



MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RESOLUCIÓN NÚMERO 23039 DE 2013
(26 ABR 2013)

Radicación: 11- 122275

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

**EL SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA LA PROTECCIÓN DE LA
COMPETENCIA (E)**

En ejercicio de las facultades legales, en especial de las previstas en el artículo 1
numerales 2 y 3 y en el artículo 9 numeral 4 del Decreto 4886 de 2011, la
Resolución No. 19992 del 22 de abril de 2013, y

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el artículo 333 de la Constitución Política de Colombia establece que la libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades, y para su protección le impone al Estado el deber de impedir que se obstruya o se restrinja la libertad económica, además de evitar o controlar cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

SEGUNDO: Que el artículo 2 de la Ley 1340 de 2009 establece que "[/]o dispuesto en las normas sobre protección de la competencia se aplicará respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo independientemente de su forma o naturaleza jurídica y en relación con las conductas que tengan o puedan tener efectos total o parcialmente en los mercados nacionales, cualquiera que sea la actividad o sector económico". (Subrayado fuera de texto)

TERCERO: Que el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009 estableció como propósito de las actuaciones administrativas "*[v]elar por la observancia de las disposiciones sobre protección de la competencia; atender las reclamaciones o quejas por hechos que pudieren implicar su contravención y dar trámite a aquellas que sean significativas para alcanzar en particular los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica*".

CUARTO: Que de conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, es función de la **SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO** "*[c]onocer en forma privativa de las reclamaciones o quejas por hechos que afecten la competencia en todos los mercados nacionales*". (Subrayado fuera de texto)

QUINTO: Que según lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011, corresponde al Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia "*[t]ramitar, de oficio o por solicitud de un tercero, averiguaciones preliminares e instruir las investigaciones tendientes a establecer infracciones a las disposiciones sobre protección de la competencia*".

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

SEXTO: Que mediante oficio radicado con el No. 11-122275 - 7 del 24 de febrero de 2012, La Superintendente Delegada para la Protección de la Competencia (E) ordenó iniciar de oficio una averiguación preliminar para "...establecer si existe evidencia que determine la necesidad de iniciar una investigación, por presuntas prácticas comerciales restrictivas de la competencia por parte de las empresas transportadoras de crudo en Colombia."¹

SÉPTIMO: Que el presente trámite se inició de oficio por parte de esta Delegatura con ocasión de la comunicación 11- 059123 remitida a esta Entidad por parte de la **AGENCIA NACIONAL DE HIDROCARBUROS** (en adelante **ANH**), en donde se indica:

"18. Indique si tiene conocimiento de quejas o inconformidad entre el transportador y quien lo contrata respecto de la fijación de las tarifas del transporte.

Extraoficialmente hemos conocido numerosas quejas de usuarios del sistema de transporte de crudo por las condiciones que se les impone al obligarlos a vender sus crudos a la entrada de los sistemas de transporte a descuento, en lugar de permitirles el uso de la capacidad a las tarifas reguladas por el Ministerio de Minas y Energía."²

OCTAVO: Que en desarrollo de la presente actuación administrativa, se realizaron las siguientes actividades:

8.1 Testimoniales

- Testimonio del señor **OSCAR TRUJILLO JARAMILLO**, Gerente general del **OLEODUCTO CENTRAL S.A.** (en adelante **OCENSA**).³
- Testimonio del señor **HERNAN BEDOYA BONILLA** Gerente de Logística y Servicios Técnicos de **OCENSA**.⁴
- Testimonio de **JOSE REYES BOTERO**, funcionario de **PERENCO COLOMBIA LIMITED**.⁵
- Testimonio de **LUIS RODRIGO OLMOS CORTÉS**, funcionario de **PETROBRAS**.⁶
- Testimonio de **SANDRA ANTONIA MEJÍA ROJAS**, representante legal de **HOCOL S.A.**⁷
- Testimonio de **ENRIQUE UMAÑA VALENZUELA**, funcionario de **PETROMINERALES COLOMBIA LTDA.**⁸
- Testimonio de **JAIRO HERNÁN ROBAYO AVÁLO**, funcionario de **PETROMINERALES**.⁹

¹ Folio 48 del Cuaderno No. 1.

² Folio 22 del cuaderno No. 1.

³ Folios 7 y 8 del Cuaderno No. 1.

⁴ Folio 50 Y 51 del Cuaderno No. 1.

⁵ Folios 161 a 164 del cuaderno No. 1.

⁶ Folios 165 y 166 del cuaderno No. 1.

⁷ Folios 178 y 179 del cuaderno No. 1.

⁸ Folio 169 del cuaderno No. 1.

⁹ Folios 183 del cuaderno No. 1.

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

8.2 Documentales

- Comunicación de la ANH.¹⁰
- Respuesta de OCENSA al requerimiento de información.¹¹
- Información remitida por PETROBRAS de requerimiento hecho en la diligencia de testimonio LUIS RODRIGO OLMOS CORTÉS.¹²
- Respuesta a requerimiento a HOCOL S.A.¹³
- Respuesta a requerimiento de PETROMINERALES.¹⁴

NOVENO: Que para abordar el problema jurídico planteado es necesario primero definir, en términos generales, la relación constitucional entre la libre competencia y el interés general.

9.1. La dimensión económica de la libre competencia económica.

En los términos del artículo 333 de la Constitución Política, la libre competencia económica es un derecho colectivo que el Estado está en la obligación de garantizar, porque de lo contrario las oportunidades y los beneficios que brinda el mercado, sería muy reducido, dejando por fuera a aquellos que operan guiados por reglas de la sana competencia, además de reducir el bienestar de la sociedad y generar escenarios propicios para la creación de "monopolios" o la disminución en la oferta de bienes y servicios, orientados por diversidad en precio y calidad para el consumidor. La competencia es un estado en el que el mercado "conduce a (i) garantizar una mayor oferta y calidad de los bienes y servicios disponibles para los consumidores; (ii) permite evitar la creación de monopolios; (iii) permite la reducción de los precios de los productos; (iv) asegura la innovación tecnológica; (v) conduce a un mejor empleo de los recursos existentes; (vi) evita una concentración excesiva de la riqueza; y (vii) comporta un mayor bienestar de la sociedad y de los individuos."¹⁵ Todo ello dentro del marco de la Ley.

9.2. La dimensión jurídica de la libre competencia económica.

Como ya lo ha manifestado esta Superintendencia, en la medida en que los mercados competitivos tienden a maximizar el bienestar general, el bienestar del consumidor y regular eficientemente la asignación de recursos, resulta procedente que el Estado tutele jurídicamente un modelo económico basado en la libre competencia, con el fin de obtener beneficios colectivos.

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico constitucional se establecen las finalidades del Estado y los mecanismos de gobierno para la obtención de estos fines. La libre competencia económica puede facilitar, dentro de este marco, la consecución de algunos de los fines del Estado, por lo que dotarla de un estatus

¹⁰ Folio 20 a 40 del cuaderno No. 1.

¹¹ Folio 56 a 158 del cuaderno No. 1.

¹² Folio 167 y 168 del cuaderno No. 1.

¹³ Folios 180 y 181 del cuaderno No. 1.

¹⁴ Folio 187 a 189 del Cuaderno No. 1.

¹⁵ Corte Constitucional; sentencia C-432/10; Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

jurídico que permita proteger su correcto funcionamiento¹⁶, es armónico con la organización social que concibe la Constitución.

Las consideraciones económicas acerca de la competencia como mecanismo regulador eficiente del bienestar social, motivó a que la Constitución Política de 1991 consagrara el concepto amplio de libertad económica en su artículo 333¹⁷, que incluye las libertades de empresa, competencia económica e, indirectamente, los derechos de los consumidores¹⁸.

La jurisprudencia ha considerado que la libre empresa se "*desdobla, a su vez, en la libertad de establecerse y en la de ejercer profesión u oficio*"¹⁹, sin embargo, otros derechos permanecen en conexidad con esta libertad, como la libertad contractual²⁰; así mismo, es un presupuesto para la concurrencia en los mercados²¹.

El artículo 46 del decreto 2153 de 1992²², establece que se consideran como de objeto ilícito las conductas que afecten la libre competencia en los mercados.

DÉCIMO: Que de la información recaudada por esta Entidad en desarrollo de la presente averiguación preliminar y del análisis de la misma, esta Delegatura

¹⁶ "Una política económica óptima busca estimular los impactos "buenos" y corregir los impactos "malos" de los mercados" Cuevas, Homero; Fundamentos de la Economía de Mercado; Universidad Externado; Bogotá; 2da edición; 2004; p. 95.

¹⁷ "ARTICULO 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación".

¹⁸ "el derecho a la libre empresa, el derecho a la libre competencia y los derechos de los consumidores no son más que diversas facetas de un mismo derecho: la libertad económica". Consejo de Estado; Sección Tercera; Acción Popular; 13 de agosto de 2008; Consejero Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

¹⁹ Angarita, Ciro; *La Libertad Económica en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional*; VVAA en Constitución Económica Colombiana; El Navegante Editores; Bogotá; segunda edición; 1997; P. 171.

²⁰ Corte Constitucional; sentencia C-624/98; Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

²¹ "Pero más allá de esta tensión entre el interés público y el privado, es preciso recordar que la libertad de empresa es reconocida a los particulares por motivos de interés público. Al margen de lo que las distintas escuelas económicas pregonan sobre la incidencia de la competencia libre en la satisfacción de las necesidades individuales y colectivas, lo cierto es que la Carta, como se dijo, admite que la empresa es motor de desarrollo" Corte Constitucional; sentencia C-615/02; Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

²² "ARTÍCULO 46. PROHIBICIÓN. En los términos de la Ley 155 de 1959 y del presente decreto están prohibidas las conductas que afecten la libre competencia en los mercados, las cuales, en los términos del Código Civil, se consideran de objeto ilícito". Respecto al objeto ilícito, la Corte Constitucional lo ha entendido en los siguientes términos: "en lo que hace al contenido de la obligación, la licitud o ilicitud de la prestación o actividad y de su finalidad, dependen en sustancia del cumplimiento de las normas de orden público o imperativas y del respeto a las buenas costumbres". Corte Constitucional; sentencia T-629/10; Magistrado Ponente: Juan Carlos Henao Pérez.

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

encuentra pertinente describir las circunstancias de hecho y de derecho, relacionadas con el objeto de la denuncia:

El caso concreto

La información obtenida por esta Superintendencia de los estudios económicos sobre el transporte de crudo en Colombia y la comunicación de la **ANH** permitió establecer la necesidad de adelantar una averiguación preliminar para poder verificar las supuestas condiciones que les impone el transportador al obligar a los productores o comercializadores de crudo, a vender su producto a la entrada del sistema, impidiéndoles la entrada de su producto para ser transportado a través del Oleoducto de **OCENSA**.

DÉCIMO PRIMERO: Que de la información recaudada por esta Entidad en desarrollo de la presente averiguación preliminar y del análisis de la misma, esta Delegatura encuentra pertinente describir el mercado relacionado con los hechos bajo estudio:

11.1. CADENA PRODUCTIVA DEL PETRÓLEO EN COLOMBIA

La industria petrolera ha sido identificada como una de las más dinámicas e importantes para el país, en efecto, durante los años 2010 y 2011 el PIB del petróleo correspondió al 5% del PIB total. Asimismo, dentro del total exportado por Colombia en el año 2011, el petróleo y sus derivados contribuyeron con el 49,7%²³.

La cadena productiva del petróleo en Colombia, en general, se encuentra conformada por seis etapas, a saber: contratación, exploración, perforación, producción, transporte y comercialización o refinación²⁴.

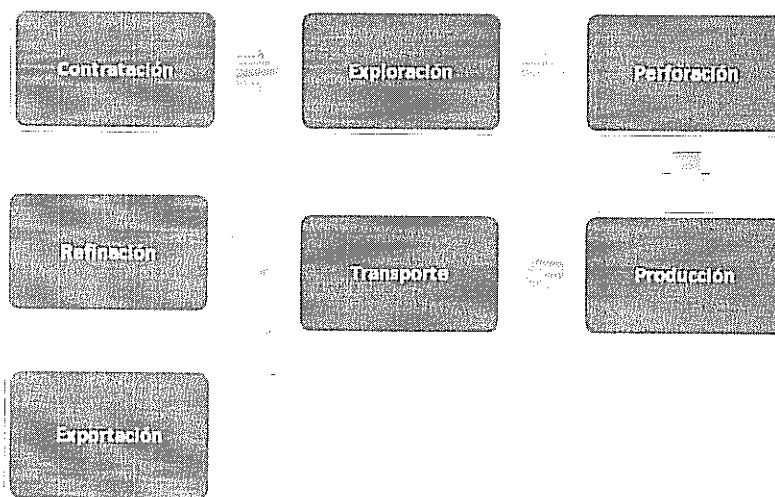
El siguiente esquema ilustra la estructura de la cadena productiva del petróleo:

²³ LÓPEZ, E, et al. (2013). La economía petrolera en Colombia (parte II). Relaciones intersectoriales e importancia en la economía nacional. Banco de la República. Borradores de Economía. No. 748. p. 79.

²⁴ El petróleo puede ser directamente comercializado o transformado mediante el proceso de refinación.

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

Diagrama No. 1
Cadena productiva del petróleo en Colombia



Fuente: Elaboración SIC con base en la información del expediente No. 11-122275

Es importante anotar que si bien el Estado colombiano no interviene de manera directa en los diferentes mercados que conforman la cadena productiva del petróleo, si establece normas y reglas de participación a los agentes, identificándose así como mercados regulados²⁵.

Adicionalmente, desde el año 2003²⁶ se han presentado cambios institucionales, toda vez que se creó la ANH que asumió las responsabilidades regulatorias que hasta ese momento tenía **ECOPETROL**, dejando a la estatal petrolera exclusivamente las responsabilidades empresariales²⁷.

11.1.1. Contratación

De acuerdo con **LÓPEZ, E., et al. (2012)**, la fase inicial de un proyecto petrolero corresponde a la firma de un contrato entre el Estado y las empresas en el que se determinan las condiciones de exploración y explotación de hidrocarburos²⁸.

²⁵ LÓPEZ, E, et al. (2012). La economía petrolera en Colombia. Banco de la República. Borradores de Economía. No. 692. p. 79. La regulación para el transporte de petróleo en Colombia está prevista en el decreto 1056 de 1953 (Código de petróleos) particularmente en los artículos 45 - 57 y 189 - 209. En desarrollo de esos preceptos, el Ministerio de Minas y Energía expidió la Resolución No.181258 de 2010, decisión que contó con el visto bueno de esta Superintendencia a través del concepto de abogacía de la competencia. Folios 56 y 57 del Cuaderno No. 1 del expediente.

²⁶ Decreto Ley 1760 de 2003

²⁷ La ANH también es la encargada, desde entonces, de la administración de los recursos petroleros de la nación y de la asignación de las áreas de hidrocarburos para su exploración y explotación. *Ibid.*, p. 11.

²⁸ Los términos del contrato especifican área asignada, duración, actividades de exploración y producción, obligaciones generales, entre otros aspectos que configuran un esquema que, sumado

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

Según los autores, se utiliza esta figura legal debido a que el negocio se caracteriza por un alto riesgo de inversión y complejidad técnica²⁹.

Durante los años 2011 y 2012, la ANH firmó un total de 130 contratos de concesión³⁰, de los cuales 115 fueron de explotación y producción, y los 15 restantes de evaluación técnica.

De acuerdo con la información reportada por la ANH, a enero de 2013, se encontraban vigentes un total de 292 contratos de concesión, de los cuales 23 eran de evaluación técnica; los 269 restantes eran de exploración y producción. Dentro de éstos, 235 se encontraban en etapa de exploración, otros 22 en programa exploratorio posterior, 11 en estado de producción y 1 en evaluación³¹.

11.1.2. Exploración

Una vez se firma el contrato, la empresa petrolera da inicio a la primera etapa en el proceso productivo del petróleo, correspondiente a la exploración sísmica, que de acuerdo con la ANH, corresponde a un método que se utiliza para obtener una imagen del subsuelo (las capas de rocas que se encuentran debajo de la tierra), la cual puede mostrar donde se pudo haber acumulado un recurso natural, en este caso petróleo³². Cabe mencionar que el estudio de exploración sísmica no determina la existencia petróleo³³.

11.1.3. Perforación

Si con base en la información del estudio de exploración sísmica se encuentra evidencia de la posible acumulación de petróleo en el subsuelo del lugar explorado, se procede con el procedimiento de perforación exploratoria, el cual consiste en la perforación de pozos, cuya finalidad es llegar hasta la capa de roca donde posiblemente se pudo acumular el petróleo³⁴. Esta etapa del proceso exploratorio materializa los hallazgos de crudo, toda vez que corresponde a un método de investigación directa del subsuelo³⁵.

al pago de regalías e impuestos, determina los compromisos de las partes y la distribución de la renta petrolera. *Ibid.*, p. 50.

²⁹ *Ibid.*, p. 50.

³⁰ En general, los contratos de concesión de la ANH se caracterizan por que el 100% de la producción va para el contratista a cambio del pago de regalías e impuestos al Estado y por un mayor tiempo tanto para la exploración como para la explotación, con lo esa entidad buscaba obtener una mayor inversión tanto externa como de Ecopetrol. *Ibid.*, p. 30.

³¹ ANH. Contratación E&P. Estado de los contratos. Véase: <http://www.anh.gov.co/es/index.php?id=171> [Fecha de consulta: 22 de abril de 2013]. No se tuvieron en cuenta los contratos de concesión que se encuentran suspendidos o con inicio de proceso de incumplimiento.

³² ANH. Cadena productiva de los hidrocarburos. Comunidades y medio ambiente. Cartillas. Véase: <http://www.anh.gov.co/es/index.php?id=92>. p. 11. [Fecha de consulta: 22 de abril de 2013].

³³ *Ibid.*, p. 11.

³⁴ *Ibid.*, p. 23.

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

11.1.4. Producción

Si una vez perforados los pozos, la empresa encuentra petróleo, continúa con la etapa de producción. Durante esta etapa, la empresa petrolera, en primer lugar, procede a realizar los análisis técnicos, la perforación de desarrollo y la construcción de la infraestructura de transporte y producción necesaria, para dar inicio al proceso de producción en firme³⁶.

En la producción petrolera participan dos categorías de firmas: (i) empresas con capital privado, que en general son filiales de una casa matriz extranjera, que actualmente tienen una participación del 32% en la producción nacional de hidrocarburos; y (ii) La estatal petrolera (**ECOPETROL**), con un aporte a la extracción de crudo en el país equivalente al 68% del total nacional³⁷.

11.1.5. Transporte

La fase siguiente al proceso de producción corresponde al transporte del petróleo extraído desde los diferentes yacimientos hacia las refinerías para su procesamiento, o hacia los puertos para su comercialización, embarque y exportación. El medio de transporte más utilizado son los oleoductos³⁸, aunque en algunos casos se utilizan diferentes tipos de vehículos adaptados para este propósito como los carro tanques³⁹.

11.1.6. Refinación

El proceso de refinación consiste en transformar el petróleo, sometiéndolo a altas temperaturas, para obtener otros productos derivados, con valor agregado y diferentes usos. Los principales productos refinados son gasolina, ACPM y petroquímicos (vaselina, cepillos, llantas, plásticos), entre otros⁴⁰.

Como se observa en la Figura No. 1, el petróleo puede ser destinado a la transformación mediante refinación o directamente exportado. Sin embargo, el código de petróleos da prioridad al abastecimiento del mercado interno de refinados y una vez cumplido este requisito los productores pueden exportar.

³⁵ UPME (2009). Cadena del Petróleo 2009. Véase: <http://www1.upme.gov.co/index.php/servicios-de-informacion/publicaciones/category/3-petroleo.html>. p. 56 [Fecha de consulta: 22 de abril de 2013].

³⁶ LÓPEZ, E., et al. (2012). Op cit., p. 51.

³⁷ Ibid., p. 7.

³⁸ De conformidad con el numeral 30 del artículo 2 de la Resolución 181258 del 14 de julio de 2010 del Ministerio de Minas y Energía, un oleoducto es sistema de transporte o sistema correspondiente a "[t]odas las instalaciones físicas necesarias para el transporte de crudo fiscalizado desde los nodos de entrada hasta los nodos de salida incluyendo, entre otros, la tubería, las unidades de bombeo, las estaciones de medición, los sistemas de control y los tanques que se usan para la operación del sistema de transporte."

³⁹ Ibid., p. 51.

⁴⁰ Ibid., p. 35. LÓPEZ, E., et al. (2012). Op cit., p. 52.

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

11.1.7. Exportación

En el transcurso de los últimos años, las exportaciones de petróleo y sus derivados han mostrado una tendencia creciente tanto en volumen como en valor. En efecto, de acuerdo con la información reportada por el **DANE**, durante los años 2011 y 2012 las exportaciones de petróleo y sus derivados representaron más del 50% del total exportado por Colombia⁴¹. Los principales puertos marítimos de movimiento de petróleo son el terminal de Coveñas y el terminal de Tumaco, el primero ubicado en la Costa Atlántica y el segundo en el Océano Pacífico⁴².

Ahora bien, una vez analizada la cadena productiva del petróleo en Colombia, se procede a describir el mercado de transporte de crudo en Colombia en particular, como contexto general del mercado presuntamente afectado, toda vez que de acuerdo con los hechos que dieron origen a la presente actuación administrativa corresponde al de transporte de crudo a través del oleoducto de **OCENSA**.

11.2. TRANSPORTE DE CRUDO EN COLOMBIA

El sistema de transporte de crudo en Colombia se encuentra conformado por cerca de 5.450 kilómetros de oleoductos, mediante los cuales se transporta el petróleo extraído desde los yacimientos hasta los puntos de tratamiento o de separación, y los centros de refinación o exportación.

Este sistema conformado por una red nacional de oleoductos está diseñada, fundamentalmente, para llevar el crudo hacia los puertos de exportación de Coveñas, en el mar Caribe y las refinerías de Barrancabermeja y Cartagena; existe, también, el oleoducto TRASANDINO, de propiedad de **ECOPETROL**, usado para transportar el petróleo desde Ecuador para su exportación por el puerto de Tumaco sobre el Pacífico, de acuerdo con el convenio existente entre Colombia y Ecuador^{43 44}.

Esta red de oleoductos está conformada por dos tipos de oleoductos: los secundarios, correspondientes a aquellos que inician su trayecto en los centros de explotación, y que posteriormente se conectan con oleoductos denominados primarios, cuya capacidad para transportar el crudo es mayor y son los que conducen éste a los centros de refinación y exportación⁴⁵.

Esta red de oleoductos surge como infraestructura necesaria para la extracción del crudo por parte de las empresas que lo explotan. Solo existe en Colombia un oleoducto cuyo origen radicó en la iniciativa empresarial de constituir un transportador puro, cuyo objeto se centró únicamente en el transporte de crudo y no realiza actividad diferente dentro de la industria de hidrocarburos, este es el

⁴¹ DANE. Comercio exterior. Véase:

http://www.dane.gov.co/index.php?option=com_content&view=article&id=148&Itemid=117. [Fecha de consulta: 21 de abril de 2013].

⁴² UPME (2009). Op cit., p. 75.

⁴³ Marcos regulatorios y el rol de las empresas estatales de hidrocarburos. Estudio de caso: Colombia.

⁴⁴ Estudio Económico "La Promoción de la Competencia en el acceso a Oleoductos". Folio 49 y 50 del cuaderno No. 1 del expediente.

⁴⁵ Ibid.

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

oleoducto **OCENSA**. Sin embargo, en la actualidad la empresa **ECOPETROL** ha declarado situación de control sobre éste⁴⁶.

Ahora bien, de acuerdo con la información reportada por **ECOPETROL**, en 2012 era propietario de 2.847 kilómetros de oleoductos, participando así con el 52,1% del total; a su vez, compartía la propiedad de 2.252 kilómetros con terceros, esto es, el 41,2%. El restante 6,7% de la red de oleoductos era propiedad de particulares.

11.2.1. Oleoductos en Colombia

Los principales oleoductos con los que cuenta el sistema de transporte de crudo en Colombia se relacionan en la Tabla No. 1.

Tabla No. 1

Principales oleoductos del sistema de transporte de crudo de Colombia

Oleoducto	Extensión (Km)	Origen	Destino
CAÑO LIMÓN-COVEÑAS	770	Campo Caño Limón (Arauca)	Puerto de Coveñas
ALTO MAGDALENA	400	Campos Dina, Palagua, Guando y Vasconia (Valle Superior del Magdalena)	Estación de Vasconia
COLOMBIA	481	Estación de Vasconia (es alimentado por tuberías provenientes de los Llanos orientales y del Valle superior del río Magdalena)	Puerto de Coveñas
OCENSA	830	Campos de Cusiana-Cupiagua (Piedemonte llanero)	Puerto de Coveñas
DE LOS LLANOS	262	Campo Rubiales	Estaciones de Monterrey y de Cusiana (Casanare)
TRASANDINO	306	Ecuador	Puerto de Tumaco

Fuente: ECOPETROL. Véase:

<http://www.ecopetrol.com.co/contenido.aspx?catID=82&conID=37995> y
http://www.ecopetrol.com.co/especiales/ReporteGestion2012/informe_especial_03.html

⁴⁶ Ibid.

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

Cabe mencionar que **ECOPETROL** cuenta con una participación de 49% en el oleoducto del Alto Magdalena, de 65% en el oleoducto de los Llanos, de 73% en el oleoducto de Colombia y de 60% en **OCENSA**⁴⁷.

11.3. MERCADO PRESUNTAMENTE AFECTADO: TRANSPORTE DE CRUDO POR EL OLEODUCTO CENTRAL - OCENSA

El **OLEODUCTO CENTRAL S.A. - OCENSA** es una empresa propietaria del Oleoducto Central, encargada de operar y mantener esta red y de administrar el transporte de petróleo a través de la misma.

El 14 de diciembre de 1994 **ECOPETROL**, **TRITON COLOMBIA INC.**, **BP COLOMBIA PIPELINE LTD.** y **TOTAL PIPELINE COLOMBIE S.A.** y dos empresas canadienses **IPL ENTERPRISES (Colombia) INC.** y **TCPL (Bermuda) LTD.** crearon **OCENSA**, con el objeto de diseñar, construir, operar, administrar y explotar comercialmente un sistema de transporte de petróleo, motivados por el descubrimiento de los yacimientos en Cusiana y Cupiagua en el pie de monte llanero, en 1991 y 1993, respectivamente⁴⁸.

En la actualidad **OCENSA** transporta aproximadamente el 57,5% del crudo del país. La red consta de siete estaciones y 830 kilómetros de tuberías, los que comunican los campos Cusiana y Cupiagua en el Piedemonte Llanero (cerca de Yopal, en el departamento de Casanare) con la terminal marítima de Coveñas (en el límite de los departamentos de Sucre y Córdoba)⁴⁹ (Ver Mapa No. 1).

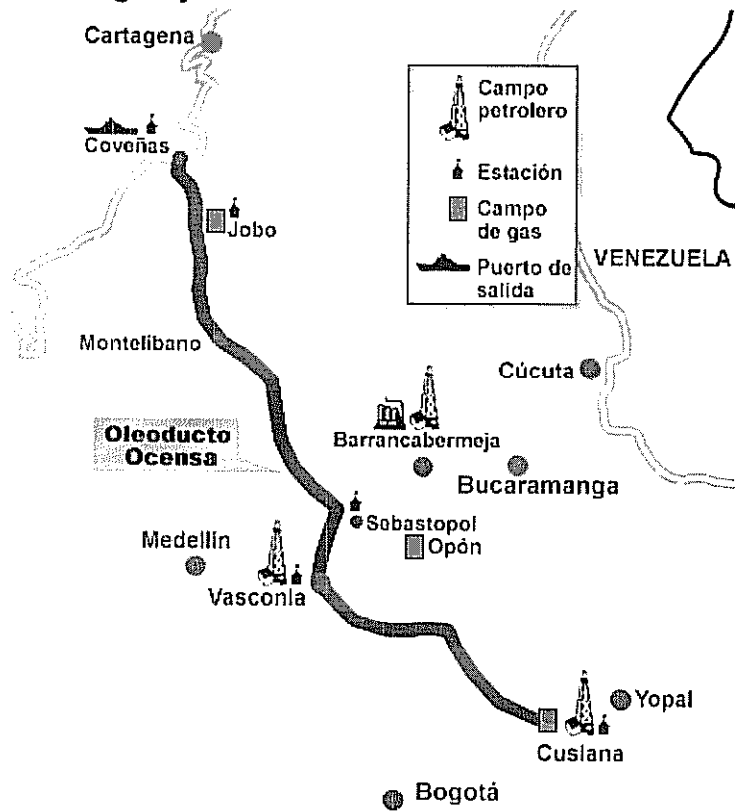
⁴⁷ **ECOPETROL**. Véase: <http://www.ecopetrol.com.co/contenido.aspx?catID=82&conID=37995> y http://www.ecopetrol.com.co/especiales/ReporteGestion2012/informe_especial_03.html. y www.ecopetrol.com.co/.../Reporte%20de%20sostenibilidad%202011/.../Info. [Fecha de consulta: 22 de abril de 2013].

⁴⁸ **OCENSA**. Reporte de sostenibilidad 2010. p. 12. Véase: <http://www.oleoductocentral.com/sostenibilidad/webOcensa/index.html>. [Fecha de consulta: 9 de abril de 2013].

⁴⁹ **ECOPETROL**. Véase: http://www.ecopetrol.com.co/especiales/ReporteGestion2012/informe_especial_03.html. [Fecha de consulta: 22 de abril de 2013].

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

Mapa No. 1
Origen y Destino del oleoducto OCENSA

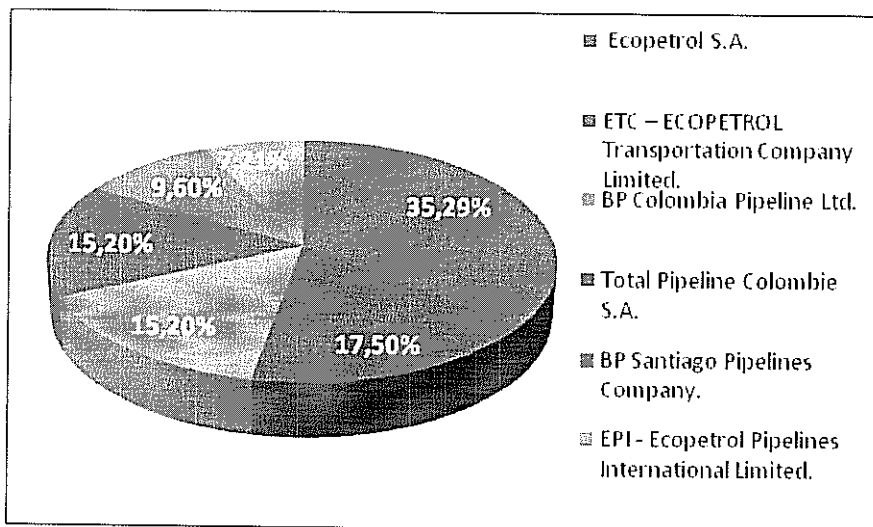


Fuente: Véase:

<http://www.ecopetrol.com.co/contenido.aspx?catID=127&conID=36123&pagID=127177>.

Ahora bien, con respecto a la composición accionaria de **OCENSA**, el siguiente gráfico muestra la participación de sus accionistas para la época de los hechos bajo análisis:

Gráfico No. 1.
Composición accionaria de OCENSA - 2010



Fuente: OCENSA. Reporte de sostenibilidad 2010. p. 44. Véase: <http://www.oleoductocentral.com/sostenibilidad/webOcensa/index.html>.

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

Como se observa en el Gráfico No. 1, **ECOPETROL** es el socio mayoritario de **OCENSA** conjuntamente con otras compañías del grupo empresarial de **ECOPETROL: ECOPETROL TRANSPORTATION COMPANY LTD.** y **BP COLOMBIA PIPELINE LTD.**, sumando entre las tres empresas el 68% sobre la propiedad del oleoducto.

Adicionalmente, según **ECOPETROL**, el trazado del oleoducto **OCENSA** lo convierte en uno de los activos más significativos para los planes de expansión del sector de hidrocarburos en Colombia pues en él confluyen importantes oleoductos que transportan crudos del Alto Magdalena, los Llanos Orientales y el departamento del Meta⁵⁰. Cabe mencionar que en 2011, **OCENSA** finalizó el proyecto de ampliación de capacidad a 560 miles de barriles por día y transportó un promedio de 563 miles de barriles por día⁵¹.

DÉCIMO SEGUNDO: Que una vez analizada la información recopilada en desarrollo de la presente actuación administrativa, esta Delegatura encontró que en principio las conductas adelantadas por **OCENSA** no podrían ser consideradas como restrictivas de la competencia como se expone a continuación.

12.1. CONSIDERACIONES ENTORNO A LA PROHIBICIÓN GENERAL

Los hechos señalados en la presente averiguación preliminar, están vinculados con una supuesta violación al artículo 1 de la ley 155 de 1959 o prohibición general. La Ley 155 de 1959, por medio de la cual se dictaron algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas, en el artículo 1 (modificado por el artículo 1 del Decreto 3307 de 1963) establece lo siguiente:

“Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos.”
(Negrillas fuera de texto)

Conforme se indicó en el informe motivado expedido dentro del expediente radicado con el N° 08-38436⁵², la citada norma reprocha dos tipos de actos. El primero, prohíbe los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ Ibid.

⁵² Superintendencia de Industria y Comercio. Investigación adelantada por prácticas comerciales restrictivas en contra de la ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE PRODUCTORES Y PROVEEDORES DE CAÑA DE AZÚCAR - PROCAÑA, ASOCIACIÓN COMITÉ DE CAÑICULTORES DEL INGENIO RISARALDA - AZUCARI, MARTHA CECILIA BETANCOURT REPRESENTANTE LEGAL DE PROCAÑA, GUIDO MAURICIO LÓPEZ OCHOA PRESIDENTE DE LA JUNTA DIRECTIVA DE PROCAÑA, JOSÉ VICENTE IRURITA RIVERA MIEMBRO DE LA JUNTA DIRECTIVA DE PROCAÑA, GERMAN DURÁN CARVAJAL PRESIDENTE DE LA JUNTA DIRECTIVA DE AZUCARI Y AMPARO CADENA DUQUE REPRESENTANTE LEGAL DE AZUCARI.

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros. El segundo, y en consonancia con la prohibición anterior, prohíbe *en general*, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y⁵³ a mantener o determinar precios inequitativos.

Frente al segundo supuesto, esta Superintendencia ha considerado que la ley pretende por un lado, prohibir aquellas "*prácticas, procedimientos o sistemas*" que tiendan a limitar la libre competencia y por el otro, aquellas "prácticas, procedimientos o sistemas" que tiendan a mantener o determinar precios inequitativos.

Así las cosas, las prohibiciones derivadas del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 son tres:

- 1) Los acuerdos "que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros".
- 2) "Las prácticas y procedimientos o sistemas *tendientes* a limitar la libre competencia"⁵⁴ y
- 3) "Las prácticas y procedimientos o sistemas tendientes a"... "mantener o determinar precios inequitativos."

Ahora bien, el vocablo "tendientes" indica que, la norma no castiga exclusivamente el efecto, sino que el desarrollo de la práctica tenga como fin limitar la libre competencia. Sin establecer el efecto, el estándar para verificar el incumplimiento de la prohibición conlleva determinar la intención del presunto infractor de lograr dicho fin o la idoneidad de la práctica o procedimiento y sistema para lograrlo.

Para el caso que nos ocupa, aparentemente, la actividad desplegada por la empresa indagada tiene como fin el desarrollo de una práctica⁵⁵, procedimiento⁵⁶ o

⁵³ Real Academia de la Lengua Española.- Consulta elevada en el mes de noviembre de 2004, en el desarrollo del expediente No 04-047600. El departamento de español al día, responde: "Según lo entendemos, quedan prohibidas las prácticas, etc., que tiendan a limitar la libre competencia y las medidas que tiendan a mantener o determinar precios inequitativos".

⁵⁴ "La competencia es un fenómeno económico esencialmente dependiente del tipo de instituciones existentes en una sociedad, que estimula o inhibe la actividad de innovación y rivalidad entre empresas." MANUAL PARA LA FORMULACIÓN Y APLICACIÓN DE LAS LEYES DE COMPETENCIA –UNCTAD – 1994.

⁵⁵ Véase: www.rae.es. [Fecha de consulta: 16 de agosto de 2011]

"práctico, ca.

(Del lat. *practicus*, y este del gr. *πρακτικός*).

1. adj. Perteneciente o relativo a la práctica.

(...)

5. adj. Que comporta utilidad o produce provecho material inmediato.

(...)

7. f. Ejercicio de cualquier arte o facultad, conforme a sus reglas.

(...)

9. f. Uso continuado, costumbre o estilo de algo.

(...)

12. f. Aplicación de una idea o doctrina."

⁵⁶ Véase: www.rae.es. [Fecha de consulta: 16 de agosto de 2011]

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

sistema⁵⁷ tendiente a afectar la libre competencia en el transporte de petróleo, a través de una aparente actividad de **OCENSA** al adquirir el crudo con anterioridad a su entrega al oleoducto para su transporte.

En términos de competencia, este tipo de prácticas, procedimientos o sistemas, tienen potencialmente la capacidad de distorsionar de manera importante - para el caso que nos ocupa - las condiciones de competencia en el mercado de transporte de crudo, por cuanto, los productores requieren transportar su producto, hecho que está regulado por el legislador, por lo que la aparente adquisición por parte de **OCENSA** del producto a otros productores no propietarios antes del ingreso al tubo, eludiendo de alguna manera la regulación del Ministerio de Minas y Energía podría constituirse en un práctica que restrinja el libre acceso a una instalación o facilidad esencial.

12.2. LA TEORÍA DE LAS INSTALACIONES O FACILIDADES ESENCIALES

Cuando una empresa abastecedora posee un insumo indispensable para la prestación de servicios en un mercado final Normalmente, la empresa abastecedora presta servicios de acceso a las empresas en el mercado descendente, mientras que estas atienden o se encuentran más cerca del consumidor final. o más cercano al consumidor final, y duplicar o sustituir este insumo no es factible desde una perspectiva económica, surge lo que se conoce como una facilidad esencial o "cuello de botella". La **OCDE** ofrece una definición más detallada:

"La infraestructura esencial significa que prestar un servicio es sustancialmente más difícil sin acceso a esta infraestructura, y que el propietario monopolista de esta infraestructura encontraría rentable imponer al menos un aumento de precio reducido pero significativo y no transitorio sobre el nivel competitivo para acceder a esta infraestructura."⁵⁸

Por tal motivo, existen algunos criterios doctrinales que permiten determinar si una infraestructura se considera o no una facilidad esencial. En primer término y atendiendo la jurisprudencia de los Estados Unidos de Norteamérica, podemos citar el caso en el Séptimo Circuito de MCI v. AT&T(1983) generó el fundamento de la Prueba MCI, que fue adoptada por el Tribunal de Apelaciones del Séptimo Circuito, que describe cuatro elementos necesarios que deben

"Procedimiento.

(...)

2. m. Método de ejecutar algunas cosas.

(...)"

⁵⁷ "sistema.

(Del lat. *systema*, y este del gr. *σύστημα*).

(...)

2. m. Conjunto de cosas que relacionadas entre sí ordenadamente contribuyen a determinado objeto.

(...)"

⁵⁸ LATIN AMERICAN COMPETITION FORUM (Spanish Version) FORO LATINOAMERICANO DE COMPETENCIA -- Sesión I: Principios de competencia en facilidades esenciales -- Documento de base.

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

cumplirse a fin de determinar que la doctrina de facilidades esenciales es aplicable (MCI v/s T&T):

- *“Control del activo por parte del monopolista;*
- *Los competidores no tienen posibilidad de duplicar la facilidad esencial a un costo razonable;*
- *Negar a un competidor el acceso a la facilidad; y*
- *Factibilidad de ofrecimiento de la facilidad a los competidores.”⁵⁹*

En el presente caso, es importante mencionar que el Oleoducto Central (propiedad de la empresa **OCENSA**, cuyo mayor accionista es **ECOPETROL**), como infraestructura de transporte de crudo puede ser considerada como una instalación esencial, ya que transporta aproximadamente el 57,5% del crudo del país y que difícilmente puede ser sustituida por un sistema o red de características similares (extensión, tamaño, ubicación), dado que su construcción implicaría costos hundidos significativos y un prolongado periodo de tiempo.

Sobre el particular, resulta de importancia mencionar que a finales del año 2011 la empresa **OCENSA** propuso a los productores de crudo la financiación del proyecto de ampliación de capacidad de su red cuya contraprestación era el suministro de capacidad para el transporte de crudo, sin embargo, no hubo una respuesta positiva por parte de los productores, lo cual se explica por la incertidumbre, riesgo y altos costos hundidos que caracterizan los mercados de la industria petrolera, pero a su vez evidencia el carácter esencial de la infraestructura de transporte de crudo.

Ahora bien, en la información que reposa en el expediente, se puede considerar que aparentemente no todos los productores de crudo tienen acceso al oleoducto de **OCENSA** o no pueden transportar el crudo que producen, presentándose aparentemente una indebida restricción por parte del transportador. Sin embargo, del análisis de la información recaudada esta Delegatura determinó que dadas las condiciones regulatorias y de capacidad del oleoducto, tal circunstancia es ajena a la sociedad **OCENSA** por cuanto existe normatividad en torno a la posibilidad de acceder al tubo, bien sea por parte de los propietarios o por terceros no propietarios por medio de un proceso denominado “nominación”⁶⁰.

En efecto, el **MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA** mediante la Resolución No. 181258 de 2010 indicó los procedimientos, criterios y prelación que deben tenerse en cuenta para efectos de la nominación y asignación de capacidad de transporte de crudo y ordenó a las empresas transportadoras incluir en el manual del transportador la reglamentación del proceso de nominación.

⁵⁹ Ídem

⁶⁰ De acuerdo con el manual del transportador de OCENSA, se entiende por Nominación la solicitud de transporte hecha para un mes de nominación específico, que precisa: (i) el volumen de petróleo que el nominador requiere que OCENSA transporte a través del oleoducto; (ii) el punto de entrada; (iii) el punto de salida; y (iv) la indicación de las calidades mínimas, entre otros. Folio 52 del Cuaderno No. 1.

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

Así, el Manual del Transportador de **OCENSA** consagra las siguientes reglas para la asignación de la capacidad del oleoducto estableciendo ese orden de prelación hasta agotar su capacidad de transporte de crudo:

"ARTÍCULO CUARTO – ORDEN DE PRELACIÓN EN LA PROGRAMACIÓN

OCENSA transportará el Petróleo a que se refiere el Derecho de Preferencia, los Contratos de Transporte y las Nominaciones aceptadas de Terceros, de conformidad con las reglas aquí señaladas, y en particular, de acuerdo con la determinación que mes a mes se haga acerca de la Capacidad Efectiva.

OCENSA distribuirá la Capacidad Efectiva conforme al proceso de Nominación previsto en el presente Manual, en el siguiente orden de prelación:

1. Primero: *El Derecho de Preferencia, conforme a lo previsto en el Código de Petróleos, en el contrato de Concesión y en los Contratos de Transporte cuando a ello haya lugar.*
2. Segundo: *Nominaciones bajo los Contratos de Transporte en los que OCENSA ha comprometido capacidad, atendiendo en tal caso las reglas de asignación de capacidad propias de tales contratos y para todos los rangos establecidos en ellas.*
3. Tercero: *Nominaciones de los Propietarios, de volúmenes adicionales a aquellos que componen la Capacidad Contratada con cada uno de ellos.*
4. Cuarto: *(i) Nominaciones de los Remitentes no Propietarios, de volúmenes adicionales a aquellos que componen la Capacidad Contratada con cada uno de ellos, (ii) Nominaciones de Remitentes no Propietarios frente a los que OCENSA no ha comprometido capacidad, y (iii) Nominaciones de Terceros. Sin hacer distinción alguna entre las tres categorías señaladas, la capacidad será programada según el día de llegada de estas Nominaciones, dentro del plazo definido en el presente Manual. Cuando no resulte posible programarle capacidad a la totalidad de los volúmenes consignados en las Nominaciones recibidas dentro de un mismo día, la Capacidad Disponible Restante les será programada a dichas Nominaciones a prorrata de los volúmenes nominados. El mecanismo de control establecido por OCENSA para verificar el orden de recibo de las Nominaciones acá contempladas consiste en un registro elaborado por la herramienta dispuesta en el BTO para formular las Nominaciones, registro que indica la fecha y Nominador que realizó la solicitud.*
5. Quinto: *Nominaciones Restantes.*⁶¹

⁶¹ Folio 109 del Cuaderno No. 1.

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

De acuerdo con **OCENSA** el orden de prelación para la asignación de los cupos de transporte de crudo se resume en los cuatro ítems siguientes⁶²:

(i) Asignación para el derecho de preferencia. En este caso se refiere a los socios de **OCENSA** productores de crudo.

(ii) Nominaciones bajo los contratos de transporte (capacidad comprometida). A ese momento sólo uno de los socios de **OCENSA** tenía suscrito un contrato de transporte: **ECOPETROL**.

(iii) Nominaciones adicionales de remitentes no-propietarios y terceros sin acuerdo. Según **OCENSA** no hay ninguna prelación entre estos más que el orden temporal en el que se presenten las solicitudes.

(iv) Nominaciones restantes.

De acuerdo con **OCENSA**, la capacidad del oleoducto comenzó a ser insuficiente para atender la totalidad de las nominaciones debido a que aumentó la producción de crudo del país⁶³.

Al respecto, en diligencia de testimonio del 25 de octubre de 2011 el señor **OSCAR TRUJILLO JARAMILLO**, en su calidad de Gerente General de **OCENSA**, manifestó:

"Pregunta: Infórmele al Despacho si según su conocimiento OCENSA utiliza toda la capacidad del tubo?"

Respuesta: En este momento si, en este momento estamos copados, mejor dicho, si a nosotros nos nominan 560 nosotros sacamos 560. (...)⁶⁴

En consecuencia, como fue señalado y de acuerdo con las piezas probatorias obrantes en la presente averiguación preliminar, para el año 2011 el oleoducto de **OCENSA** tenía una capacidad de 560 miles de barriles por día y transportó un promedio de 563 miles de barriles por día, lo cual evidencia que el oleoducto se encuentra operando al 100% de su capacidad operativa, imposibilitando el ingreso de mas crudo.

Lo anterior, justifica para este Despacho, que en el proceso de asignación **OCENSA** de prelación, de acuerdo al manual del transportador y a la regulación del **MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA**, en primer lugar a sus socios y a continuación a quienes cuenten con contrato vigente de transporte y en último lugar a los terceros no propietarios del oleoducto. Dejando a estos últimos, como a ocurrido recientemente, sin la posibilidad de transportar su producción debido a que están operando al límite de su capacidad de transporte.

Para el caso que nos ocupa, no existe evidencia de que la negativa a asignar capacidad para el transporte de crudo a través del oleoducto de **OCENSA** tenga la potencialidad de eliminar la competencia en los mercados de producción,

⁶² Folio 58 del Cuaderno No. 1.

⁶³ Folio 58 de Cuaderno No. 1.

⁶⁴ Folio 8 del Cuaderno No. 1.

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

refinación o comercialización de crudo, toda vez que el crudo puede ser transportado por carro tanque y eventualmente a través del oleoducto central.

En conclusión, esta Delegatura pudo verificar que la no asignación de cupo para el transporte de crudo a través del oleoducto central se puede justificar objetivamente y que aun cuando el acceso a la facilidad es indispensable para llevar a cabo los negocios de los mercados aguas abajo, los mismos no serán afectados mientras existan sustitutos potenciales o reales de la misma. Incluso, no existe evidencia de que sea económicamente factible duplicar la facilidad esencial y que a pesar de las restricciones de la infraestructura y de la regulación en materia de nominaciones, resulta factible para el propietario de la facilidad esencial ofrecer acceso a terceros.

De conformidad con lo anterior, este Despacho considera que los hechos que motivaron la presente averiguación preliminar, no son indicativos de una presunta conducta contraria a la libre competencia, por lo que esta Superintendencia ordenará su archivo.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: ORDENAR el archivo del expediente radicado bajo el número 11- 34992 por las razones expuestas en la parte motiva del presente acto.

ARTÍCULO SEGUNDO: COMUNICAR el contenido de la presente resolución al **COORDINADOR DEL GRUPO DE TRABAJO PARA LA PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA**, de la Superintendencia de Industria y Comercio, identificado con C.C. No. 7.228.667, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 158 del Decreto 19 de 2012.

ARTÍCULO TERCERO: Contra la presente Resolución no procede recurso alguno, en los términos del artículo 20 de la Ley 1340 de 2009.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los **26** ABR 2013

El Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia (E)


JULIO CÉSAR CASTAÑEDA ACOSTA

Elaboró: Kristy Lorena Vivas/Jair Imbachi
Revisó: Julio César Castañeda
Aprobó: Julio César Castañeda