

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RAD: 14-48286- -6-0 FECHA: 2014-04-07 19:26:45
DEP: 1005 DESPACHO DEL EVE: SIN EVENTO
SUPERINTENDENTE DELEGAD
TRA: 396 ABOGACIA COMPETENCIA FOLIOS: 11
ACT: 440 RESPUESTA

Bogotá D.C.

1005

Doctor

JORGE TRIAS VISBAL

Gerente de Regalías y Derechos Económicos

Agencia Nacional de Hidrocarburos- ANH

Avenida Calle 26 No 59-65 piso 2

BOGOTA D.C. COLOMBIA

Asunto: Radicación: 14-48286- -6-0
 Trámite: 396
 Evento:
 Actuación: 440
 Folios: 11

Referencia: Concepto de abogacía de la competencia (artículo 7, Ley 1340 de 2009). Proyecto de Resolución: *"Por medio de la cual se establece el recaudo en dinero de las regalías y compensaciones causadas por la explotación de gas"*.

Respetado Doctor:

En relación con su comunicación de la referencia, radicada con el número 14-048286 del 21 de marzo de 2014, este Despacho se permite rendir concepto frente al proyecto de resolución puesto a consideración por ustedes, para lo cual, en primer lugar, se describirá el fundamento legal de la abogacía de la competencia y, a continuación, los aspectos relativos a: i) la regulación propuesta; ii) el análisis del Proyecto de Resolución desde la perspectiva de la competencia; y iii) las recomendaciones.

1. FUNDAMENTO LEGAL

De acuerdo con el artículo 7 de la Ley 1340 de 2009, reglamentado por el Decreto 2897 de 2010, *"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 (...)."

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado se pronunció sobre los posibles efectos jurídicos derivados de un incumplimiento de las obligaciones que se desprenden 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". (Subrayado fuera de texto).

2. REGULACIÓN PROPUESTA

El objetivo de la **AGENCIA NACIONAL DE HIDROCARBUROS - ANH** es la administración integral de las reservas de hidrocarburos de propiedad de la Nación. Dentro de las funciones encomendadas a la **ANH** se encuentra la de recaudar, liquidar, transferir y girar las sumas de dinero que por concepto de regalías y compensaciones corresponda al Estado recibir en ejecución de los contratos para la explotación de hidrocarburos, tal como lo dispone el Decreto Ley 4137 del 3 de noviembre de 2011, *"por el cual se cambia la naturaleza jurídica de la Agencia Nacional de Hidrocarburos (ANH)".*

En ese sentido, el proyecto de regulación busca establecer las fórmulas, procedimientos y parámetros para liquidar y recaudar las regalías causadas por la explotación de gas, para lo cual inicia con la definición y precisión de varios conceptos técnicos, establece la fórmula para el cálculo del precio base de liquidación así como la información que debe allegarse para hacer dicho cálculo y determina la manera en que procede la liquidación, el recaudo y el ajuste de regalías.

2.1. OBJETIVOS DE LA REGULACIÓN

- Dar cumplimiento a lo dispuesto en el Decreto Ley 4137 de 2001, respecto a la función de administrar las reservas de hidrocarburos de propiedad de la Nación.

- Determinar la fórmula para el cálculo del Precio Base de Liquidación de regalías de gas recaudadas en dinero.
- Establecer la información que debe suministrar cada productor-comercializador de gas al operador de cada campo, para que éste recopile la información de precios de venta promedio ponderados por cantidades de gas comercializadas por cada productor-comercializador.
- Especificar la información que deben allegar los operadores por cada campo productor a la ANH, a efectos de recaudar liquidar y transferir las regalías causadas por la explotación de gas.
- Establecer la fórmula y el mecanismo de liquidación provisional mensual de las regalías y compensaciones por la explotación de gas.
- Fijar el mecanismo de pago y recaudo de las regalías causadas por la explotación de gas.
- Establecer el mecanismo y el procedimiento para el ajuste de la liquidación mensual de regalías y compensaciones por la explotación de gas.
- Fijar la liquidación del precio de regalías de gas provisional, para los meses de enero y febrero 2014.

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

El proyecto de acto administrativo remitido por la ANH y que acá se revisa, no obstante reglamentar asuntos de carácter eminentemente técnico, contiene algunas disposiciones sobre intercambio de información entre competidores que preocupan tanto a los agentes del mercado como a esta Superintendencia. Las mencionadas disposiciones refieren al suministro de información que deben entregar los productores-comercializadores al operador de cada campo productor, para que éste recopile el dato del precio de venta promedio ponderado por cantidades de gas comercializado, a efectos de que la ANH pueda determinar el precio base de liquidación para las regalías de gas recaudadas en dinero.

En efecto, el artículo tercero del proyecto de acto administrativo remitido, dispone:

“ARTÍCULO TERCERO: ENTREGA DE INFORMACIÓN. Con base en los cálculos realizados de acuerdo con el Artículo Segundo, el operador deberá entregar a la Agencia Nacional de Hidrocarburos por cada

Campo Productor, según el formato del Anexo 2, mediante comunicación suscrita por el representante legal o su apoderado, dentro de los quince (15) primeros días hábiles del mes siguiente al mes sujeto de cálculo, la información que se señala a continuación:

- a) el P_{cm}^1 que también será registrado en el sistema de información SUIME.
- b) el D_{cm}^2 que también será registrado en el sistema de información SUIME.
- c) El promedio del poder calorífico del gas del respectivo Campo Productor para el mes también será registrado en el sistema SUIME.
- d) La base de cálculo del D_{cm} que explique y soporte estos costos, en medio magnético.

Los valores del P_{cm} y del D_{cm} deben detallarse con una aproximación de 4 decimales.

(...)"

Por su parte el artículo subsiguiente, dispone:

"ARTÍCULO CUARTO: La Agencia Nacional de Hidrocarburos podrá requerir al operador en cualquier momento para ampliar y/o soportar la información entregada, y de encontrarlo pertinente, podrá ajustar el precio base de liquidación de regalías y realizar las re liquidaciones correspondientes, sin perjuicio de las sanciones contractuales y legalmente establecidas a que haya lugar".

¹ El Artículo segundo del proyecto de regulación define P_{cm} de la siguiente manera: "Es el precio de Venta promedio ponderado por la cantidad de gas comercializado en el campo c, en el mes d, expresado en dólares de los Estados Unidos de América por MBTU (USD\$/MBTU), calculado por el operador conforme a la siguiente fórmula:

$$P_{cm} = \frac{\sum_{p=1}^{NP} (P_{cmp} \cdot V_{cmp})}{\sum_{p=1}^{NP} V_{cmp}}$$

² El Artículo segundo del proyecto de regulación define D_{cm} de la siguiente manera: "Corresponde a todos los costos en que se incurre para llevar el gas del Punto de Entrega al Punto de Entrada cuando tales puntos no coinciden, de cada campo c, en el mes m, expresado en dólares de los Estados Unidos de América por MBTU (US\$/MBTU), calculado por el operador conforme a la siguiente fórmula:

$$D_{cm} = \frac{\sum_{j=1}^N D_{cmj}}{\sum_{p=1}^{NP} V_{cmp}}$$

Pues bien, las preocupaciones que suscitan los citados artículos a instancias de esta Superintendencia, en línea con las inquietudes presentadas por la Asociación Colombiana de Petróleos – ACP³ y Ecopetrol⁴, se desprenden del hecho de que el operador tenga acceso a información sensible de sus competidores, como es el precio de venta promedio ponderado por la cantidad de gas comercializado, por campo y mes. Adicionalmente, el mecanismo podría conllevar a que el operador requiera al productor información más desagregada alegando que le corresponde verificar si el cálculo del precio reportado es correcto y hacer uso de esa ventaja informativa.

Esta Superintendencia, consciente del cambio que surge al mudarse de un sistema de regalías pagadas en especie a un sistema de regalías liquidadas en dinero, se permite hacer las siguientes precisiones en punto de la entrega de información sensible entre competidores que surge a partir del esquema propuesto. Para tales efectos se abordarán los siguientes aspectos: (i) los potenciales efectos distorsivos en la competencia derivados del intercambio de información entre competidores; (ii) posición de esta Superintendencia frente al intercambios de información entre competidores; (iii) una breve mención al derecho comparado y las directrices internacionales que se han revisado a propósito de los intercambios de información sensible en el mercado; y iv) observaciones frente al caso en concreto.

i) Potenciales efectos distorsivos en la competencia derivados del intercambio de información entre competidores.

La literatura económica ha considerado el intercambio de información entre competidores como un tema sustancial en políticas de protección de la competencia. Así, en tratándose de dicha práctica, la doctrina ha precisado que, a pesar de los

³ Mediante escrito del 4 de marzo de 2014 dirigido por la ACP a la ANH, la ACP manifestó: **“Consideramos que para el mercado resulta inconveniente que se deba centralizar la información de cada compañía a través de un tercero.** El hecho de compartir la información de precios de venta, costos y cantidades afecta la libre competencia. Lo anterior, toda vez que se trata de información de agentes que compiten en el mercado y ese sentido puede generar contingencias desde la perspectiva de las normas de competencia”. Folio 23 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

⁴ El comentario de Ecopetrol es el siguiente: *“Teniendo en cuenta que uno de los puntos de la información solicitada, responde a las políticas de precio que cada productor aplica según su criterio, para cada uno de sus campos en cada proceso de comercialización, y que tanto el MME como la CREG han procurado regular en pro de la libre competencia, para generar un mayor desarrollo del mercado de gas, consideramos inconveniente la regulación planteada en este Artículo [i.e. Artículo tercero], ya que confiere ventajas comerciales y competitivas a la parte que conspolda y reporta la información, frente a los demás, afectándose las condiciones de igualdad entre los agentes del mercado y, por tanto, el desarrollo regular de la actividad de comercialización en condiciones equitativas y justas entre los competidores. Folios 27-28 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.*

posibles aspectos pro-competitivos que puedan representar intercambiar información, particularmente por la transparencia que genera en el mercado y que repercute en temas de eficiencia, también considera que dichos esquemas pueden afectar sustancialmente la competencia⁵.

Así, la literatura económica predice que el intercambio de información sensible, es decir, estratégicamente útil⁶, podría conllevar a que se produzcan en el mercado los siguientes efectos anticompetitivos:

- Reducción de la incertidumbre en los mercados y la homogenización del comportamiento de los competidores, lo cual puede deteriorar el nivel de competencia en el mercado.
- Aumento en los incentivos para ejecutar acuerdos de fijación de precios, repartición de mercados u otros ilícitos anticompetitivos⁷.
- Facilitar la adopción de prácticas concertadas en donde los competidores adoptan los pasos preliminares para coordinar su posición en el mercado gracias a las señales que arrojadas por la información compartida⁸.
- Ocasionar una asimetría en las condiciones competitivas en beneficio a los agentes que tienen acceso a la información privilegiada, lo cual ubica en una

⁵ El intercambio de información entre competidores debe diferenciarse de la transparencia en el acceso a información sobre el mercado tanto para las empresas como para los consumidores. El segundo escenario conlleva a un efecto pro-competitivo en el mercado e, incluso, es una características de un mercado de competencia perfecta. Massimo Motta, Competition Policy: Theory and Practice, Cambridge University Press, 2004, p. 155-156.

⁶ Sobre este particular, es importante precisar que la naturaleza de la información intercambiada es un factor cardinal en el juicio de competencia, pues no toda la información tiene la misma potencia restrictiva y colusoria. En este sentido, las Autoridades de competencia en su evaluación distinguen entre las diversas características de la información intercambiada tales como el tema, la temporalidad de la información y el nivel de agregación. En cuanto a la temática, los intercambios de información que versan sobre precios, cantidades, costos, estrategias comerciales, etc, acarrear un mayor riesgo. La temporalidad de la información también juega un papel importante en la evaluación, ya que la información histórica tiene un potencial restrictivo menor que el de los datos actuales o incluso futuros. Finalmente, el nivel de agregación es otro factor relevante: el intercambio de información desagregada tiene un mayor potencial anticompetitivo; además, las eficiencias que las empresas potencialmente pueden alcanzar a través de intercambios de información no reclaman el intercambio de datos muy desagregados, lo que es muy propicio para la coordinación.

⁷ Massimo Motta, Competition Policy: Theory and Practice, Cambridge University Press, 2004, p. 150.

⁸ Richard Posner, Antitrust Law, 2nd. Edition, The University Chicago Press, 2001, p. 159.

posición artificial de desventaja competitiva a las firmas que tienen menor información sobre sus competidores.

- Garantizar la estabilidad de un acuerdo colusorio en el mercado, toda vez que la observabilidad de variables como precios y cantidades permite a los miembros del acuerdo identificar cualquier desviación de alguno de sus miembros del equilibrio colusorio y castigarla oportunamente⁹.

En este sentido, si bien los intercambios de información no son necesariamente perjudiciales para la competencia, sí se prestan como potencialmente restrictivos cuando versan sobre información sensible, como la que refiere a los precios.

ii) Posición de la SIC frente al intercambio de información entre competidores

Sea lo primero aclarar que la normativa actual en materia de competencia no establece de manera expresa el intercambio de información como una conducta contraria a la libre competencia, por lo que no se considera como *per se* anticompetitiva.

No obstante, esta conducta puede verse como una práctica restrictiva de la competencia bajo la prohibición general contenida en el artículo 1 de la Ley 155 del 1959¹⁰; o bien como un indicativo de la realización de otras prácticas restrictivas de la competencia. Así pues, el intercambio de información entre competidores ha sido un tema objeto de pronunciamientos por parte de esta Entidad que, sobre el particular, ha manifestado:

“(...) es importante tener en cuenta que el intercambio de esta clase de información¹¹ es la que, de una parte, favorece la colusión y la administración de los acuerdos y, de la otra, debilita o distorsiona el mercado. La evidencia de este intercambio de información es un elemento fundamental para establecer la realización de conductas colusorias. Por ello, en los mercados oligopólicos las restricciones en la comunicación entre empresas resultan ser una de las armas más poderosas para combatir la colusión”.¹²

⁹ Massimo Motta, *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge University Press, 2004, p. 151.

¹⁰ “Artículo 1. (modificado por el artículo 1 del Decreto 3307 de 1963). Quedan prohibidos los acuerdos o convenios (sic) que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos (...).”

¹¹ Refiriéndose a la información reservada relativa al precio.

¹² Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 51694 de 2008. P.104.

En la misma línea dispuso:

*“El intercambio de información reservada de las empresas, constituye un indicio adicional de la existencia de prácticas colusivas, toda vez que se trata de información estratégica de las mismas, cuya reserva normalmente es celosamente mantenida por los comerciantes, sobretudo respecto de sus competidores”.*¹³

Pues bien, la **SIC** también ha diferenciado los tipos de intercambio de información que pueden surgir, así como la aproximación que debe realizarse para que cada uno de ellos soporte la calificación de “anticompetitivo”¹⁴ y sobre el tema dispuso:

*“Así, puede afirmarse que existen por un lado intercambios de información utilizados como soporte de una conducta anticompetitiva y, por el otro, intercambios de información que por sí solos constituyen una infracción al régimen de protección de la competencia. En el primer caso, el intercambio es el mecanismo utilizados para monitorear el cumplimiento de los acuerdos pactados. En el segundo, por su parte, dicho intercambio es el objeto mismo de la conducta y modifica efectiva o potencialmente de manera artificial las condiciones del mercado”.*¹⁵

Por todo lo anterior, aunque no todas las consecuencias que puedan emanar de un intercambio de información entre competidores son necesariamente restrictivas, es claro que para la **SIC** dicha conducta puede resultar como potencialmente perjudicial para la competencia, en el sentido de que facilita la colusión entre los competidores así como otro tipo de prácticas reprochables a instancias de esta Autoridad.

iii) **Breve mención al derecho comparado y las directrices internacionales que se han revisado a propósito de los intercambios de información sensible en el mercado.**

Si bien no está en el ánimo de esta Entidad ahondar en el manejo que le han dado otras jurisdicciones a los casos de intercambios de información entre competidores, consideramos, sin embargo, que es importante revisar la línea internacional que se ha tenido al respecto y que, de alguna u otra manera, ha inspirado y permeado las disposiciones internas.

¹³ Ibidem. p.111.

¹⁴ Ver Whish Richard, Competition Law, 6th edition, Oxford University Press (2009), p. 523.

¹⁵ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 46111 de 2011, p. 100.

Así, por ejemplo, la Comisión Federal de la Competencia de Estados Unidos (FTC en sus siglas en inglés) ha tenido a la siguiente aproximación frente al asunto:

*“Los acuerdos que facilitan la colusión, en ocasiones implican el intercambio o divulgación de información (...) la preocupación en términos de la competencia depende de la naturaleza de la información compartida. Manteniendo los demás factores iguales, el intercambio de información relativa a precios, producción, costos o la planificación estratégica es más probable que suscite mayor preocupación que aquél relacionado con información que involucre variables de competencia menos sensibles”.*¹⁶

Por su parte, la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo, (OECD, en sus siglas en inglés) sostuvo:

“El aumento de la transparencia del mercado no sólo produce beneficios, sino que también puede dar lugar a efectos anticompetitivos significativos. Hay varias formas en las que la competencia puede verse afectada como consecuencia del intercambio de información entre competidores. Las teorías del perjuicio se basan principalmente en los efectos coordinados y, en menor medida, en los efectos no coordinados de los intercambios de información.

*En cuanto a los efectos coordinados, el intercambio de información puede facilitar la colusión entre competidores por lo que les permite establecer la coordinación, monitorear la adherencia al comportamiento coordinado y castigar las desviaciones con eficacia”.*¹⁷

Por tal sentido, las disposiciones internacionales guardan cierta coincidencia con el manejo que Colombia le ha dado a la materia en comento, en el sentido de que no castigan *per se* los intercambios de información, pero sí reconoce el riesgo inherente que se desprende de los mismos cuando versan sobre datos muy sensibles que pueden conducir a efectos colusivos al interior de los mercados.

iv) Observaciones frente a la regulación propuesta

¹⁶ Federal Trade Commission y US Department of Justice, Antitrust Guidelines for Collaborations among Competitors, Abril de 2002, para. 3.31 (b). Traducción libre.

¹⁷ OECD, Policy Roundtables. “Information exchanges between competitors under competition law”, 2010, p 10-11. (Traducción libre).

Luego de analizar los documentos radicados por la **AGENCIA NACIONAL DE HIDROCARBUROS-ANH** y tras estudiar detalladamente los comentarios de terceros, esta Superintendencia encuentra problemático el esquema previsto para efectos de determinar el precio base de liquidación de regalías y que presupone un suministro de información agregada por parte de los productores-comercializadores al operador. Lo anterior, en la medida en que se trata de la información más sensible que un agente pueda compartir a su competidor en el mercado, el precio.

Esta Superintendencia reconoce que la **ANH** ha realizado esfuerzos para ajustar el proyecto de regulación con el fin de reducir la información que el productor debe entregarle al operador. En este sentido, la **ANH** en su escrito radicado el pasado 21 de marzo de 2014, manifestó:

“La situación a que se hace alusión en el inciso anterior fue corregida en el proyecto de resolución definitivo. Se estructuró la fórmula de tal manera que cada productor – comercializador de gas es el responsable de establecer el precio de venta promedio ponderado de sus contrarios y es dicha información la que suministra al operador”¹⁸.

Sin embargo, continúa siendo motivo de preocupación que se comparta la información sobre precios de venta, aunque se trate de un promedio ponderado por la calidad de gas comercializado en un mes, toda vez que esta información se erige como un buen *proxy* sobre la estrategia comercial del productor. Adicionalmente, existe el riesgo de que el operador requiera información más detallada al productor la cual, a pesar de estar por fuera de los datos exigidos por la regulación, podría justificarse en el sentido de que es el operador quien liquida el valor final que se reporta a la **ANH**.

La mencionada disposición puede repercutir en ventajas comerciales y competitivas para la parte que consolida y reporta la información, comprometiéndose con ello las condiciones de igualdad en las actividades de comercialización entre las participantes en el mercado. Adicionalmente, el acceso a esta información por parte del operador puede conllevar a la reducción entre la rivalidad entre el productor y el operador, así como a un escenario aún más perjudicial para la competencia como la adopción de un equilibrio coordinado entre los agentes.

Dadas las particularidades del mercado de gas y los esquemas de comercialización propios de dicho mercado, el intercambio de información pudiera tener un efecto anticompetitivo en las subastas¹⁹ y/o en las negociaciones bilaterales.

¹⁸ Folio 1 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

¹⁹ Resolución CREG 019 de 2013, artículos 27 y 28., con sus respectivos anexos.

Teniendo en cuenta lo anterior, esta Superintendencia concluye que el esquema previsto para efectos de determinar el precio base de liquidación de regalías, el cual presupone el suministro de un precio de venta promedio de información agregada por parte de los productores-comercializadores al operador, implica una potencial preocupación en materia de la libre competencia.

4. RECOMENDACIÓN

Por todo lo anterior, la **SIC** sugiere a la **ANH** considerar la posibilidad de que se adopte un modelo de recolección de la información necesaria para la liquidación de las regalías, que no implique el intercambio de información sensible entre competidores.

En caso de tener alguna inquietud en cuanto al alcance del presente concepto, no duden en contactarnos. Por último, agradecemos que nos mantengan informados sobre cualquier determinación que se adopte y que esté relacionada con nuestra recomendación.

GERMAN ENRIQUE BACCA MEDINA

SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA LA PROTECCION DE LA COMPETENCIA

Elaboró: Manuela Trujillo

Revisó: José Plata

Aprobó: Germán Bacca