

**SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO**

RAD: 17-61467--1-0      FECHA: 2017-03-27 19:42:23  
DEP: 1007 GRUPO DE TRABAJO DE ABOGACIA DE LA C      EVE: 322 PRESENTACI  
TRA: 396 ABOGACIA COMPETENCIA      FOLIOS: 8  
ACT: 440 RESPUESTA

Bogotá D.C.  
1007

Doctor

**CARLOS DAVID BELTRÁN QUINTERO**

Director de Hidrocarburos

**MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA**

Calle 43 No. 57-31 CAN

BOGOTÁ D.C. COLOMBIA

**Asunto:** Radicación: 17-61467- -1-0  
Trámite: 396  
Evento: 322  
Actuación: 440  
Folios: 7

**Referencia:** Concepto de abogacía de la competencia (artículo 7 de la Ley 1340 de 2009)

Proyecto de Resolución: *“Por la cual se establece la metodología a ser aplicada en la determinación de volúmenes máximos de combustibles líquidos excluidos de IVA y exentos de arancel e impuesto nacional a la gasolina y al ACPM dentro de cada municipio reconocido como zona de frontera y su distribución a través de las estaciones de servicio habilitadas por el Ministerio de Minas y Energía”.*

Respetado Doctor Beltrán:

En relación con la comunicación indicada en la referencia, radicada con el número 17-061467 del 10 de marzo de 2017, la Superintendencia de Industria y Comercio rinde concepto sobre el proyecto de resolución *“Por la cual se establece la metodología a ser aplicada en la determinación de volúmenes máximos de combustibles líquidos excluidos de IVA y exentos de arancel e impuesto nacional a la gasolina y al ACPM dentro de cada municipio reconocido como zona de frontera y su distribución a través de las estaciones de servicio habilitadas por el Ministerio de Minas y Energía”* (en adelante el “Proyecto”), para lo cual se describirá el fundamento legal de la función de abogacía de la competencia y, posteriormente, se explicará el Proyecto y se presentará el análisis del mismo desde la perspectiva de la libre competencia económica.

## 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 (...)”.

Además, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado se pronunció sobre el efecto jurídico que podría derivarse del incumplimiento, por parte de una autoridad de regulación, de las obligaciones derivadas 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>1,2</sup> (Subraya y destacado fuera de texto)*

## 2. REGULACIÓN PROPUESTA

### 2.1. Generalidades sobre las normas relacionadas con la distribución de combustibles líquidos en las zonas de frontera y marco jurídico del Proyecto

#### 2.1.1. Ley 191 de 1995

La Ley 191 de 1995, establece un régimen especial para las zonas de frontera, con el fin de promover y facilitar, en esas zonas, el desarrollo económico, social, científico, tecnológico y cultural<sup>3</sup>. En este sentido, resulta pertinente resaltar que en esta ley, se precisa que la acción del Estado deberá orientarse, entre otras cosas, hacia la creación de medidas económicas especiales para el desarrollo de las zonas de frontera tales como la eliminación de impuestos, exenciones tributarias y generación de créditos<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 4 de julio de 2013.

<sup>2</sup> Cabe destacar que en el artículo 7 de la Ley 1340 de 2009 se indica que el regulador deberá explicar en la parte considerativa de la decisión, las razones por las cuales se aparta del concepto de abogacía de la competencia. Igualmente, el Consejo de Estado ratificó, en el concepto del 4 de julio de 2013, que las razones para apartarse del concepto de abogacía deben incluirse en la parte considerativa del acto administrativo correspondiente.

<sup>3</sup> Cfr. Artículo 1 de la Ley 191 de 1995.

<sup>4</sup> Propuesta de Metodología de Asignación de Cupos para los Municipios de Zona de Frontera, estudio soporte elaborado por la firma Delvasto & Echavarría Asociados (en adelante el "Estudio Soporte") obrante en el expediente 17-061467.



En línea con lo anterior, en el artículo 19 de la Ley 191 de 1995 se dispusieron distintas reglas para la distribución de combustibles en las zonas de frontera. Dado que este artículo ha sido modificado en varias oportunidades, más adelante se describirá su contenido actual.

### 2.1.2. Ley 681 de 2001

Mediante la Ley 681 de 2001 se reformó el régimen de distribución de combustibles en las zonas de frontera y, en particular, se modificó el artículo 19 de la Ley 191 de 1995<sup>5</sup>.

Con la expedición de la Ley 681 de 2001 se adoptaron además medidas de orden tributario y de exención arancelaria tendientes a "*conjurar irregularidades del mercado de combustibles*"<sup>6</sup> en zonas fronterizas. En este contexto se destaca la creación de un mecanismo administrativo de abastecimiento y asignación de combustibles líquidos a partir de cupos para Estaciones de Servicio (en adelante "EDS") en zonas de frontera<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> Texto del artículo conforme con la modificación es el siguiente:

*"Artículo 19. En los departamentos y municipios ubicados en zonas de frontera, previo visto bueno del Ministerio de Minas y Energía, Ecopetrol tendrá la función de distribución de combustibles líquidos derivados del petróleo.*

*En desarrollo de esta función, Ecopetrol se encargará de la distribución de combustibles en los territorios determinados, bien sea importando combustibles del país vecino o atendiendo el suministro con combustibles producidos en Colombia. El volumen máximo a distribuir por parte de Ecopetrol en cada municipio, será el establecido por la Unidad de Planeación Minero Energética, UPME, Ecopetrol podrá ceder o contratar, total o parcialmente, con los distribuidores mayoristas reconocidos y registrados como tales por el Ministerio de Minas y Energía o con terceros previamente aprobados y registrados por el Ministerio de Minas y Energía la importación, transporte, almacenamiento, distribución o venta de los combustibles. La operación de Ecopetrol se hará en forma rentable y que garantice la recuperación de los costos en que incurra.*

*Los contratos de transporte de combustibles que celebre Ecopetrol con distribuidores mayoristas, con distribuidores minoristas, o con terceros registrados y autorizados para tales efectos por el Ministerio de Minas y Energía deberán establecer de manera expresa la obligación de los distribuidores y los terceros, de entregar el combustible directamente en cada estación de servicio o en las instalaciones de los grandes consumidores ubicados en las zonas de frontera, atendiendo los cupos asignados a los mismos por la autoridad competente.*

*Los combustibles líquidos derivados del petróleo distribuidos por Ecopetrol en las zonas de frontera, directamente o a través de las cesiones o contrataciones que trata el inciso segundo de este artículo, estarán exentos de los impuestos de arancel, IVA e impuesto global.*

*PARÁGRAFO 1o. A partir de la entrada en vigencia de la presente ley, se entiende prohibida la celebración, ejecución y desarrollo de contratos de concesión para la distribución de combustibles en zonas de frontera y/o unidades especiales de desarrollo fronterizo, con terceros distintos a la Empresa Colombiana de Petróleos, Ecopetrol.*

*PARÁGRAFO 2o. Derógase el artículo 100 de la Ley 488 de 1998.*

*PARÁGRAFO 3o. Los contratos celebrados con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley deberán ajustarse a lo dispuesto en esta ley.*

*PARÁGRAFO 4o. Derógase el artículo 86 de la Ley 633 de 2000.*

*PARÁGRAFO 5o. Prohíbese la producción, importación, comercialización, distribución, venta y consumo de la gasolina automotor con plomo en el territorio nacional, exceptuando la zona atendida actualmente por la refinería de Orito, Putumayo, previa reglamentación que hará el Gobierno."*

<sup>6</sup> Pág. 15 del Estudio Soporte, expediente 17-061467. "*Con la expedición de la Ley 681 de 2001 se adoptaron, entre otras, medidas que buscaron conjurar irregularidades del mercado de combustibles, al paso que se persiguió el desarrollo fronterizo ubicando el precio de los combustibles líquidos en los municipios de zonas de frontera siquiera en una posición de equilibrio aproximado respecto de los precios que rigen para sus vecinos fronterizos.*"

<sup>7</sup> Estudio Soporte. Expediente 17-061467.



### 2.1.3. Ley 1430 de 2010 y Ley 1607 de 2012

Mediante estas leyes se actualizó el artículo 19 de la Ley 191 de 1995 tal y como se conoce actualmente, así:

(i) La **autoridad** encargada de la función de distribución de combustibles en zonas de frontera<sup>8</sup> es el Ministerio de Minas y Energía. Mediante esta disposición las funciones relacionadas que antes tenían Ecopetrol S.A. y la UPME se trasladaron al Ministerio de Minas y Energía<sup>9</sup>.

(ii) **Exención** de combustibles líquidos en zonas de frontera: Están exentos de IVA, arancel e impuesto nacional a la gasolina y al ACPM.

(iii) **Distribución**: Como se indicó, se trata de una actividad en cabeza del Ministerio de Minas y Energía. No obstante, el artículo aquí descrito resalta que el suministro podrá provenir bien del país vecino o de la oferta nacional de combustibles producidos en Colombia. El Ministerio de Minas y Energía establece un volumen máximo, cuyo transporte, importación, almacenamiento, distribución o venta será contratado con los distribuidores mayoristas<sup>10</sup> o con terceros.

(iv) **Entrega de combustibles líquidos**: Estos se entregarán únicamente a las EDS y a los comercializadores industriales ubicados en zonas reconocidas como de frontera. También se entregarán a grandes consumidores siempre que los volúmenes que demanden sean menores a 100.000 galones mensuales. Se incluye además la obligación de pactar en los contratos de distribución, cláusulas que especifiquen que los combustibles solo sean entregados a las EDS directamente o a los comercializadores industriales en las instalaciones de estos.

(v) **Regulación y esquemas tarifarios**: Se le atribuyó adicionalmente al Ministerio de Minas y Energía la función de regulación y coordinación de las actividades de distribución de combustibles y la de señalar esquemas regulatorios y tarifarios<sup>11</sup>. En particular la fijación

---

<sup>8</sup> Literal a) del artículo 4 de la Ley 191 de 1995 según el cual las **Zonas de Frontera** son: "Aquellos municipios, corregimientos especiales de los Departamentos Fronterizos, colindantes con los límites de la República de Colombia, y aquéllos en cuyas actividades económicas y sociales se advierte la influencia directa del fenómeno fronterizo." (destacado fuera de texto).

<sup>9</sup> Cfr. Parágrafo 3 del modificado artículo 19 de la Ley 191 de 1995.

<sup>10</sup> "Toda persona natural o Jurídica, que a través de una planta de abastecimiento construida con el cumplimiento de los requisitos legales, almacene y distribuya al por mayor combustibles líquidos derivados del petróleo, con excepción del gas licuado del mismo (GLP)." Tomado del literal a) del artículo 3 del Decreto 283 de 1990, modificado por el artículo 1 del Decreto 353 de 1991.

<sup>11</sup> El texto del artículo es el siguiente:

"**ARTÍCULO 9o. DISTRIBUCIÓN DE COMBUSTIBLES LÍQUIDOS EN ZONAS DE FRONTERA.** Modifíquese el artículo 1o de la Ley 681 de 2001, que modificó el artículo 19 de la Ley 191 de 1995, el cual quedará así:

*En los departamentos y municipios ubicados en zonas de frontera, el Ministerio de Minas y Energía tendrá la función de distribución de combustibles líquidos, los cuales estarán exentos del impuesto global, IVA y arancel.*

*En desarrollo de esta función, el Ministerio de Minas y Energía se encargará de la distribución de combustibles en los territorios determinados, bien sea importando combustible del país vecino o atendiendo el suministro con combustibles producidos en Colombia. El volumen máximo a distribuir será establecido por el Ministerio de Minas y Energía - Dirección de Hidrocarburos, o*





técnica de los volúmenes máximos de distribución de combustibles líquidos en los municipios de zona de frontera y, dentro de ellos, para cada una de las EDS ubicadas en los mismos.

#### **2.1.4. Reglamentación sobre la distribución de combustibles en zona de frontera**

Mediante el Decreto 386 de 2007 se reglamentó el artículo 1° de la Ley 681 de 2001. De manera particular se destaca que el Decreto 386 de 2007 incluye definiciones relacionadas con las actividades de distribución de combustibles líquidos en zonas de frontera.

Puntualmente, se resalta que para el otorgamiento del visto bueno de que trata el artículo 1° de la Ley 681 de 2001, el Ministerio de Minas y Energía-Dirección de Hidrocarburos elaborará y aprobará un plan de abastecimiento de combustibles líquidos derivados del petróleo para cada uno de los departamentos que cuenten con municipios definidos como zona frontera<sup>12</sup>.

La aprobación de cupos –volúmenes máximos- se establecerá en cuotas mensuales, teniendo en cuenta los indicadores nacionales per cápita de consumo de combustibles aplicados a cada municipio de zona de frontera y el flujo vehicular interurbano asociado al municipio fronterizo<sup>13</sup>.

El Ministerio de Minas y Energía – Dirección de Hidrocarburos establecerá, dentro de cada municipio de zona de frontera, el volumen que corresponda para cada una de las EDS que se

---

*quien haga sus veces, quien podrá ceder o contratar, total o parcialmente con los distribuidores mayoristas y terceros, la importación, transporte, almacenamiento, distribución o venta de los combustibles.*

*El combustible se entregará exclusivamente a las estaciones de servicio y comercializadores industriales ubicados en los municipios reconocidos como zonas de frontera, para ser distribuido al parque automotor y a los grandes consumidores que consuman volúmenes inferiores a los 100.000 galones mensuales, en la forma establecida en las disposiciones vigentes. El combustible distribuido a grandes consumidores en Zonas de Frontera no goza de las exenciones a que se refiere el inciso primero del presente artículo.*

*Los contratos de transporte de combustibles que celebre el Ministerio de Minas y Energía, a través de la Dirección de Hidrocarburos, con distribuidores mayoristas, distribuidores minoristas o con terceros, deberán establecer de manera expresa que estos agentes se obligan a entregar el combustible directamente en cada estación de servicio y en los vehículos del comercializador industrial y las instalaciones que estos atienden, en concordancia con los cupos asignados.*

*PARÁGRAFO 1o. Prohíbese la producción, importación, comercialización, distribución, venta y consumo de la gasolina automotor con plomo en el territorio nacional, exceptuando la zona atendida por la Refinería de Orto, Putumayo, de acuerdo con la reglamentación expedida por el Gobierno.*

*PARÁGRAFO 2o. El Ministerio de Minas y Energía tendrá a su cargo, con la debida recuperación de los costos, la regulación y coordinación de las actividades de distribución de combustibles, para lo cual establecerá planes de abastecimiento y podrá señalar esquemas regulatorios y tarifarios que permitan el desarrollo de lo establecido en el presente artículo, así como programas de reconversión socio laborales para aquellas personas que ejercen la distribución de combustibles sin la observancia de las normas legales.*

*PARÁGRAFO 3o. Establézcase un periodo de transición hasta el 1o de enero de 2012, para que el Ministerio de Minas y Energía asuma las funciones señaladas en el presente Artículo, período durante el cual Ecopetrol S. A. y la UPME continuarán a cargo de las labores que sobre el particular venían ejerciendo, Ecopetrol S. A. y la UPME cederán al Ministerio de Minas y Energía, a título gratuito, los desarrollos tecnológicos y logísticos necesarios para cumplir con estas funciones."*

<sup>12</sup> El Decreto 386 de 2007, se encuentra compilado en Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Minas y Energía, 1073 de 2015. La obligación descrita está en el artículo 2.2.1.1.2.2.6.8.

<sup>13</sup> Cfr. Art. 4°, párrafo 3° del Decreto 386 de 2007 incorporado en el 2.2.1.1.2.2.6.9. del Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Minas y Energía, 1073 de 2015.

encuentren ubicadas en dichos municipios, de acuerdo con las compras -primera variable- y la capacidad instalada -segunda variable-. Para el efecto, se tomará una ponderación del ochenta por ciento (80%) para la primera variable y una ponderación del veinte por ciento (20%) para la segunda. En el acto administrativo de carácter general correspondiente (ejemplo de ello es el Proyecto), se señalará la metodología respectiva y los periodos que se tendrán en cuenta para llevar cabo la asignación de combustibles líquidos<sup>14</sup>.

Por su parte, la Resolución 9 1283 de 21 de noviembre de 2014, expedida por el Ministerio de Minas y Energía, contiene la metodología actual para la asignación de cupos de combustible en la zonas de frontera.

La metodología contenida en esta resolución tiene dos fases. Por un lado, la determinación de volúmenes máximos -primera fase- de combustible líquidos exentos de arancel e impuesto nacional a los municipios reconocidos como zona de frontera y, por el otro, la asignación de cupos de combustible -distribución de volúmenes, segunda fase- entre las EDS allí localizadas.

## 2.2. El Proyecto

El Proyecto sometido a consideración de esta Superintendencia pretende actualizar la metodología que se aplicará en la determinación de (i) **volúmenes máximos** de combustibles líquidos excluidos de IVA y exentos de arancel e impuesto nacional a la gasolina y al ACPM dentro de cada municipio reconocido como zona de frontera; y (ii) su distribución a través de las EDS habilitadas por el Ministerio de Minas y Energía.

De acuerdo con el estudio en el que se describe la Propuesta de Metodología de Asignación de Cupos para los Municipios de Zona de Frontera allegado al expediente 17-061467 ("Estudio Soporte"), se encontró que existe una relación importante entre las variables socioeconómicas que caracterizan a una población y los consumos de combustible<sup>15</sup>, consideración que fue incluida en el Proyecto.

Así pues, el Proyecto se compone de 11 artículos, de los cuales el artículo primero define los términos que se utilizarán tanto en la (i) asignación de volúmenes máximos de combustibles municipales; como en la (ii) distribución de volúmenes máximos a las estaciones de servicio.

El artículo segundo explica la metodología de asignación, la cual se compone de dos etapas: i) la asignación de volúmenes máximos de combustibles municipales; y ii) la distribución de volúmenes máximos de combustibles entre las EDS activas en cada municipio.

<sup>14</sup> Decreto 386 de 2007 art. 4°; párrafo 3° modificado por el decreto 2776 de 2010, art. 5°; Parágrafo adicionado por el Decreto 733 de 2008, art 2°; este artículo tiene adiciones de párrafos transitorios realizadas: por el artículo 1 del decreto 733 de 2008 y el artículo 2° del decreto 2776 de 2010.

<sup>15</sup> "El Decreto 1073 de 2016 ordena que para la definición de los cupos de los municipios fronterizos se tengan en cuenta variables demográficas, económicas y de ubicación de las EDS al momento de distribuir los cupos asignados a los municipios. En análisis previos se revisaron variables socioeconómicas frente a los consumos de combustibles procurando encontrar una dependencia directa o algún grado de correlación entre aquellas. Variables como PIB, NBI, ICP, fueron analizadas frente a los consumos de combustibles sin hallar una relación directa entre ellas. Finalmente, se encontró que existen relaciones bastante aproximadas entre la población y el valor agregado municipal y los consumos de combustibles". Estudio Soporte del expediente 17-061467. Página 48.



(i) Asignación de volúmenes máximos de combustibles municipales

La metodología señala que para la asignación de volúmenes máximos de combustibles municipales, se debe calcular un volumen base municipal con el fin de “establecer el escenario que contenga el mayor grado de certeza en la estimación de la demanda potencial de combustible en la zona de frontera, para lo cual se requiere encontrar una estimación del consumo, teniendo en cuenta la incidencia de particulares propias de la zona de frontera”<sup>16</sup>.

Para dicho cálculo se propone un periodo de 16 meses, los últimos 4 meses de 2015, periodo que comprende los cupos más altos debido al cierre de la frontera con Venezuela y, los 12 meses de 2016<sup>17</sup>.

El resultado del ejercicio descrito, determinó que las variables a ser incluidas en el modelo deben ser población<sup>18</sup> y valor agregado<sup>19</sup>, entendido este último como el valor “adicional creado en el proceso de producción por efecto de la combinación de factores”<sup>20</sup>.

En síntesis, la asignación de los volúmenes máximos de combustibles para los distintos municipios dependerá de las dos variables señaladas, esto es, el tamaño de la población correspondiente y el valor agregado de los municipios. En este sentido, según se desprende de la metodología, a mayor población y mayor valor agregado, mayores serán las necesidades de combustibles. Para el caso del valor agregado, conviene precisar que, según la metodología, si un municipio genera más recursos, mayores serán en consecuencia los requerimientos de combustibles<sup>21</sup>.

(ii) Distribución de volúmenes máximos de combustibles a las EDS

Una vez definidos los volúmenes máximos por municipio, se procede con la segunda etapa, esto es, a su distribución entre las EDS de cada municipio.

Los Volúmenes Máximos Distribuidos (VMD) de combustibles entre las EDS se realiza teniendo en cuenta los Volúmenes Distribuidos por Compras (VDC)<sup>22</sup> y los Volúmenes Distribuidos por

---

<sup>16</sup> Artículo 2 del Proyecto.

<sup>17</sup> Estudio Soporte del expediente 17-061467. Página 68.

<sup>18</sup> Estudio Soporte. Expediente 17-061467. Página 52. “Al aplicar la metodología se predecirían los consumos estandarizados de los municipios de las zonas de frontera con base en el tamaño de la población. De acuerdo con el modelo, los valores resultantes son una indicación de las compras que deberían realizar las EDS de esos municipios.”.

<sup>19</sup> Artículo 2 del Proyecto.

<sup>20</sup> Artículo 1 del Proyecto.

<sup>21</sup> Estudio Soporte. Expediente 17-061467.

<sup>22</sup> “Para el Volumen Distribuido por Compras realizadas por cada estación de servicio, se toma el periodo comprendido entre septiembre de 2015 a diciembre de 2016, de acuerdo con el periodo seleccionado para la determinación de los Volúmenes Máximos Municipales. Este volumen incluye tanto las compras realizadas dentro y fuera de los volúmenes máximos asignados por



Almacenamiento (VDA)<sup>23</sup> de cada EDS y su participación dentro del Volumen Máximo Municipal (VMM). La utilización de las variables de compras de combustibles (VDC) y capacidad de almacenamiento (VDA) debe tener una proporción 80% y 20% respectivamente para la determinación de la participación de las EDS en los Volúmenes Máximos Municipales (VMM), en cumplimiento con lo dispuesto en el Decreto 386 de 2007, compilado en el Decreto 1073 de 2015<sup>24</sup>.

La suma de los volúmenes distribuidos en las EDS ubicadas en un municipio de zona de frontera, no podrá superar el volumen máximo asignado al municipio.

(iii) Disposiciones varias

Del artículo tercero en adelante, se incluyen varias disposiciones, entre las cuales se destaca la fijación de límites máximos para la asignación de los volúmenes a las EDS. De esta manera, en el artículo 3 del Proyecto se propone que para zonas metropolitanas el límite máximo sea de 320.000 galones/mes y, para otros municipios, el límite correspondería a 220.000 galones/mes.

Por su parte, el primer inciso del artículo 6 del Proyecto<sup>25</sup> establece lo siguiente:

**“ARTICULO 6. PROCEDIMIENTO PARA LA INCORPORACIÓN DE NUEVAS ESTACIONES DE SERVICIO.** El Ministerio de Minas y Energía -Dirección de Hidrocarburos, otorgará durante el primer trimestre de cada año, volúmenes máximos a las estaciones de servicio que hayan quedado por fuera de la asignación general llevada a cabo en determinado año, siempre y cuando cumplan con todos los requisitos legales, bajo la metodología general establecida e incorporada en la presente Resolución. Lo anterior sin perjuicio del ejercicio y desarrollo de su actividad comercial desde el momento en que cumplan los requisitos y autorizaciones de conformidad necesaria para su operación de distribución de combustibles a precio nacional.

(...)”.

Además, en el artículo 7 se dispone que, cuando una EDS haya consumido el valor máximo distribuido de combustible, deberá continuar prestando el servicio de distribución minorista al precio nacional y sin las exenciones tributarias aplicables, con el fin de garantizar el abastecimiento en las zonas de frontera.

---

estación de servicio durante el periodo de tiempo relacionado así como los consumos de cesiones recibidas.” Artículo 2 del Proyecto.

<sup>23</sup> “Para analizar el Volumen Distribuido por Almacenamiento (VDA) se debe hallar el Índice de Rotación de Inventarios (IRI) y posteriormente el Factor de Almacenamiento (FAM) a través de las fórmulas abajo descritas, para lo cual debe tenerse en cuenta la capacidad de almacenamiento de cada estación reportada en SICOM, el Promedio de Compras mensuales de la estación de servicio entre septiembre de 2015 a diciembre de 2016 y la capacidad óptima de almacenamiento definida en 9 días.” Artículo 2 del Proyecto.

<sup>24</sup> Artículo 2 del Proyecto.

<sup>25</sup> Obrante en el expediente 17-061467.





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

#### **3.1. Consideraciones Preliminares sobre la Asignación de Volúmenes Máximos de Combustibles y su Distribución a las EDS**

Como se establece en la Constitución Política y bien se ha explicado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, corresponde al Estado la dirección general de la economía<sup>26</sup> (Art. 334 de la C.P.). Por su parte, el artículo 333 de la Constitución reconoce la libre competencia económica como un derecho de todos pero que supone responsabilidades (Art. 333 de la C.P.).

Sobre el derecho de la libre competencia económica ha señalado la Corte Constitucional que:

*"La libre competencia consiste en la facultad que tienen todos los empresarios de orientar sus esfuerzos, factores empresariales y de producción a la conquista de un mercado, en un marco de igualdad de condiciones y comprende, de conformidad con jurisprudencia constitucional, al menos tres prerrogativas: (i) la posibilidad de concurrir al mercado, (ii) la libertad de ofrecer las condiciones y ventajas comerciales que se estimen oportunas, y (iii) la posibilidad de contratar con cualquier consumidor o usuario. Para garantizar la libre competencia, el Estado es entonces responsable de eliminar las barreras de acceso al mercado y censurar las prácticas restrictivas de la competencia, como el abuso de la posición dominante o la creación de monopolios."<sup>27</sup>*

De igual modo, en la parte considerativa del Proyecto, se mencionan los artículos 285, 289 y 337 de la Constitución Política como el fundamento constitucional del Proyecto. Para los fines del análisis de esta Superintendencia, se destaca el artículo 337 de la Constitución Política según el cual:

*"La Ley podrá establecer para las zonas de frontera, terrestres y marítimas, normas especiales en materias económicas y sociales tendientes a promover su desarrollo."*

Adicionalmente, como se indicó en este documento, la distribución de combustibles líquidos en las zonas de frontera corresponde al Ministerio de Minas y Energía, según se establece en el artículo 19 de la Ley 191 de 1995.

En este orden de ideas, es claro que la asignación de volúmenes máximos de combustibles líquidos a municipios y su distribución entre las distintas EDS, es una facultad prevista en la misma ley, razón por la cual el mercado de combustibles líquidos en zonas de frontera es una

<sup>26</sup> Corte Constitucional, Sentencia C- 263 de 2013, sobre la intervención del Estado en la Economía: "Para compatibilizar el régimen de libertades económicas con la cláusula de Estado Social de Derecho existen diversos mecanismos de intervención en la economía[10]. El Estado tiene a su cargo la dirección general de la economía y, en esa medida, es no sólo legítima su intervención en ciertos sectores, sino que en algunos eventos se hace necesaria con el fin de racionalizarla y conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de la población, la distribución equitativa de oportunidades y los beneficios del desarrollo."

<sup>27</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-263 de 2011.



actividad direccionada e intervenida por el Estado en el contexto de lo señalado en el artículo 334 de la Constitución Política.

Ahora bien, la asignación de volúmenes máximos implica una intervención directa de la variable "cantidad", la cual, en un mercado no regulado, suele dejarse a la suerte de la libre interacción entre oferta y demanda. Esta última sería, por regla general, la alternativa preferida por esta Superintendencia, en atención a que es el funcionamiento general del mercado el que permite asignar de manera eficiente las cantidades que los oferentes deben colocar en el mismo.

De acuerdo con lo anterior y ante la ausencia de una consideración expresa en la parte motiva del Proyecto que precise cuál es la falla de mercado que pretende atender la regulación, esta Superintendencia recurre al Estudio Soporte, del cual se desprende que, además de las disposiciones legales que justifican una intervención de esta naturaleza, la metodología propuesta en el Proyecto obedece principalmente al importante diferencial de precios de los combustibles líquidos nacionales frente a aquellos de países vecinos como Venezuela, en donde los combustibles están altamente subsidiados<sup>28</sup>.

Así mismo, debido a los altos subsidios de los combustibles líquidos en los países vecinos, de no intervenir el mercado, no existirían incentivos económicos para construir EDS en territorio colombiano y así distribuir en el nivel minorista combustibles en las zonas de frontera, lo cual haría dependiente a estas regiones de las importaciones de combustibles que no siempre son posibles debido a los constantes cierres de frontera, como ha ocurrido en el pasado con Venezuela<sup>29</sup>.

En consonancia con lo anterior, se desprende que lo que el Proyecto busca corregir es una circunstancia que se asemeja a una falla de mercado<sup>30</sup> relacionada con la imposibilidad de un real funcionamiento de la libre competencia económica<sup>31</sup> que se produciría como consecuencia

---

<sup>28</sup> Documento Soporte, Págs. 44 y siguientes. Expediente 17-061467.

<sup>29</sup> Documento Soporte, Págs. 44 y siguientes. Expediente 17-061467.

<sup>30</sup> "Así pues, la intervención estatal se justifica cuando el mercado carece de condiciones de competitividad o para proteger al mercado de quienes realizan acciones orientadas a romper el equilibrio que lo rige, fenómenos ambos que obedecen al concepto de "fallas del mercado". Corte Constitucional, Sentencia C-150 de 2003.

<sup>31</sup> "4.2.1 Fallo de la competencia.

*Para que los mercados sean eficientes en el sentido de Pareto, tiene que haber competencia perfecta, es decir, ha de existir un número suficientemente grande de empresas que crean cada una de ellas que no pueden influir en los precios. Pero en algunos sectores -superordenadores, aluminio, cigarrillos, tarjetas de felicitación- hay relativamente pocas empresas o una o dos tienen una gran cuota de mercado. Cuando hay una única empresa en el mercado, los economistas la llaman monopolio; cuando hay unas cuantas, los economistas las denominan oligopolio. E incluso cuando hay muchas, cada una puede producir un bien algo distinto y pueden pensar, pues, que se enfrentan a una curva de demanda de pendiente negativa. Los economistas llaman competencia monopolística a esas situaciones. En todos estos casos, la situación se aleja del ideal de la competencia perfecta, en el que cada empresa es tan pequeña que cree que no puede hacer nada para influir en los precios.*

*Es importante reconocer que incluso en estas circunstancias puede parecer que las empresas compitan realmente entre sí y que la economía de mercado "funcione", en el sentido de que se producen bienes que parece que gustan a los consumidores.*

*El primer teorema fundamental de la economía del bienestar -el que las economías de mercado sean eficientes en el sentido de Pareto- exige que haya algo más que una cierta competencia. Como hemos visto en el capítulo anterior, la eficiencia en el sentido de Pareto entraña rigurosas condiciones, como la eficiencia en el intercambio, en la producción y en la combinación de productos,*



de los subsidios en países vecinos sobre los combustibles líquidos. Dicho en otras palabras, no habría agentes económicos o serían muy pocos los que estarían dispuestos a intentar competir con los precios de los combustibles líquidos de los países en los que estos se subsidian de manera importante.

Como toda regulación que interviene un mercado, surgen algunas circunstancias que merecen atención del Regulador. Entre ellas, por ejemplo, que los combustibles distribuidos entre las EDS sean desviados a otras partes del país y que por esta vía, se afecte la libre competencia en los municipios contiguos de aquellos ubicados dentro de la zona de frontera. En efecto, si los combustibles asignados para ser consumidos en las zonas de frontera, terminan en otros lugares del país, se podría perjudicar a las EDS incumbentes, poniéndolas en condiciones artificiales de desigualdad creadas por un efecto no deseado de la regulación, lo cual dificultaría su posibilidad para competir con las EDS de zonas de frontera que se beneficiarían de las exenciones tributarias.

Por lo anterior, si bien la medida puede ser positiva para corregir la falla de mercado con los países fronterizos, se podría estar generando por esta vía una distorsión de la libre competencia por fuera de la zona de frontera. La disminución de este riesgo dependerá en buena medida del éxito de la nueva metodología, de forma tal que se asignen los volúmenes que en efecto serán consumidos.

### **3.2. Sobre el Artículo 6 del Proyecto referido al Procedimiento de Incorporación de Nuevas EDS**

En el primer inciso del artículo 6 del Proyecto se establece que el Ministerio de Minas y Energía -Dirección de Hidrocarburos otorgará durante el primer trimestre de cada año, volúmenes máximos a las EDS que hayan quedado por fuera de la asignación general llevada a cabo en determinado año, siempre y cuando cumplan con todos los requisitos legales, bajo la metodología general establecida e incorporada en la presente Resolución.

Respecto de las restricciones introducidas por la regulación, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) se ha pronunciado en los siguientes términos:

“(…)

*En los casos en los que se impongan restricciones, **deberán evaluarse en términos de una serie de factores que tomen en cuenta si existe un vínculo claro entre la restricción en cuestión y el logro de un objetivo público específico; si las restricciones no son más limitantes de lo necesario para lograr la meta; si se cuenta con un análisis racional para apoyar la probabilidad de que la meta de política se logre mediante la restricción y si las restricciones se limitan a un***

---

*y estas condiciones normalmente solo se satisfacen si cada una de las empresas y de los hogares cree que no puede influir en los precios.” Stiglitz, Joseph J. La Economía del Sector Público, Antoni Bosch, editor S.A. España, 2000. P. 92.*

Disponible en: <[http://institutedeestudiosurbanos.info/dmdocuments/cendocieu/0\\_Gestion/Economia\\_Sector\\_Publico-Stiglitz\\_J-2000.pdf](http://institutedeestudiosurbanos.info/dmdocuments/cendocieu/0_Gestion/Economia_Sector_Publico-Stiglitz_J-2000.pdf)>



*horizonte temporal definido por medio de disposiciones regulatorias explícitas*<sup>32</sup> (Resaltado fuera de texto).

La Superintendencia no observa en la parte motiva del Proyecto la justificación expresa sobre la medida descrita en el artículo 6.

No obstante, esta Entidad entiende que una de las razones para tal restricción obedecería a que, de otra forma, el Ministerio se enfrentaría a la necesidad permanente de recalcular la distribución de los volúmenes máximos para cada EDS, toda vez que el mismo artículo 6 prohíbe el aumento del volumen máximo para cada municipio incluso con el ingreso de nuevas EDS. Esto podría hacer inoperante la aplicación de la metodología, porque se generaría una incertidumbre jurídica para las EDS que ya estén en el mercado respecto de las cantidades de combustible líquido con que contarían para desarrollar su actividad económica.

Estas dificultades, entre otras, motivan generalmente a la Autoridad Nacional de Competencia a reprochar las medidas regulatorias que establezcan cupos que limiten la libre interacción de la oferta y la demanda que, en condiciones normales de mercado, tiende a autorregularse. Sin embargo, las leyes antes señaladas y la mencionada falla de mercado asociada con los subsidios de combustibles líquidos de países fronterizos, convierten a la metodología y a la restricción del artículo 6 en aceptable de cara a la libre competencia económica.

Pese a lo anterior, ante una alternativa regulatoria como estas, la Superintendencia recomendará al Ministerio de Minas y Energía que morigere la medida del artículo 6 del Proyecto, de manera tal que por lo menos exista la posibilidad de que el ingreso de nuevas EDS se permita al menos en dos periodos durante el año.

### **3.3. Obligación del Artículo 7 para las EDS que consuman el Volumen Máximo de Combustible asignado**

Se establece en el artículo 7 del Proyecto lo siguiente:

*"Cuando una estación de servicio consuma el volumen máximo distribuido de combustible que le ha sido asignado para un respectivo periodo antes de finalizar el mes, y con el fin de garantizar el abastecimiento de los municipios, **deberá continuar prestando el servicio de distribución minorista de combustibles mediante la compra de producto a precio nacional**, el cual deberá solicitarlo diligentemente al distribuidor mayorista autorizado, sin las exenciones tributarias de que trata el artículo 173 de la Ley 1607 de 2012, modificado por el artículo 220 de la Ley 1819 de 2016."* (destacado fuera de texto)

Como se observa en el artículo citado, mediante el Proyecto se establece la obligación, en cabeza de las EDS, de tener que seguir prestando el servicio de distribución minorista mediante la adquisición de combustibles líquidos "a precio nacional".

<sup>32</sup> Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). Herramientas para la evaluación de la competencia. Volumen I: Principios. Versión 2.0. Pág. 15. [en línea]. [Consultado 6 dic, 2016]. Disponible en <<http://www.oecd.org/daf/competition/98765432.pdf>>





Aunque la Superintendencia comprende el interés que existe por parte del Ministerio de reducir el riesgo de desabastecimiento en las zonas de frontera, se llama la atención respecto de que el establecimiento de volúmenes máximos o cupos para el cumplimiento de políticas públicas, va acompañado de ciertas repercusiones. En efecto, lo que en condiciones de libre mercado no sería motivo de preocupación para el Regulador, lo termina siendo por cuenta de la regulación misma.

Así, en este caso, surge pues la pregunta para el Regulador de qué hacer cuando los cupos asignados a las EDS sean consumidos. En este sentido, la alternativa regulatoria seleccionada por el Ministerio de Minas y Energía corresponde a la de obligar a las EDS a vender a precio nacional.

Ahora bien, según el Estudio Soporte, en muchas ocasiones el cupo no es utilizado en su totalidad y por esta razón, la obligación para las EDS de comprar a precio nacional los combustibles líquidos no sería la regla<sup>33</sup>.

Del mismo modo, resulta pertinente señalar que la Corte Constitucional ha entendido que la explotación, refinación, transporte y distribución de petróleo y sus derivados, cuando estén destinados al abastecimiento de combustibles del país, constituye un servicio público<sup>34</sup>. Sin embargo, igualmente ha afirmado la Corte que:

*“(…), los límites a la libertad económica justifican la intervención estatal en el mercado, de modo que el Estado esté habilitado para ejercer labores de regulación, vigilancia y control, a través de una serie de instrumentos de intervención con los cuales se controlan y limitan los abusos y deficiencias del mercado. Dicha intervención es mucho más intensa precisamente cuando se abre la posibilidad de que a la prestación de los servicios públicos concurren los particulares.*

(…)

*(…). No obstante, tampoco resulta acertado concluir que el Estado puede intervenir en la economía de cualquier modo, bajo el argumento de cumplir con las finalidades antes planteadas. En contrario, la jurisprudencia de esta Corporación ha previsto que esa intervención será compatible con los preceptos que dispongan la intervención del Estado en el mercado solo resultarán acordes con la Carta Política cuando esta “i) necesariamente debe llevarse a cabo por ministerio de la ley; ii) **no puede afectar el núcleo esencial de la libertad de***

<sup>33</sup> “La Gráfica 8 también permite observar que las compras, salvo el periodo más crítico del cierre de la frontera, han estado entre un 10% y un 20% en promedio, por debajo de los cupos asignados.” Pág. 47, Estudio Soporte. Expediente 17-061467.

<sup>34</sup> “Para este efecto se considera como servicio público, toda actividad organizada que tienda a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua, de acuerdo con un régimen jurídico especial, bien que se realice por el Estado directa o indirectamente, o por personas privadas. Constituyen, por tanto, servicio público, entre otras, las siguientes actividades:

(…)

h) Las de explotación, refinación, transporte y distribución de petróleo y sus derivados, cuando estén destinadas al abastecimiento normal de combustibles del país, a juicio del gobierno;(…)” Corte Constitucional, Sentencia C-378/10.



*empresa; iii) debe obedecer a motivos adecuados y suficientes que justifiquen la limitación de la referida garantía; iv) debe obedecer al principio de solidaridad; y v) debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad<sup>35</sup>. (destacado fuera de texto)*

En este orden de ideas, surge entonces una tensión entre la posibilidad de intervenir la economía en los términos del artículo 334 constitucional y la libertad de empresa del artículo 333 de la Constitución Política. Para esta Superintendencia, esta tensión se debe resolver con preferencia del artículo 333 de la Constitución Política, puesto que, obligar a una empresa a continuar desarrollando una actividad comercial, aun en posible detrimento de la rentabilidad de su negocio, resulta ser la más restrictiva de las alternativas regulatorias de cara a la libertad de empresa, la iniciativa privada y la libre competencia económica.

De acuerdo con lo anterior, dadas las particularidades de este mercado y en línea con las medidas propuestas en el Proyecto, esta Superintendencia recomendará al Ministerio de Minas y Energía modificar el artículo 7 en el sentido de eliminar la obligación para las EDS de desarrollar su actividad empresarial en las condiciones ante descritas, puesto que tal decisión se ubica más en el ámbito amparado por la libertad de empresa y la iniciativa privada.

#### 4. RECOMENDACIONES

De acuerdo con lo expuesto, la Superintendencia de Industria y Comercio **recomienda** al Ministerio de Minas y Energía:

- **Modificar** el artículo 6 del Proyecto en el sentido de permitir que al menos exista la posibilidad de que el ingreso de nuevas EDS sea en dos periodos al año, para mitigar así los efectos que la restricción puede tener en la libertad de empresa y la iniciativa privada.
- **Modificar** el artículo 7 del Proyecto en el sentido de eliminar la obligación para las EDS de desarrollar su actividad empresarial en las condiciones ante descritas, puesto que tal decisión se ubica más en el ámbito amparado por la libertad de empresa y la iniciativa privada. En consecuencia, se recomienda:
  - (i) Con el fin de amparar la decisión libre y autónoma de las empresas de continuar vendiendo combustibles líquidos, modificar el artículo 7 en los siguientes términos:

**“ARTÍCULO 7. CONSUMO TOTAL DEL VOLUMEN MAXIMO DISTRIBUIDO DE COMBUSTIBLE:** Cuando una estación de servicio consume el volumen máximo distribuido de combustible que le ha sido asignado para un respectivo periodo antes de finalizar el mes, y con el fin de garantizar el abastecimiento de los municipios, **podrá** continuar prestando el servicio de distribución minorista de combustibles mediante la compra de producto a precio nacional, el cual deberá solicitarlo

<sup>35</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-228/10.



*diligentemente al distribuidor mayorista autorizado, sin las exenciones tributarias de que trata el artículo 173 de la Ley 1607 de 2012, modificado por el artículo 220 de la Ley 1819 de 2016.”*

- (ii) Adicionalmente, con el fin de reducir los riesgos de desabastecimiento de combustibles líquidos en zonas de frontera, considerar otras alternativas regulatorias tales como: (a) generar incentivos económicos de otra naturaleza que promuevan la venta de combustibles líquidos incluso cuando se haya consumido la totalidad del cupo; (b) establecer o reforzar los mecanismos de control de desviación de los cupos a otras zonas del país para evitar la indebida utilización de los mismos; y/o (c) buscar la negociación y celebración de acuerdos internacionales<sup>36</sup> con países vecinos que fomenten el funcionamiento libre del mercado de los combustibles líquidos.

Finalmente, esta Superintendencia agradece al Ministerio de Minas y Energía que al momento de expedir el acto administrativo definitivo, se remita copia del mismo al correo electrónico [ibeltran@sic.gov.co](mailto:ibeltran@sic.gov.co), para efectos de seguimiento de la normatividad vigente.

Atentamente,



**JORGE ENRIQUE SÁNCHEZ MEDINA**  
SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA LA PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA

Elaboró: Aura Elena Rincón Peña – Ismael Beltrán Prado  
Revisó: Ismael Beltrán Prado – Liliana Cruz Pinzón  
Aprobó: Jorge Enrique Sánchez Medina

<sup>36</sup> Cfr. Fundación para la Educación Superior y el Desarrollo (Fedesarrollo). La Ley de Fronteras y su Efecto en el Comercio de Combustibles Líquidos. Pág. 40.

