5Kg	\$ 7,190	13	
28335	04/10/2022	RED INTEGRADORA SAS	Envíos Individuales	Nacional	Mayor a 4Kg y hasta 5Kg	\$ 18.479,443	1904	
28336	04/10/2022	SERVICARIBE EXPRESS S.A.	Envíos Individuales	Nacional	Mayor a 4Kg y hasta 5Kg	\$ 140,800	3	
28337	04/10/2022	SERVICIOS ASOCIADOS ESPECIALIZADOS EN COMUNICACIONES LTDA	Envíos Individuales	Nacional	Mayor a 4Kg y hasta 5Kg	\$ 18.996,088	377	
28338	04/10/2022	SERVIENTREGA S.A.	Envíos Individuales	Nacional	Mayor a 4Kg y hasta 5Kg	\$ 3.678.295,519	232220	
28339	04/10/2022	SURENVIOS S. A. S.	Envíos Individuales	Nacional	Mayor a 4Kg y hasta 5Kg	\$ 2.207,897	130	
28340	04/10/2022	TRANS INTERNACIONAL COURIER SA	Envíos Individuales	Nacional	Mayor a 4Kg y hasta 5Kg	\$ 1.222,967	63	
28341	04/10/2022	TRANSARMENIA CARGA S.A. DE FAMILIA	Envíos Individuales	Nacional	Mayor a 4Kg y hasta 5Kg	\$ 219,400	17	
28342	04/10/2022	TRANSPORTE SAFERBO S.A.	Envíos Individuales	Nacional	Mayor a 4Kg y hasta 5Kg	\$ 1.206,729	41	
28343	04/10/2022	TRANSPORTES RAPIDO OCHOA S.A.	Envíos Individuales	Nacional	Mayor a 4Kg y hasta 5Kg	\$ 13.958,002	1211	
28344	04/10/2022	URBANO EXPRESS LOGISTICA Y MERCADEO LTDA	Envíos Individuales	Nacional	Mayor a 4Kg y hasta 5Kg	\$ 26,158	18	
28345	04/10/2022	URBANO EXPRESS LOGISTICA Y MERCADEO LTDA	Envíos Individuales	Nacional	Mayor a 4Kg y hasta 5Kg	\$ 1.443,041	4	

Por ello en el Estudio base para expedir el decreto 1103, se precisó que de un mercado de “183 empresas que reportaron al Ministerio, se destacan en el mercado siete por su tamaño y generación de ingresos”, siendo un mercado desigual en su configuración en el que debe propenderse por incentivar la libre competencia, la preservación del tejido empresarial [según se observa, aquí disminuido], como sustento de la creación del régimen de habilitación en la ley 1369 de 2009 y la universalización del servicio.

3.3-. El creciente poder de decisión de los grandes impositores.

La CRC en el documento de formulación del problema precisó:

“la asimetría regulatoria en el mercado de envíos masivos que implica la tarifa mínima ocasiona una distorsión en la asignación de recursos en el mercado y sienta las bases para la generación de fallas estructurales en el mismo en el mediano y largo plazo”.

La CRC en el documento Análisis Del Mercado De Envíos Masivos Y Servicios De Valor Agregado – Formulación del problema, se precisó a folio 39:

“En ausencia de regulación, la eventual existencia de un poder de negociación considerable por el lado de la demanda introduce distorsiones en el correcto funcionamiento del mercado de envíos masivos. En primer lugar, los compradores tendrían un mark-down, o capacidad de fijar el precio del servicio por debajo de su costo de adquisición, apretando así los márgenes de rentabilidad de los operadores postales. Eventualmente, dicho mark-down conllevará una reducción en los niveles de inversión e innovación al interior del sector **y, en últimas, a la salida de firmas que otrora podrían operar**. He resaltado y subrayado.

Son estas pérdidas en el bienestar social las que justifican la introducción de medidas regulatorias, como las vigentes tarifas mínimas de usuario final e interconexión. No obstante, también es cierto, como se ha comentado a lo largo del documento, que el diseño mismo de la regulación corre el riesgo de no ir a la par con las transformaciones del sector y, en consecuencia, de introducir distorsiones adicionales al correcto funcionamiento del mercado. En primer lugar, la presencia de asimetrías entre los actores regulados, según lo arriba comentado, puede acarrear distorsiones en la asignación de los recursos, no necesariamente siendo los oferentes más eficientes los que se adjudiquen los contratos de envíos postales masivos. En segundo lugar, la medida de precio mínimo, de no estar correctamente calibrada, aun partiendo del supuesto que los demandantes gozan de un considerable poder de mercado, puede llevar a la supervivencia de firmas ineficientes, así como a mayores precios para el consumidor final y menores volúmenes de piezas postales movilizadas.

Una vez más, es importante recalcar que el propósito último de la regulación es el de proteger la sana y libre competencia, no a los competidores. En ese sentido, la fijación de las tarifas mínimas, de ser necesaria, debería considerar la presencia de economías de escala y alcance que pueden sostener precios más bajos, atendiendo toda la demanda de la forma más eficiente posible”.

Contrario al reconocimiento expreso sobre el aumento de capacidad de negociación de la demanda y en especial de los grandes impositores se plantea como consecuencia del supuesto desbalance el deterioro de las condiciones estructurales de competencia, porque en el mediano y largo plazo las empresas de mensajería expresa no podrán igualar las condiciones de mercado de los servicios digitales.

Para que hablemos del deterioro del mercado, debe analizarse tanto la oferta como la demanda. Si existen varios productos sustitutos entre sí, donde el adquirente tiene la capacidad de elegir y lo peor de imponer condiciones, los precios están regulados libremente por la ley de la oferta y la demanda. No se prueba como, el hecho de la tarifa mínima ha incidido en que el correo electrónico no sea más barato, cuando un gran impositor en las negociaciones de volumen puede establecer condiciones particulares en cuanto a tarifa que le sean más favorables, libremente negociables entre las partes.

Téngase en consideración:

a-. A diferencia de lo que ocurre en otros mercados, en éste, quién fija las condiciones de contratación y de mercado es la demanda. Cuenta con diferentes alternativas de contratación, pudiendo libremente escoger entre ellas y para todos es claro, que salvo para nichos especializados donde resulta relevante el mercado de mensajería expresa, por costos, los contratantes están prefiriendo el correo electrónico certificado.

b-. Si hay un mercado dominado por cuatro agentes: (i) el OPO, con las protecciones legales y subsidios financieros que, no obstante, reconoce estar en una situación económica de pérdida; (ii) un mercado atomizado de mensajería expresa, donde todos compiten en igualdad de condiciones, al interior de este sector; (iii) las empresas de correo certificado, que en su sector compiten en igualdad de condiciones entre ellas y claramente con un tratamiento diferenciado respecto del grupo (ii) en mención; (iv) las plataformas electrónicas que ni siquiera se tienen en el radar, porque no son incluidas en el mercado relevante, con evidentes favorecimientos, como el que se propone ahora en el Congreso de la República de avalarles contratar el recurso humano por fuera de las condiciones del Código Sustantivo del Trabajo, no puede imputarse que la tarifa mínima genere un desbalance que impacte en otro nicho de mercado.

En ese sentido, no se entiende cómo la tarifa mínima sea una ventaja competitiva. Cada nicho tiene sus propias características, su propio mercado, su propio valor agregado y en virtud de éste ofertan un servicio de mensajería, físico o electrónico, del cual los grandes impositores según su necesidad deciden cuál contratar y por qué precio.

Los tratos diferenciados, por el contrario, generan la necesidad de proteger una tarifa mínima que garantice ante la fuerza del mercado, una mediana recuperación de sus costos, ostensiblemente reducidos luego de la expedición de la resolución 6577, no obstante, que su ajuste ya no se hace sobre el índice de salario mínimo sino del IPC; la reducción de la jornada laboral; el alza del costo de vida, principalmente del rubro gasolina han erosionado la una utilidad razonable.

Ante esta situación, debemos alzar la mano en aras de proteger la libertad de empresa en términos de igualdad y con ello garantizar la empleabilidad porque no puede ser de recibo que el sustento del proyecto de regulación, cuando se aborda el cometido otorgado por el artículo 146, continúe descansando en proposiciones como las que se acaban de transcribir y que se sintetizan en: “Desbalance de las condiciones de competencia entre los agentes que participan como oferentes en el mercado de envíos masivos”, cuando no se ha presentado una sola proposición normativa **que ataque el verdadero problema de asimetría que insistimos en la desigualdad de condiciones entre un mercado regulado y otro que no lo está.**

II. Las facultades de la Comisión.

A-. El artículo 146 de la Ley 2294 **no le otorgó facultades a la Comisión para eliminar el párrafo del artículo 12 de la ley 1369.** Dicha Ley no derogó el citado párrafo, el cual se encuentra vigente y no será modificable salvo que el legislador, con los insumos que le prepare la Comisión de Regulación en el Proyecto encomendado, tome la decisión libre y democrática de establecer el sistema que mejor convenga a la calidad del servicio, a su

eficiencia y a garantizar derechos fundamentales como el del trabajo, la libertad de comunicaciones, la propiedad privada y la protección a la empresa.

Ni el tenor literal del artículo 146 así lo consagra, lo cual, de contera no hubiese podido hacer el legislador porque estaría vaciando una competencia restringida en la estructura de su facultad de intervención en la economía al Congreso de la República, para generar un poder único en el Gobierno y dentro de éste en la Comisión.

El numeral 21 del artículo 150 de la Carta Política claramente radica en el Congreso, no en el ente regulador, la facultad para “expedir las leyes de intervención económica, (...) precisar sus fines y alcances y los límites a la libertad económica”. El artículo 334 de la Constitución de igual forma le permite intervenir la economía al Estado vía los límites definidos por el Congreso de la República. Lo cual resulta concordante con lo establecido en el último inciso del artículo 333 de la Carta Magna.

Mientras el legislador no derogue el párrafo del artículo 12 de la ley 1369 el mismo estará vigente y no puede darse una interpretación extensiva a las facultades de expedir un proyecto de regulación que defina la conveniencia o no de mantener dicho párrafo, para confundirlo con la facultad de decretar en todos los casos la libertad tarifaria según las fuerzas del mercado, desconociendo el ámbito de las facultades de la CRC.

No se puede confundir, la facultad para presentar un proyecto, con el de derogar el párrafo, producto del decreto de la libertad tarifaria. Ello vacía de competencias al Congreso de la República, las cuales en virtud del artículo 146 de la ley 2294 jamás se le delegaron a la Comisión.

B-. Si se otorgó facultades para adelantar un proyecto, el mismo debe validar y verificar que las condiciones que dieron lugar a la expedición del párrafo del artículo 12 han o no sido superadas a efectos de realizar las recomendaciones sobre libertad económica en el proyecto de Resolución.

Para levantar la excepción a la libertad de tarifa, el legislador no cuenta con facultades discrecionales absolutas. Conforme al artículo 4 de la Carta Política, debe ajustarse a las previsiones legales, las cuales, conforme a lo ya mencionado, incluyendo el artículo 365 de la Carta Política, apuntan a asegurar la prestación eficiente del servicio, lo cual involucra, asegurar que las previsiones buscadas con dicha tarifa piso no se han visto comprometidas, lo cual ha sido evidente a lo largo del presente Escrito que sí lo están y no se dan las condiciones para que sean levantadas.

III. La insuficiencia de las medidas propuestas para resolver los verdaderos problemas que se están presentando. Del principio de razonabilidad y proporcionalidad.

Dentro de las causas del problema se identifica:

NIT. 860.009.161-9

“i) asimetría regulatoria entre los servicios que hacen parte del mercado envíos masivos por una falla de gobierno que distorsiona el mercado, y (ii) cambios en la dinámica en la competencia del mercado relevante de envíos masivos. Por su parte, las consecuencias asociadas al problema se delimitaron de la siguiente manera: (i) ventaja competitiva de algunos agentes en el mercado relevante de envíos masivos” y (ii) deterioro en las condiciones estructurales de competencia”.

De lo expuesto ampliamente en este Escrito es claro que no existe la prueba del desbalance señalado, como sí está probado la falla de mercado producto de la falta de regulación a las plataformas tecnológicas y al correo electrónico. Es decir, para abordar la causa y la consecuencia, se parte que el problema no está probado, careciendo de consistencia lógica para su proposición, incumpliendo la facultad otorgada por el Congreso de la República en el artículo 146.

En cuanto a la causa, los cambios en la dinámica de la competencia son evidentes, favorecimiento al mercado no regulado sobre el regulado, como se ha dicho, no siendo atribuible, en consecuencia, a la tarifa mínima.

La asimetría regulatoria sí es causa de un desbalance, no por la existencia de una tarifa piso, necesaria en estos momentos de la competencia, sino, insisto, por falta de regulación a los no regulados.

La siguiente problemática que se acrece con el proyecto regulatorio:

5. Esta disminución de tarifas más del 50% (De \$450 a \$200 en 5 años), llevó a un problema mucho mayor, que es el de la injusticia social, los mensajeros, personas que deben permanecer en la calle expuestos a sus peligros, durante todo el día y parte de la noche, iniciaron a sentir el aumento de su trabajo y la disminución de sus ingresos, en contravía al aumento del costo de vida, el aumento del peso de los sobres, el aumento de la cantidad de sobres a repartir, la explotación por parte de supuestos empresarios, que para poder mantener esas tarifas no pagan seguridad social, ni salarios justo. Pasaron de entregar 300 sobres al día, cantidad físicamente posible, dentro de un servicio de buena calidad y medianamente remunerado, a estar obligados para subsistir escasamente con menos de un salario mínimo, sin ninguna clase de seguridad social, a distribuir hasta 2.000 sobres en un día.”³¹

No se identifica una solución distinta a agravar las diferencias de trato entre competidores del mismo mercado relevante. Por ello, se insiste, no se ve razonable la eliminación de la tarifa mínima, porque no cambia en nada la dinámica del Sector al mantenerla; por el contrario, de erradicar la tarifa piso **LO AGRAVA**, cada vez más empresas salen del mercado de envíos masivos, desapareciendo uno de los subsectores que más dinámica competitiva

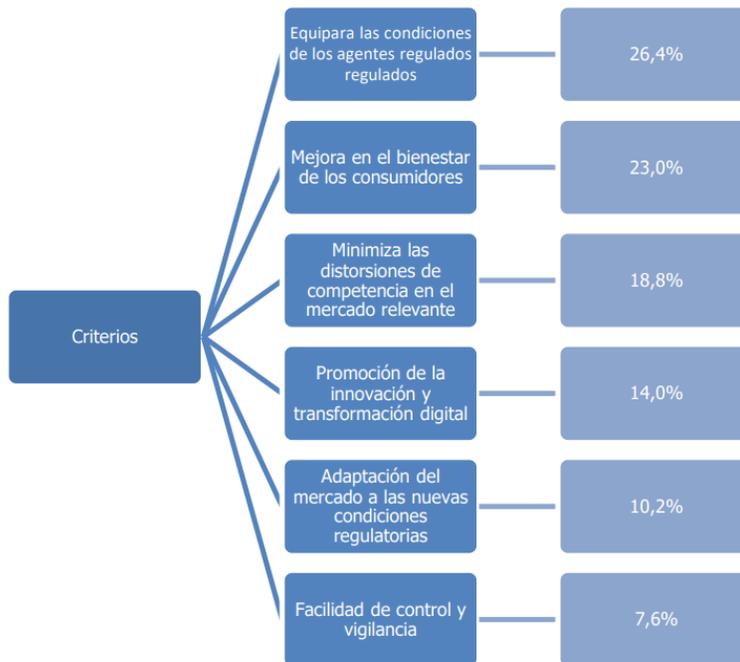
Por estas razones no vemos cómo el proyecto de regulación cumpla los criterios de razonabilidad y proporcionalidad necesarios para ejercer la facultad regulatoria, que en este caso se pretende ejercer sin competencias.

IV. Los efectos de proseguir el trámite y convertirse el borrador en Resolución.

Si en el árbol del problema la CRC reconoció el éxodo sistemático de empresas [página 18 del citado documento], es evidente que con este proyecto se privilegia la erosión del mercado de mensajería expresa.

El análisis de impacto normativo se ha centrado en consideraciones que han debido quedar solucionadas con la Resolución 6577 y si no lo están, como soporte del presente proyecto, la respuesta clara y obvia es que están buscando la solución donde no está el problema. A cambio, no se han medido las consecuencias que para el Sector representaría en términos de costos y oportunidad de vigencia de un mercado, la afectación del tejido empresarial y el derecho al trabajo.

Se nos presenta una metodología multicriterio, con unas premisas que no guardan relación con el supuesto problema presentado. Incluso se otorga un peso específico del 26,4% a la opción de equiparar las condiciones de mercado entre pequeños y grandes empresarios, aunque se plantea con un buen propósito no tiene peso al momento de tomar la decisión. Jamás se mira equiparar el mercado regulado y no regulado, de forma que en todo momento el mercado quedaría totalmente desbalanceado por omisión del Estado.

Gráfico 4. Criterios y sus pesos relativos


Fuente: Elaboración CRC

Es claro que se presenta en el análisis de alternativas las mismas deficiencias estructurales que los anotados al momento de abordar la razonabilidad del problema planteado. Por la facilidad de control y vigilancia, en últimas lo que conlleva es la terminación de uno de los subsectores que componen el mercado relevante, comprometiendo la sostenibilidad de más de 250.000 empleos que se generan por las diferentes empresas que conforman la mensajería expresa.

Se da un peso específico alto al bienestar de los consumidores. Si se ha reconocido el poder de negociación de la demanda, que son los consumidores del mercado de envíos masivos. El OPO, como beneficiario de los aportes al FUNTIC que hacen las empresas de mensajería expresa si será uno de los más afectados y con ello el servicio universal.

Señalar que con las alternativas se minimiza las distorsiones de la competencia, no se entiende cómo lo logra un planteamiento como el que aquí nos ocupa que, por el contrario, erosiona, con la alternativa seleccionada, el mercado de las empresas de mensajería expresa.

Por último, ninguna de las precisiones sobre los criterios de negociación que se incluyen en el proyecto regulatorio son razonables y guardan una lógica de mercado. Se establece un sistema de transparencia e informe público de precios como si el problema estuviese en la incapacidad de los grandes impositores de fijarlos, no obstante que tienen el poder de negociación. Aquí el problema, muchas veces no es la tarifa, son los valores agregados que muchos impositores exigen. Una empresa de mensajería puede tener un precio fijado al

público, pero eso no garantiza en nada que ese sea el precio que finalmente se negocie con el cliente, todo depende de la capacidad de negociación y la autonomía de la voluntad, careciendo de eficacia esta medida.

Los criterios de buena fe, trato no discriminatorio no se verán afectados. De buena fe entran en una negociación unas empresas, acuerdan un servicio, en el que la imposición de tarifas producto de un “acuerdo” entre las Partes, las denominadas subastas a la inversa que presenta el Estado no salen de este marco regulatorio. Además, la redacción propuesta, da a entender que el poder de negociación lo tiene las empresas de mensajería cuando es completamente lo contrario. La parte que pueda obstruir “las negociaciones tendientes a lograr los acuerdos mencionados” y el entorpecimiento, por acción o por omisión”, no es propiamente la de las empresas de mensajería.

Además, si se quiere fijar unos criterios para que la tarifa se determine lo más equitativo posible, estas referencias no guardan relación con la finalidad prevista. Incluso, si el objetivo del ámbito de regulación es asegurar una utilidad razonable sobre costos eficientes, se debe hacer claridad que cualquier acuerdo sobre bienes y servicios adicionales deben ser pactado su precio por aparte de la tarifa del servicio de envío.

Y finalmente, si el criterio a observar es el de libre y leal competencia en condiciones de igualdad, nuevamente se pregunta al Estado, como obligado a garantizar que se deben emprender los esfuerzos necesarios para eliminar esta falla de mercado y falla de gobierno que actualmente se presenta, conforme a lo señalado.

Le reitero nuestra disposición en la construcción de un mejor país. En FENALCO estaremos atentos a sus comentarios en los celulares 3153493448 – 3013456767 y/o en los correos electrónicos walfaro@fenalcobogota.com.co - asistentegremial1@fenalcobogota.com.co.

Reciba un cordial saludo,



WILLIAM ALFARO ALDANA
Gerente Gremial

Con copia: Dr. Nicolás Mauricio Silva, Dra. Lina María Duque, Dra. Paola Andrea Bonilla Castaño, Dr. Juan Pablo Hernández, Dra. Alejandra Pinto.