

Bogotá, abril 18 de 2023

Señores

**JUNTA DIRECTIVA
CONFEDERACIÓN DE DISTRIBUIDORES MINORISTAS DE
COMBUSTIBLES Y ENERGÉTICOS - COMCE**

Att: Dra. Sandra Awakon

Asunto: Concepto facultades y competencias de la CREG

Objeto de la consulta:

Primera Pregunta

¿Puede la CREG solicitar información respecto de las demás actividades o negocios que realizan los distribuidores minoristas en sus estaciones de servicio?

Segunda Pregunta

¿La CREG como órgano de regulación del sector tiene competencias sancionatorias frente a los distribuidores minoristas?

Tercera Pregunta

¿En caso de no cumplir un requerimiento de información de la CREG, cuál sería el órgano encargado de sancionar a los distribuidores minoristas?

Para dar respuesta a estos cuestionamientos es pertinente desarrollar la siguiente línea argumentativa:

1. Naturaleza jurídica de la CREG
2. La función de regulación en materia de servicios públicos
3. La función de inspección, vigilancia y control
4. Competencias sancionatorias del Ministerio de Minas y Energía
5. Conclusión

1. Naturaleza jurídica de la CREG

Las comisiones de regulación de servicios públicos domiciliarios (CRSPD), constituyeron una de las mayores innovaciones que en desarrollo de los postulados de desconcentración de la Constitución Política de 1991, incluyó la Ley 142 de 1994. Esta figura ha sido definida por la Ley 489 de 1998 en su artículo 8 de la siguiente forma:

"La desconcentración es la radicación de competencias y funciones en dependencias ubicadas fuera de la sede principal del organismo o entidad administrativa, sin perjuicio de las potestades y deberes de orientación e instrucción que corresponde ejercer a los jefes superiores de la Administración, la cual no implica delegación y podrá hacerse por territorio y por funciones.

Parágrafo. En el acto correspondiente se determinarán los medios necesarios para su adecuado cumplimiento. Los actos cumplidos por las autoridades en virtud de desconcentración administrativa sólo serán susceptibles del recurso de reposición en los términos establecidos en las normas pertinentes."

Las principales características de la desconcentración son:

- Está dispuesta por la Ley.
- Es permanente, y para asumir la competencia o la función se requiere nueva Ley.
- Limitación del ejercicio de la competencia al órgano en quien se desconcentra.
- Se atribuyen competencias limitadas, o funciones a órganos jerárquicamente subordinados.

Este último aspecto es fundamental, pues las facultades del órgano pueden ser interpretadas extensivamente, ya que las mismas han sido definidas en un acto administrativo o en una norma jurídica que las atribuyó.

Bajo estos preceptos, el artículo 68 de la Ley 142 de 1994 crea las Comisiones de Regulación, como organismos especializados de carácter técnico, con el

objetivo de regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y, en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad. Para tal efecto, su ámbito funcional está definido en el artículo 73 de la precitada norma.

En específico, la Comisión de Regulación de Energía y Gas tiene como funciones:

- a. Regular el ejercicio de las actividades de los sectores de energía y gas combustible para asegurar la disponibilidad de una oferta energética eficiente, propiciar la competencia en el sector de minas y energía y proponer la adopción de las medidas necesarias para impedir abusos de posición dominante y buscar la liberación gradual de los mercados hacia la libre competencia. La Comisión podrá adoptar reglas de comportamiento diferencial, según la posición de las empresas en el mercado;
- b. Expedir regulaciones específicas para la autogeneración y cogeneración de electricidad y el uso eficiente de energía y gas combustible por parte de los consumidores y establecer criterios para la fijación de compromisos de ventas garantizadas de energía y potencia entre las empresas eléctricas y entre éstas y los grandes usuarios;
- c. Establecer el reglamento de operación para realizar el planeamiento y la coordinación de la operación del sistema interconectado nacional y para regular el funcionamiento del mercado mayorista de energía y gas combustible.
- d. Fijar las tarifas de venta de electricidad y gas combustible; o delegar en las empresas distribuidoras, cuando sea conveniente dentro de los propósitos de esta Ley, bajo el régimen que ella disponga, la facultad de fijar estas tarifas.

- e. Definir las metodologías y regular las tarifas por los servicios de despacho y coordinación prestados por los centros regionales y por el centro nacional de despacho.

De acuerdo con el Decreto 1260 de 2013, las funciones que cumple sobre la distribución de combustibles son:

1. Expedir la regulación económica referente a las actividades de refinación, importación, almacenamiento, distribución, y transporte de combustibles líquidos derivados de hidrocarburos, tales como gasolina motor corriente, ACPM, Jet A1, diésel marino, avigas, gasolina extra, kerosene, entre otros, salvo fijar los precios para gasolina motor corriente y ACPM.
2. Definir los criterios y condiciones a los que deben sujetarse los diferentes agentes de la cadena de combustibles en sus relaciones contractuales y sus niveles de integración empresarial.
3. Determinar la metodología para remunerar los activos que garanticen el abastecimiento estratégico de combustibles.
4. Determinar los parámetros y la metodología de referencia, utilizada por el Ministerio de Minas y Energía, para fijar el precio de ingreso al productor y de venta al público de la gasolina motor corriente, el ACPM y los biocombustibles.
5. Definir la metodología y establecer las fórmulas para la fijación de los precios y las tarifas de las actividades de refinación, importación, almacenamiento, distribución y transporte de los combustibles líquidos derivados de hidrocarburos, diferentes al precio de ingreso al productor y de venta al público de la gasolina motor corriente, el ACPM y los biocombustibles.
6. Fijar los precios de los productos derivados del petróleo a lo largo de toda la cadena de producción y distribución, salvo para la gasolina motor corriente, el ACPM y los biocombustibles.
7. Definir la metodología y establecer las fórmulas para la fijación de los precios y las tarifas de gas para uso vehicular.

8. Definir la metodología y establecer las fórmulas para la fijación de los precios y las tarifas del transporte de combustibles, terrestre y por poliductos.
9. Establecer las normas sobre medida de los combustibles en las diferentes actividades de la cadena.

Resulta claro, que en ningún caso existe una atribución de competencia sancionatoria a esta entidad. De la misma forma, las competencias de esta entidad están enmarcadas exclusivamente dentro del giro económico de la distribución de combustibles, y no de otras actividades que puedan desarrollar los empresarios, ya que en ese caso son entidades como la Superintendencia de Sociedades o la Superintendencia de Industria y Comercio las que tienen la facultad de solicitar información.

2. La función de regulación en materia de servicios públicos

La función de regulación se encuentra asignada constitucionalmente en cabeza del Presidente de la República, y ha sido definida por la Corte Constitucional en los siguientes términos:

"En un Estado social de derecho la intervención estatal en el ámbito socio-económico puede obedecer al cumplimiento de diversas funciones generalmente agrupadas en cuatro grandes categorías: una función de redistribución del ingreso y de la propiedad expresamente consagrada en varias disposiciones de la Constitución con miras a alcanzar un "orden político, económico y social justo" (Preámbulo); una función de estabilización económica también consagrada en diversas normas superiores (artículos 334 inc, 1 º, 339, 347, 371 y 373 de la C.P.); una función de regulación económica y social de múltiples sectores y actividades específicas según los diversos parámetros trazados en la Constitución (artículos 49 y 150, numeral 19, por ejemplo); y, todas las anteriores, dentro de un contexto de intervención general encaminado a definir las condiciones fundamentales del funcionamiento del mercado y de la convivencia social, como el derecho de propiedad privada pero entendido como

"función social" (artículo 58 C.P.) o la libertad de iniciativa privada y de la actividad económica siempre que se respete también la "función social" de la empresa (artículo 333 C.P.) en aras de la "distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo" (artículo 334 C.P.).

(...)

No obstante, en determinadas circunstancias históricas, esta forma básica de regulación socio-económica ha sido considerada inadecuada para alcanzar ciertos objetivos sociales valorados por una comunidad política, como, por ejemplo, la disminución de la pobreza y de las desigualdades sociales o la protección de un ambiente sano. Además, la dinámica misma del mercado, así regulado, puede llevar a consecuencias indeseables en el plano macroeconómico, como concentración de la propiedad en pocas manos, altas tasas de desempleo, ciclos económicos profundos y prolongados, entre otras. Por ello, desde hace un siglo, el Estado ha intervenido con fines de protección social, de redistribución o de estabilización económica.

(...)

A estos elementos de la función estatal de regulación, se puede sumar otro que ha conducido a que el esquema de regulación adoptado por el constituyente o el legislador adquiera rasgos específicos. En efecto, en algunos sectores, se presenta la necesidad de proteger los derechos de las personas. Cuando ello ocurre, la función de regulación se orienta en sus aspectos estructura/es, instrumenta/es y procedimentales al cumplimiento de esa finalidad primordial. Es lo que sucede en el sector de los servicios públicos donde la Constitución ha protegido específicamente los derechos de los usuarios (artículos 78 y 369 C.P.). Ello conduce a que en estos ámbitos la función de regulación estatal esté orientada constitucionalmente al logro de unos fines sociales también específicos como los de redistribución y solidaridad en el ámbito de los servicios públicos domiciliarios (artículo 367 C.P.) o el de acceso universal en todos los servicios (artículo 365 C.P.)."¹

¹ Sentencia C – 150 de 2003

Siguiendo esta línea, ha de entenderse entonces la regulación económica como un conjunto de normas generales y específicas impuestas por las agencias de regulación estatales que interfieren directamente en el mecanismo de asignación de los mercados, o indirectamente alterando las decisiones de oferta y demanda de los usuarios y de las empresas prestadoras del servicio.

Tratando de simplificar las actuaciones de la regulación, estas se pueden agrupar en dos frentes: control de estructura y control de conducta. El primero se relaciona con el número y tamaño de los agentes del mercado, la segmentación de las actividades en él, las limitaciones en la propiedad de las empresas, las fusiones y las reglas de entrada y salida del mercado. El segundo cubre aspectos relacionados con la fijación de tarifas: esquemas regulatorios, costo de servicio, precio y calidades. Para lograr lo anterior, el regulador cuenta con herramientas propias de las autoridades independientes, como son el control de entrada a los mercados, la fijación de precios, los estándares de calidad de servicio, la obligación de servir, la comparación, las multas y subsidios y la propiedad pública.

Como puede apreciarse, la función de regulación no incluye, per se, la potestad sancionatoria, que es propia de otro tipo de competencias, que se denominan de inspección, vigilancia y control, y que se pasan a analizar.

3. Funciones de inspección vigilancia y control

En desarrollo de la potestad de policía administrativa, la cual se encuentra en cabeza del ejecutivo, el Presidente de la República cuenta con la función de inspección, vigilancia y control, las cuales no se encuentran específicamente definidas en la Constitución o la Ley, pero que la Corte Constitucional en la sentencia C-570 de 2012, ha determinado que sus características principales:

“(i) la función de inspección se relaciona con la posibilidad de solicitar y/o verificar información o documentos en poder de las entidades sujetas a control; (ii) la vigilancia alude al seguimiento y evaluación de las actividades de la autoridad vigilada; y (iii) el control en estricto sentido se refiere a la posibilidad del ente que

ejerce la función de ordenar correctivos, que pueden llevar hasta la revocatoria de la decisión del controlado y la imposición de sanciones. Como se puede apreciar, la inspección y la vigilancia podrían clasificarse como mecanismos leves o intermedios de control, cuya finalidad es detectar irregularidades en la prestación de un servicio, mientras el control conlleva el poder de adoptar correctivos, es decir, de incidir directamente en las decisiones del ente sujeto a control.”

En concreto, cada una de estas actividades puede decantarse de la siguiente forma:

-Inspección: Consiste en la solicitud, confirmación y análisis de la información que se requiera para examinar la situación contable, jurídica, administrativa y económica de cualquier entidad, convirtiéndose en el grado de fiscalización más leve ya que es una práctica investigativa que se realiza de manera ocasional.

-Vigilancia: Esta actividad posee mayores facultades que la inspección ya que se enfoca en velar porque las entidades se ajusten a la ley y a los estatutos en su formación, funcionamiento y desarrollo de su objeto social. El ejercicio de esta vigilancia será de carácter permanente.

-Control: dependiendo de la situación crítica que presente la empresa, la cual puede ser de orden contable, jurídico, administrativo o económico, se puede ordenar un correctivo que subsane dicha situación. Estas funciones se pueden diferenciar dependiendo de la periodicidad, forma y rigurosidad en su cumplimiento.

En este contexto, las competencias de IVC han sido asignadas normalmente a la Superintendencias, y en los casos en los cuales no exista superintendencia, son ejercidas por parte de los Ministerios o Unidades Administrativas Especiales. En materia de distribución de combustibles, no existe Superintendencia que tenga en cabeza esta función, razón por la cual es el Ministerio de Minas y Energía el encargado de realizar esta actividad en lo atinente a los aspectos

técnicos, pues en lo demás serán las Superintendencias de Industria y Comercio, Superintendencia de Sociedades e incluso las Alcaldías y Gobernaciones las encargadas

4. Competencias Sancionatorias del Ministerio de Minas y Energía

El derecho administrativo sancionatorio surge del ius puniendi estatal, es decir, de la facultad que tiene la administración de coaccionar a sus asociados a cumplir las normas a través de la imposición de sanciones. Es así como, el Estado, en los diversos sectores en los cuales interviene, decanta un conjunto de normas que están regidas inequívocamente por el principio de legalidad, es decir, la obligatoria preexistencia del procedimiento y de las sanciones a imponer, así como de las determinaciones por las cuales puede imponerse la mencionada sanción a los particulares.

En el mercado de la distribución de combustible, esta competencia se encuentra en cabeza del Ministerio de Minas y Energía según la Ley 1753 de 2015 y el DUR 1073 de 2015 que establecen:

ARTÍCULO 2.2.1.2.4.1. Régimen sancionatorio en la distribución de combustibles líquidos y biocombustibles. *De conformidad con lo establecido en el artículo 25 de la Ley 1753 de 2015, los agentes de la cadena de distribución de combustibles líquidos y biocombustibles que transgredan las normas sobre el funcionamiento de ese servicio público o que incumplan las órdenes del Ministerio de Minas y Energía, serán objeto de imposición de las siguientes sanciones: a) multa entre diez (10) y dos mil (2000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, b) suspensión del servicio entre diez (10) y noventa (90) días calendario y bloqueo del código Sicom, c) cancelación de la autorización y bloqueo del código Sicom, y, d) decomiso administrativo permanente*

(Decreto 1172 de 2016, Art. 1º)

ARTÍCULO 2.2.1.2.4.2. Medidas preventivas *El Ministerio de Minas y Energía o la autoridad en quien se delegue esta función, decretará la medida preventiva*

de suspensión de la actividad dentro del proceso sancionatorio mediante acto administrativo motivado, para lo cual procederá a bloquear el Código Sicom conforme lo dispone el parágrafo 1 del artículo 25 de la Ley 1753 de 2015.

5. CONCLUSIONES

Primera Pregunta

Respecto del primer interrogante, debe concluirse sin lugar a duda que la CREG, en el contenido de la Circular 03 de 2023 y las que la han adicionado, no cuenta con la competencia para solicitar información respecto de otras actividades que desarrollan los distribuidores minoristas en sus negocios (tales como lubriteca, serviteca, lavadero, hotelería etc), ya que sus funciones están especificadas en el Decreto 1260 de 2013 y se resumen al giro económico de la distribución de combustibles líquidos, y no existen delegaciones de funciones que hayan contrariado o adicionado estas disposiciones. Por lo tanto, los distribuidores minoristas deberán responder a la entidad solo las solicitudes de información relativas a este tema, pues lo demás es una extralimitación de funciones, siendo otras las entidades competentes para tal efecto.

Lo anterior se confirma al revisar detalladamente la delegación de funciones que realizó el Ministerio de Minas y Energía en la Resolución 40193 de 2021, en la cual se explicita los aspectos que hacen parte de la competencia de la entidad en este proceso de fijación del margen de los minoristas.

Segunda Pregunta

En torno al segundo interrogante, debe recalarse que la CREG no tiene facultades sancionatorias frente a los agentes de la cadena de distribución de combustibles, pues en virtud del principio de limitación, solo puede ejercer las facultades que le han sido específicamente asignadas, las cuales se circunscriben a la regulación, y en ningún momento a la Inspección vigilancia y control o a la sanción por infracción al régimen vigente.

Tercera Pregunta

En cuanto a la cual sería la entidad encargada para sancionar a los distribuidores minoristas por no responder en debida forma un requerimiento de información de la CREG, debe manifestarse que en estricto sentido sería el Ministerio de Minas y Energía el encargado de realizar tal procedimiento, pues es el encargado de hacerlo por la transgresión de las normas sobre el funcionamiento del servicio público, y podría interpretarse que, al estar establecida como obligación de los minoristas la colaboración con el Ministerio o con la entidad que este delegue para el cumplimiento de sus funciones², el no hacerlo implicaría una violación a una norma sobre el funcionamiento del servicio público, más aún cuando existió una delegación expresa de funciones contenida en la Resolución 40193 de 2021

Siendo así, la CREG debería oficiar al Ministerio de Minas y Energía, identificando los agentes de la cadena que no respondieron la solicitud de información (en lo referente exclusivamente a su ámbito de competencia) para que realice un procedimiento administrativo sancionatorio, bajo las reglas establecidas en el CPACA y en el cual seguramente la sanción correspondería a una multa, toda vez que la CREG está cumpliendo con el procedimiento establecido en el Decreto 1078 de 2015 (difusión, participación, talleres etc), y que la Circular se considera un acto administrativo que rige a partir de su publicación, no siendo necesaria la notificación personal a los agentes de la cadena.

Por esta razón, se recomienda dar respuesta al requerimiento en lo atinente a la información sobre la distribución de combustibles, y aclarar que los demás

² **ARTÍCULO 2.2.1.1.2.2.3.91. Obligaciones de los distribuidores minoristas a través de estaciones de servicio.** El distribuidor minorista a través de estaciones de servicio, tiene las siguientes obligaciones, según corresponda:

1. Prestar la colaboración necesaria al Ministerio de Minas y Energía o a la autoridad en quien este delegue, para el cumplimiento de sus funciones.



negocios tienen esquemas de costos muy distintos a este, y que por lo tanto reportarlos en las mismas matrices brindaría datos erróneos a la Comisión, siendo necesario entonces la intervención de otras entidades que ya cuentan con estos reportes.

RAÚL FERNANDO NÚÑEZ MARÍN

CONSULTOR