

Bogotá D.C.

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RAD: 16-67298- -5-0 FECHA: 2016-04-07 12:09:50
DEP: 1007 GRUPO DE TRABAJO EVE: SIN EVENTO
DE ABOGACIA DE LA C
TRA: 396 ABOGACIA FOLIOS: 10
COMPETENCIA
ACT: 440 RESPUESTA

1007

Doctor
CARLOS DAVID BELTRÁN QUINTERO
Director de Hidrocarburos
MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA
Calle 43 No. 57-31 CAN
BOGOTA D.C. COLOMBIA

Asunto: Radicación: 16-67298- -5-0
Trámite: 396
Evento:
Actuación: 440
Folios: 10

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

Proyecto de decreto *"Por el cual se modifica el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Minas y Energía, 1073 de 2015, en relación con la conformación del Consejo Nacional de Operación de Gas, CNO"*.

Estimado(a) Doctor:

En relación con el asunto de la referencia, esta Superintendencia rinde concepto frente al proyecto de decreto del Ministerio de Minas y Energía, para lo cual, en primer lugar, se describirá el fundamento legal de la abogacía de la competencia y, a continuación, los aspectos relativos a la regulación propuesta, el análisis del proyecto de resolución y finalmente la recomendación.

1. FUNDAMENTO LEGAL

De acuerdo con el artículo 7 de la Ley 1340 de 2009, regulado 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*

Al contestar favor indique el número
de radicación que se indica a continuación:
Radicación: 16-67298- -5-0 – 2016-04-07 12:09:50

21

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 (...)”.

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado se pronunció sobre el efecto jurídico que podría derivarse del incumplimiento de una autoridad de regulación de las obligaciones 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”¹.

2. REGULACIÓN PROPUESTA

De acuerdo con la memoria justificativa allegada por la autoridad de regulación, el proyecto remitido pretende *“garantizar que las recomendaciones que haga el [Consejo Nacional de Operación de Gas Natural] sobre aspectos técnico-operativos recojan integralmente el panorama energético nacional y representen equitativamente los requerimientos de la oferta de suministro y capacidad de transporte, así como la demanda de gas natural a nivel regional”².*

A juicio del Ministerio de Minas y Energía y en línea con el objetivo planteado, se podría mejorar el funcionamiento del Consejo Nacional de Operación de Gas Natural³ (en adelante “CNO Gas”) mediante modificaciones en su composición.

Actualmente, el artículo 2 del Decreto 2225 del 2000 establece que el CNO GAS se conforma de la siguiente manera:

“1. Un (1) representante del Ministro de Minas y Energía con voz y voto, quien lo preside.

2. Cuatro (4) representantes de los productores con voz y voto a razón de 1 por

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

² Memoria justificativa. Folio 3.

³ *“Tiene la función de hacer recomendaciones que busquen que la operación integrada del Sistema Nacional de Transporte de Gas Natural sea segura, confiable y económica”.* Memoria justificativa. Folio 1.

7/1

cada 25% de la producción total de gas del país.

3. Cuatro (4) representantes de los remitentes con voz y voto a razón de 1 por cada 25% de la demanda total de gas del país.

(2 de estos deberán representar el sector termoeléctrico).

4. Un (1) representante del Centro Nacional de Despacho Eléctrico con voz y voto.

5. Los representantes de los Sistemas de Transporte de Gas Natural con voz y voto que tengan capacidad superior a 50 Mpcd.”

En opinión del Ministerio de Minas y Energía, esta estructura genera asimetrías entre el número de representantes de los segmentos interesados (i.e. productores, transportadores y remitentes). En el esquema en cuestión, los productores tienen una cuota de 4 representantes, los transportadores 6, mientras que los remitentes tienen 4. Lo anterior se debe a que en el numeral 5 del artículo 2 del Decreto 2225 del 2000, se estipula que todos los transportadores que tengan capacidad superior a 50 Mcdp tienen derecho a una silla con voz y voto, lo cual se contrasta con los productores y remitentes quienes, bajo la regulación actual, pueden tener como máximo cuatro plazas.

Otro factor relevante que preocupa al Ministerio de Minas y Energía es la posible presencia en el CNO GAS de empresas que tienen vínculos corporativos, toda vez que la concurrencia de miembros con voz y voto que representen los mismos intereses económicos podría ocasionar que las decisiones tomadas en el Comité no sean representativas del sector sino de intereses particulares.

En atención a la luz de las inquietudes planteadas, el Ministerio de Minas y Energía propone cambios a la estructura del CNO Gas, dentro de las cuales se resaltan las siguientes:

- La cantidad de miembros con voz y voto que pueden tener los transportadores⁴: Se propone limitar la representación del eslabón de los transportadores a cuatro (4) plazas con voz y voto. El número de representantes de los productores y remitentes permanece sin modificaciones.
- La prohibición de que empresas con vínculos económicos puedan ser simultáneamente participantes con voz y voto: En los párrafos (3) tres, (4) cuatro y (5) cinco del Artículo 2.2.2.3.1. del Decreto 1073 de 2015, que sería modificado por el Artículo 3 del proyecto regulatorio objeto de estudio, se plantea como condición para habilitar a las empresas productoras, transportadoras y remitentes, respectivamente, para ser miembros con voz y voto del CNO Gas, “que ninguno de los seleccionados tenga vínculo económico con otro de los miembros”.

⁴ Proyecto de Decreto: Conformación CON GAS. Artículo 3.

79

En el marco de los cambios y actualizaciones propuestos por la autoridad de regulación, se define vínculo económico de la siguiente forma:

“Vínculo económico. Para efectos del Capítulo 3 del Título II – Sector de Gas del presente Decreto se entenderá que dos empresas tienen vínculo económico cuando una es subordinada o filial de la otra, o cuando las dos son subordinadas o filiales de una misma sociedad matriz o grupo empresarial. También se entenderá que existe vínculo económico cuando exista cualquier situación de control, fáctico o jurídico, la cual puede configurarse por mecanismos tales como los acuerdos de accionistas, contratos de administración delegada o de operación de activos.”

- Reglas sobre la toma de decisiones⁵: el proyecto remitido propone un quorum deliberatorio de (8) ocho miembros y la toma de decisiones por mayoría simple de los asistentes.

El Artículo 2.2.2.3.3. del Decreto 1073 de 2015, comprende en su contenido la regla vigente sobre esta materia: *“El CNO podrá deliberar con las dos terceras partes de sus miembros y sus decisiones deberán ser tomadas por mayoría que incluya voto favorable de por lo menos dos (2) de los representantes de los productores, dos (2) de los representantes de los remitentes y dos (2) de los representantes de los transportadores.”* En la regulación vigente y en la proyectada, en caso de empate el voto del representante del Ministerio de Minas y Energía se contará doblemente.

- Inclusión de Entidades técnicas en el CNO Gas y de comercializadores puros (i.e. comercializadores que no participen en el mercado de producción o distribución de gas natural): En el artículo 4 del proyecto de acto administrativo el Ministerio plantea que *“a las sesiones del CNO Gas y a los comités técnicos asistirán en calidad de invitados permanentes, con voz pero sin voto, representantes de la UPME, de la CREG, de la SSPD, del Gestor del Mercado, y un representante de los agentes comercializadores que no adelanten actividades de producción o distribución”.*

A pesar de que la autoridad de regulación diligenció de manera negativa la totalidad de las respuestas contenidas en la Resolución 44649 de 2010, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2.2.2.30.6 del Decreto 1074 de 2015, el Ministerio de Minas y Energía decidió consultarlo con la Superintendencia de Industria y Comercio, motivo por el cual procede a analizar si la regulación proyectada puede tener incidencia sobre la libre competencia.

⁵ Proyecto de Decreto: Conformación CON GAS. Artículo 3.

3. ANÁLISIS DEL PROYECTO REGULATORIO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA LIBRE COMPETENCIA

La revisión del proyecto regulatorio remitido junto con sus documentos soporte, le permitió a la Superintendencia de Industria y Comercio identificar que el proyecto de regulación establece o propicia reuniones que podrían facilitar el intercambio de información sensible entre competidores. Adicionalmente, en cuanto al interés de limitar la participación de firmas con vínculo económico en el CNO Gas, esta Superintendencia pone a consideración del Ministerio de Minas y energía los avances realizados sobre control en materia de competencia en desarrollo del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992.

i) Riesgos sobre intercambio de información sensible entre competidores

En la Cartilla sobre la Aplicación de las Normas de competencia frente a las Asociaciones de Empresas y Asociaciones o Colegios de Profesionales (en adelante, Cartilla sobre Asociaciones), la Superintendencia de Industria y Comercio plantea que los espacios de reunión entre competidores pueden ser utilizados como foros para que los miembros intercambien información sensible⁶ y/o propicien mecanismos de coordinación que limiten la rivalidad entre agentes del mercado⁷. Sobre este punto, se puede destacar el siguiente párrafo de la Cartilla sobre Asociaciones:

“Las conversaciones (casuales o formales) sobre precios, calidades, cantidades y futuras estrategias de negocio pueden llevar a acuerdos o a conductas conscientemente paralelas, que podrían transgredir las disposiciones de libre competencia. En este sentido, se debe advertir que hasta la comunicación más informal sobre precios, cantidades o calidades de los bienes producidos, estrategias de negocios u otras variables competitivas pueden ser susceptibles de facilitar o traducirse en acuerdos u otros ilícitos anticompetitivos”⁸.

En la regulación propuesta por el Ministerio de Minas y Energía, se identifica la existencia de dos escenarios en donde necesariamente concurren competidores, junto con participantes de la cadena de valor y autoridades públicas, a saber: Plenaria del CNO Gas y comités técnicos. Adicionalmente, el texto remitido podría incentivar la

⁶ “Entre otros, datos desagregados y actuales de facturación, precios, inversiones, gastos en publicidad, costos, clientes, proveedores”. Superintendencia de Industria y Comercio, Cartilla sobre la Aplicación de las Normas de competencia frente a las Asociaciones de Empresas y Asociaciones o Colegios de Profesionales, pie de página 16. Disponible en: http://www.sic.gov.co/drupal/recursos_user/documentos/CARTILLA_GREMIOS.pdf

⁷ Ibid. pág. 15.

⁸ Ibid. pág. 15.

reunión entre comercializadores puros para determinar quién será el miembro que los representará, así como cuáles intereses defenderá.

En escenarios de reunión como los establecidos en la regulación proyectada surgen riesgos de intercambio de información que deberían mitigarse *“mediante la implementación de protocolos de reuniones y estableciendo fuertes estándares de confidencialidad”*⁹, los cuales aseguren que no se compartirá información sensible en tales foros salvo que sean estrictamente necesarios para el cumplimiento de los fines legítimos que persigue la institución del CNO Gas.

En este sentido, en el ejercicio de las funciones del CNO GAS es conveniente que la regulación prevea la necesidad de: i) identificar cuál es el intercambio de información estrictamente necesario para el cumplimiento de las funciones del CNO GAS¹⁰; ii) determinar protocolos que aseguren que la información intercambiada es estrictamente la necesaria para alcanzar el objetivo legítimo consagrado en el artículo 4 de la Ley 401 de 1997; y iii) en caso de que el cumplimiento de los fines legítimos del CNO GAS exija el intercambio de información sensible, que se adopten medidas que procuren mitigar el riesgo de restringir la libre competencia¹¹.

En el caso específico de las reuniones que pudieran promoverse entre comercializadores puros en ocasión del ejercicio de su derecho a tener voz en el CNO GAS, situación que surgiría a partir de la modificación propuesta, la situación es aún más compleja toda vez que se trata de una reunión entre competidores donde no media presencia de miembros de la cadena de valor ni del Gobierno Nacional. En este tipo de casos, la Cartilla sobre Asociaciones contempla recomendaciones más detalladas que podrían ser de utilidad para el desarrollo de este tipo de reuniones, a saber:

“Desde esta perspectiva, cuando en el seno de la asociación se discuten temas relacionados con información sensible se debe prestar especial atención a la forma en la que la misma es puesta en conocimiento de los asociados. En ese sentido es recomendable:

⁹ Ibid. pág. 15.

¹⁰ Teniendo en cuenta que la función principal del CNO GAS es lo suficientemente amplia como para permitir el intercambio de cualquier información necesaria para *“[h]acer recomendaciones para buscar que la operación integrada del Sistema Nacional de Transporte de Gas Natural sea segura, confiable y económica”*, para esta Superintendencia es difícil identificar cuál información específica es la que daría lugar a preocupación en materia de libre competencia. En contraposición, el Ministerio de Minas y Energía, la Secretaría Técnica del CON o sus miembros, están en mejor posición para avanzar en este tipo de análisis.

¹¹ Artículo 2.2.2.30.1 del Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo, Decreto 1074 de 2015.

Al contestar favor indique el número

de radicación que se indica a continuación:

Radicación: 16-67298- -5-0 - 2016-04-07 12:09:50

- a. *Que las reuniones realizadas por la asociación tengan un orden del día previamente conocido por los participantes en la reunión;*
- b. *Que al interior de la asociación se lleve un registro de las reuniones a través de actas que aborden la totalidad de los temas tratados durante la reunión;*
- c. *Que los datos que se pongan en conocimiento de los asociados correspondan a datos históricos, ya que, por ejemplo, información relacionada con precios actuales o futuros podría incentivar la comisión de conductas anticompetitivas;*
- d. *Que la información que se socialice y que pueda tener injerencia en las decisiones de los competidores se encuentre agregada.*
- e. *Que los asociados que presencien prácticas contrarias a la libre competencia se opongan a la decisión de la asociación, no ejecuten la conducta acordada y denuncien la misma ante la Superintendencia de Industria y Comercio;*
- f. *Que las asociaciones de profesionales no sirvan de foro para discutir entre los miembros sobre los datos diseminados y sobre sus consecuencias en las estrategias comerciales;*
- g. *Que los funcionarios de la asociación encargados de recolectar y agregar la información (incluyendo empleados, contratistas, asesores, etc.) sean absolutamente independientes de sus miembros, de tal forma que no pertenezcan o cumplan funciones simultáneamente en la asociación y las empresas afiliadas¹².*

ii) Incluir los avances en la definición de control desde la perspectiva de la competencia.

De acuerdo con el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992 “*Por el cual se estructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones*”, esta Entidad, para el ejercicio de sus funciones como Autoridad Nacional de Competencia adopta como definición de control: “*la **posibilidad de influenciar** directa o indirectamente **la política empresarial**, la iniciación o terminación de la actividad de la empresa, la variación de la actividad a la que se dedica la empresa o la disposición de los bienes o derechos esenciales para el desarrollo de la actividad de la empresa (...)*”.

La disposición citada implica que desde la óptica del derecho de la competencia, el concepto de control es más amplio que el que se aplica en el derecho corporativo

¹² Superintendencia de Industria y Comercio, Cartilla sobre la Aplicación de las Normas de competencia frente a las Asociaciones de Empresas y Asociaciones o Colegios de Profesionales, pág. 19. Disponible en: http://www.sic.gov.co/drupal/recursos_user/documentos/CARTILLA_GREMIOS.pdf

Al contestar favor indique el número

de radicación que se indica a continuación:

Radicación: 16-67298- -5-0 – 2016-04-07 12:09:50

21

contenido en el artículo 260 del Código de Comercio (modificado por el artículo 26 de la Ley 222 de 1995)¹³. En cuanto al alcance de control bajo el derecho de la competencia y su relación con el control societario, la Superintendencia de Industria y Comercio ha señalado:

“El control en el derecho de la competencia se verifica, según la ley colombiana, cuando una empresa tiene la posibilidad de influenciar el desempeño competitivo de otra empresa, sin importar si dicha influencia coincide con los eventos que el derecho de sociedades considera configuran situaciones de control.

En este sentido, la existencia de control corporativo, incluidas las presunciones de subordinación y control prevista en el artículo 261 del Código de Comercio, implican control en prácticamente todos los eventos control desde el punto de vista del derecho de la competencia en los términos del Decreto 2153 de 1992

(...)

Ahora bien, la existencia de control desde el punto de vista del derecho de competencia no necesariamente da lugar a situaciones de control bajo el derecho de sociedades. Esto es así porque una empresa puede no tener el control societario de otra en los términos del artículo 261 del Código de Comercio, y sin embargo tener la posibilidad de influenciar su desempeño competitivo en el mercado, en los términos del Decreto 2153 de 1992”¹⁴.

Por consiguiente, la diferencia entre el concepto de control aplicable al derecho corporativo, y el que se maneja en el derecho de la competencia, puede ser de utilidad para el Ministerio de Minas y Energía en su esfuerzo por definir aquellas situaciones en las cuales el regulador entenderá que existe vínculo económico entre dos empresas. Lo anterior, debido a que la independencia entre participantes del CNO GAS podría igualmente afectarse en aquellos casos en que una firma controla el desempeño competitivo de otra.

Adicionalmente, teniendo en cuenta la preocupación que surge a esta Superintendencia en materia de intercambio de información sensible entre competidores, procede el Despacho a presentar sus recomendaciones.

¹³ **“Subordinación.** Una sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas que serán su matriz o controlante, bien sea directamente, caso en el cual aquella se denominará filial o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria”.

¹⁴ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 38982 del 24 de junio de 2014, págs. 26-27 y Resolución 5545 del 6 de febrero de 2014, págs. 17-18.

Al contestar favor indique el número

de radicación que se indica a continuación:

Radicación: 16-67298- -5-0 – 2016-04-07 12:09:50

4. RECOMENDACIONES

Por los motivos expresados anteriormente, la Superintendencia de Industria y Comercio respetuosamente recomienda al Ministerio de Minas y Energía lo siguiente:

- Que se incluya en el decreto proyectado una obligación en cabeza de los miembros del CNO GAS, de adoptar las medidas necesarias para asegurar que las reuniones de Plenaria y los comités técnicos, no sean utilizadas como un foro para intercambio de información sensible entre competidores o para cualquier otra conducta que pueda afectar la libre competencia.
- Tener en cuenta que la estructura proyectada puede incentivar la realización de reuniones entre comercializadores puros de gas natural para discutir los temas propios de la determinación de su posición en el CNO Gas, se recomienda se incluya en el acto administrativo proyectado, la obligación en cabeza de los comercializadores puros de adoptar medidas tendientes a asegurar que, en caso de realizarse tales reuniones, se deberán adoptar las medidas necesarias para asegurar que no se intercambiará información sensible entre competidores ni se realizarán otro tipo de conductas que puedan perjudicar la libre competencia en el mercado de gas o en otro mercado relacionado.
- Ampliar el concepto de vínculo económico desarrollado en el proyecto de regulación, en el sentido de hacer referencia a la definición de control de competencia contenida en el artículo 45.4 del decreto 2153 de 1992.

Por último, teniendo en cuenta que en el presente caso la Superintendencia de Industria y Comercio consideró procedente la formulación de recomendaciones en relación con el proyecto regulatorio remitido, es importante resaltar lo manifestado por el Consejo de Estado en cuanto a la carga motiva que surge en cabeza del regulador que decida apartarse de las sugerencias no vinculantes de la Autoridad Nacional de Competencia:

"La forma que exige el artículo 7 de la ley 1340 de 2009- que se reitera en los artículos 7 y 9 del decreto reglamentario 2987 de 2010-, para apartarse del concepto de la Superintendencia de Industria y Comercio es la de manifestar "de manera expresa dentro de las consideraciones de la decisión los motivos por los cuales se aparta". Por tanto, la motivación debe constar en la parte considerativa del acto regulatorio y no serán suficientes las explicaciones o constancias que se dejen en otro documento"¹⁵.

¹⁵ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 4 de julio de 2013.

Al contestar favor indique el número

de radicación que se indica a continuación:

Radicación: 16-67298-5-0 - 2016-04-07 12:09:50

RP

La Superintendencia de Industria y Comercio agradece a la Superintendencia de Salud que al momento de expedir la regulación en cuestión, se remita copia de la misma. Lo anterior con el fin de permitir el adecuado seguimiento de la normatividad vigente, además de favorecer los mecanismos de cooperación interinstitucional que permitan alcanzar objetivos de vigilancia y regulación comunes, garantizando la libre competencia, el bienestar de los agentes y la eficiencia económica.

Atentamente,



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

Elaboró: Ferrán Montoya *FM*
Revisó: José Plata *JP*
Aprobó: Jorge Sánchez