

Bogotá D.C.

Doctor
DIEGO MESA PUYO
Ministro de Minas y Energía
MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA
dmesa@minenergia.gov.co
menergia@minenergia.gov.co
svelez@minenergia.gov.co
cjleguizamo@minenergia.gov.co
pgaleano@minenergia.gov.co
dsdiaz@minenergia.gov.co

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO	
RADICACION: 22-286832- -2-0	FECHA: 2022-07-28 16:44:19
DEPENDENCIA: 1007 GRUPO DE TRABAJO DE ABOGACÍA DE LA C	EVENTO: SIN EVENTO
TRAMITE: 396 ABOGACIA COMPETENCIA	FOLIOS: 10
ACTUACION: 440 RESPUESTA	

Referencia: Proyecto de Decreto: “*Por el cual se adiciona el Decreto 1073 de 2015 en lo relacionado con medidas para atención de las emergencias de abastecimiento de hidrocarburos y combustibles líquidos*” (en adelante el **Proyecto**”).

Respetado Doctor Mesa:

En respuesta a la comunicación radicada por parte del Ministerio de Minas y Energía (en adelante “**MME**”) el pasado 25 de julio de 2022, esta Superintendencia rinde concepto de Abogacía de la Competencia sobre el Proyecto de la referencia en los siguientes términos: (i) primero, se describirá el fundamento legal de la función de abogacía de la competencia; (ii) segundo, se presentarán los antecedentes normativos del Proyecto; (iii) tercero, se describirá la estructura de la iniciativa regulatoria en los términos en los que la entiende esta Superintendencia; (iv) cuarto, se presentará el respectivo análisis desde la perspectiva de la libre competencia económica; y, finalmente, (v) se formulará una recomendación.

1. FUNDAMENTO LEGAL DE LA FUNCIÓN DE ABOGACÍA DE LA COMPETENCIA

De acuerdo con el artículo 7 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 146 de la Ley 1955 de 2019:

“(…) la Superintendencia de Industria y Comercio podrá rendir concepto previo, a solicitud o de oficio, sobre los proyectos de regulación estatal que puedan tener incidencia sobre la libre competencia en los mercados. Para estos efectos las autoridades deberán informar a la Superintendencia de Industria y Comercio los actos administrativos que



pretendan expedir. El concepto emitido por la Superintendencia de Industria y Comercio en este sentido no será vinculante. Sin embargo, si la autoridad respectiva se apartara de dicho concepto, la misma deberá manifestar de manera expresa dentro de las consideraciones de la decisión los motivos por los cuales se aparta”.

De igual manera, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado indicó el efecto jurídico que podría tener sobre los actos administrativos de las autoridades regulatorias el incumplimiento de las obligaciones del citado artículo en los siguientes términos:

“El efecto jurídico que podría traer para la autoridad de regulación el no remitir un proyecto regulatorio a la Superintendencia de Industria y Comercio para su evaluación dentro de la función de abogacía de la competencia, o el de apartarse del concepto previo expedido por la Superintendencia de Industria y Comercio, sin manifestar de manera expresa los motivos por los cuales se aparta, en principio, sería la nulidad del acto administrativo y violación de las normas en que debe fundarse, causales que deberán ser estudiadas y declaradas, en todo caso, por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo”¹. (subrayado fuera del texto original)

2

Adicionalmente, es importante mencionar que los conceptos de abogacía cumplen labores preventivas de protección de la libre competencia. El Consejo de Estado ha indicado que el objeto de abogacía de la competencia es que el Estado no obstaculice las dinámicas del mercado con su actividad regulatoria. También pretende evitar que a través de actuaciones normativas se generen externalidades o se incremente el costo social de la regulación. La abogacía de la competencia no interfiere en la autonomía de los reguladores y su objetivo tampoco es sugerir medidas regulatorias. Dentro de las facultades de la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante “**SIC**”) se encuentra la de formular recomendaciones que esta autoridad considera pertinentes de cara a los proyectos de regulación. En este sentido, el regulador mantiene la decisión final de expedir el acto administrativo acogiendo o no las recomendaciones de esta Superintendencia².

Finalmente, el artículo 2.2.2.30.7 del Decreto 1074 de 2015 indicó la obligación de las autoridades de regulación de dejar constancia del análisis de abogacía de la competencia en la parte considerativa del acto administrativo con posible incidencia

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

² Consejo de Estado, Auto del 30 de abril de 2018 mediante el cual se decreta la suspensión provisional de los efectos de la Resolución 2163 de 2016 “Por la cual se reglamenta el Decreto 2297 de 2015 y se dictan otras disposiciones”, expedida por el Ministerio de Transporte e identificada con el radicado No.: 11001-03-24-000-2016- 00481-00.



en la libre competencia económica. En este sentido, la autoridad regulatoria correspondiente deberá consignar expresamente si consultó a la Superintendencia y si esta entidad emitió recomendaciones o no.

2. ANTECEDENTES

2.1. Acuerdo sobre un Programa Internacional de Energía

El Acuerdo sobre un Programa Internacional de Energía es el tratado internacional celebrado en el año 1974 por medio del cual se crea el Programa Internacional de Energía y la Agencia Internacional de Energía, en el marco de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. El propósito del programa es fomentar la seguridad del suministro de petróleo en condiciones razonables y equitativas, adoptar medidas comunes eficaces para resolver situaciones de emergencia en el suministro y aminorar la dependencia de las importaciones de petróleo, mediante actividades de cooperación a largo plazo para la conservación de la energía, el desarrollo acelerado de otras fuentes de energía, la investigación y el desarrollo en el campo de la energía y el enriquecimiento del uranio.

El artículo 5 dispone que cada país participante del acuerdo dispondrá en todo momento de un programa de medidas eventuales para restringir la demanda de petróleo. En especial, estas medidas deben ser eficaces para cumplir con las reducciones en el consumo ante emergencias internacionales que afecten al grupo de países participantes.

A la fecha de emisión del presente concepto de abogacía de la competencia, Colombia no hace parte del Acuerdo sobre un Programa Internacional de Energía. Sin embargo, de acuerdo con el Proyecto aportado por el MME, el país se encuentra en proceso de ingresar a la Agencia Internacional de Energía mediante la adhesión al correspondiente tratado³.

2.2. Decreto Ley 1056 de 1953

Mediante esta norma se expidió el Código de Petróleos. De acuerdo con el artículo 212, "(...) el transporte y la distribución del petróleo y sus derivados constituyen un servicio público, las personas o entidades dedicadas a esa actividad deberán ejercitarla de conformidad con los reglamentos que dicte el Gobierno en guarda de los intereses generales".

³ Proyecto. Considerandos. "Que, aunado a lo anterior, la República de Colombia como miembro de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) se encuentra en proceso de ingresar a la Agencia Internacional de Energía."



2.3. Ley 39 de 1987⁴ y Ley 26 de 1989⁵

A través de estas leyes se establecieron disposiciones sobre la distribución del petróleo y sus derivados. El artículo 1 de la Ley 39 de 1987 preceptúa que la distribución de combustibles líquidos derivados del petróleo es un servicio público que se prestará de acuerdo con la Ley. Por otro lado, el artículo 1 de la Ley 26 de 1989 dispone que el Gobierno podrá determinar: horarios, precios, márgenes de comercialización, calidad, calibraciones, condiciones de seguridad, relaciones contractuales y demás condiciones que influyen en la mejor prestación del servicio público de la distribución de combustibles líquidos derivados del petróleo.

2.4. Decreto 714 de 2012

Este Decreto establece la estructura de la Agencia Nacional de Hidrocarburos (en adelante, “ANH”), así como las funciones generales de la entidad y de sus órganos internos. El artículo 2 de la norma dispone que el objetivo de la ANH es “*administrar integralmente las reservas y recursos hidrocarburíferos de propiedad de la Nación; promover el aprovechamiento óptimo y sostenible de los recursos hidrocarburíferos y contribuir a la seguridad energética nacional*”.

4

2.5. Decreto 381 de 2012

Corresponde al Decreto por el cual se establecen funciones a cargo del MME. Allí se incorpora que es función del MME formular, adoptar, dirigir y coordinar la política nacional en materia de exploración, explotación, transporte, refinación, procesamiento, beneficio, transformación y distribución de minerales, hidrocarburos y biocombustibles.

3. DESCRIPCIÓN DEL PROYECTO

El artículo 1 del Proyecto señala el objeto de la iniciativa regulatoria, el cual es “*establecer medidas para la atención de emergencias nacionales e internacionales de abastecimiento de hidrocarburos y combustibles líquidos*”. A continuación, el artículo 2 adiciona una sección al capítulo 3 del Decreto 1073 de 2015 denominada “Medidas para atención de las emergencias de abastecimiento de hidrocarburos y combustibles líquidos”. En esta sección se incorporan dos artículos los cuales se describen a continuación.

⁴ “Por la cual se dictan disposiciones sobre la distribución del petróleo y sus derivados”.

⁵ “Por medio de la cual se adiciona la Ley 39 de 1987 y se dictan otras disposiciones sobre la distribución de combustibles líquidos derivados del petróleo”.



3.1. Artículo sobre priorización de la demanda de los consumidores de hidrocarburos y sus derivados

El primer artículo que adiciona el Proyecto al Decreto 1073 de 2015 indica que cuando se configuren emergencias nacionales o internacionales que puedan afectar la demanda u oferta continua de hidrocarburos el MME podrá: **(i)** priorizar la atención de la demanda de los consumidores de hidrocarburos, combustibles fósiles y sus mezclas con biocombustibles o **(ii)** restringir la oferta de hidrocarburos, combustibles fósiles y sus mezclas con biocombustibles. Posteriormente, el Proyecto señala que la priorización deberá estar precedida de una recomendación de la Comisión Intersectorial para las emergencias nacionales o internacionales de abastecimiento de hidrocarburos⁶. El último inciso dispone que el MME “podrá regular las características de la medida de que trata el presente artículo, así como las condiciones y lo demás que se requiera para su implementación”.

Ahora bien, en atención a que las reglas descritas tendrán lugar en presencia de una emergencia internacional o nacional, el parágrafo del artículo se encarga de definir cuándo se presenta cada una de las emergencias que afecten o puedan afectar la demanda u oferta continua de hidrocarburos y sus derivados, tal y como se muestra a continuación:

5

- La emergencia internacional se configura cuando la Agencia Internacional de Energía comunique a la Secretaría de la Comisión el inicio de una Acción Colectiva⁷, de conformidad con el Acuerdo sobre un Programa Internacional de Energía.
- La emergencia nacional se configura cuando se presenten insalvables restricciones en la oferta de hidrocarburos o situaciones de graves perturbaciones de orden público que lleven a interrupciones en el suministro de hidrocarburos o sus derivados. Frente a este tipo de emergencias, el artículo exige al MME que propenda por la continuidad en la prestación de los servicios públicos esenciales y por la menor afectación posible de la cadena de distribución de combustibles y de los usuarios finales.

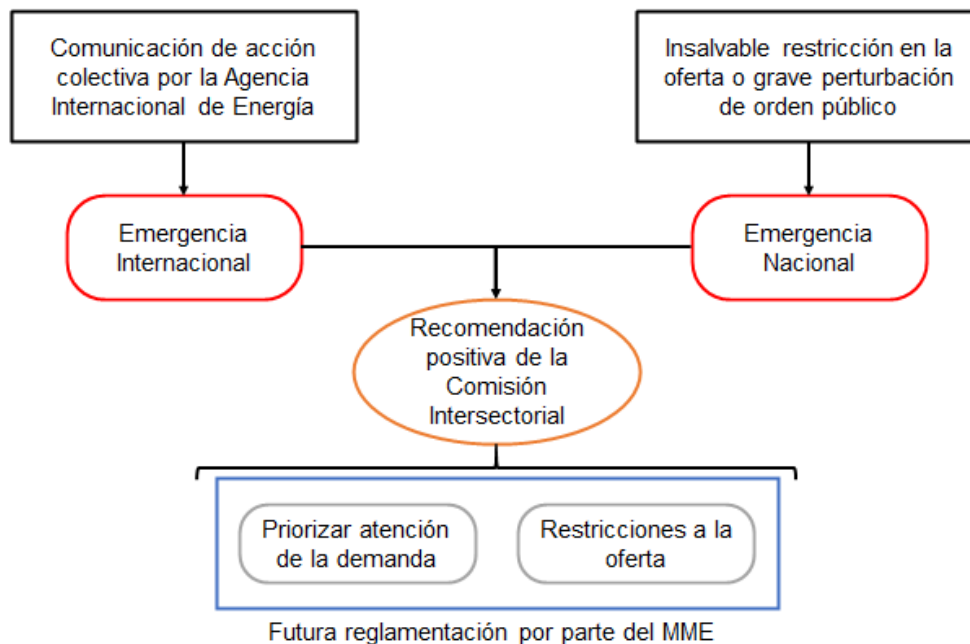
⁶ De acuerdo con los documentos aportados por el MME, la Comisión Intersectorial será creada mediante acto administrativo aparte, con el fin de respetar el principio de unidad de materia y acoger las recomendaciones de Presidencia de la Republica y del Departamento Administrativo de Función Pública.

⁷ El Proyecto no define qué se entiende por una “Acción Colectiva”. La revisión del Acuerdo sobre un Programa Internacional de Energía y los demás documentos relacionados con este permiten entender que una acción colectiva es la medida recomendada por la Agencia Internacional de Energía cuando el conjunto de Estados parte del acuerdo experimenten o puedan razonablemente esperar que haya una reducción en el suministro de petróleo.



De acuerdo con lo anterior, el siguiente esquema muestra cómo opera la adopción de medidas ante una emergencia nacional o internacional que se caracteriza por afectaciones en la continuidad de suministro de hidrocarburos y sus derivados:

Figura No. 1. Adopción de medidas ante emergencias nacionales o internacionales



Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio con base en el Proyecto

3.2. Artículo sobre constitución de reservas de emergencia de petróleo

El siguiente artículo expone que la ANH, en el marco de sus competencias y con recursos propios, será la encargada de llevar a cabo todas las acciones tendientes a la constitución de reservas de emergencia de petróleo, su disposición y liberación para responder a emergencias internacionales o nacionales. Al respecto, el MME podrá regular la constitución y liberación de reservas.

Por último, la Comisión Intersectorial para las emergencias nacionales o internacionales podrá determinar la conveniencia de la liberación de reservas y recomendarla a la ANH, de conformidad con su Manual de Medidas⁸.

⁸ El proyecto no define el concepto de "Manual de Medidas". Así mismo, el proyecto de acto administrativo publicado para comentarios de terceros previo a la escisión en dos actos diferentes tampoco define el "Manual de Medidas".

4. ANÁLISIS DEL PROYECTO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA LIBRE COMPETENCIA ECONÓMICA

Una vez revisado el Proyecto y los demás documentos adjuntos a la solicitud de concepto de abogacía de la competencia, esta Superintendencia procederá a analizar el Proyecto de cara a la libre competencia económica. En efecto, la Autoridad de Competencia encuentra que la iniciativa regulatoria pretende incluir disposiciones tendientes a crear reglas propicias para que Colombia haga parte del Acuerdo sobre un Programa Internacional de Energía. En este sentido, si bien el Proyecto incluye disposiciones que determinan el comportamiento tanto de la oferta como de la demanda, estas reglas únicamente tendrán aplicación ante la presencia de emergencias nacionales o internacionales. Con lo anterior, entiende esta Superintendencia que existe una justificación asociada a las determinaciones que podrá tomar el MME con el propósito de atender las emergencias de abastecimiento de hidrocarburos y combustibles líquidos.

A continuación, la Autoridad de Competencia se referirá a la incidencia que tiene el Proyecto sobre la libre competencia económica, así como a la futura reglamentación de las reglas incorporadas en la iniciativa regulatoria para priorizar la atención de la demanda, restringir la oferta y constituir o liberar reservas.

4.1. Sobre los efectos de la medida en virtud del Cuestionario de Abogacía de la Competencia

7

La medida regulatoria establece reglas que, a la luz del Cuestionario de Abogacía de la Competencia, tienen incidencia sobre la libre competencia económica. Sobre este punto, la Autoridad de Competencia analizó las respuestas dadas por el MME frente a las preguntas contenidas en la Resolución 44649 de 2010 y encontró que algunas de estas debieron ser afirmativas. Por lo anterior, esta Superintendencia introduce en esta sección un breve análisis de las respuestas al cuestionario con el objetivo de que el regulador lo tenga en consideración para evaluar futuras iniciativas regulatorias.

En primer lugar, sobre la posibilidad de que la intervención limite el número o variedad de firmas en los mercados relacionados, se identifican tres eventos que afectan dicho número o variedad, en los siguientes términos:

- i. Si bien el Proyecto no impone licencias, permisos o autorizaciones para operar, debe considerarse que la respuesta a emergencias en el sector de hidrocarburos y las estrategias de restringir oferta y priorizar demanda pueden conllevar al establecimiento indirecto de cuotas de producción o de venta (comercialización) sobre los agentes de la cadena logística. Por esta razón, el escenario contenido en el cuestionario según el cual se



indaga sobre si la iniciativa regulatoria “Establece licencias, permisos, autorizaciones para operar o cuotas de producción” ha debido ser calificado como afirmativo por parte del regulador.

- ii. A través de la priorización de la demanda y la restricción de oferta podría llegar a impactarse la capacidad de los agentes de la cadena logística para la prestación del servicio. Por este motivo, el escenario contenido en el cuestionario sobre si el Proyecto “Limita la capacidad de cierto tipo de empresas para ofrecer un bien o prestar un servicio” es afirmativo, lo cual en efecto fue identificado por la autoridad de regulación.

En segundo lugar, en lo concerniente a un escenario en el cual la regulación limite la capacidad de las empresas para competir, se identifican dos eventos que pueden impactar sobre dicha capacidad. Al respecto, estos eventos se asocian con lo siguiente:

- i. La demanda y la oferta son dos conceptos en economía que relacionan, entre otras cosas, los precios y las cantidades (demandas u ofrecidas, respectivamente). De este modo, el hecho de que se establezcan reglas asociadas a la priorización de demanda y restricciones a la oferta ante emergencias tiene como consecuencia un impacto en los precios. Por consiguiente, el evento “Controla o influye sustancialmente sobre los precios de los bienes o servicios o el nivel de producción” se debería calificar como afirmativo.
- ii. Las estrategias de restringir oferta o priorizar demanda podrían traducirse en limitaciones sobre la posibilidad de ofrecer los productos por parte de los agentes de la cadena logística. Por lo tanto, el escenario contenido en el cuestionario según el cual se indaga sobre si la iniciativa regulatoria “Limita a las empresas la posibilidad de distribuir o comercializar sus productos” es afirmativo, lo cual fue debidamente identificado por la autoridad de regulación.

Una vez precisada la incidencia del Proyecto sobre la libre competencia económica⁹, la siguiente sección abordará la importancia de que la reglamentación de las medidas específicas a las que podrá recurrir el MME surta el trámite de abogacía de la competencia.

⁹ Es importante mencionar que, debido a las reglas generales propuestas por el Proyecto, la evaluación de los criterios del cuestionario se ha llevado a cabo bajo un análisis abstracto de las implicaciones directas de las medidas propuestas por el Proyecto. Esto significa que la magnitud de la incidencia sobre la competencia está determinada por las directrices que más adelante se establezcan ante contingencias, por lo que todo futuro lineamiento planteado en virtud del objetivo del Proyecto tiene incidencia sobre la libre competencia. Sobre este asunto se discutirá con mayor detalle en la siguiente sección.



4.2. Sobre la reglamentación de las medidas para priorizar la atención de la demanda, restringir la oferta y constituir o liberar reservas

Como se señaló en la sección de descripción de la iniciativa regulatoria, el Proyecto le permite al MME: **(i)** priorizar la atención de la demanda de los consumidores de hidrocarburos, combustibles fósiles y sus mezclas con biocombustibles; o **(ii)** restringir la oferta de hidrocarburos, combustibles fósiles y sus mezclas con biocombustibles. Dado que estas medidas son generales, el Proyecto faculta al MME para que regule las características, condiciones y “lo demás que se requiera” para su implementación. De otro lado, aunque la función de constituir o liberar reservas de hidrocarburos recae en la ANH, el Proyecto asigna al MME la potestad reglamentaria sobre estas acciones.

Dicho esto, para esta Superintendencia es importante destacar que una medida encaminada a limitar la oferta o demanda de un bien tiene un impacto directo sobre la libre competencia económica en los mercados afectados¹⁰. Por esta razón, es importante que la Autoridad de Competencia tenga la oportunidad de pronunciarse *ex ante* sobre los posibles mecanismos de intervención que realice el MME y sus efectos. Cabe señalar que esta Superintendencia entiende que el MME pretende resolver una situación de emergencia en el abastecimiento de hidrocarburos. Sin embargo, esto no implica que toda intervención sustentada en dicho propósito sea eficaz para resolver las fallas de mercado identificadas¹¹ o proporcional desde la perspectiva de la libre competencia económica. En efecto, como lo expuso la empresa Ecopetrol en los comentarios al Proyecto, la reglamentación de las medidas de priorización de demanda o limitación de la oferta debería involucrar “(...) *activamente a los actores de la cadena con el fin de sopesar el contenido de las medidas, su impacto, implementación, viabilidad y alcance*”¹².

De otro lado, teniendo en cuenta la relación del Proyecto con el Acuerdo para un Programa Internacional de Energía, es fundamental que la reglamentación a diseñar por el MME se alimente de la experiencia de la Agencia Internacional de Energía y

¹⁰ Frente a la constitución o liberación de reservas de hidrocarburos, esta Superintendencia considera que influyen directamente sobre la disponibilidad del recurso, lo que a su vez impacta en los precios del mercado por desplazamientos en la oferta, cuya magnitud está determinada por la cantidad de reservas. Así mismo, debido a la falta de información, no es posible conocer el efecto de estas acciones sobre los procesos permanentes de asignación de áreas que lleva a cabo la ANH y los contratos para la exploración y producción de hidrocarburos.

¹¹ Bien público, competencia imperfecta y externalidad negativa.

¹² Documento matriz de comentarios al Proyecto, aportado de manera virtual al expediente identificado con el radicado No. 22-286832.



de los Estados Parte¹³. Lo anterior, con el fin de adoptar las medidas más eficaces para atender las emergencias¹⁴ que, a su vez, conlleven la menor afectación posible al normal funcionamiento de los mercados y a la libre competencia económica.

En síntesis, esta Superintendencia considera necesario que los proyectos de reglamentación de las medidas de priorización de la demanda, restricción de la oferta, y constitución o liberación de reservas de petróleo surtan el trámite de abogacía de la competencia. Finalmente, es importante resaltar que el trámite procede frente a todo proyecto de acto administrativo con fines regulatorios e incidencia sobre la libre competencia, con independencia de la denominación que revista el acto (Decreto, Resolución, Circular, Acuerdo, entre otros).

5. RECOMENDACIONES

Con base en el análisis antes referido, esta Superintendencia recomienda al Ministerio de Minas y Energía:

- **Someter** la reglamentación de **(i)** las medidas de priorización o restricción de la oferta y **(ii)** la constitución y liberación de reservas de petróleo al respectivo análisis en sede de abogacía de la competencia ante esta Superintendencia.

10

Cordialmente,

JOHN MARCOS TORRES CABEZAS

Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia (E)

Elaboró: Steven Gómez Giraldo / Santiago Mosquera Daza

Revisó: Ana María Pérez Herrán

Aprobó: John Marcos Torres Cabezas

Lo invitamos a evaluar su experiencia como regulador en el marco del trámite de Abogacía de la Competencia, en el siguiente enlace:



<https://forms.office.com/r/hc8zeFi5fE>

¹³ Esta experiencia es significativa, dado que el Acuerdo fue celebrado en el año 1974 y se han activado sus mecanismos en múltiples oportunidades.

¹⁴ Sobre este punto, el Acuerdo hace énfasis en la eficacia de las medidas previstas por los Estados, de manera que el Grupo Permanente Competente en Cuestiones de Emergencia tiene la función de examinar, continuamente, la eficacia de las medidas que sean puestas en práctica por cada país miembro.

