

**SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO**

RAD: 18-340526 -3-0      FECHA: 2019-01-30 16:03:24  
DEP: 1007 DESPACHO DEL SUPERINTENDENTE      EVE: SIN EVENTO  
DELEGAD  
TRA: 396 ABOGACIA COMPETENCIA      FOLIOS: 5  
ACT: 440 RESPUESTA

Bogotá D.C.

1007

Doctor

**CHRISTIAN JARAMILLO HERRERA**

Director Ejecutivo

COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS

Avenida Calle 116 No. 7-15 Edificio Cusezar Int. 2 Oficina 901

BOGOTA D.C. COLOMBIA

**Asunto:** Radicación: 18-340526 -3-0  
Trámite: 396  
Evento:  
Actuación: 440  
Folios: 5

**Referencia:** Concepto de abogacía de la competencia (Artículo 7 - Ley 1340 de 2009).  
Proyecto de resolución: "Por la cual se modifica la Resolución CREG 114 de 2017" (en adelante el "**Proyecto**").

1

Respetado Doctor Jaramillo

En relación con la comunicación radicada con el número 18-340526 el día 20 de diciembre de 2018<sup>1</sup>, esta Superintendencia rinde concepto sobre el Proyecto indicado en la referencia, remitido por la Comisión de Regulación de Energía y Gas (en adelante "**CREG**"), para lo cual se describirá el fundamento legal de la abogacía de la competencia; se describirán los antecedentes; se presentará un resumen del Proyecto; se adelantará el correspondiente análisis desde la perspectiva de la libre competencia económica; y por último, se harán algunas recomendaciones.

## 1. FUNDAMENTO LEGAL

De acuerdo con el artículo 7 de la Ley 1340 de 2009, reglamentado por el Capítulo 30 del Título 2 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo, Decreto 1074 de 2015, "...la Superintendencia de Industria y Comercio podrá rendir concepto previo sobre los proyectos de regulación estatal que puedan tener incidencia sobre la libre competencia en los mercados. Para estos efectos las autoridades de regulación informarán a la Superintendencia de Industria y Comercio de los actos administrativos que se pretendan expedir (...)"

<sup>1</sup> El día 24 de diciembre de 2018 se requirió a la Comisión de Regulación de Energía y Gas solicitando los comentarios de terceros en su versión original, los cuales fueron allegados el día 16 de enero de 2019.



La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado se pronunció sobre el efecto jurídico que podría derivarse del incumplimiento de una autoridad de regulación de las obligaciones del artículo 7 de la Ley 1340 de 2009 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 de regulación por expedición irregular 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"*<sup>2</sup>. (destacado fuera de texto).

Esta posición, fue reiterada recientemente por el Consejo de Estado mediante Auto de fecha 30 de abril de 2018, al señalar que el efecto jurídico de expedir actos administrativos con fines de regulación con incidencia en la libre competencia sin el concepto previo de la Superintendencia de Industria y Comercio, es el de la *"nulidad del acto por expedición de forma irregular y con violación de las normas en que deben fundarse"*<sup>3</sup>.

Así mismo, es importante destacar que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2.2.2.30.7 del Decreto 1074 de 2015, la autoridad de regulación, a efectos de dar cumplimiento con el trámite de abogacía de la competencia:

*"(...) **deberá dejar constancia expresa en la parte considerativa [del acto administrativo] acerca de si consultó a la Superintendencia de Industria y Comercio o no y si esta emitió concepto o no.**"*

2

Así pues, en la parte considerativa de un acto administrativo que tenga cualquier tipo de incidencia en la libre competencia, deberá indicarse (i) si se consultó a la Superintendencia de Industria y Comercio en sede de abogacía de la competencia; y (ii) si la Superintendencia emitió concepto o no.

## 2. REGULACIÓN PROPUESTA

### 2.1. Antecedentes

- **Resolución CREG 114 de 2017**<sup>4</sup>

La Resolución 114 de 2017 de la CREG tiene por objeto regular *"... aspectos comerciales del mercado mayorista de gas natural, como parte del reglamento de operación de gas natural"*<sup>5</sup>;

<sup>2</sup> Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 4 de julio de 2013.

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Auto del 30 de abril de 2018 decretó 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. Radicado: 11001-03-24-000-2016-00481-00.

<sup>4</sup> Respecto del proyecto de acto administrativo que se constituyó en la Resolución CREG 114 de 2017, la Superintendencia de Industria y Comercio expidió concepto de abogacía de la competencia número de radicado 17-208401-4, en el sentido de que el proyecto no despertaba preocupaciones desde la libre competencia económica.



4

adicionalmente, esta norma presenta en su artículo 3 una serie de definiciones que resultan fundamentales para su interpretación y aplicación.

Las tipologías contractuales que se pueden pactar en el mercado primario de gas natural se encuentran establecidas en el artículo 9 de esta Resolución, siendo las siguientes: 1) Contrato de suministro Firme al 95%, CF95; 2) Contrato de suministro C1; 3) Contrato de suministro C2; 4) Contrato de transporte firme; 5) Contrato de transporte con firmeza condicionada; 6) Contrato de opción de compra de transporte; 7) Contrato de opción de compra de gas contra exportaciones; 8) Contrato de suministro de contingencia; 9) Contrato de transporte de contingencia y; 10) Contrato con interrupciones<sup>6</sup>.

El artículo 17 indica que los únicos participantes del mercado que podrán vender gas natural en el **mercado primario**<sup>7</sup> son (i) **los productores-comercializadores**<sup>8</sup> y (ii) **los comercializadores de gas importado**<sup>9</sup>. Por su parte, el artículo 18 de la misma Resolución señala que los únicos agentes del mercado autorizados para participar como compradores en el mercado primario son los (i) **comercializadores**<sup>10</sup> y (ii) **los usuarios no regulados**.

De manera similar, los artículos 33 y 34 determinan los sujetos que pueden participar como vendedores y compradores de gas natural en el **mercado secundario**<sup>11</sup>, de manera que los **comercializadores** y **usuarios no regulados** son quienes conforman la oferta en este mercado, mientras que los **productores-comercializadores** y los **comercializadores de gas importado** son quienes integran la demanda; en este sentido, el mercado secundario se puede entender como un mercado de venta de excedentes.

<sup>5</sup> Resolución CREG 114 de 2017, artículo 1.

<sup>6</sup> La definición de cada tipo de contrato puede consultarse en el artículo 3 de la Resolución CREG 114 de 2017.

<sup>7</sup> De acuerdo con el artículo 3 de la Resolución CREG 114 de 2017, el mercado primario se define como: "es el mercado donde los productores-comercializadores de gas natural y los comercializadores de gas importado pueden ofrecer gas natural. También es el mercado donde los transportadores de gas natural pueden ofrecer su capacidad de transporte."

<sup>8</sup> De acuerdo con el artículo 3 de la Resolución CREG 114 de 2017 productor – comercializador se define como: "... el productor de gas natural que vende gas en el mercado primario, con entrega al comprador en el campo, en un punto de entrada al SNT, o en un punto del SNT que corresponda al sitio de inicio o terminación de alguno de los tramos de gasoductos definidos para efectos tarifarios. Puede comprar gas en el mercado secundario, sin ser considerado un comercializador. El productor-comercializador no podrá realizar transacciones de intermediación comercial de la compra de gas natural y su venta a usuarios finales. En adición a lo dispuesto en la Resolución CREG 057 de 1996, el productor-comercializador no podrá tener interés económico en comercializadores, entendido el interés económico como los porcentajes de participación en el capital de una empresa que se establecen en el literal d) del artículo 6 de la Resolución CREG 057 de 1996."

<sup>9</sup> De acuerdo con el artículo 3 de la Resolución CREG 114 de 2017, el comercializador de gas importado se define como: "agente importador de gas que vende el gas importado para la atención del servicio público domiciliario de gas combustible".

<sup>10</sup> De acuerdo con el artículo 3 de la Resolución CREG 114 de 2017, el comercializador se define como: "participante del mercado que desarrolla la actividad de comercialización. En adición a lo dispuesto en la Resolución CREG 057 de 1996, el comercializador no podrá tener interés económico en productores-comercializadores, entendido el interés económico como los porcentajes de participación en el capital de una empresa que se establecen en el literal d) del artículo 6 de la Resolución CREG 057 de 1996, o aquellas que la modifiquen o sustituyan. Las empresas de servicios públicos que tengan dentro de su objeto la comercialización tendrán la calidad de comercializadores."

<sup>11</sup> De acuerdo con el artículo 3 de la Resolución CREG 114 de 2017, el mercado secundario se define como: "mercado donde los participantes del mercado con derechos de suministro de gas y/o con capacidad disponible secundaria pueden negociar sus derechos contractuales. Los productores-comercializadores de gas natural, los comercializadores de gas importado y los transportadores podrán participar como compradores en este mercado, en los términos de esta Resolución."



4

El artículo 23 determina cuáles de las diferentes tipologías contractuales pueden ser pactadas en cualquier momento del año, cuando el contrato es el resultado de una negociación directa:

i) Contrato de suministro Firme al 95%, CF95; ii) Contrato de suministro C1; iii) Contrato de suministro C2; iv) Contrato de opción de compra de gas contra exportaciones; v) Contrato de suministro de contingencia.

En cuanto a la negociación de contratos de largo plazo en el mercado primario, el artículo 25 determina que se podrán pactar contratos de suministro de gas natural, dentro del plazo que establezca la **CREG**, solamente mediante contratos de suministro firme CF95, cuya duración sea de 3 o más años.

Por su parte, el artículo 30 señala las modalidades contractuales permitidas para el mercado secundario, a saber: (i) Contrato firme o que garantiza firmeza; ii) Contrato de suministro con firmeza condicionada; iii) Contrato de opción de compra de gas; iv) Contrato de opción de compra de gas contra exportaciones; v) Contrato de opción de compra de transporte; vi) Contrato de suministro de contingencia; vii) Contrato de transporte de contingencia y; viii) Contrato con interrupciones<sup>12</sup>.

Adicionalmente, el artículo 31 determina la duración de estos contratos<sup>13</sup> y el artículo 32 lista los 16 puntos estándar de entrega para los contratos de suministro que se pacten en el mercado secundario.

El artículo 49 preceptúa que, los contratos de suministro con interrupciones se asignarán mediante subastas mensuales y señala otras condiciones para su ejecución. Mediante el artículo 51 se especifica la duración que deben tener los contratos con interrupciones, ya sean de suministro o de transporte, concretamente "*desde las 00:00 horas del primer día calendario del mes hasta las 24:00 horas del último día calendario del mismo mes*", de la medida anteriormente descrita se exceptúan los contratos en los que la fuente del gas natural corresponda a campos que se encuentren en pruebas extensas o sobre los cuales no se haya declarado su comercialidad y campos menores o de yacimientos no convencionales.

4

Así mismo, esta Resolución presenta 11 anexos relacionados con: a) Capacidad disponible primaria; b) información transaccional y operativa; c) compensaciones; d) actualización de precios; e) reglamento de la subasta de gas natural; f) reglamento de las subastas del proceso úselo o véndalo de largo plazo; g) mecanismo de transición para el proceso úselo o véndalo de largo plazo; h) reglamento de las subastas de los procesos úselo o véndalo de corto plazo; i) reglamento de las subastas de gas natural bajo la modalidad de contratos con interrupciones; j) oferta comprometida firme y; k) estabilidad operativa del SNT.

<sup>12</sup> Al igual que para los contratos del mercado primario, la definición de cada tipo de contrato puede consultarse en el artículo 3 de la Resolución CREG 114 de 2017.

<sup>13</sup> De acuerdo con el artículo en mención, la duración de los contratos puede ser intradiaria, diaria, semanal, Mensual, trimestral, anual y multianual.



4

## 2.2. El Proyecto

Tal como lo indica su título, el Proyecto propone algunos ajustes a la Resolución CREG 114 de 2017. Uno de estos ajustes corresponde a la inclusión de la definición de “*indicador de formación de precios*”<sup>14</sup>.

Otra medida, corresponde a la adición de dos nuevas modalidades contractuales en el mercado primario, denominadas (i) contrato de suministro con firmeza condicionada y (ii) contrato de opción de compra de gas. Estas nuevas modalidades se incluyen dentro de los contratos que pueden ser objeto de negociaciones directas en cualquier momento del año.

En cuanto a la negociación de los contratos de largo plazo, el Proyecto modifica la obligación de la Dirección Ejecutiva de la CREG de establecer el cronograma de comercialización, pues la regulación actual señala que esto debe ocurrir dentro de los primeros 10 días hábiles del año y con el Proyecto tal posibilidad se amplía al primer semestre de cada año.

Así mismo, el Proyecto establece una diferenciación en cuanto a la fecha de inicio del contrato de suministro, dependiendo de si se busca atender demanda regulada<sup>15</sup> o no regulada<sup>16</sup>. Para el primer caso, la fecha de inicio del suministro debe corresponder a alguna de las dos siguientes: 1 de diciembre del año de negociación o 1 de diciembre del año siguiente a la negociación; por su parte, para los contratos que atienden **demanda no regulada** el contrato debe tener como fecha de inicio alguna de las dos siguientes: Cualquier momento del año comprendido entre el 1 de diciembre del año de la negociación y el 30 de junio del año siguiente o el 1 de diciembre del año siguiente al año de negociación.

5

En cuanto al mercado secundario, el Proyecto incluye una nueva modalidad de contratación, que corresponde al contrato de transporte con firmeza condicionada. Otra modificación que incorpora el Proyecto en este mercado, es la eliminación del término de duración de los contratos de suministro de gas y establece en consecuencia que la duración será aquella que determinen las partes, siempre que la fecha de inicio sea durante el año de gas en que se realizó el registro, esto mismo resulta aplicable para los contratos de servicio de transporte.

Con respecto a los puntos estándar de entrega<sup>17</sup>, el Proyecto elimina el listado que se encuentra en la norma vigente en relación con el mercado secundario y establece que la

<sup>14</sup>Superintendencia de Industria y Comercio, Proyecto obrante en el expediente radicado N° 18-340526, folio 2: “Indicador de formación de precios: valor indicativo determinado a partir de información de precios de un conjunto de puntos estándar de entrega”.

<sup>15</sup> La demanda se considera como regulada cuando se encuentra compuesta por Usuarios Regulados, que de acuerdo con el artículo 2 de la Resolución CREG 137 de 2000, son consumidores que consumen “...hasta 100.000 pcd o su equivalente en m3, medidos de conformidad con lo establecido en el artículo 77 de la Resolución CREG 057 de 1996 y aquellas que la modifiquen o sustituyan. Para todos los efectos un pequeño consumidor es un usuario regulado”.

<sup>16</sup> De manera análoga, la demanda se considera no regulada cuando se encuentra integrada por usuarios no regulados, quienes son consumidores de “...más 100.000 pcd o su equivalente en m3, medidos de conformidad con lo establecido en el artículo 77 de la Resolución CREG 057 de 1996 y aquellas que la modifiquen o sustituyan. Para todos los efectos un gran consumidor es un usuario no regulado”.

<sup>17</sup> De acuerdo con el artículo 3 de la Resolución CREG 114 de 2017, puntos estándar de entrega se definen como: “puntos del SNT definidos para la entrega del gas negociado en el mercado secundario”.

Dirección Ejecutiva de la **CREG** establecerá el listado correspondiente a través de circular. Así mismo, mediante circular la Dirección Ejecutiva determinará el conjunto de puntos estándar de entrega para el cálculo del respectivo indicador de formación de precios, junto con la metodología para la obtención del indicador respectivo, estos indicadores serían publicados por el gestor del mercado.

Una novedad que presenta el Proyecto, es que la negociación de los contratos de suministro con interrupciones no solo se permitirá mediante subastas mensuales, sino que ahora se admitiría la negociación directa en cualquier momento del año, pero solo tratándose de compradores y vendedores del mercado secundario, exceptuando a los usuarios no regulados<sup>18</sup>. La duración mínima de estos contratos será de un mes y la máxima de 12 meses y deberá pactarse un precio único que no se actualizará durante la vigencia del contrato. Por lo tanto, lo establecido en el artículo 51 de la Resolución CREG 114 de 2017 (duración mensual de los contratos con interrupciones), no resultaría aplicable a los contratos negociados directamente<sup>19</sup>.

Finalmente, el Proyecto modifica diferentes numerales del anexo 2 de la Resolución CREG 114 de 2017, relacionados con la información que los agentes del mercado de gas deben reportar al gestor del mercado.

### **3. ANÁLISIS DEL PROYECTO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

Una vez analizados los documentos aportados, esta Superintendencia considera pertinente pronunciarse respecto de los siguientes aspectos: i) indicadores de formación de precios; ii) publicidad de la información que se genera en el mercado y; iii) diferenciación en cuanto a la fecha de inicio para los contratos de suministro destinados a atender demanda regulada y demanda no regulada.

6

#### **3.1. Indicadores de formación de precios**

El Proyecto define qué se entiende por Indicador de formación de precios y se establece la facultad en cabeza de la Dirección Ejecutiva de la **CREG** para que, mediante circular, establezca el conjunto de puntos estándar de entrega que se utilizaran para el cálculo de los indicadores.

De cara a la definición planteada en el Proyecto, si bien esta hace referencia a los puntos estándar de entrega, concepto asociado al mercado secundario, sería conveniente establecer de manera explícita que el alcance de los indicadores se limitará exclusivamente al mercado secundario.

<sup>18</sup> Entiende esta Superintendencia que la excepción propuesta en el Proyecto tiene por objetivo evitar situaciones de atrapamiento de gas dada la condición de recurso escaso de este bien y del músculo financiero de los usuarios no regulados

<sup>19</sup> De acuerdo con el artículo 9 del Proyecto, el artículo 51 de la Resolución CREG 114 de 2017 resultaría aplicable a los mecanismos de comercialización establecidos en el artículo 49 literal A y al artículo 50 de la misma resolución; vale la pena aclarar que, con la modificación que pretende introducir el Proyecto, el primero de los supuestos corresponde a la negociación de contratos mediante subastas.

Ahora bien, esta Superintendencia entiende que el propósito de tales indicadores es solucionar problemas de información asimétrica en el mercado secundario; sin embargo, dado que los indicadores en cuestión no se encuentran plenamente desarrollados en el Proyecto bajo examen, se debe advertir que en la elaboración de tales indicadores se deberá considerar que en su implementación no se propicie la ocurrencia de todo tipo de conductas contrarias a la libre competencia económica, como acuerdos anticompetitivos o que sirvan como instrumento para elevar artificialmente los precios en el mercado secundario.

Como ejemplo de lo anterior, en un mercado geográfico circunscrito a ciertos puntos de entrega, si el indicador de formación de precio consiste en un precio por unidad de medida, los competidores pueden llegar a entender que se trata de un valor base, el cual no estarían dispuestos a reducir y, por lo tanto, el indicador podría incidir en la reducción de la intensidad con la que se compete en el mercado respectivo. Esta preocupación también se presenta cuando los competidores dan señales de precios, materia que ha sido objeto de revisión por la Comisión Europea<sup>20</sup>, pues al reducir la incertidumbre frente al comportamiento del precio de los demás agentes, los oferentes pueden llegar a coordinar su comportamiento, lo cual resulta en precios mayores para el bien o servicio respectivo.

Así mismo, el diseño del indicador debe prever la posibilidad de que tal indicador brinde información al mercado primario, lo que aumentaría el riesgo de que los agentes con poder de mercado en un área geográfica determinada incurran en prácticas anticompetitivas. Por lo anterior, se reitera la importancia de un estudio detallado para la elaboración de los indicadores en cuestión.

7

### 3.2. Publicidad de la información del mercado

Dentro del Proyecto se aprecian disposiciones que permiten concluir que diversa información que se genere en el mercado, tal como el indicador de precios o la información remitida al gestor del mercado, se pondrá a disposición de todos los participantes del mismo.

Por lo tanto, debe advertirse a la **CREG** que en algunos casos el objetivo de solucionar los problemas de asimetría de información puede llegar a propiciar la ocurrencia de prácticas contrarias a la libre competencia de no adoptarse los controles necesarios para prevenirlo.

La OCDE ha reconocido que, en algunas ocasiones la regulación puede tener objetivos legítimos para generar cierta cooperación entre competidores, tal como lo divulgación de información, pero puede llegar a tener un efecto no esperado el cual puede llevar a la ocurrencia de acuerdos restrictivos de la competencia<sup>21</sup>. Por lo tanto, es necesario tomar medidas para mitigar la ocurrencia del riesgo tal y como lo ha recomendado este Despacho en otras oportunidades<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> Comisión Europea. Antitrust: Commission accepts commitments by container liner shipping companies on price transparency. Disponible en [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-16-2446\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2446_en.htm), consultado el 22 de enero de 2019 a la 1 pm.

<sup>21</sup> OECD. COMPETITION ASSESSMENT TOOLKIT, Vol. 2, version en inglés, página 79. Disponible en: <http://www.oecd.org/daf/competition/45544507.pdf>, consultado el día 21 de enero de 2019 a las 10 am.

<sup>22</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto de abogacía de la competencia de radicado 17-161337-3.

4

Sobre los riesgos asociados a la publicidad de la información en un mercado, en materia de libre competencia económica, esta Superintendencia se ha pronunciado en los siguientes términos:

*"(...) una mayor transparencia en un mercado también se asocia con un mayor riesgo de que se disponga de más elementos que faciliten **acuerdos anticompetitivos, efectos coordinados o "colusorios"**<sup>23,24</sup> Esta circunstancia suele ser más evidente y riesgosa en mercados más **concentrados**, puesto que la transparencia del mercado ayuda a que los competidores se anticipen a las reacciones de los demás y en esa medida se puede facilitar una alineación en el comportamiento y decisiones de todos los competidores<sup>25</sup>. De esta manera, al reducirse la incertidumbre propia de un mercado en competencia, se despoja al mecanismo de interacción entre la oferta y la demanda de la naturalidad que es propia en condiciones normales y que también, gracias a cierto grado de incertidumbre, permite crear el entorno necesario para que cada competidor tome sus decisiones de manera independiente, autónoma y con base en su estructura de costos y de eficiencia<sup>26"</sup> <sup>27</sup>*

Así las cosas, si la **CREG** concluye que la publicación de información puede generar grandes beneficios para el sector y en consecuencia, decide insistir en la publicación de la misma, se recomienda que la información sea publicada siguiendo los lineamientos que ha señalado esta Superintendencia en materia de intercambio de información en la cartilla sobre la aplicación de las normas de competencia frente a las asociaciones de empresas y asociaciones o colegios de profesionales<sup>28</sup>:

8

<sup>23</sup> *Ibidem*.

<sup>24</sup> Cabe destacar que la expresión colusión suele usarse en la doctrina sobre competencia en términos amplios. Por ejemplo, Massimo Motta, utiliza el término desde una perspectiva económica y advierte que tal definición puede no coincidir en todos los casos con el concepto de colusión en el marco del derecho de la libre competencia económica. No obstante, también se utilizará este término para comprender todos los posibles efectos económicos que se desprenden de cualquier forma de colusión o coordinación, bien sea un acuerdo explícito o tácito. Cfr. Massimo Motta. Competition Policy, Theory and Practice. Pág. 138. Cambridge University Press, 2004.

<sup>25</sup> *Ibidem*.

<sup>26</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-150/15. En esta sentencia se destacó que **"...la Constitución define la libre competencia como un derecho, una de cuyas consecuencias consiste en que, en condiciones de mercado, ninguno de los actores puede fijar de manera arbitraria el precio de los bienes o servicios disponibles para la compra o la venta, sino que su precio es consecuencia de la interacción de la oferta y la demanda. De esta forma, el sistema de precios depende de un equilibrio impersonal, que resulta de esta misma interacción, y no de los intereses o de los caprichos de algunos de los actores económicos"**<sup>149</sup>.

**En este orden de ideas, la participación de los oferentes en el mercado y su obtención de ganancias depende de que vendan bienes o servicios en iguales o mejores condiciones que sus competidores. En un mercado competitivo, los resultados de un oferente dependen, en principio<sup>150</sup>, de su propia eficiencia y de la eficiencia de sus competidores y no de actuaciones contrarias al mercado.**" (destacado fuera de texto)

<sup>27</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto de abogacía de la competencia de radicado 17-161337-3.

<sup>28</sup> SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Cartilla sobre la aplicación de las normas de competencia frente a las asociaciones de empresas y asociaciones o colegios de profesionales, pág. 17. Disponible en: <http://www.sic.gov.co/Cartillas>, consultado el día 21 de enero de 2019 a las 2 pm.



4

- (i) se trate de información histórica, es decir, que no pueda influir en las estrategias comerciales de los participantes;
- (ii) la información sea anónima y agregada, es decir, que no permita al receptor identificar de quién proviene la información; y
- (iii) que la información sea de carácter público, es decir, que los datos estén disponibles para miembros que no hayan participado en el intercambio, para personas que no sean miembros y para consumidores.

### **3.3. Diferenciación en la fecha de inicio para los contratos de suministro destinados a atender demanda regulada y no regulada**

Como se mencionó en la descripción del Proyecto, su artículo 4 establece una diferenciación en cuanto a la fecha de inicio del contrato de suministro en razón de la demanda que el contrato respectivo busca atender, esto es, demanda regulada y demanda no regulada, donde ésta última cuenta con la posibilidad de iniciar el suministro entre el 1 de diciembre del año de la negociación y el 30 de junio del año siguiente, previsión que no se establece respecto de los contratos de suministro para atender demanda regulada.

De acuerdo con el estudio técnico económico realizado sobre el Proyecto, la razón para no extender esta posibilidad a los contratos mediante los que se atiende demanda regulada es la predictibilidad de este tipo de demanda, por lo que en principio, quienes atienden demanda regulada pueden determinar correctamente con anterioridad a las fechas de negociación la cantidad de gas que requieren<sup>29</sup>.

Sin embargo, la consideración anterior no parece ser una razón suficiente para privar de esta opción a los agentes que cuentan con contratos para atender demanda regulada, más aun, permitir que tanto en los casos que se atiende demanda regulada como aquellos que se atiende demanda no regulada, la fecha de inicio del suministro pueda tener lugar en cualquier momento entre el 1 de diciembre del año de la negociación y el 30 de junio del año siguiente, no pareciera traer efectos nocivos para el mercado, por el contrario, la medida podría brindar mayor flexibilidad a los agentes que atienden demanda regulada, permitiéndoles responder a eventuales choques que se presenten por parte de su demanda.

## **4. RECOMENDACIONES**

Por las consideraciones expuestas en el presente concepto de abogacía de la competencia, la Superintendencia de Industria y Comercio **recomienda** a la Comisión de Regulación de Energía y Gas:

<sup>29</sup> CREG. Ajustes a reglas aplicables al mercado de comercialización mayorista de gas natural, folio 12 expediente 18-340256, paginas 56-57 del documento.



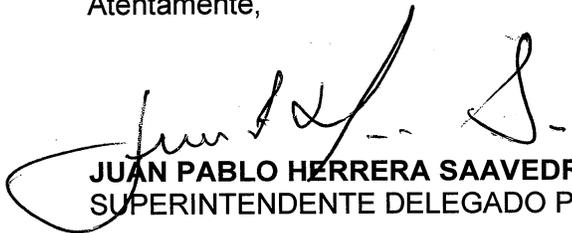
- **Evaluar** la necesidad de la inclusión del indicador de formación de precios y en todo caso, tomar las precauciones necesarias en su diseño tendientes a mitigar el riesgo de ocurrencia de conductas contrarias a la libre competencia económica.
- **Aclarar** que el alcance del concepto “*indicador de formación de precios*” se limita al mercado secundario de gas.
- **Remitir** a esta Superintendencia, para su revisión en sede de abogacía de la competencia, el proyecto de circular por el cual se establezca la metodología para el cálculo de los indicadores de formación de precios.
- **Tener en cuenta** las recomendaciones realizadas por la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de publicación de información, tal como se estableció en la parte considerativa del presente concepto.
- **Permitir** que, tanto en los casos que se atiende demanda regulada como aquellos que se atiende demanda no regulada, la fecha de inicio del suministro pueda tener lugar en cualquier momento entre el 1 de diciembre del año de la negociación y el 30 de junio del año siguiente o el primero 1 de diciembre del año siguiente.

Dado que en el presente caso esta Superintendencia consideró procedente la formulación de recomendaciones en relación con el Proyecto, es pertinente reiterar lo manifestado por el Consejo de Estado en cuanto a **la carga motiva que surge en cabeza del regulador que decida apartarse de las sugerencias** no vinculantes de la Superintendencia de Industria y Comercio:

*“La forma que exige el artículo 7 de la ley 1340 de 2009 (...), para apartarse del concepto de la Superintendencia de Industria y Comercio es la de manifestar “de manera expresa dentro de las consideraciones de la decisión los motivos por los cuales se aparta”. Por tanto, la motivación debe constar en la parte considerativa del acto regulatorio y no serán suficientes las explicaciones o constancias que se dejen en otro documento”<sup>30</sup> (destacado fuera de texto).*

Finalmente, esta Superintendencia agradece a la **CREG** que, al momento de expedir la regulación en cuestión, se remita una copia al correo electrónico [arincon@sic.gov.co](mailto:arincon@sic.gov.co).

Atentamente,



**JUAN PABLO HERRERA SAAVEDRA**  
SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA LA PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA

Elaboró: Camilo Romero  
Revisó: Aura Elena Rincón  
Aprobó: Juan Pablo Herrera Saavedra

<sup>30</sup> Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 4 de julio de 2013.

