

1. FUNCIÓN DE ABOGACÍA DE LA COMPETENCIA

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

"(...) la Superintendencia de Industria y Comercio podrá rendir concepto previo, a solicitud o de oficio, sobre los proyectos de regulación estatal que puedan tener incidencia sobre la libre competencia en los mercados. Para estos efectos las autoridades deberán informar a la Superintendencia de Industria y Comercio los actos administrativos que pretendan expedir El concepto emitido por la Superintendencia de Industria y Comercio en este sentido no será vinculante. Sin embargo, si la autoridad respectiva se apartara de dicho concepto, la misma deberá manifestar de manera expresa dentro de las consideraciones de la decisión los motivos por los cuales se aparta"

En este sentido, tal y como lo preceptúa el artículo 3 del Decreto 2897 de 2010 que reglamenta la figura de abogacía de la competencia, un acto administrativo con fines regulatorios puede tener incidencia sobre los mercados cuando:

"1. Tenga por objeto o pueda tener como efecto limitar el número o variedad de competidores en uno o varios mercados relevantes; y/o

2. Imponga conductas a empresas o consumidores o modifique las condiciones en las cuales serán exigibles obligaciones previamente impuestas por la ley o un acto administrativo, cuando el acto tenga por objeto o pueda tener como efecto limitar la capacidad de las empresas para competir, reducir sus incentivos para competir, o limitar la libre elección o información disponible para los consumidores, en uno o varios mercados relevantes relacionados".

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

"El efecto jurídico que podría traer para la autoridad de regulación el no remitir un proyecto regulatorio a la Superintendencia de Industria y Comercio para su evaluación dentro de la función de abogacía de la competencia, o el de apartarse del concepto previo expedido por la Superintendencia de Industria y Comercio, sin manifestar de manera expresa los motivos por los cuales se aparta, en principio, sería la nulidad del acto administrativo y violación de las normas en que debe



fundarse, causales que deberán ser estudiadas y declaradas, en todo caso, por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo”. (Subrayado fuera de texto)

Adicionalmente, es importante mencionar que los conceptos de abogacía cumplen labores preventivas de protección a la libre competencia. El Consejo de Estado ha indicado que el objeto de la abogacía de la competencia es que el Estado no obstaculice las dinámicas del mercado con su actividad regulatoria. También pretende evitar que a través de actuaciones normativas se generen externalidades negativas o se incremente el costo social de la regulación. La abogacía de la competencia no interfiere en la autonomía de los reguladores, ni su objetivo es sugerir medidas regulatorias. Dentro de las facultades de la Superintendencia de Industria y Comercio se encuentra la de formular las recomendaciones pertinentes frente al proyecto regulatorio analizado y, en todo caso, el regulador mantiene la decisión final de expedir el acto administrativo acogiendo o no las recomendaciones de esta Superintendencia.

Finalmente, el artículo 2.2.2.30.7 del Decreto 1074 de 2015 indicó la obligación de las autoridades de regulación de dejar constancia del trámite de abogacía de la competencia en la parte considerativa del acto administrativo con posible incidencia en la libre competencia económica, así como consignar expresamente si consultó a la Superintendencia y si esta entidad emitió recomendaciones o no.

2. ANTECEDENTES NORMATIVOS:

3

Con el propósito de no replicar el contenido de conceptos recientemente expedidos por esta Superintendencia, específicamente en lo relativo a la descripción detallada de los antecedentes de los Proyectos Piloto de Investigación Integral -PPII, esta Superintendencia refiere al concepto de abogacía de la competencia identificado con el radicado **20-165879** y que puede ser consultado en: <https://www.sic.gov.co/sites/default/files/20-165879.pdf>

2.1. Concepto de Abogacía de la Competencia identificado con el radicado 20-165879

El 24 de junio de 2020 esta Superintendencia expidió concepto de abogacía de la competencia frente al proyecto de resolución que hoy constituye la Resolución No. 40185 de 2020 y que se ocupa de los aspectos técnicos para la realización de los PPII. Frente a ello, este despacho recomendó al Minenergía:

- ***“Especificar en el Proyecto, así su objeto denote una naturaleza netamente técnica, que participar en los PPII no otorgará ventajas técnicas a los contratistas que se traduzcan en posibles ventajas competitivas en una posible etapa posterior de mercado de exploración y explotación de hidrocarburos en yacimientos no convencionales usando la técnica FH-PH.***



- **Fijar** los estándares técnicos correspondientes que garanticen no solo la seguridad e idoneidad técnica de los procedimientos, sino que correspondan efectivamente a aquellos que puedan ser cumplidos por la generalidad de los agentes que tengan capacidad para el desarrollo de la técnica de fracturamiento hidráulico.
- **Someter** los futuros proyectos de regulación que tendrían como propósito regular aspectos sucesivos al Proyecto, en conocimiento de esta Superintendencia en sede de la función de abogacía de la competencia”.

2.2. Resolución 40185 de 2020

Esta resolución tiene por objeto establecer y desarrollar los requerimientos técnicos para adelantar los PPII en Yacimientos No Convencionales - YNC, mediante la utilización de la técnica de Fracturamiento Hidráulico Multietapa con Perforación Horizontal - FH-PH. Esta resolución trata principalmente, los aspectos citados a continuación:

- Determina el número máximo de PPII a ser desarrollados.
- Establece que en cada uno de los PPII se podrán perforar máximo 2 pozos.
- Dispone que los PPII se podrán desarrollar en las cuencas sedimentarias del Valle Medio del Magdalena y Cesar Ranchería, las cuales se encuentran definidas por la ANH en su libro de nomenclatura y límites de cuencas sedimentarias de Colombia.
- Preceptúa los lineamientos y requisitos técnicos para llevar a cabo las actividades propias de los PPII.
- Define algunos lineamientos generales para la evaluación de los PPII, así como la fiscalización de estos y la socialización de información a la comunidad.

Como ya se mencionó en el numeral 2.1, frente a esta resolución esta Superintendencia emitió el concepto de abogacía de la competencia identificado con el radicado 20-165879 citado en el numeral 2.1, las recomendaciones formuladas en dicho concepto fueron acogidas parcialmente por el Ministerio de Minas y Energía (en adelante **Minenergía**).

Respecto de las consideraciones expresadas por el Minenergía para acoger parcialmente las recomendaciones se destaca¹:

“(…) en cuanto a que la participación de los contratistas en desarrollo de los PPII no sea tenida como una ventaja competitiva para aquellos que participaron, se aclara que el Ministerio no tiene competencia sobre el proceso competitivo para la asignación de áreas de exploración, explotación y perforación. Esta es una competencia funcional de la Agencia Nacional de Hidrocarburos (…) por tanto, es

¹ Considerando de la Resolución 40185 de 2020, pág. 3



esta entidad quien definirá los términos, requisitos y condiciones bajo las cuales se podría participar en dicho nuevo mercado.”

3. DESCRIPCIÓN DEL PROYECTO

El Proyecto tiene por objeto general:

1. Establecer las condiciones de selección de contratistas y los términos contractuales para la ejecución de Proyectos de Investigación, en desarrollo de PPII.
2. Establecer los procedimientos generales de seguimiento y control contractual de tales PPII, conforme a las normas contenidas en el Decreto 1073 de 2015, adicionado por el Decreto 328 de 2020 y en la Resolución 40185 de 2020 del Ministerio de Minas y Energía.²

A continuación, esta Superintendencia describirá los aspectos centrales del Proyecto.

3.1 Áreas

El Artículo 3 del Proyecto define la ubicación y delimitación de las áreas en las que se podrán ubicar los PPII, las cuales, deberán estar comprendidas en las siguientes cuencas sedimentarias:

- Valle Medio del Magdalena
- Cesar Ranchería

Dichas cuencas están delimitadas en el **libro de nomenclatura y límite de cuencas sedimentarias de Colombia**³.

² Es preciso señalar, en aras de contextualizar, que, en materia de actividades de exploración y producción de hidrocarburos, existen las siguientes cuatro clases de contratos:

1. Especial de Proyecto de Investigación o CEPI: negocio jurídico adoptado por el Consejo Directivo y suscrito entre el interesado y la ANH para la realización de los Proyectos de Investigación en desarrollo de Proyectos Piloto de Investigación Integral y referido como “mecanismo contractual” en el Decreto 328 de 2020.
2. Adicionales de Yacimientos No Convencionales: contratos adicionales celebrados con el objeto de desarrollar actividades de exploración y producción de hidrocarburos con prospectividad para Yacimientos No Convencionales, bajo el Acuerdo 03 de 2014 o el Acuerdo 02 de 2017 o la norma o normas que sustituya a las anteriores.
3. De Exploración y Explotación de Hidrocarburos en Yacimientos Convencionales: contratos celebrados con el objeto de desarrollar actividades de exploración y producción de hidrocarburos de propiedad de la Nación en Yacimientos Convencionales.
4. De Exploración y Producción de Hidrocarburos en Yacimientos No Convencionales: contratos celebrados con el objeto de desarrollar actividades de exploración y producción de hidrocarburos, en Yacimientos No Convencionales, conforme a lo señalado en el Acuerdo 02 de 2017.
5. Adicionalmente, existen convenios celebrados con el objeto de desarrollar actividades de exploración y/o producción de hidrocarburos, conforme a lo señalado en el Decreto 2288 de 2004 y los Acuerdos 18 de 2004, 4 de 2005; 21 de 2006 y 02 de 2017.

³ Agencia Nacional de Hidrocarburos – ANH y B&M Exploration Ltda. “*Colombian Sedimentary Basins: Nomenclature, Boundaries and Petroleum Geology, a New Proposal*”, que contiene la nomenclatura y límites de algunas cuencas sedimentarias de Colombia. 2007.



Ahora bien, las áreas específicas en las cuales se podrán realizar los *Proyectos de Investigación* en desarrollo de PPII, son aquellas porciones de terreno propuestas por el Interesado y autorizadas por la ANH que comprenden:

- (i) La porción de la superficie a utilizar para la locación y las instalaciones, plantas, tanques y demás equipos para la ejecución del Programa de Actividades de Investigación y Operacionales.
- (ii) La extensión del pozo en su trayecto vertical y la proyección en superficie de la porción horizontal. El polígono en superficie deberá estar alindado por el polígono descrito.

El artículo 9 del Proyecto establece que, para la realización de un Proyecto de Investigación, se deberá suscribir un Contrato Especial de Proyecto de Investigación, el cual autorizará al contratista a ejecutarlo en el área delimitada, a su único costo y riesgo. Ahora bien, los contratistas de *Contratos de Exploración y Producción de Hidrocarburos en Yacimientos Convencionales y Titulares de Convenios* tendrán derecho de preferencia para la asignación del área del Contrato Especial de Proyecto de Investigación, frente a cualquier otro tercero que presente propuesta sobre Áreas Asignadas en dichos Contratos y Convenios.

En el caso de Áreas Asignadas de Contratos de Exploración y Producción en Yacimientos No Convencionales y Contratos Adicionales en Yacimientos No Convencionales, solamente sus contratistas podrán desarrollar Contrato Especial de Proyecto de Investigación en dichas áreas.

Por su parte, el parágrafo segundo del artículo 10 del Proyecto establece que el área propuesta por el contratista para la celebración de Contrato de Exploración y Producción de Hidrocarburos en Yacimientos No Convencionales tendrá la condición de **Área Reservada** en el Mapa de Áreas para efectos de adjudicación de contratos de Exploración y Producción de Hidrocarburos en Yacimientos No Convencionales o hasta que se suscriba el contrato, lo primero que ocurra.

3.2 Habilitación

Los Interesados y Operadores deberán estar habilitados para la realización de los Proyectos de Investigación conforme a lo dispuesto en los “Términos de Referencia” a los que se refiere el artículo 8 del Proyecto:

“Artículo 8. Términos de Referencia. Las reglas del procedimiento de selección y las minutas de los Contratos Especiales de Proyecto de Investigación serán expedidas por el Consejo Directivo de la ANH conforme a los lineamientos contenidos en el presente Acuerdo”.

Dentro del Proyecto se especifica que quienes ya se hayan habilitado en procesos de contratación anteriores para celebrar Contratos de Exploración y Producción de Hidrocarburos en Yacimientos No Convencionales o Contratos Adicionales de Exploración y Producción de



Hidrocarburos en Yacimientos No Convencionales, en el territorio colombiano, se considerarán habilitados.

3.3 Selección de propuestas

La ANH autorizará la realización de hasta dos (2) Proyectos de Investigación por cada interesado, con un máximo de dos (2) pozos por cada proyecto teniendo en cuenta las siguientes reglas:

- a) Se pueden desarrollar máximo cuatro (4) PPII en el país⁴ “*dada la heterogeneidad del suelo en las dos cuencas definidas y la capacidad institucional para hacer seguimiento y monitoreo riguroso*”⁵.
- b) En cada PPII se pueden perforar, completar, fracturar, estimular y dimensionar hasta dos (2) pozos horizontales y dicho número máximo de pozos por PPII se puede distribuir en máximo dos (2) locaciones⁶.

3.4 Propuestas

Los Interesados Habilitados deberán presentar una Propuesta, por cada uno de los proyectos, mediante comunicación escrita dirigida a la ANH, incluyendo la información establecida en los puntos contenidos en el artículo 6 del Proyecto, dentro de los cuales se encuentran:

*“6. Ofrecimiento del valor que por concepto de inversión social en relación con la **Participación Económica de las comunidades**⁷ se ejecutará por parte del Contratista. El Interesado deberá consignar en la Propuesta un número expresado hasta con una cifra decimal como porcentaje mínimo de los costos de perforación y completamiento de cada pozo a perforar, el cual no será menor a 0,2%.*

(...)

*10. Indicación del compromiso, consistente en asumir un porcentaje mínimo de **contenido local en el aprovisionamiento de bienes y servicios** para la realización de cada proyecto. Para este efecto, el Interesado deberá consignar en*

⁴ De acuerdo con lo contenido en el párrafo del artículo 5 de la Resolución 40185 de 2020 expedida por el Ministerio de Minas y Energía.

⁵ Afirmación contenida en los considerandos de la Resolución 40185 de 2020 expedida por el Ministerio de Minas y Energía.

⁶ De conformidad con lo establecido en el artículo 5 de Resolución 40185 de 2020 expedida por el Ministerio de Minas y Energía.

⁷ El proyecto, mediante el artículo 16, define que las actividades por ejecutar por el Contratista por concepto de Participación Económica de las Comunidades deberán responder a las **necesidades identificadas con las comunidades de las Áreas de Influencia del respectivo Proyecto**, bajo las líneas de Inversión Social aprobadas por la ANH, en concordancia con el Artículo 2.2.1.1.1A.3.6 del Decreto 1073 de 2015, adicionado por el Decreto 328 de 2020. La ANH establecerá los lineamientos o procedimientos para su implementación.

El valor de la Participación Económica de las Comunidades deberá corresponder, por lo menos, al porcentaje del valor asociado al Programa de Actividades de Investigación y Operacionales que el Contratista haya incluido en la Propuesta. Esta obligación es adicional a aquella establecida en el Programa de Beneficio a las Comunidades del Contrato Especial de Proyecto de Investigación.



la Propuesta un número entero expresado como porcentaje mínimo del valor total a contratar, no menor a uno por ciento (1%), conforme a las condiciones que se establezcan en el CEPI.” (Resaltado fuera de texto)

En el evento en el que el Interesado planea utilizar recursos económicos de compromisos adquiridos en otros Contratos suscritos con la ANH, deberá incluir en la Propuesta el detalle de la solicitud de **autorización de traslado de la inversión**⁸.

3.5 Evaluación y selección de propuestas

La ANH revisará y verificará el cumplimiento de los requisitos exigidos y evaluará y seleccionará aquellas propuestas que cumplan con los requisitos, conforme a las siguientes reglas y criterios:

1. Se podrá asignar un (1) Proyecto de Investigación por cada Interesado que haya presentado propuesta⁹.
2. Se podrá asignar un segundo Proyecto de Investigación a un mismo Interesado, siempre que se presenten menos de cuatro (4) Propuestas en total.
3. En el evento de que se presenten más de cuatro (4) Propuestas, se seleccionarán hasta un máximo de cuatro (4) proyectos conforme a los criterios de adjudicación siguientes:
 - a) **Primer criterio de adjudicación:** Mayor ofrecimiento por concepto de Participación Económica de las Comunidades¹⁰ a que se refiere el numeral 6 del artículo 6 del Proyecto.

En caso de que se presente empate, se adopta como criterio de desempate el siguiente:

⁸ Sobre el particular, esta Superintendencia se pronunció mediante concepto de abogacía de la competencia identificado con el radicado No. 20-43992-3. Allí la Superintendencia no elevó recomendaciones bajo el entendido de que ello en modo alguno se asociaba al presente Proyecto

⁹ Los Interesados pueden participar como Proponentes individuales o plurales y presentar más de una Propuesta, siempre que se presenten presente

¹⁰ De acuerdo con el artículo 16 del Proyecto, las actividades por ejecutar por el Contratista por concepto de Participación Económica de las Comunidades deberán responder a las necesidades identificadas con las comunidades de las Áreas de Influencia del respectivo Proyecto, bajo las líneas de Inversión Social aprobadas por la ANH, en concordancia con el Artículo 2.2.1.1.A.3.6 del Decreto 1073 de 2015, adicionado por el Decreto 328 de 2020. La ANH establecerá los lineamientos o procedimientos para su implementación.

- b) **Segundo criterio de adjudicación (válido para desempate):** Mayor ofrecimiento de porcentaje de contenido local en el aprovisionamiento de bienes y servicios para la realización de los Proyectos de Investigación.

En el evento de que se presente más de una propuesta sobre la misma área, se aplicarán estas reglas:

- (i) El proponente que tuviere adquiridos derechos de exploración y producción de hidrocarburos en yacimientos convencionales tendrá **derecho de preferencia** para celebrar el Contrato Especial de Proyecto de Investigación respecto de dicha área, para lo cual, en caso de que su propuesta fuera inferior en cuanto al primer criterio de adjudicación, deberá igualar la mejor propuesta presentada sobre el área.
- (ii) En caso de que ninguno de los proponentes tuviere derechos de exploración y producción de hidrocarburos en yacimientos convencionales en la misma área propuesta, la selección seguirá los criterios de adjudicación antes descritos.

3.6 Sobre el contrato especial de Proyecto de Investigación.

Como se mencionó anteriormente, el artículo 9 del Proyecto establece que, para la realización de los *Proyectos de Investigación*, se deberá suscribir un Contrato Especial de Proyecto de Investigación, el cual autorizará al contratista a ejecutarlo en el área delimitada, a su único costo y riesgo.

9

Como contraprestación principal, los Contratos Especiales de Proyecto de Investigación:

- Estipularán la obtención y disposición en favor de los Contratistas de cualquier flujo de hidrocarburos obtenido durante el Proyecto de Investigación, sin perjuicio del pago de las regalías.
- El Contratista podrá obtener y disponer del flujo de hidrocarburos a su elección, durante el desarrollo del Programa de Actividades de Investigación y Operacionales o hasta la finalización del Contrato Especial de Proyecto de Investigación.

Por su parte, el numeral 10.2 del Proyecto, titulado “*Opción*” establece que el Contrato Especial de Proyecto de Investigación contendrá la opción para el Contratista de suscribir, según el caso, un **Contrato de Exploración y Producción de Hidrocarburos en Yacimientos No Convencionales** si el Contratista no ostenta derechos de exploración y producción de hidrocarburos en el área, o Contrato Adicional de Yacimientos No convencionales, si el



Contratista ostenta derechos de exploración y producción de hidrocarburos en el área, conforme a las reglas establecidas en el mismo.

El artículo 20 del Proyecto establece que el Contrato Especial de Proyecto de Investigación dispondrá la obligación de parte del Contratista, con respecto al otorgamiento de las siguientes garantías: seguro de responsabilidad civil extracontractual, de Fondo de Abandono, de Cumplimiento de Obligaciones Laborales.

3.7 Sobre las regalías y contribución para el centro de transparencia.

Según lo establecido por el artículo 24 del Proyecto, los *Proyectos de Investigación* estarán sujetos a lo dispuesto por la Ley 1530 de 2012 y aquellas que la sustituyan o modifiquen en materia de regalías. Así mismo, se señala que el Contrato Especial de Proyecto de Investigación no establecerá Derechos Económicos y el Contrato Especial contendrá la obligación a cargo de los contratistas, de efectuar **aportes económicos que contribuyan de manera razonable al adecuado funcionamiento del Centro de Transparencia** a que se refiere el Decreto 328 de 2020.

3.8 Sobre el seguimiento y control.

- La ANH realizará seguimiento y control a las actividades que se compromete a desarrollar el Contratista. Dicha supervisión se hará de manera directa mediante visitas al área del Proyecto de Investigación, y de forma remota a través de mecanismos tecnológicos que permitan un monitoreo en tiempo real de las operaciones, por personal especializado en materia de Yacimientos No Convencionales y actividades de exploración y producción de hidrocarburos, con sus componentes técnico, ambiental y social.

La ANH dispondrá de forma permanente de al menos un (1) Ingeniero de Operaciones y/o Fiscalización con experiencia en perforación, completamiento y pruebas de pozos, quien acompañará las funciones de participación y concurrencia en la locación durante el desarrollo de las actividades.

4. ANÁLISIS DEL PROYECTO DESDE LA PERSPECTIVA DE LIBRE COMPETENCIA

4.1. Comentarios generales sobre teoría de juegos aplicables al Proyecto.

La teoría de juegos clásica analiza la toma de decisiones racionales en términos de interacciones competitivas (juegos no cooperativos) e interacciones coalicionales (juegos



cooperativos) en las cuales dos o más agentes, considerando las acciones de sus oponentes, deben tomar decisiones en el esfuerzo por obtener las máximas ganancias posibles¹¹.

En los juegos **no cooperativos o competitivos**, cada jugador busca su máximo beneficio, prohibiéndose expresamente cualquier tipo de acuerdo previo entre jugadores y, por lo tanto, se trata de estudiar y analizar las diferentes estrategias que pueden emplear cada uno de los jugadores, y la función de pagos¹² asociada a cada jugador, la cual depende de las diferentes estrategias que se empleen. Uno de los aspectos que cada jugador analizará en este tipo de juegos está dado por la relativa incertidumbre frente a las estrategias de sus oponentes.

En los **juegos cooperativos**, los jugadores disponen de mecanismos que les permiten tomar acuerdos vinculantes previos al juego. Esto es, los jugadores pueden cooperar formando coaliciones de jugadores con el fin de obtener mayores beneficios. En un juego cooperativo no es necesario analizar las estrategias de los jugadores, puesto que éstos actuarán de la forma que consigan mayor beneficio¹³. El objetivo principal de la teoría de juegos cooperativos es entonces analizar la importancia o influencia que ha tenido cada jugador en la obtención de ese beneficio, para proponer un reparto de beneficios adecuado. Es decir, que se trata de estudiar los resultados que puede obtener producto de una coalición que se puede formar a partir de los comportamientos colectivos y no de acciones individuales de cada uno de los miembros de una coalición¹⁴. En el marco de los juegos cooperativos, se tiene un (1) conjunto de jugadores determinado o finito a partir del cual se pueden conformar cada una de las posibles coaliciones, y con ello, predeterminar en mayor o menor grado los beneficios de cada coalición y cómo estas se repartirían.

Considerando lo anterior, observa esta Superintendencia que, en el marco del planteamiento de algunas reglas y criterios establecidos en el Proyecto, se pueden generar posibles incentivos a una participación coordinada o cooperativa y no competitiva en el proceso de presentación de propuestas y que, además, hay algunos elementos del Proyecto que podrían tener un posible efecto negativo sobre la libre competencia económica, en escenarios posteriores al desarrollo de los Proyecto de Investigación que se realicen. Sobre estos puntos en particular, la autoridad de competencia emitirá algunas recomendaciones como se detalla a continuación.

¹¹ MONSALVE, Sergio. ARÉVALO, Julián. CÁRDENAS, Ernesto. HERRERA, Juan Pablo. LOZANO, Francisco y VILLA, Edgar. *Un Curso de Teoría de Juegos Clásica*. Colombia, 2005. Pág 12

¹² Una función que asigna un número real para cada solución del juego o resultado (acciones) asociado con el conjunto de estrategias que emplea cada jugador. Una estrategia es el plan de acción completo para un jugador dado.

¹³Pérez, J.; Jimeno, J.L.; Cerda, E. (2004): Teoría de Juegos, Pearson-Prentice Hall

¹⁴ Pérez, J.; Jimeno, J.L.; Cerda, E. (2004): Teoría de Juegos, Pearson-Prentice Hall. Capítulo 8: Teoría de juegos Cooperativos.



4.2. Posibles incentivos a una participación coordinada en los procesos de selección de los PPII

De acuerdo con lo manifestado por el Minenergía en la reunión sostenida con esta Delegatura el pasado viernes 12 de junio de 2020 de 10:00 am a 11:00 am, con ocasión del estudio de la solicitud de concepto mencionada en el numeral 2.1 de este concepto, entiende la Superintendencia de Industria y Comercio que existen al menos 4 manifestaciones de interés para el desarrollo de los PPII. Bajo ese entendido, y considerando lo señalado en el aparte 4.1, esta Superintendencia identifica que en al menos un (1) escenario de presentación de propuestas para realizar los PPII, se puede configurar un juego cooperativo con información simétrica¹⁵ entre los 4 interesados¹⁶, lo que podría significar un incentivo a que entre los participantes se de una colaboración, con el propósito de que cada jugador o interesado resulte asignatario de un PPII.¹⁷

Lo anterior, bajo dos premisas: **(i)** el primer criterio de adjudicación del PPII es el mayor ofrecimiento por concepto de Participación Económica de las Comunidades tal y como se ha definido en el numeral 3.4 de este concepto – Propuestas, (numeral 6 del artículo 6 del Proyecto); **(ii)** Cada uno de los 4 interesados cuenta actualmente con derechos de exploración y producción de hidrocarburos en yacimientos convencionales en las cuencas sedimentarias del Valle Medio del Magdalena y Cesar Ranchería, lo que derivaría en un conocimiento previo de las áreas, sus poblaciones, necesidades, y en general, en donde podría afirmarse que hay algún grado de relacionamiento con las comunidades. Lo anterior, facilitaría la presentación de propuestas por parte de los interesados, en aquellas áreas en donde el criterio de Participación Económica de las Comunidades pueda ser más alto según las condiciones de relacionamiento con la comunidad los proponentes.

Por ello, observa esta Superintendencia que, bajo la premisa de 4 posibles interesados en la presentación de ofertas, cada interesado en un área específica no tendría incentivos a presentar propuestas para áreas distintas a aquellas cercanas en las que cada participante tenga derechos de exploración. Lo anterior resulta aún más relevante considerando la opción a la que se refiere el Proyecto, descrita en el numeral 3.6 de este concepto y sobre la cual

¹⁵ MONSALVE, Sergio. ARÉVALO, Julián. CÁRDENAS, Ernesto. HERRERA, Juan Pablo. LOZANO, Francisco y VILLA, Edgar. **Un Curso de Teoría de Juegos Clásica**. Colombia, 2005. Pág 12: “Dentro de la teoría de las decisiones interactivas clásica (o teoría de juegos clásica) se analiza la toma de decisiones racionales en términos de construcciones competitivas (juegos no-cooperativos) y coalicionales (juegos cooperativos), en las cuales dos o más agentes, considerando las acciones de sus oponentes, deben tomar decisiones en el esfuerzo por obtener las máximas ganancias posibles”.

¹⁶ En aquellos casos en los que se presentan menos de 4 interesados, existiría la posibilidad de que se asigne un segundo proyecto al interesado lo que podría romper la dinámica de un juego cooperativo.

¹⁷ Los Interesados pueden participar como Proponentes individuales o plurales y presentar más de una Propuesta, siempre que se presenten bajo la misma modalidad y, en caso de hacerlo como proponente plural, con los mismos integrantes.



volveremos más adelante¹⁸. Dicha posible cooperación o colación, también genera desincentivos a materializar empates y por lo tanto a que se presenten mayores ofrecimientos de porcentaje de contenido local en el aprovisionamiento de bienes y servicios para la realización de los Proyectos de Investigación (segundo criterio de adjudicación, válido para desempate). En otras palabras, se estaría materializando un posible esquema de repartición de proyectos, sin que medie una real competencia entre los jugadores.

Tal y como fue enunciado anteriormente, de conformidad con la información suministrada por el Minenergía en la reunión que sostuvo con esta Superintendencia y además por la información que se ha dado a conocer en diversos medios de público conocimiento, existen 4 empresas que han manifestado su interés en participar en el proceso de selección para el desarrollo de los PPII, lo que en alguna forma también resulta relevante para diseñar las estrategias de participación y presentación de las propuestas, dado que ello en alguna forma suministra información que permite a otros interesados o jugadores diferentes, predeterminedar sus estrategias.

Adicionalmente, el hecho de que el Minenergía haya puesto de público conocimiento el nombre de quiénes estarían interesados en ejecutar los PPII, genera que los agentes en el mercado tengan información previa en relación con sus potenciales rivales y conozcan las características de mercado de cada uno (en dónde están ejecutando sus actuales contratos o convenios de exploración y producción de hidrocarburos, por ejemplo) y esto resulta determinante para prever el comportamiento racional de dichos agentes, en concreto, en relación con el diseño de aquellas porciones de terreno que van a proponer para realizar los Proyectos de Investigación en desarrollo de los PPII.

A juicio de esta Superintendencia, parecería que las reglas y criterios para la evaluación y selección de propuestas para el desarrollo de PPII, tal y como están planteadas dentro del Proyecto, no incentivarían, en al menos el caso mencionado, un ambiente de libre competencia dado el nivel de certidumbre en la prospección de las estrategias de los jugadores, y con ello, de los posibles resultados del proceso de selección. Por lo anterior, esta Superintendencia recomendará al regulador incluir criterios adicionales para la selección de los contratistas de los PPII, que incentiven una presión competitiva que se caracterice por generar un grado de incertidumbre para los otros participantes, privilegiando así una real libre competencia y rivalidad en todo el proceso.

4.3. Posibles efectos derivados de los requisitos habilitantes, los términos de referencia, las reglas de participación y la presentación de ofertas

¹⁸ Según el Proyecto, el valor de la Participación Económica de las Comunidades deberá corresponder, por lo menos, al porcentaje del valor asociado al Programa de Actividades de Investigación y Operacionales que el Contratista haya incluido en la Propuesta. Esta obligación es adicional a aquella establecida en el Programa de Beneficio a las Comunidades del Contrato Especial de Proyecto de Investigación.



En adición a lo anteriormente expuesto, para esta Superintendencia no son claros los criterios habilitantes para participar en el proceso de selección de los contratistas para el desarrollo de los PPII. Entiende esta Superintendencia que tales requisitos están supeditados a la expedición de los términos de referencia para el proceso de selección. Sin embargo, llama la atención de esta Superintendencia que el Proyecto si se ocupa parcialmente de lo que sería el proceso de selección y no define con claridad los lineamientos de los términos de referencia, pero sí, de aspectos tales como la presentación de ofertas (v.gr. criterios de calificación y desempate, posibilidad de presentación de varias propuestas, número máximo de PPII).

Lo anterior, y desde la óptima de la libre competencia, podría generar una asimetría de la información¹⁹ que bien podría adicionar un elemento disuasorio para la participación de otros agentes en el proceso de selección para el desarrollo de PPII. Considera esta Entidad que esto puede ser un elemento disuasorio en la medida que, aún conscientes de que ninguno de los jugadores tiene conocimiento de los términos de referencia, desde el Proyecto ya está delimitándose el criterio esencial a partir del cual se hará la selección de los contratistas tal y como se ha comentado en la sección 4.2 de este concepto, es decir, la Participación Económica de la Comunidad tal y como se define en el Proyecto. Al estar claro el criterio elemental para la selección de contratistas para los proyectos PPII, así como el de desempate, aunado al hecho de que existen manifestaciones de interés previas por parte de agentes que conocen el territorio, y que, en el pasado han tenido alguna clase de interacción (mayor o menor) con las comunidades aledañas a las áreas en las que se pueden desarrollar los PPII, un agente interesado en participar que cuente con las calidades para el desarrollo de los PPII, desde otros criterios distintos al dispuesto en el Proyecto, podría estar descartando su participación dada su dificultad de competir frente a aquellos agentes que tienen una relación “preexistente” con las comunidades.

Por lo anterior, esta Superintendencia recomendará, en consonancia con lo señalado en la sección anterior, definir en su integridad los lineamientos sobre los cuales se estructuren los términos de referencia para el proceso de selección de los contratistas PPII, privilegiando en todo momento la necesidad de garantizar la mayor concurrencia posible de interesados en el desarrollo de los PPII. En efecto, lo anterior derivará en una adecuada presión competitiva que permita incentivar a los agentes a desarrollar un “juego” competitivo, y con ello, la presentación de mejores propuestas.

4.4. Posibles beneficios derivados para los contratistas de los PPII – Posibilidad de suscripción de contrato de exploración y explotación con fines comerciales (opción)

¹⁹ Falla de mercado que consiste en que una de las partes que intervienen en un mercado no cuenta con la misma información que las demás generando ineficiencias económicas. Ver Akerlof, G.A.,(1970) “The market of “lemons”:Qualitative uncertainty and the market mechanism”, Quarterly Journal of Economics 86, pp 488-500.



En el entendido de esta Superintendencia, los PPII tienen una vocación científica no comercial, situación que fue objeto de inquietudes con ocasión de la elaboración del concepto expedido por este despacho y que se refiere en la sección 2.1 de este documento. Por ello, llama la atención que en el Proyecto objeto de análisis, se disponga una figura denominada “opción” (artículo 10 del Proyecto), y que en el entender de esta Superintendencia implicaría un derecho preferencial “automático” a favor del contratista del PPII, para que, en el evento en el que se viabilice la técnica de fracturamiento hidráulico en el país, ese mismo agente pueda suscribir el contrato correspondiente con vocación comercial.

Dicha figura, en opinión de esta Superintendencia, podría estar significando el otorgamiento de una ventaja competitiva a favor del contratista PPII respecto de otros agentes que pudiesen estar interesados en participar de la explotación comercial de dichos yacimientos no convencionales mediante la técnica del fracturamiento hidráulico, pero que quedaron por fuera de los escenarios de proyectos piloto. Si bien se aclara que su procedencia se condiciona al cumplimiento de ciertos requisitos, los mismos podrían ser de fácil cumplimiento, por lo que el ejercicio de la opción podría tenerse como “automático” sin mayor requisito que la presentación de la propuesta de explotación comercial por parte del contratista PPII y sin que este se vea expuesto a alguna forma de presión competitiva que le incentive a presentar la propuesta que maximizaría los eventuales beneficios que se puedan derivar de la ejecución de un contrato de esa naturaleza con fines comercial.

Por lo anterior, esta Superintendencia recomendará aclarar que, en toda circunstancia, aún en el caso del ejercicio del derecho de opción por parte del contratista PPII, la presentación y trámite de la propuesta deberá desarrollarse conforme al procedimiento competitivo establecido para la asignación de áreas de exploración y explotación de hidrocarburos contenido en el Acuerdo 2 de 2017 y sus modificaciones.

4.5. Sobre la posibilidad de trasladar las inversiones de contratos de exploración y explotación a los PPII

Tal y como se describió en la sección 3.4 de este concepto, esta Superintendencia se pronuncia sobre la figura del traslado de inversiones entre contratos que estuvieran en cabeza de un mismo agente, para llevar a cabo actividades de exploración y explotación de yacimientos convencionales.²⁰ En dicha oportunidad, esta Superintendencia, en la descripción del entonces proyecto, destacó el propósito de la medida de acuerdo con lo expuesto por la ANH en los siguientes términos:

“Los traslados de inversión son una medida adoptada por la ANH con el ánimo de viabilizar la ejecución de actividades de exploración que no han sido

²⁰ Concepto identificado con el radicado 20-043922



ejecutadas por diferentes razones y/o factores en los contratos que otorgan derechos a los contratistas para adelantar operaciones de exploración y explotación de hidrocarburos en el país.”²¹ Dicho traslado de la inversión implica la presentación de una solicitud por parte del Contratista a la ANH, quien autoriza o no el traslado de la inversión hacia áreas que puedan ser objeto de actividades de exploración por parte del mismo Contratista. Las áreas a las que se trasladaría la inversión deberán estar igualmente en cabeza del Contratista en comento. La medida descrita tiene como propósito **(i) mitigar el impacto de la caída de los precios internacionales del petróleo, y (ii) evitar la desaceleración de las actividades de exploración para el desarrollo de reservas de hidrocarburos.**²² Todo lo anterior se encuentra regulado en el Artículo 103 del Acuerdo 02 de 2017 el cual señala:

“Precia autorización de la ANH, en Áreas correspondientes a otros negocios jurídicos entre las mismas Partes, y, aún en Áreas Libres o Reservadas de interés de la Entidad, los Contratistas pueden desarrollar aquellas actividades correspondientes al Programa Exploratorio, tanto el Mínimo como el Adicional propuesto y pactado, e inclusive Posterior, en su caso, que no hayan sido ejecutadas por razones de baja prospectividad fundada en concepto técnico independiente corroborado por la ANH; de restricciones ambientales forzosas; de conflictos insalvables de carácter social; de graves perturbaciones del orden público; de determinaciones judiciales que impidan cumplir con los compromisos originales, y de anticipación de actividades y compromisos de inversión que representen beneficios para la Entidad, en todos los casos, debidamente soportados (...).”

En ese momento, esta Superintendencia encontró razonada la motivación de la ANH para proponer la reforma al Acuerdo 2 de 2017. Sin embargo, es preciso destacar que, en el entendido de esta Superintendencia, la medida del traslado de inversiones se enmarca en un entorno comercial o de mercado, y tendría precisamente como fin mitigar el impacto de caída de precios y el desarrollo de reservas, y no, un entorno y actividades de naturaleza científica como se entiende son los PPII.

Llama entonces la atención de esta Superintendencia que la figura del traslado de inversiones aplicable a un contexto como el descrito para los PPII, podría estar significando, desde la óptica de la libre competencia económica, una ventaja competitiva entre agentes incumbentes y agentes entrantes en las zonas en las que concurren proyectos PPII y proyectos con vocación comercial. Ello, por cuanto mientras que el

²¹ Expediente 20-043922, folio 1

²² Expediente 20-043922, folio 2

incumbente podría apelar a la figura del traslado de inversiones, minimizando el esfuerzo por desarrollar las actividades propias del contrato PPII, el entrante no tendría dicha facilidad, por el contrario, sus costos de participación y entrada podrían ser superiores a los del incumbente, materializándose así, un desincentivo para la presentación de nuevas propuestas que no cuenten con actividad alguna en el mercado colombiano.

Así las cosas, y aunado a lo señalado hasta este punto, no observa este Despacho que en el marco del proceso para la selección del contratista PPII, se cuente con reglas que generen una real presión competitiva para los “jugadores”. Por el contrario, como se señaló en el numeral 4.2 se infieren una serie de condiciones que pueden estar incentivando los “juegos cooperativos” entre los agentes que han manifestado su interés en desarrollar los PPII. Por lo anterior, esta Superintendencia recomendará eliminar la posibilidad de aplicar la figura del traslado de inversiones a los PPII a fin de incentivar una dinámica pro-competitiva en el proceso de selección, y con ello, la maximización de los eventuales beneficios que puedan derivarse de la presentación de propuestas por parte de los agentes interesados.

5. RECOMENDACIONES

- **Incluir** criterios adicionales para la selección de los contratistas de los PPII, que incentiven una presión competitiva entre los participantes, y que se caractericen por generar un grado de incertidumbre para los otros participantes, privilegiando así una real libre competencia en todo el proceso.
- **Definir** en su integridad los lineamientos sobre los cuales se estructuren los términos de referencia para el proceso de selección de los contratistas PPII, privilegiando en todo momento la necesidad de garantizar la mayor concurrencia posible de interesados en el desarrollo de los PPII, y con ello, que se derive una adecuada presión competitiva que permita que se incentive a los agentes a desarrollar un “juego” competitivo, y con ello, la presentación de mejores propuestas.
- **Aclarar** que, en toda circunstancia, aún en el caso del ejercicio del derecho de opción por parte del contratista PPII, la presentación y trámite de la propuesta deberá desarrollarse conforme al procedimiento competitivo establecido para la asignación de áreas de exploración y explotación de hidrocarburos contenido en el Acuerdo 2 de 2017 y sus modificaciones.
- **Eliminar** la posibilidad de aplicar la figura del traslado de inversiones a los PPII a fin de incentivar una dinámica pro-competitiva en el proceso de selección, y con ello, la



maximización de los eventuales beneficios que puedan derivarse de la presentación de propuestas por parte de los agentes interesados.

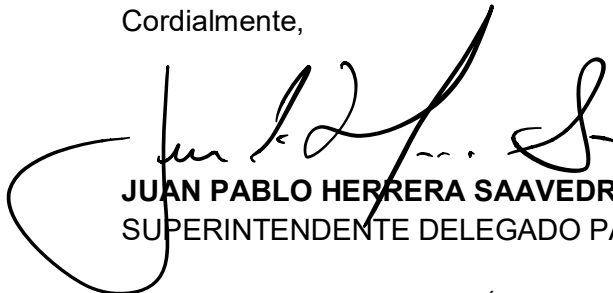
Dado que en el presente caso esta Superintendencia consideró procedente la formulación de recomendaciones en relación con el Proyecto, es pertinente reiterar lo manifestado por el Consejo de Estado en cuanto a la carga motiva que surge en cabeza del regulador que decida apartarse de las sugerencias no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

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

En adición a lo anterior, esta Superintendencia agradece a la ANH que, al momento de expedir la regulación en cuestión, se remita copia de esta al correo electrónico arincon@sic.gov.co. Lo anterior con el fin de hacer seguimiento a la normatividad vigente, además de favorecer los mecanismos de cooperación interinstitucional que permitan alcanzar los objetivos de vigilancia comunes que garanticen la libre competencia, el bienestar de los agentes y la eficiencia económica.

18

Cordialmente,



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

Proyectó: Carolina Medina / Óscar Taborda V.
Revisó y Aprobó: Aura Elena Rincón Peña / Ana María Pérez Herrán

Es importante para nosotros conocer su percepción sobre la atención de su solicitud, por esta razón lo invitamos a evaluar el servicio de la Superintendencia de Industria y Comercio siguiendo el siguiente enlace:

