



Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

La presente obra está bajo una licencia:
Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

Para leer el texto completo de la licencia, visita:
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/2.5/co/>

Usted es libre de:



Compartir - copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra

hacer obras derivadas

Bajo las condiciones siguientes:



Atribución — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciante (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o que apoyan el uso que hace de su obra).



No Comercial — No puede utilizar esta obra para fines comerciales.

Regulación del Gas Licuado de Petróleo y su presunta incidencia en la restricción de la competencia del mercado en Colombia.¹

Ingrid Milena Carabante Sánchez ²

Universidad Católica de Colombia

Resumen

Este artículo de investigación presenta un análisis de la medida regulatoria de capacidad de compra emitida por la Comisión de Regulación de Energía y Gas para el mercado de Gas Licuado de Petróleo en Colombia, y como su aplicación presuntamente podría afectar la libre competencia. Lo anterior, se realizará a partir de un análisis de los principios constitucionales de libre empresa y libre competencia, la normatividad que fijo las reglas para la prestación de servicios públicos domiciliarios en Colombia, y las disposiciones que en materia de competencia ha realizado el legislador y la Superintendencia de Industria y Comercio.

Palabras clave: Colombia, Libre empresa, Libre Competencia, Servicios Públicos Domiciliarios, Gas Licuado de Petróleo, Comercialización.

Abstract

This research article presents an analysis of the regulatory measure of purchasing power issued by the Energy and Gas Regulation Commission for the Liquefied Petroleum Gas market in Colombia, and how its application could allegedly affect free competition. The foregoing will be carried out based on an analysis of the constitutional principles of free enterprise and free competition, the regulations that set the rules for the provision of domiciliary public services in Colombia, and the provisions that the legislator has made regarding competition. the Superintendence of Industry and Commerce.

Keywords: Colombia, Free company, Free Competition, Public Home Services, Liquefied Petroleum Gas, Marketing.

¹ Artículo de reflexión presentado como requisito para optar al título de Abogado de la Universidad Católica de Colombia, bajo la asesoría del Doctor Omar Antonio Herrán Pinzón docente de la facultad de Derecho, 2019.

² Estudiante de Derecho con materias culminadas y en proceso de grado de la Universidad Católica de Colombia, identificada con código estudiantil N° 2110027. Contacto imcarabante27@ucatolica.edu.co

Sumario.

Introducción. 1. Economía social de mercado en Colombia. 2. Regulación de la comercialización del servicio público domiciliario de Gas licuado de petróleo. 3. Capacidad de compra Resolución CREG 063 de 2016. Conclusiones. Referencias.

Introducción

La libertad de empresa tiene su antecedente histórico en la Revolución Francesa, y en Colombia concretamente sus nociones fueron expresadas por primera vez por la Corte Suprema de Justicia en 1938, en la cual se indicó que este precepto hacía referencia concretamente a la posibilidad de que cada individuo decidiera de manera libre la actividad lícita a la cual quería dedicarse (Sabogal, 2005).

Posteriormente el Constituyente de 1991 consagró de manera expresa los principios de libre empresa y libre competencia en la Carta política. Concretamente en el artículo 26 que hace referencia a la libertad de escogencia, en el artículo 88 que considera a la libre competencia como un derecho individual y a su vez colectivo, y por último en el artículo 333 que señala un aspecto sobre la libre competencia y la iniciativa económica privada.

En ese sentido, Colombia desde 1991 desarrolló un sistema económico que debe ceñirse a principios, valores y disposiciones que se encuentran en el texto constitucional y describe un modelo basado en la economía social de mercado, que integra conceptos importantes como el principio pro-libertad, el principio pro-igualdad, la unidad de mercado, la pluralidad de actores, la intervención pública económica y el principio de la libre competencia (Araya, 2015).

Dichos principios tienen especial importancia en materia de servicios públicos domiciliarios, en razón a la competitividad en materia de tarifa y calidad que puede brindarse a los usuarios. En este ámbito, como lo indica Echeverri (2013) las entidades públicas encargadas de emitir la regulación para garantizar y promover la libre competencia son las comisiones de regulación creadas a partir de la expedición de la Ley 142 de 1994.

Sin embargo, ciertas medidas regulatorias ponen en tela de juicio la promoción de la libre competencia entre los prestadores de servicios públicos domiciliarios. El caso de estudio concreto, se presenta en el mercado de comercialización de Gas Licuado de Petróleo con una medida denominada capacidad de compra expedida mediante la Resolución CREG 063 de 2016 que señala parámetros de conducta y participación de los agentes en el mercado de GLP, situación que requiere un análisis, que permita evaluar como lo expresan Cubides, Pinilla, Torres & Vallejo (2016) si esta medida corresponde a necesidades ante fallas del mercado, captura del regulador o motivaciones diferentes a la eficiente prestación del servicio.

En armonía con los precedentes esbozados, este artículo plantea como pregunta de investigación la siguiente: ¿Cómo afecta la medida regulatoria de capacidad de compra en el mercado de comercialización de Gas licuado de petróleo la libre competencia en Colombia? Lo anterior se revisa con el objetivo principal de analizar el desarrollo de la medida regulatoria de la capacidad de compra en el mercado del gas licuado de en Colombia, y como esta medida afecta la libre competencia en el mercado de comercialización de este producto.

Para el desarrollo de la presente investigación, se ha planteado como hipótesis general, que la medida regulatoria de la capacidad de compra, tiene efectos negativos sobre la libre competencia y la igualdad de actores económicos ya que restringe la adquisición de producto para pequeñas empresas, lo que reduce el mercado al que puede dirigirse debido a las cantidad de producto asignado.

El presente artículo de reflexión es desarrollado mediante la aplicación de la metodología hermenéutica doctrinal y jurisprudencial llevada a cabo mediante la revisión y análisis de fuentes primarias como libros, normativa regulatoria y fuentes secundarias como jurisprudencia, artículos académicos (Agudelo, 2018).

1. Economía social de mercado en Colombia.

Las primeras constituciones en Colombia no hicieron énfasis en la regulación de aspectos económicos, ya que fueron tratados muy someramente como en la Constitución de

1886 donde se hace referencia al derecho a la propiedad privada. La Corte Suprema de Justicia posteriormente en su jurisprudencia hizo referencia a la libre empresa.

Ahora bien, posteriormente con la evolución de la industria en la Constitución política de 1991, expresamente se consagra la economía social de mercado es el modelo económico adoptado por Colombia, el cual consiste en una economía fundada en el libre mercado (libre competencia) que a su vez preserva o impulsa principios sociales como la equidad y justicia social.

Esta corriente económica nace en Alemania, con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial y encuentra como su mayor exponente la Escuela de Friburgo, que realizó una serie de estudios importantes para formular planes económicos para la reconstrucción de Alemania luego de la devastación de la guerra, buscando un modelo económico que se centre en el reconocimiento de las libertades del individuo y la organización (Alarcón, 2016).

En Colombia, la Constitución Política de 1991 si bien no estableció de manera expresa el modelo de economía social de mercado, lo hizo de manera implícita cuando en su preámbulo y su contenido esboza los principios del Estado, y expresa la noción de Estado Social de Derecho, que se caracteriza por el reconocimiento de una carta amplia de derechos entre los cuales se consagra el derecho a la propiedad privada.

En ese sentido como lo indica Moreno (2014) concurren en el modelo económico colombiano los preceptos de Estado Social de Derecho, sobre propiedad privada, libre empresa, libre competencia; pero también señala la facultad de intervención del Estado que en Colombia se sigue ejerciendo de manera activa. En este contexto, se procederá a realizar un análisis de los preceptos fundantes del modelo de economía social de mercado instituido en Colombia.

1.1 Libre Empresa:

La libertad de empresa en el ordenamiento jurídico colombiano hace parte de la libertad económica expuesta en la carta política, y hace referencia a la facultad dada a los individuos para escoger su actividad económica y emprender a partir de dicha decisión la creación de su empresa. Sin embargo, esta libertad está circunscrita a limitaciones como el bien común, o la licitud de la actividad.

Al respecto, Monguí (2012) asegura lo siguiente:

La Constitución de 1991, ésta quiso perfeccionar los instrumentos propios de la economía de mercado, precisar la responsabilidad del Estado y dotarlo de nuevos y más eficaces instrumentos para el logro de la equidad social. Donde por supuesto se armonizará la intervención del Estado con la libertad de los ciudadanos, el valor otorgado a la libertad económica es grande y por ello se garantiza aún más la libre iniciativa a los asociados para satisfacer sus menesteres, sin privilegiar a uno más que otro (p.175).

Este principio sin duda establece una libertad económica importante para los asociados que pueden definir de manera libre la actividad a la cual se van a dedicar, siempre que esta esté ceñida a la licitud. En ese sentido ninguna actividad económica se encuentra prohibida, aunque es preciso advertir que el Estado tiene la facultad de emitir la regulación para algunas actividades específicas como la financiera o la prestación de servicios públicos domiciliarios.

Es importante resaltar que, si bien la Carta Política de 1991 privilegia la libertad de empresa, también adopta la teoría neoclásica acerca de permitir la intervención del Estado en la economía como se consagró en varios artículos de la norma fundante (Soto, 2014). Así entonces, se refleja que Colombia adoptó modelo económico mixto en el que confluyen políticas liberales sobre como la libertad de empresa y otras de apertura económica, y también se habilita el Estado para intervenir en sectores específicos de manera permanente y en otros excepcionalmente (Valencia, 2004).

Así mismo dicha libertad de empresa debe obtenerse de incurrir en prácticas restrictivas de la competencia, ya que la libre competencia es otro de los pilares fundamentales de la libertad económica expuesta en la constitución como se verá a continuación.

1.2 Libre Competencia:

La libre competencia es aquella rivalidad que se presenta entre un grupo de agentes económicos por un mercado concreto. Al respecto, indica Ossa (2014) esta noción hace referencia tanto a criterios económicos como jurídicos, teniendo en cuenta que el análisis de la competencia de cada sector debe estar ceñido a las condiciones que se presentan en el mismo.

En Colombia se ha previsto desde la carta política que el Estado debe velar por la promoción de la competencia en los mercados cuando la misma sea posible, de forma que el consumidor se vea beneficiado al adquirir productos de calidad a precios bajos (Flórez, 2011). El Constituyente de 1991 advirtió la necesidad de someter la actuación de las empresas a reglas sobre competencia de manera que se prevenga las prácticas restrictivas de la misma, y se sancionen en el caso de que lleguen a ocurrir.

Respecto de las consideraciones constitucionales sobre la libre competencia, la Corte Constitucional ha hecho el siguiente análisis:

La libre competencia económica es una garantía constitucional de naturaleza relacional. Quiere esto decir que la satisfacción de la misma depende del ejercicio de funciones de inspección, vigilancia y control de las actuaciones de los agentes que concurren al mercado, con el objeto de evitar que incurran en comportamientos abusivos que afecten la competencia o, una vez acaecidos estos comportamientos, imponer las sanciones que prevea la ley. Sobre el particular, la Corte ha insistido en que “se concibe a la libre competencia económica, como un derecho individual y a la vez colectivo (artículo 88 de la Constitución), cuya finalidad es alcanzar un estado de competencia real, libre y no falseada, que permita la obtención del lucro individual para el empresario (Corte Constitucional, C-228, 2010).

Para garantizar la libre competencia se creó la Superintendencia de Industria y Comercio que es una entidad, creada a través del Decreto 2974 del 3 de diciembre de 1968, y en dicha época tenía funciones de registro de marcas y patentes, ya en el año 1976 se le concedieron funciones sobre temas de propiedad industrial, y posterior a la expedición de la Constitución de 1991 se reestructuro la misma asignándole funciones de promoción de la competencia y sanciones de prácticas restrictivas (Superintendencia de Industria y Comercio, 2019).

En la actualidad esta entidad tiene funciones de temas como propiedad industrial, protección al consumidor, inspección y verificación de peso y medida de productos, protección de la competencia, protección de datos personales y registro de bases de datos y además ejerce funciones jurisdiccionales de protección al consumidor, en primera o única instancia y procesos administrativos sancionatorios por prácticas restrictivas de la competencia.

Ahora bien, en el sector de servicios públicos domiciliarios además de la Superintendencia de industria y comercio, existen otras instituciones que tienen también la función de velar porque en la prestación de estos exista una libre competencia y se favorezca al usuario en todo caso, garantizando la prestación eficiente de los servicios públicos y ampliando su cobertura. La figura 1, señala aquellas instituciones que hacen parte del sector de los servicios públicos domiciliarios en Colombia.

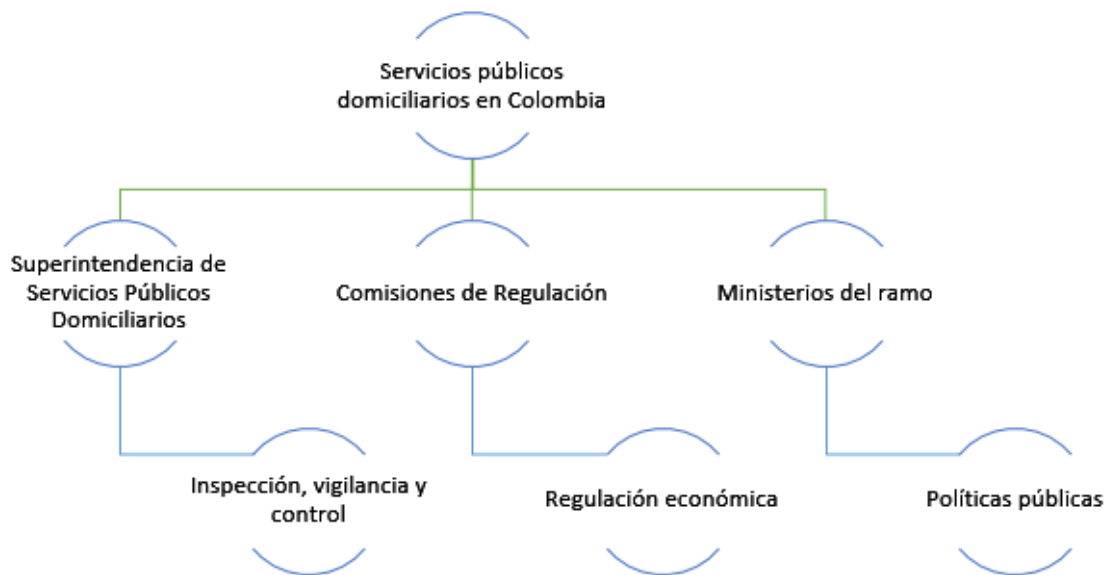


Figura 1. Participación de las instituciones en el sector de servicios públicos domiciliarios en Colombia. Acuña (2018).

Como se puede observar, existe una arquitectura amplia en este sector debido a la participación de varias entidades, unas que participan en la fijación de la política, otras en la regulación, y una concreta encargada de la inspección, vigilancia y control, y la operación del mercado. Todas estas entidades públicas se enfocan en garantizar la prestación de servicios públicos a todos los habitantes, partiendo del postulado constitucional que define como finalidad del Estado social de derecho la prestación de los servicios públicos.

Ahora bien, la Ley 142 de 1994 que es el Régimen de servicios públicos domiciliarios consagró unas disposiciones especiales o excepciones en materia de libre competencia, esto teniendo en cuenta que en la prestación de varios de estos servicios presenta estructuras monopólicas (Alarcón, 2014). Por esta razón este sector presenta una regulación particular, que no obstante su especialidad en todo caso debe estar sujeta a los presupuestos constitucionales de libre empresa, igualdad y pluralidad de oferentes.

1.3 Principio de igualdad y pluralidad de Actores:

El principio de igualdad hace referencia a que todos los competidores dentro de un mercado deben estar sujetos a las mismas condiciones o reglas que se han fijado por el Estado desde su competencia para intervenir en la economía.

Sobre este aspecto, Barreto (2017) señala que es necesario para lograr que exista libre competencia en un mercado que se generen igualdad de condiciones para los actores del mercado, de modo que su participación se dé por el comportamiento del mismo y no por privilegios que tiene frente a sus competidores. No obstante debe considerarse que en ciertos mercados se generan barreras de entrada que son en concreto obstáculos que dificultan la entrada de un agente al mercado, y pueden ser de tipo económico, social, legal, entre otros.

Ahora bien, frente a la pluralidad de actores es importante mencionar que la presencia de estos garantiza que exista una competencia en el mercado que favorezca a los usuarios o consumidores del bien o servicio comercializado. En ese aspecto la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

La protección a la libre competencia económica tiene también como objeto, la competencia en sí misma considerada, es decir, más allá de salvaguardar la relación o tensión entre competidores, debe impulsar o promover la existencia de una pluralidad de oferentes que hagan efectivo el derecho a la libre elección de los consumidores, y le permita al Estado evitar la conformación de monopolios, las prácticas restrictivas de la competencia o eventuales abusos de posiciones dominantes que produzcan distorsiones en el sistema económico competitivo. Así se garantiza tanto el interés de los competidores, el colectivo de los consumidores y el interés público del Estado (Corte Constitucional, C-228, 2010).

Es claro que cuando existen diversos oferentes en un mismo mercado y estos actúan bajo las mismas condiciones se presenta un escenario de competencia perfecta, que genera condiciones favorables para quien consume en producto en términos de calidad, medida y precio. Es importante aclarar que en la práctica el funcionamiento de los mercados presenta diversas dinámicas o comportamientos como las fallas de mercado, la posición dominante dentro del mismo, las prácticas restrictivas de la competencia entre otros.

En ese sentido, como lo señala Alarcón (2014) en el sector de servicios públicos domiciliarios se pueden sancionar aquellas prácticas de abuso de posición dominante, no garantía de pluralidad de oferentes, o restricciones que limiten la libre elección de agentes por parte de los usuarios, sin embargo, en ocasiones dichas conductas pueden ser propiciadas por la regulación, ejemplo de esto es la medida regulatoria de capacidad de compra en el sector del gas licuado de petróleo que se analizará más adelante a profundidad.

2. Regulación de la comercialización del servicio público domiciliario de Gas licuado de petróleo

Es importante anotar en este punto que en Colombia el sector de servicios públicos domiciliarios tiene diferentes actores a nivel estatal, en ese sentido la facultad de regulación este tipo de servicios está en cabeza del Estado y es el Ministerio del ramo quien fija la política para que posteriormente la Comisión de regulación correspondiente proceda a emitir la regulación económica para las actividades que componen la prestación de cada uno de los servicios públicos domiciliarios (Camargo, 2015).

Es importante mencionar que el Constituyente de 1991 si bien decide facultar a los particulares para que concurren en la prestación de servicios públicos, también opta por dejar en cabeza del Estado, la facultad de emitir la regulación económica, esto con el fin de promover la competencia, ampliar la cobertura y de esta manera permitir el acceso de más a personas a estos servicios, en condiciones de garantizar la calidad y confiabilidad.

Ahora bien, dentro de la categoría de servicios públicos domiciliarios se encuentra el Gas Licuado de Petróleo (GLP) que es un combustible derivado del petróleo el cual, por razones de costos, portabilidad, facilidad para transportar, entre otros, es uno de los elementos más

importantes para la satisfacción de necesidades básicas en los hogares colombianos y la canasta energética del país (Mateus, 2016).

En el caso concreto del servicio público domiciliario del gas licuado de petróleo, es la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG) la entidad encargada de expedir la regulación económica de las actividades de producción, distribución y comercialización del GLP. No obstante, la competencia de inspección, vigilancia y control de las empresas prestadoras es de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Respecto de la regulación en materia de comercialización minorista de este producto, es decir aquellas empresas que entregan de GLP en cilindros en el domicilio del usuario final o en expendios, es importante advertir que las mismas se encuentran sujetas a lo dispuesto en la Resolución CREG 023 de 2008³.

Así entonces, deja claro dicha resolución que quien desee ejercer la actividad de comercialización minorista de GLP debe constituirse como una empresa de servicios públicos domiciliario, de acuerdo a lo expuesto en la Ley 142 de 1994 que es el régimen de servicios públicos domiciliarios y deberá tener un contrato de suministro con un agente distribuidor. De igual manera debe contar con la infraestructura operativa para realizar el transporte de dichos cilindros hasta el expendio o el domicilio del usuario (Chaux, 2012).

Ahora bien, como lo indica Castillo (2018) el régimen de tarifas que ha dispuesto el regulador para la actividad de comercialización minorista de GLP es el de libertad vigilada que es concretamente la posibilidad de que las empresas que prestan este servicio, puedan determinar libremente los precios de venta a medianos y pequeños consumidores, informando en todo caso las mismas a la CREG y la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

Lo anterior se ha dispuesto teniendo en cuenta que el mercado de GLP cuenta con una pluralidad de actores importante que le permite al consumidor bajo qué condiciones adquiere el producto y a que empresa. lo que resulta ampliamente favorable teniendo en cuenta que el mayor consumo de este producto en Colombia se da para el ámbito doméstico, y en la medida

³ Por la cual se establece el Reglamento de Distribución y Comercialización Minorista de GLP.

que exista competencia en el mercado se privilegiara al consumidor respecto de las condiciones en las que este adquiere el producto (Moreno, 2012).

Ahora bien, respecto del comportamiento del mercado en materia de oferta de GLP se puede observar la figura 1 que se muestra a continuación.

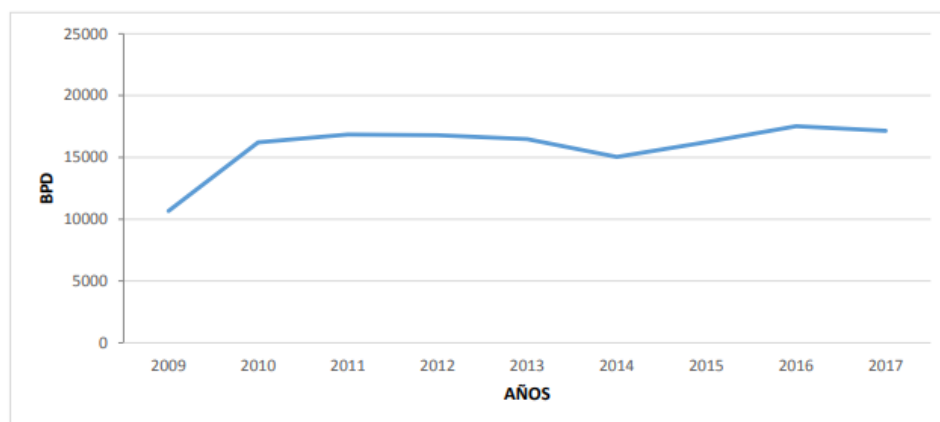


Figura 2. Oferta de GLP en Barriles por día. Fuente: Contraloría General de la Republica (2019).

Como se puede observar la oferta se ha sostenido a lo largo del tiempo teniendo pequeñas fluctuaciones que en ocasiones han generado que se deba recurrir a la importación de este combustible, sin embargo, los cambios observados no son altamente representativos, por lo que se puede inferir que el mercado tiene un equilibrio en este aspecto.

Ahora bien, es importante mencionar que dicha oferta de GLP en Colombia proviene concretamente de las refinerías de Cartagena y Barrancabermeja, la gran parte de producto, en segundo lugar, del campo de Cusiana, un porcentaje menor proviene de campos menores como Apiay o Dina, y un porcentaje mínimo de las importaciones (Rozo, 2006). Como se observa en la figura 3 que se muestra a continuación.

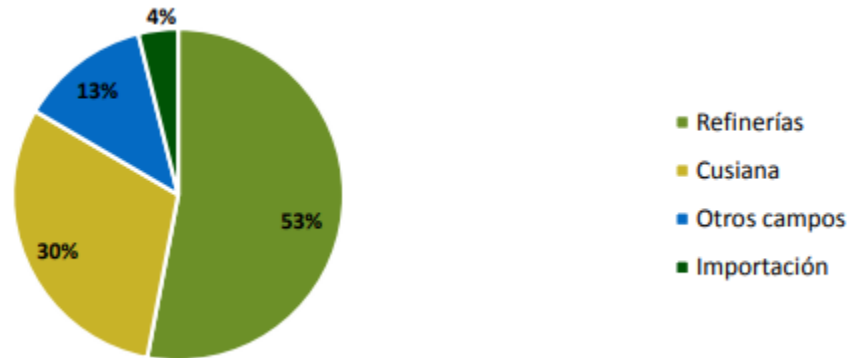


Figura 3. Oferta de GLP por fuente de producción. Fuente: UPME (2018).

Si bien, en determinado momento el crecimiento del mercado de gas natural en Colombia, hizo pensar que la demanda de GLP decrecería con el pasar de los años (Guerrero & Llano, 2003), la realidad actual es que dicha proyección no se materializó, en gran medida por la infraestructura en materia de redes que requiere la prestación de gas natural por redes de tubería, que hace que en municipios de poca población no sea rentable hacer este tipo de inversiones, por lo que el GLP por cilindros sigue siendo una alternativa indispensable para la satisfacción de necesidades de muchos de los habitantes en Colombia.

Ahora bien, la asignación de producto a los agentes del mercado se realiza a través de OPC (Ofertas Públicas de Cantidades) de gas licuado del petróleo, que en la actualidad se lleva a cabo semestralmente por parte de Ecopetrol realiza semestralmente, quien tiene en su poder alrededor del 90% de la oferta total de este producto en el mercado, posteriormente reciben ofertas de suministro y asignan las cantidades de producto de acuerdo a lo anterior (UPME, 2018).

Sin embargo, con la entrada de la Resolución de la CREG sobre la capacidad de compra, que consiste concretamente en la asignación a cada empresa distribuidora de una cantidad producto que vaya de acuerdo con los activos de almacenamiento que este posee y ha reportado en el SUI (Sistema Único de Información).

Al respecto Gas Nova (2019) señala las siguientes inconsistencias que ponen en duda la efectividad de la medida de capacidad de compra:

Durante el primer semestre de 2019, GAS NOVA realizó seguimiento a la dinámica de ventas del semestre, comparándolas con la capacidad de compra calculada por la CREG para el semestre 2018-1. En junio de 2018, se pudo identificar que 9 empresas superaron en ventas su capacidad de compra. Estos valores, debían ser castigados para la asignación del semestre 2019-1, pero por errores en la fórmula que define la Capacidad Disponible, definida en el artículo 8 de la Resolución CREG 063 de 2016 y sus modificaciones, Ecopetrol S.A. no puede hacer efectiva esta importante regla que define el buen comportamiento de las empresas distribuidoras de GLP (p.15).

Vistas las anteriores características del mercado, es necesario entrar a analizar con detenimiento la regulación emitida por la CREG que restringe la cantidad de producto que puede adquirir cada empresa comercializadora minorista de GLP.

3. Capacidad de compra Resolución CREG 063 de 2016

La medida regulatoria de capacidad de compra que se expidió a través de la Resolución 063 de 2016 tiene como fijar una serie de parámetros de conducta y participación para los agentes o empresas que participan en el mercado de Gas licuado de Petróleo en Colombia.

En ese sentido, en el Documento D-030 se expusieron una serie de consideración y motivaciones que llevaron a dicha comisión a establecer estos, parámetros que consisten en la restricción en la adquisición de producto para los distribuidores y comercializadores en razón de su capacidad operativa. Dicha Resolución expresa concretamente, lo siguiente:

Se ha evidenciado por parte de los agentes, así como por parte de las entidades regulatorias y de vigilancia que en la actividad de distribución se han desarrollado en algunos casos de manera informal, eludiendo responsabilidades mediante prácticas indebidas y en sitios que no cumplen con las condiciones de seguridad previstas en los reglamentos técnicos demás normas correspondientes. Adicionalmente, el uso de elementos no aptos para la prestación del servicio y la utilización de cilindros por parte de otros distribuidores son conductas asociadas principalmente al incumplimiento de disposiciones regulatorias. Estas prácticas ponen en peligro a la comunidad y en algunos casos genera la perturbación y afectación del orden público (CREG, Resolución 063, 2016).

Es claro en ese sentido, que la CREG ha implementado medidas que buscan de regular la conducta y la participación de los agentes que participan en la comercialización mayorista y la distribución de GLP, con el objetivo de evitar comportamientos que afecten la prestación de este servicio y que perjudiquen a los usuarios finales.

Como parte de estas medidas, la CREG mediante la Resolución 063 de 2016, (Por la cual se establecen parámetros de conducta y la participación de los agentes dentro de las actividades de comercialización mayorista y distribución de GLP”) estableció los principios y criterios que deben seguir los distribuidores para realizar las compras de producto a los comercializadores mayoristas.

Específicamente el artículo 8 de esta norma define que la capacidad de compra de un distribuidor se determina con base en los siguientes aspectos:

$$CCi,t=FE,t*(Cap.cili,t+0,85*Cap.TEi,t)$$

En esta fórmula, el factor de equivalencia FE,t corresponde a 0,3. Los componentes $Cap.cili,t$ y $Cap.TEi,t$ corresponden a la capacidad de cada distribuidor de envase en cilindros y la capacidad total de que dispone cada empresa en tanques estacionarios. Ambos componentes se miden en kilogramos (CREG, 2016).

Lo que indica esta formulación es que un distribuidor solo podrá comprar producto en la medida en que tenga la capacidad de envasar y/o almacenar todo el producto que compra. El factor de equivalencia fue calculado por la Comisión teniendo en cuenta que para vender una cantidad de producto el distribuidor debe mantener 2 veces más de capacidad de envasado y almacenamiento para respaldar cada kilogramo de GLP vendido, teniendo en cuenta la rotación de los cilindros y la distribución en tanques estacionarios.

3.1 Posición dominante en el mercado del GLP en Colombia:

La posición dominante en el mercado se define en Colombia a partir de la expedición del Decreto 2153 de 1992 en la cual se deja claro que este concepto hace referencia a “*la posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado*” en ese sentido, como lo indica Arboleda (2017) dicha situación se presenta cuando un agente

del mercado tiene la posibilidad de actuar con independencia de competidores, clientes y consumidores, debido al poder que ostenta en dicho mercado que le permiten imponer las condiciones del mismo.

Es importante anotar, que la posición dominante no representa en sí misma una falta, es el abuso de dicha posición dominante lo que se castiga en la legislación colombiana, dicho abuso se concreta en una serie de prácticas como los precios predatorios o discriminatorios, la cartelización, los actos tendientes a eliminar la competencia del mercado, entre otros.

Para Suescún (2009) el abuso de la posición dominante se concreta en las acciones de una empresa dirigidas a distorsionar y desequilibrar el mercado en el cual participa, a través de prácticas anticompetitivas que afectan a sus competidores y a los consumidores. Dichos comportamientos van en perjuicio de la libre competencia, y son sancionados tanto administrativa como penalmente.

En el caso del mercado del GLP puede considerarse que existen empresas que tienen una posición dominante en el mercado, debido a su tamaño y el mercado que atienden, dicha posición dominante se ve beneficiada por la medida de capacidad de compra que teniendo en cuenta sus activos le asigna producto en las OPC llevadas a cabo por Ecopetrol.

Esto teniendo en cuenta que si bien las empresas pequeñas podían competir en igualdad de condiciones antes de que dicha medida se aprobará, ya que podían vender más producto y de esta manera poder equiparar el precio al de sus competidores, con la restricción de producto se verá afectado su poder de negociación en el mercado, ya que tendrán que subir el precio ante la disminución del producto asignado.

En esa medida, la capacidad de compra al restringir la oferta en un mercado en el cual los precios tienen un régimen de libertad vigilada, termina afectando a las empresas más pequeñas, quienes para tener costos eficientes deberán considerar la modificación de sus precios, ya que el producto que tienen para la venta se ve reducido por la asignación dada en razón al tamaño de su empresa.

3.2 Afectación del mercado por la capacidad de compra:

Como se observa, la medida se tomó teniendo en cuenta los diversos comportamientos desleales que se han observado en el mercado, no obstante, no se entiende porque estas circunstancias no han sido objeto de la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios quien ejerce funciones de policía administrativa (Arias, 2010) y tiene la facultad de inspeccionar y sancionar este tipo de empresas prestadoras, que ejerzan dichos comportamientos; sino por el contrario se toma una medida que termino afectando a todas las empresas de manera indiscriminada ya que se restringe el producto que pueden adquirir y con esto también su mercado y expectativas de crecimiento.

La capacidad de compra en sí misma, es el término utilizado por la CREG para definir la cantidad total de producto, en este caso Gas licuado de petróleo que puede adquirir un distribuidor, dicha cantidad se mide en kilogramos, para determinar la cantidad de dicho producto se acude a la información reportada por el agente en el Sistema Único de Información SUI que pertenece a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

Es decir, la capacidad de compra termina siendo un efecto de los activos que tenga cada agente, de modo que en todo caso se termina privilegiando a las empresas más grandes y restringiendo las expectativas de crecimiento de aquellas que no lo son tanto. Esta medida, es cuestionable, para la finalidad que busca el regulador, teniendo en cuenta que la mayoría del mercado informal proviene del contrabando y la ilegalidad del sector.

Como lo expone Gas Nova (2015):

Además de estas brechas regulatorias, se están realizando actividades delincuenciales por verdaderos carteles del crimen organizado. Dentro de la regulación de responsabilidad de marca atrás señalada, se estableció que los cilindros y su marca son propiedad de los distribuidores, lo cual da derecho al uso exclusivo de la misma. En contraprestación las empresas responden por la seguridad y calidad de los cilindros de su propiedad. Pero en el mercado, dichos agentes ilegales hurtan o alteran los cilindros para con ellos realizar sus propias ventas. Así mismo, secuestran o destruyen los cilindros de marcas legales, para evitar así la penetración en sus áreas de operación (p.20).

Así entonces, en ningún momento las medidas están dirigidas a atacar la ilegalidad del sector que es realmente el problema grave, ya que las empresas que se encuentran legalmente constituidas pueden ser objeto de la inspección, vigilancia y control de la entidad correspondiente en este caso la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

Lo anterior, debido a que estas medidas no pueden resultar efectivas, si el reporte de información de cada empresa no se controla o se inspecciona por parte de esta entidad, la asignación en sí misma no va a combatir las prácticas restrictivas de la competencia, y mucho menos a puesto freno al aumento de precios del producto que terminan afectando al usuario final (De la Torre, 2014).

El mercado de Gas licuado de petróleo se compone de varias actividades, que se muestran a continuación en la figura 1:

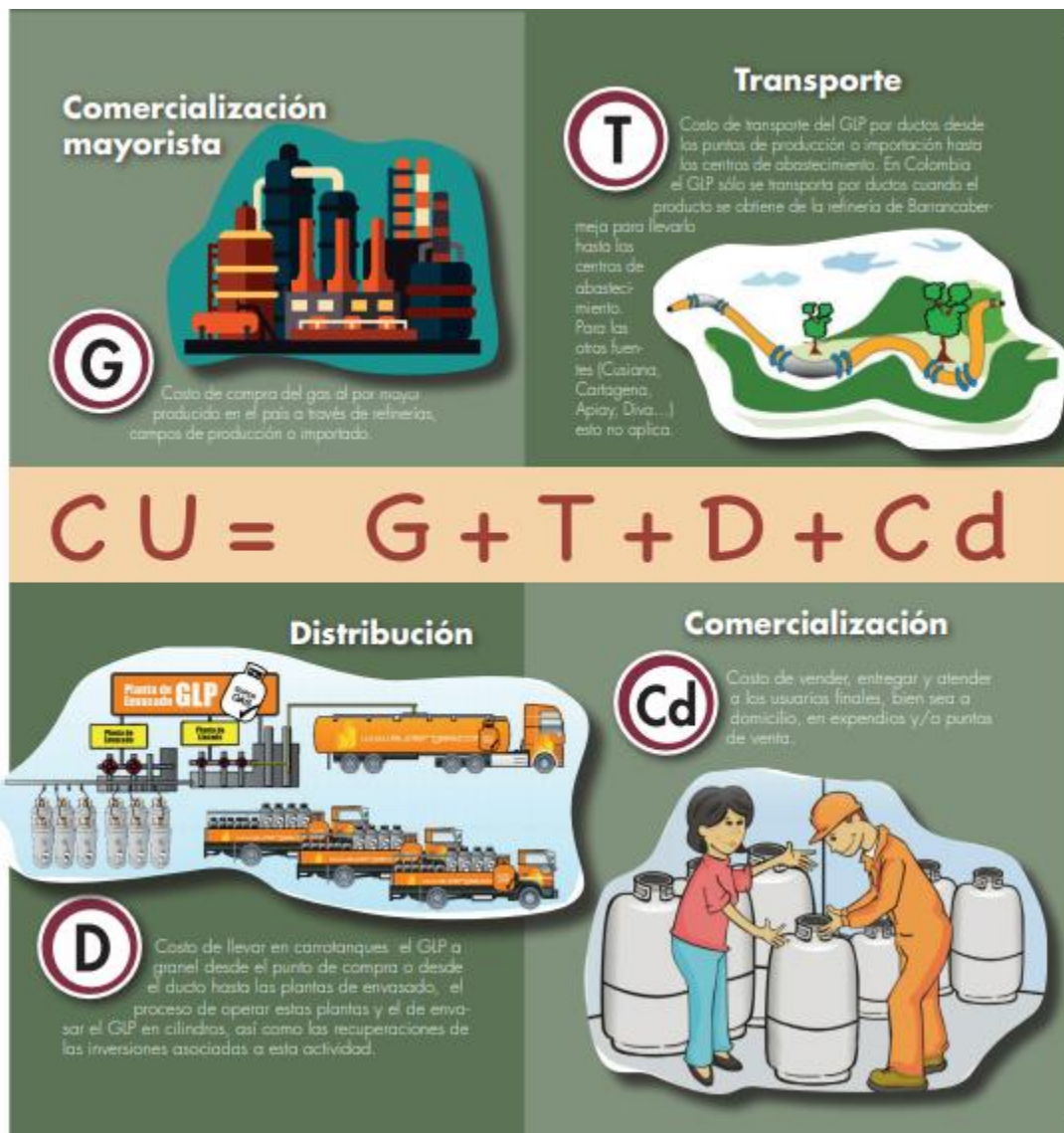


Figura 4. Actividades en la prestación del servicio público domiciliario de GLP. Fuente: CREG (2016)

La figura anterior, permite observar que la restricción del producto en el sector de distribución, tendrá una incidencia innegable en la actividad de comercialización, teniendo en cuenta que los contratos entre los distribuidores y comercializadores por lo general se encuentran fijados con anterioridad, sin embargo, la disminución en la asignación del producto puede significar para una empresa que no pueda atender las obligaciones contractuales en su totalidad.

Romero (2015) considera que la restricción de un producto en el mercado supone un control de la oferta, que en este caso se presenta para los comercializadores, pero también para los usuarios finales que debido a la medida tomada por la CREG se vieron obligados a adquirir su producto a otras empresas, debido a que varias de estas no contaban con el producto suficiente para abastecer el mercado que venían atendiendo con anterioridad a la medida.

En ese sentido, esta medida privilegia la posición de dominio que tiene las grandes empresas en el mercado, que se encuentra definida expresamente en el artículo 45, del Decreto 2153 de 1992, que indica que esta hace referencia a aquella posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado, y adicionalmente limita las expectativas de crecimiento de las pequeñas empresas y las nuevas inversiones.

Conclusiones

El Análisis de los preceptos de libre competencia y libre empresa en el contexto colombiano y su desarrollo en el sector de la prestación del servicio público domiciliario de Gas Licuado de Petróleo (GLP) en Colombia, permite llegar a las siguientes conclusiones:

En primer lugar, es notorio que la restricción de producto para los agentes del mercado de acuerdo a su capacidad de almacenamiento representa un cambio drástico e intempestivo en el mercado para los agentes participantes, así mismo, lo anterior supone una restricción de la oferta que termina siendo favorable en todo caso para aquellas empresas con más activos.

De acuerdo a lo expuesto y respecto la medida de capacidad de compra, que se ha analizado a lo largo del documento, es clave advertir que con este tipo de prácticas se está desconociendo el principio de libre competencia, y adicionalmente no se privilegia el principio de buena fé, en la medida que se hace una suposición de que el agente distribuidor y comercializador de GLP realiza una solicitud de producto mayor a su capacidad con fines fraudulentos.

Finalmente, cabe resaltar que esta medida termina afectado la oferta en ciertas regiones del país, y en muchos casos limita la autonomía de la decisión de los usuarios frente a la adquisición del producto, teniendo en cuenta que las empresas ven limitado su producto y no pueden atender la misma cantidad de usuarios antes de la imposición de la medida,

adicionalmente se genera un desgaste administrativo debido a los innumerables recursos que se deben interponer por parte de las empresas prestadoras en razón de la falta de actualización del sistema de información de la Superservicios al momento que calcula la capacidad de compra para los agentes en un periodo determinado.

En ese sentido, es necesario que se diseñen mecanismo efectivos para la formalización del sector y se evite que existan prácticas restrictivas de la competencia entre los agentes, sin necesidad de restringir la oferta del mercado, en esta labora será indispensable la colaboración armónica entre la Comisión de Regulación de Energía y Gas CREG y la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, quien deberán actuar conjuntamente para generar cambios que beneficien este sector.

Referencias

Acuña Garzón, D. M. (2018). La micromedición en acueducto y la desviación significativa de energía frente a los derechos de los usuarios de servicios públicos domiciliarios.

- Trabajo de Grado. Universidad Católica de Colombia. Facultad de Derecho. Bogotá, Colombia. Recuperado de <https://repository.ucatolica.edu.co/handle/10983/17490>
- Agudelo, Ó. A. (2018). Los calificativos del derecho en las formas de investigación jurídica. En Ó. A. Agudelo-Giraldo, J. E. León Molina, M. A. Prieto Salas, A. Alarcón-Peña & J. C. Jiménez-Triana. La pregunta por el método: derecho y metodología de la investigación (pp. 17-44). Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Alarcón, A. (2014). Características del mercado de gas natural en Colombia: Análisis de condiciones de libre competencia. *Estudios de Derecho*, 71(157), 283-306. Recuperado de <https://web.b.ebscohost.com/abstract?direct=true&profile=ehost&scope=site&authType=crawler&jrnl=01201867&AN=11>
- Alarcón, A. (2016). La libre competencia económica en el derecho colombiano: una revisión desde la economía social de mercado y sus implicaciones normativas. *Prolegómenos*, 19(37), 109. Recuperado de <http://www.scielo.org.co/pdf/prole/v19n37/v19n37a08.pdf>
- Arias, F. (2010). La consideración de los servicios públicos domiciliarios como actividad económica bajo el clausulado del estado social de derecho. *Principia Iuris*, 10(10), 76 - 102. Recuperado de <http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/piuris/article/view/492/515>
- Barreto, S. (2017). La Libre Competencia Económica en el Régimen Jurídico de los Servicios Públicos. *Rev. Digital de Derecho Administrativo.*, 18, 225. Recuperado de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/5011/7169>
- Camargo, S. R. (2015). La regulación económica de los servicios públicos domiciliarios en Colombia. *Diálogos de saberes: investigaciones y ciencias sociales*, (42), 63-78. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5474256.pdf>
- Castillo, A. C. (2018). Protección penal de los derechos a la libertad de empresa, libre competencia y los derechos de los consumidores en el mercado de Gas Licuado de

- Petróleo. Trabajo de Grado. Universidad Católica de Colombia. Facultad de Derecho. Bogotá, Colombia. Recuperado de <https://repository.ucatolica.edu.co/handle/10983/22823>
- Chaux, F. (2012). La relación usuario/cilindro en el nuevo esquema para la prestación del servicio público domiciliario de gas licuado de petróleo "GLP". *Vniversitas*, (124), 63-90. Recuperado de <http://www.redalyc.org/html/825/82524891003/>
- Contraloría General de la República. (2018). El Desarrollo del GLP en Colombia ¿Avizorando Una Oportunidad Hacia El Futuro? Informe. Bogotá: Colombia. Recuperado de <https://www.contraloria.gov.co/documents/20181/452120/Estudio+Sectorial+El+de+sarrollo+del+GLP+en+Colombia+Agosto+2018.pdf/b9e8e030-15e3-4f56-aa38-5370e8846648?version=1.1>
- De la Torre Vargas, D. (2014). Fallos Del Mercado Y Regulación Económica En Los Servicios Públicos Domiciliarios. Aproximaciones a Una Disciplina Poco Entendida Por Los Juristas. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, (12). Recuperado de https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2539275
- Echeverri, Á. (2013). La noción del servicio público y el estado social de derecho. El caso colombiano. *Novum Jus: Revista Especializada En Sociología Jurídica Y Política*, 7(2), 111-127. Recuperado de http://editorial.ucatolica.edu.co/ojsucatolica/revistas_ucatolica/index.php/Juridica/article/view/658/676
- Flórez, D. (2011). La empresa colombiana: ¿una víctima del Estado? Las ayudas del Estado a las empresas y el debate sobre la libre competencia. *Revista de Derecho Privado*, (45), 1-36. Recuperado de <https://www.redalyc.org/pdf/3600/360033194005.pdf>
- GAS NOVA. (2015). Oportunidades y Retos para el mercado colombiano de GLP. Bogotá. Recuperado de https://www.wlpga.org/wp-content/uploads/2015/09/Colombia_-_Evamaria_Uribe_Gasnova.pdf

- GAS NOVA. (2019). INFORME DEL MERCADO NACIONAL DEL GLP del año 2018. Bogotá. Recuperado de <http://www.gasnova.co/wp-content/uploads/2019/04/INFORME-DEL-MERCADO-DE-GLP-an%CC%83o-2018-22042019.pdf>
- Guerrero, F., & Llano, F. (2003). Gas natural en Colombia-gas esp. Estudios Gerenciales, 19(87), 115-146. Recuperado de http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0123-59232003000200006&script=sci_arttext&tlng=pt
- Mateus, A. C. (2016). Crisis energética en Colombia. TIA Tecnología, investigación y academia, 4(2), 74-82. Recuperado de <https://revistas.udistrital.edu.co/index.php/tia/article/view/10411>
- Monguít, N. (2012). Intervención del estado en la libertad económica, la libertad de empresa y las garantías constitucionales. Iter Ad Veritatem, 10(10). Recuperado de <http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/iaveritatem/article/view/560>
- Moreno, L. (2012). Regulación comparada: energía eléctrica y gas (1st ed.). Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Moreno, L. (2014). Regulación del mercado de energía eléctrica en América Latina (2nd ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ossa, C. E. (2014). Fundamentos de la aplicación pública del derecho de la competencia en Colombia. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 44(120), 181-219. Recuperado de <https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/2685/2335>
- Romero, M. (2015). El abuso de posición de dominio en el régimen jurídico español. Revista CES Derecho, 6(1), 111-122. Recuperado de http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2145-77192015000100009&lng=en&tlng=es.
- Rozo, C. Y. (2006). Marco jurídico y regulatorio del servicio público domiciliario de gas licuado de petróleo. Tecnogestión, 3(1). Recuperado de <https://revistas.udistrital.edu.co/index.php/tecges/article/view/4340>

- Sabogal, H. (2005). Nociones Generales De La Libertad De Empresa En Colombia. Revista E- Mercatoria, 4(1). Recuperado de <http://revistas.uexternado.edu.co>
- Soto, J. (2014). La defensa de la competencia y el alcance de las ayudas públicas en el marco de los tratados de libre comercio. Vniversitas, (128), 315-355. Recuperado de <https://www.redalyc.org/pdf/825/82532045011.pdf>
- Valencia, G. D. (2004). Metamorfosis del Estado: de empresario a regulador: El caso de los servicios públicos domiciliarios en Colombia. Recuperado de <http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/ecos-economia/article/view/2011>
- UPME. (2018). Plan indicativo de abastecimiento de gas licuado del petróleo (GLP). Bogotá: Ministerio de Minas y Energía. Recuperado de http://www1.upme.gov.co/Hidrocarburos/publicaciones/Plan_GLP_19102018.pdf

Legislación

- CREG. (2008). Resolución 023 de marzo 5 de 2008. “Por la cual se establece el Reglamento de Distribución y Comercialización Minorista de Gas Licuado de Petróleo.”. Diario Oficial No. 47.214 de 26 de diciembre de 2008.
- CREG. (2016). Resolución 063 de mayo 25 de 2016. “Por la cual se establecen parámetros de conducta y la participación de los agentes dentro de las actividades de comercialización mayorista y distribución de GLP.”. Diario Oficial No. 49.884, del 25 de mayo de 2016.

Jurisprudencia

- Corte Constitucional colombiana. (2010). Sentencia C-228 de marzo 24. M.P Luis Ernesto Vargas Silva.

