



MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RESOLUCIÓN NÚMERO (3 0 8 5 3) DE 2015

“Por la cual se aprueba una operación de integración” 17 JUN 2015

Rad. 14-246644

VERSIÓN PÚBLICA

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

en ejercicio de sus facultades legales, en especial las previstas en la Ley 155 de 1959, la Ley 1340 de 2009, y el numeral 15 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011;

y

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que el artículo 9 de la Ley 1340 del 24 de julio de 2009 prevé lo siguiente en relación con el control de integraciones empresariales:

“Artículo 9. Control de Integraciones Empresariales. El artículo 4º de la Ley 155 de 1959 quedará así:

Las empresas que se dediquen a la misma actividad económica o participen en la misma cadena de valor y que cumplan con las siguientes condiciones, estarán obligadas a informar a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre las operaciones que proyecten llevar a cabo para efectos de fusionarse, consolidarse, adquirir el control o integrarse cualquiera sea la forma jurídica de la operación proyectada:

- 1. Cuando, en conjunto o individualmente consideradas, hayan tenido durante el año fiscal anterior a la operación proyectada ingresos operacionales superiores al monto que, en salarios mínimos legales mensuales vigentes, haya establecido la Superintendencia de Industria y Comercio o;*
- 2. Cuando al finalizar el año fiscal anterior a la operación proyectada tuviesen, en conjunto o individualmente consideradas, activos totales superiores al monto que, en salarios mínimos legales mensuales vigentes, haya establecido la Superintendencia de Industria y Comercio.*

En los eventos en que los interesados cumplan con algunas de las dos condiciones anteriores pero en conjunto cuenten con menos del 20% del mercado relevante, se entenderá autorizada la operación. Para este último caso se deberá únicamente notificar a la Superintendencia de Industria y Comercio de esta operación.

[...].

SEGUNDO: Que de conformidad con lo establecido en el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, mediante comunicación radicada con el número 14-246644-0 del 17 de noviembre de 2014¹, la empresa **ORGANIZACIÓN TERPEL S.A.** (en adelante “**TERPEL**”) y **FANNY AMPARO QUINTERO RUEDA, ERIKA AMPARO RUEDA**

¹ Folios 1 al 15 y 41 al 56 del Cuaderno Reservado No. 1 de Intervinientes del Expediente. Folios 16 al 40 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente Entiéndase que cuando se haga referencia al Expediente, el mismo corresponde al radicado con el No. 14-246644.

Por la cual se aprueba una operación de integración

Rad. 14-246644

[VERSIÓN PÚBLICA]

QUINTERO y ANDREA VIVIANA RUEDA QUINTERO informaron a esta Entidad la intención de realizar una operación de integración consistente en la adquisición por parte de **TERPEL**, de unos bienes de propiedad de **FANNY AMPARO QUINTERO DE RUEDA, ERIKA AMPARO RUEDA QUINTERO y ANDREA VIVIANA RUEDA QUINTERO**, situados en la **ESTACIÓN DE SERVICIO LAS VEGAS** (en adelante, "**EDS LAS VEGAS**"), ubicada en la vía que conduce del municipio de Girón a la ciudad de Bucaramanga, en el departamento de Santander².

TERCERO: Que de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2.3.1 del artículo 1 de la Resolución No. 12193 de 2013³, mediante comunicación radicada con el número 14-246644-1 del 12 de noviembre de 2014⁴, esta Superintendencia solicitó a **TERPEL** y a **FANNY AMPARO QUINTERO RUEDA, ERIKA AMPARO RUEDA QUINTERO y ANDREA VIVIANA RUEDA QUINTERO** (en adelante y de manera conjunta, "**INTERVINIENTES**") aclarar y complementar la información aportada en el documento de solicitud de pre-evaluación de la operación.

La información requerida fue aportada mediante escrito radicado con el número 14-246644-3 del 9 de diciembre de 2014⁵.

CUARTO: Que en cumplimiento de lo previsto en el artículo 156 del Decreto Ley No. 19 de 2012, en el numeral 2 del artículo 10 de la Ley 1340 de 2009 y en el numeral 2.3.2 de la Resolución 12193 de 2013, el 12 de diciembre de 2014 se publicó en la página web de la **SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO** (en adelante, **SIC**) el inicio del procedimiento de autorización de la operación presentada⁶.

QUINTO: Que de conformidad con el numeral 2 del artículo 10 de la Ley 1340 de 2009 y el numeral 2.3.6.3 de la Resolución 12193 de 2013, dentro de los diez (10) días siguientes a la publicación del inicio del procedimiento de autorización de la operación en la página web de la **SIC**, no se recibió información por parte de terceros con el fin de aportar elementos para el análisis de la operación.

SEXTO: Que esta Superintendencia, dentro de los treinta (30) días a que se refiere el numeral 3 del artículo 10 de la Ley 1340 de 2009, consideró procedente continuar con el procedimiento de autorización de la presente integración, razón por la cual mediante comunicación radicada con el número 14-246644-9 del 19 de enero de 2015⁷, se requirió a las **INTERVINIENTES** para que dentro de los quince (15) días

² Folio 1 del Cuaderno Reservado No. 1 de Intervinientes del Expediente.

³ Por la cual se señala el procedimiento para la autorización de las operaciones de integración empresarial y se adoptan unas guías.

⁴ Folios 60 al 62 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

⁵ Folios 63 al 65 y 72 del Cuaderno Reservado No. 1 de Intervinientes del Expediente. Folios 66 al 71 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

⁶ Folios 73 y 74 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

⁷ Folios 84 al 86 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

Por la cual se aprueba una operación de integración

Rad. 14-246644

VERSIÓN PÚBLICA

hábiles siguientes allegaran la información señalada en la *Guía de Estudio de Fondo de Integraciones Empresariales* (Anexo No. 2 de la Resolución No. 12193 de 2013) y otra información necesaria para complementar la información allegada al expediente.

La información requerida fue aportada por las **INTERVINIENTES** mediante comunicación radicada con el número 14-246644-23 del 12 de febrero de 2015⁸.

SÉPTIMO: Que en ejercicio de las facultades previstas en el numeral 63 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, el 20 de enero de 2015 esta Entidad requirió información a los principales competidores del sector de distribución minorista de combustibles líquidos con el fin de obtener información relacionada con este mercado. Las empresas requeridas aportaron la información en fechas que transcurrieron entre el 13 y el 16 de febrero de 2015.

OCTAVO: Que en ejercicio de las facultades previstas en el numeral 63 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, mediante comunicaciones radicadas con los números 14-246644-16 y 14-246644-17 del 28 de enero de 2015⁹, esta Entidad requirió al **MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA** (en adelante, **MINMINAS**) y a la **COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS** (en adelante, **CREG**), emitir concepto técnico en relación con la presente operación de integración.

NOVENO: Que mediante escrito radicado con el número 14-246644-27 del 16 de febrero de 2015, **MINMINAS** allegó a esta Superintendencia concepto técnico respecto de la operación proyectada entre las **INTERVINIENTES** en los siguientes términos:

"(...) [E]n relación con la operación de la estación de servicio Las Vegas, nos permitimos informarle que revisado el Sistema de Información de Combustibles Líquidos-SICOM-, no se encontró registrado el establecimiento de comercio EDS Las Vegas en los municipios de Bucaramanga, Girón, Floridablanca y Piedecuesta, en el departamento de Santander"¹⁰.

DÉCIMO: Que mediante escrito radicado con el número 14-246644-29 del 10 de marzo de 2015, la **CREG** allegó a esta Superintendencia concepto técnico respecto de la operación proyectada entre las **INTERVINIENTES** en los siguientes términos:

"(...) [C]on la adquisición de la EDS "Las Vegas" por parte de Terpel, no se altera de forma significativa la configuración del mercado actual. Sin embargo es importante advertir que deben analizarse factores tales como la propiedad de las EDS, las distancias entre estas y todas aquellas situaciones que puedan afectar la competencia entre agentes de este mercado.

⁸ Folios 115 al 139 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

⁹ Folios 101 al 105 del Cuaderno Público N. 1 del Expediente.

¹⁰ Folio 159 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

Por la cual se aprueba una operación de integración

Rad. 14-246644

VERSIÓN PÚBLICA

Así mismo es importante notar que los usuarios y consumidores gozan de la facultad discrecional de repostar en la EDS de su elección¹¹.

DÉCIMO PRIMERO: Que mediante Resolución No. 18143 del 20 de abril de 2015, adicionada por la Resolución No. 22591 del 30 de abril de 2015, esta Superintendencia decretó la práctica de algunas pruebas, con el fin de contar con mayores elementos de juicio para el estudio de la operación proyectada.

11.1. Pruebas de oficio

11.1.1. Testimoniales

Se decretó la práctica de los testimonios de las siguientes personas:

11.1.1.1. JESUS TOUS RUBIO, en su calidad de Representante Legal de la Estación de servicio **TERPEL JAVERIANA**.

11.1.1.2. CARLOS OSWALDO TORRES AGUIRRE, en su calidad de Representante Legal de la estación de servicio **TERPEL JUAN MARTIN**.

11.1.1.3. WILLIAM ARTURO MC CORMICK BLANCO, en su calidad de Representante Legal de **PROLUB COMBUSTIBLES Y LUBRICANTES S.A.**, licenciataria de la marca **GULF**.

11.1.1.4. RAMIRO HERNANDO SANCHEZ BENITEZ, en su calidad de Representante Legal de **BIOMAX COMBUSTIBLES S.A.** (en adelante, **BIOMAX**)

11.1.1.5. LUZ STELLA LONDOÑO, en su calidad de apoderada de **FANNY AMPARO QUINTERO RUEDA, ERIKA AMPARO RUEDA QUINTERO y ANDREA VIVIANA RUEDA QUINTERO**.

11.1.2. Documentales

Se ofició a **TERPEL** para que remitiera los contratos vigentes con las siguientes estaciones de servicio: (i) **ESTACIÓN DE SERVICIO HERRAMIENTAS, SUSPENSIONES Y COMBUSTIBLES S.A. LAS VEGAS**; (ii) **INSERCOL**; (iii) **CHIMITA**; (iv) **CENTRAL DE ABASTOS DE BUCARAMANGA S.A.**; (v) **REAL DE MINAS S.A.**; (vi) **SAN GABRIEL**; (vii) **SAN MIGUEL**; (viii) **EXICENTRO**; (ix) **TERPEL JAVERIANA**; y (x) **TERPEL JUAN MARTIN**. La información fue allegada el 24 de abril de 2015.

11.1.3. Visita administrativa

Se decretó el 22 de abril de 2015 la práctica de una visita administrativa en la **ESTACIÓN DE SERVICIO HERRAMIENTAS, SUSPENSIONES Y COMBUSTIBLES S.A. LAS VEGAS**, ubicada en la Calle 70 No. 44W – 107 Km. 4 Vía Bucaramanga – Girón.

¹¹ Folio 161 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

Por la cual se aprueba una operación de integración

Rad. 14-246644

VERSIÓN PÚBLICA

DÉCIMO SEGUNDO: Que una vez hechas las anteriores consideraciones, y estando dentro del término previsto en el numeral 5 del artículo 10 de la Ley 1340 de 2009, este Despacho procede a pronunciarse respecto de la operación de integración informada, en los siguientes términos:

12.1. INTERVINIENTES

12.1.1. TERPEL

TERPEL es una sociedad comercial identificada con Número de Identificación Tributaria (NIT) 830.095.213-0, constituida mediante Escritura Pública No. 0006038 el 21 de noviembre de 2001 en la Notaría 6ª de Bogotá e inscrita el 3 de diciembre del mismo año con el número 00804558 del Libro IX¹².

Tal y como consta en el Certificado de Existencia y Representación Legal de **TERPEL**, dentro de su objeto social se encuentra el desarrollo, entre otras, de las siguientes actividades:

"(...) La compra, venta, adquisición a cualquier título, importación, exportación, refinación, almacenamiento, envase, suministro y distribución de hidrocarburos y sus derivados (...)"¹³.

Así mismo, de acuerdo con la información aportada al Expediente, **TERPEL** *"(...) en calidad de distribuidor mayorista, se dedica a la comercialización de productos líquidos derivados del petróleo (gasolina corriente, corriente oxigenada, extra, extra oxigenada, diésel y biodiesel) en todo el país y a la comercialización de Gas Natural Vehicular (GNVC)"¹⁴.*

A la fecha, **TERPEL** cuenta con un capital suscrito por valor de \$195.999.466.000, correspondiente a 195.999.466 acciones con un valor nominal de \$1.000¹⁵.

Como se muestra en la Tabla No. 1 a continuación, la composición accionaria de **TERPEL** se encuentra encabezada por la **SOCIEDAD DE INVERSIONES DE ENERGÍA S.A.**, socio mayoritario con el 67% de las acciones emitidas, seguido por **TERPEL DEL CENTRO S.A.** con el 28%.

**Tabla No. 1
Composición Accionaria TERPEL**

ACCIONISTA	PARTICIPACIÓN
[REDACTED]	[REDACTED]

Fuente: Folio 41 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

¹² Folio 15 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

¹³ Ibídem.

¹⁴ Folio 5 del Cuaderno Reservado No. 1 de Intervinientes del Expediente.

Por la cual se aprueba una operación de integración

Rad. 14-246644

VERSIÓN PÚBLICA

El valor de activos totales e ingresos operacionales de TERPEL con corte a 31 de diciembre de 2013 se presenta a continuación:

Tabla No. 2
Estados Financieros TERPEL
(31 de diciembre de 2013)

CUENTA	VALOR (MILLONES COP \$)
Activos	3.469.340
Ingresos operacionales	12.053.928

Fuente: Folio 36 del Cuaderno Público No.1 del Expediente.

12.1.2. FANNY AMPARO QUINTERO DE RUEDA, ERIKA AMPARO RUEDA QUINTERO y ANDREA VIVIANA RUEDA QUINTERO

FANNY AMPARO QUINTERO DE RUEDA, identificada con C.C. 52.776.969, **ERIKA AMPARO RUEDA QUINTERO**, identificada con C.C. 52.776.969 y **ANDREA VIVIANA RUEDA QUINTERO**, identificada con C.C. 63.507.414, como personas naturales, son propietarias de la **EDS LAS VEGAS**.

La **EDS LAS VEGAS**, que actualmente no se encuentra en actividad, comercializaba principalmente gasolina corriente oxigenada, gasolina extra oxigenada y diésel, así como algunos productos y servicios complementarios como lubricantes, grasas y montallantas. La **EDS LAS VEGAS** se encuentra ubicada en un tramo de la carretera que conduce del municipio de Girón a la ciudad de Bucaramanga, en el departamento de Santander¹⁶.

De acuerdo con lo indicado por **LUZ STELLA LONDOÑO**, Apoderada de **FANNY AMPARO QUINTERO DE RUEDA, ERIKA AMPARO RUEDA QUINTERO y ANDREA VIVIANA RUEDA QUINTERO**, la **EDS LAS VEGAS** fue arrendada a **EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A.** (en adelante, **MOBIL**) desde el 16 de febrero de 1998 por un periodo del quince (15) años¹⁷. Al finalizar el contrato, luego de

¹⁶ Folio 2 y 5 del Cuaderno Reservado No. 1 de Intervinientes del Expediente.

¹⁷ "Pregunta: (...), ¿podría ser más explícita desde cuándo fue arrendada la estación, a quién fue arrendada, cuánto tiempo duro?"

Respuesta: [REDACTED]

Pregunta: y ¿Mobil le hizo qué oferta?

Respuesta: [REDACTED]

(...)

Pregunta: De arrendamiento o para abanderar?

Por la cual se aprueba una operación de integración

Rad. 14-246644

VERSIÓN PÚBLICA

aproximadamente un (1) año de negociaciones entre las partes y el incumplimiento, por parte de **MOBIL** del pago de los cánones de arrendamiento, el 24 de junio de 2014 el Juzgado Noveno Civil del circuito de Bucaramanga, con base en dicho incumplimiento, profirió la sentencia mediante la cual decretó la terminación del contrato de arrendamiento entre **FANNY AMPARO QUINTERO DE RUEDA** y **MOBIL** y ordenó la restitución del inmueble a la demandante¹⁸.

Vale la pena indicar que desde el 15 de agosto de 2014 la **EDS LAS VEGAS** no está funcionando¹⁹.

12.2. DESCRIPCIÓN DE LA OPERACIÓN

De acuerdo con la información aportada en la solicitud de pre-evaluación presentada por las **INTERVINIENTES**, la operación proyectada consiste en:

*"(...) [L]a adquisición por parte de **TERPEL**, del derecho de usufructo, a título oneroso y por el término de veinte (20) años, sobre el lote de terreno identificado con el número de matrícula inmobiliaria MI 300-132377 de la oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bucaramanga junto con sus mejoras, equipos y*

Respuesta: [REDACTED]

¹⁸ **Pregunta:** Me explica por favor los antecedentes de la sentencia

Respuesta: [REDACTED]

Pregunta: ¿Negociación entre quién?

Respuesta: [REDACTED]

Pregunta: Pero ¿se firmó un nuevo contrato?

Respuesta: [REDACTED]

Pregunta: ¿Qué fecha fue esa sentencia?

Respuesta: [REDACTED]

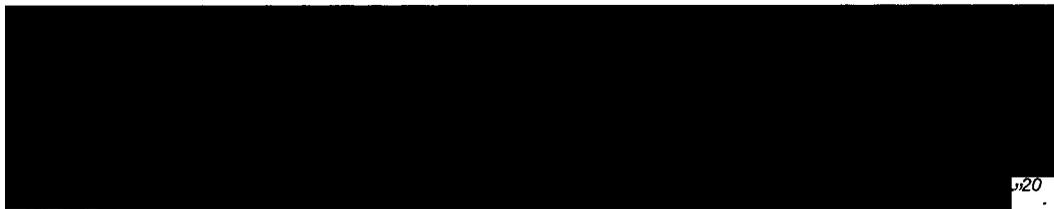
¹⁹ **Pregunta:** Entonces, ¿esa estación desde cuándo no ha sido explotada?

Respuesta: [REDACTED]

Por la cual se aprueba una operación de integración

Rad. 14-246644

VERSIÓN PÚBLICA



En caso de obtener la autorización por parte de la **SIC** para llevar a cabo la operación proyectada, las **INTERVINIENTES** procederían a realizar la suscripción de la escritura pública de constitución de usufructo, a título oneroso y por el término de veinte (20) años, sobre los activos objeto de la transacción, para el posterior inicio de operaciones por parte de **TERPEL** en la **EDS LAS VEGAS**²¹.

12.3. SUPUESTOS DE INFORMACIÓN

El artículo 9 de la Ley 1340 de 2009 establece que las empresas intervinientes en una integración empresarial estarán obligadas a informar a la **SIC** sobre las operaciones que proyecten llevar a cabo para efectos de fusionarse, consolidarse, adquirir el control o integrarse, cualquiera sea la forma jurídica de la operación proyectada, siempre que se cumplan los siguientes supuestos:

- *Supuesto subjetivo*: cuando las empresas **INTERVINIENTES** se dediquen a la misma actividad económica o participen en la misma cadena de valor.
- *Supuesto objetivo*: cuando en conjunto o individualmente consideradas, las empresas **INTERVINIENTES** superen el monto establecido por la **SIC** para ingresos operacionales o para activos totales²².

Así, de acuerdo con el artículo 1 del Decreto No. 3068 de 2013, que fijó el salario mínimo legal mensual a partir del 1 de enero de 2014 en seiscientos dieciséis mil pesos (\$616.000), el valor correspondiente como mínimo para que la operación proyectada cumpla el supuesto objetivo alcanza los sesenta y un mil seiscientos millones de pesos (\$61.600.000.000).

Ahora bien, el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009 en referencia también establece que cuando las empresas **INTERVINIENTES** cumplan el supuesto subjetivo y además se verifiquen las condiciones del supuesto objetivo, si en conjunto cuentan con menos del 20% de participación en el mercado relevante, se entenderá autorizada la operación y sólo deberá ser notificada ante esta Entidad.

²⁰ Folio 2 del Cuaderno Reservado No. 1 de Intervinientes del Expediente.

²¹ *Ibidem*.

²² El artículo primero de la Resolución 82295 del 20 de diciembre de 2013 fijó "(...) a partir del 1 de enero de 2014 y hasta el 31 de diciembre de 2014, en CIEN MIL SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (100.000 SMLMV), los ingresos operacionales y los activos que se tendrán en cuenta para efectos de lo previsto en el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009".

12.3.1. Supuesto Subjetivo

Para el caso concreto, se observa que las **INTERVINIENTES** participan en la misma cadena de valor, en tanto que **TERPEL** distribuye y comercializa al por mayor combustibles líquidos derivados del petróleo, por lo que, con la operación presentada, sería el proveedor de la **EDS LAS VEGAS**.

Adicionalmente, se observa que las **INTERVINIENTES** participan de manera coincidente en las actividades de comercialización y distribución minorista de combustibles líquidos.

En este sentido, se encuentra verificado el supuesto subjetivo que impone el deber de informar a la **SIC** la operación proyectada, puesto que las **INTERVINIENTES** participan en la misma cadena de valor y desarrollan de manera coincidente una de sus actividades económicas.

12.3.2. Supuesto Objetivo

Según la información presentada en la Tabla 2 de la presente resolución, **TERPEL** reportó activos por un valor total de \$3.469.340.000.000 y un total de ingresos operacionales de \$12.053.928.000.000 para el cierre del año 2013.

Vale recordar en este punto, que **FANNY AMPARO QUINTERO DE RUEDA**, **ERIKA AMPARO RUEDA QUINTERO** y **ANDREA VIVIANA RUEDA QUINTERO** adjuntaron como personas naturales su declaración de renta. Sin embargo, el supuesto objetivo se cumple cuando en conjunto o individualmente consideradas, las empresas intervinientes superen el monto establecido por la **SIC** para ingresos operacionales o para activos totales.

En este sentido, tanto por el valor conjunto de sus activos, como por el valor de los ingresos operacionales de **TERPEL**, para el caso concreto se encuentra verificado el supuesto objetivo que impone la obligación a las **INTERVINIENTES** de informar la operación proyectada a la **SIC**.

Así las cosas, con la previa verificación de los supuestos subjetivo y objetivo, se configuran todos los requisitos para que la operación presentada deba ser sometida al procedimiento administrativo para la autorización de integraciones empresariales.

12.4. DEFINICIÓN DEL MERCADO RELEVANTE

Al determinar el mercado relevante es necesario hacer la distinción entre el mercado de producto y el mercado geográfico, de tal forma que se puedan identificar los efectos de la integración. Para lograr una adecuada definición del mercado relevante, esta Superintendencia se apoyará en los lineamientos diseñados por la Red Internacional de la Competencia (ICN, por sus siglas en inglés) en su documento *ICN Merger Guidelines Workbook*²³.

²³ ICN Merger Working Group: Investigation and Analysis Subgroup, "ICN Merger Guidelines Workbook" (documento preparado para la Quinta Reunión Anual del ICN, Ciudad del Cabo, Sudáfrica, 16 de abril, 2006). Este documento es público y se encuentra disponible en el siguiente enlace: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc321.pdf>.

La ICN destaca dos razones importantes por las cuales la definición del mercado relevante es de crítica importancia. Por un lado, es primordial para entender el escenario en que las fuerzas competitivas tienen lugar y, por el otro, y aún más importante, la definición del mercado es fundamental para poder calcular las cuotas de cada competidor en el mercado en cuestión, dado que éstas se calculan con base en el tamaño total del mercado.

Nótese que este último factor constituye el indicador básico del poder de mercado de una empresa. Así, cuando se observa que la suma de las cuotas de mercado de las intervinientes es elevada, la autoridad de competencia detecta que la operación puede generar problemas de competencia en el mercado y viceversa.

La definición de mercado relevante se lleva a cabo a dos niveles: primero, está la definición del mercado de producto y, luego, la definición del mercado geográfico.

En la definición del mercado de producto se debe tener presente la sustituibilidad del producto al nivel de la demanda. La ICN indica que *“la sustituibilidad de la demanda se analiza a través del grado en que los clientes podrían y querrían cambiar entre productos sustitutos ante un cambio relativo de precios, calidades, disponibilidad u otros factores”*²⁴. En otras palabras, lo importante en este apartado es encontrar qué productos son considerados como sustitutos por parte de los consumidores o usuarios de los mismos.

Si bien algunas jurisdicciones tienen en cuenta la sustituibilidad de la oferta al momento de definir el mercado relevante²⁵, esta Superintendencia toma en consideración dicho concepto al momento de analizar las barreras de entrada y la competencia potencial.

Respecto al otro gran nivel de definición del mercado relevante, la ICN señala que *“el mercado geográfico es un área en la que puede ocurrir una razonable sustitución de los productos de las intervinientes”*²⁶. Esta sustitución se debe dar por parte de los consumidores del producto en cuestión, en la medida que encuentren otros suministradores de bienes sustitutos en el área referida. Generalmente, el mercado geográfico se puede definir como local, regional, nacional, continental o internacional.

El mercado relevante, definido en los términos anteriormente descritos, es el marco de referencia apropiado para analizar los efectos sobre la competencia de una

²⁴ El texto original del párrafo A.12, en inglés, dice textualmente lo siguiente: *“Demand-side substitutability assesses the extent to which customers could and would switch among substitute products in response to a change in relative prices or quality or availability or other factors”*.

²⁵ El texto original del párrafo A.13, en inglés, dice textualmente lo siguiente: *“Supply-side substitutability examines the extent to which suppliers of alternative products could and would switch their existing production facilities to make alternative products in response to a change in relative prices, demand or other market conditions”*.

²⁶ El texto original del párrafo A.24, en inglés, dice textualmente lo siguiente: *“The geographic market is an area within which reasonable substitution for the merging parties’ products can occur”*.

operación de integración. Tal como indica la ICN en el documento ICN Merger Guidelines Workbook, “[e]l mercado relevante, en la práctica, no es más que el marco apropiado para analizar los efectos competitivos”²⁷ de una operación.

Así las cosas, este Despacho procederá a definir el mercado relevante afectado por la operación proyectada delimitando primero el mercado producto y luego el mercado geográfico.

12.4.1. Mercado Producto

El punto de partida corresponde a la identificación de las actividades económicas desarrolladas de manera coincidente entre las empresas involucradas en la integración, siendo éstas en las cuales se anularía la competencia entre las partes como resultado de la operación. Así mismo, deberán identificarse las actividades económicas de las empresas involucradas que estén relacionadas verticalmente.

Habiendo definido lo anterior, se pueden identificar los productos y/o servicios involucrados en las actividades económicas de las empresas participantes en la operación.

De acuerdo con la información aportada, las actividades que desarrollan las **INTERVINIENTES** hacen parte de la cadena de distribución de combustibles líquidos, la cual está compuesta por los eslabones de: refinación, importación, almacenamiento, distribución mayorista, transporte, distribución minorista, y gran consumidor²⁸. Las actividades relevantes para el análisis de la integración propuesta comprenden la distribución y comercialización mayorista y minorista de combustibles líquidos, en tanto son las actividades en las que participan las **INTERVINIENTES**.

A continuación se presentará la descripción de las actividades económicas desarrolladas por las **INTERVINIENTES**, para lo cual se incluirá una descripción de los combustibles líquidos y sus aplicaciones, con el fin de identificar si tienen sustitutos cercanos o si por el contrario corresponden en sí mismos a un solo mercado.

12.4.1.1. Distribución mayorista de combustibles líquidos

Según el documento “Cadena del petróleo 2013” de la Unidad de Planeación Minero Energética (UPME)²⁹, los distribuidores mayoristas son compañías que reciben los combustibles líquidos de los refinadores y/o importadores para su almacenamiento y

²⁷ ICN Merger Working Group: Investigation and Analysis Subgroup, “ICN Merger Guidelines Workbook” (documento preparado para la Quinta Reunión Anual del ICN, Ciudad del Cabo, Sudáfrica, 16 de abril, 2006), A.8:
<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc321.pdf> Consulta 17 de diciembre de 2013.

²⁸ Artículo 61 de la Ley 812 de 2003.

²⁹ Ministerio de Minas y Energía, Unidad de Planeación Minero Energética - UPME, “Cadena del petróleo 2013”, Bogotá, Colombia, diciembre de 2013. Disponible en:
http://www1.upme.gov.co/sites/default/files/news/3086/files/cadena_del_petroleo_2013.pdf

Por la cual se aprueba una operación de integración

Rad. 14-246644

VERSIÓN PÚBLICA

entregan a los demás operadores para su movilización a los principales centros de consumo, ya sea por poliductos o por camiones, para el abastecimiento de las diferentes regiones del país. Los agentes mayoristas abanderan la mayoría de las estaciones de servicio mediante acuerdos comerciales³⁰.

De acuerdo con el artículo 4 del Decreto 4299 de 2005, modificado por el artículo 2 del Decreto 1333 de 2007, el distribuidor mayorista corresponde a “[t]oda persona natural o jurídica dedicada a ejercer la distribución de combustibles líquidos derivados del petróleo, a través de una planta de abastecimiento, la cual entrega dichos productos con destino a la(s) planta(s) de otro(s) distribuidor(es) mayorista(s), a los distribuidores minoristas o al gran consumidor, (...)”.

Los distribuidores mayoristas compran el combustible a **ECOPETROL** o a refinadores privados, almacenan y aditivan los productos en sus plantas de abasto para llevarlos a las estaciones de servicio, ya sean de su propiedad o de terceros, para su posterior venta al público³¹.

Indica la **UPME** que las EDS y los grandes consumidores que así lo deseen son abastecidos por intermedio de las plantas de abasto. En la actualidad, en Colombia “(...) se cuenta con una red de 54 plantas de abasto, de las cuales 34 se encuentran interconectadas a los poliductos y 20 plantas cuyo abastecimiento se efectúa mediante carro tanques. (...)”. En la tabla que se presenta a continuación se presenta una descripción de la capacidad de almacenamiento de las principales plantas de abasto.

Tabla No. 3
Capacidad de almacenamiento de las principales plantas de abasto

Ciudad	Planta (s)	Almacenamiento (BLS)	Nº de estaciones
Barranquilla	Barranquilla	46.724	9
	Galapa	26.341	
	Barranquilla	24.670	
Bucaramanga	Chimú	159.772	13
	Terminal Exxon Móvil Bucaramanga	31.068	
Cartago	Planta Cartago	2.905	13
	Planta Conjunta Cartago	61.575	
Gustanday	Planta Inactiva Gustanday	5.810	13
	Planta Conjunta Gustanday	66.140	
Mansilla	Mansilla	51.009	12
	Planta Biocombustibles Mansilla	19.964	
	Planta Chevron Puente Aranda	73.763	
	Planta Conjunta Mansilla	44.515	
Medellín	Planta Chevron El Pedregal	41.516	11
	Planta La María	136.108	
	Planta Medellín	89.071	
Pereira	Pereira	25.700	15
	Planta Pereira	70.214	
Yumbo	Planta Conjunta Yumbo	193.358	16
	Planta Muisá	63.911	
	Planta Yumbo Inactiva	5.810	

Fuente: SICOM

Fuente: Ministerio de Minas y Energía, Unidad de Planeación Minero Energética - UPME, “Cadena del petróleo 2013”. Tomado de:
[http://www1.upme.gov.co/sites/default/files/news/3086/files/cadena del petroleo 2013.pdf](http://www1.upme.gov.co/sites/default/files/news/3086/files/cadena_del_petroleo_2013.pdf)

³⁰ Ministerio de Minas y Energía, Unidad de Planeación Minero Energética – UPME, “La Cadena del Petróleo en Colombia”, Bogotá, Colombia, febrero de 2005. Disponible en: http://www.upme.gov.co/Docs/Cadena_Petroleo_2004.pdf

³¹ *Ibíd.* p. 50.

De acuerdo con la **UPME**, los principales combustibles líquidos que se entregan a las estaciones de servicio son las mezclas con etanol de gasolina motor (corriente y extra) y biodiesel con ACPM.

12.4.1.2. Distribución minorista de combustibles líquidos

La distribución minorista corresponde a la actividad en la cual se realizan las ventas al consumidor final a través de las EDS que existen en el país, todas ellas abanderadas por los distribuidores mayoristas, de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 4299 de 2005³².

De acuerdo con el Decreto 1717 del 21 de mayo de 2008, el distribuidor minorista es "*[t]oda persona natural o jurídica dedicada a ejercer la distribución de combustibles líquidos derivados del petróleo al consumidor final, a través de una estación de servicio o como comercializador industrial, (...)*".

12.4.1.3. Los combustibles líquidos

a) Características

Los combustibles líquidos derivados del petróleo como la gasolina corriente, extra y biodiesel, son materiales de generación de energía o combustibles que pueden ser aprovechados para generar energía mecánica o cinética y son utilizados esencialmente para movilizar automotores.

La mayoría de los combustibles líquidos utilizados en la actualidad se producen a partir del petróleo. El más notable de estos es la gasolina, la cual se produce mediante la unión de moléculas de hidrocarburos que a su vez forman compuestos alifáticos (cadenas de átomos de carbono con átomos de hidrógeno unidos).

La producción de gasolina se obtiene por destilación del petróleo crudo. El líquido deseado es separado del crudo en las refinерías. El petróleo crudo se extrae de la tierra mediante procesos donde se utilizan las bombas de viga. Para obtener la gasolina, el petróleo debe ser removido de petróleo crudo.

Por otra parte, el biodiesel es un biocombustible líquido que se obtiene a partir de lípidos naturales como aceites vegetales o grasas animales, mediante el proceso industrial de transesterificación, consistente en mezclar el aceite (normalmente aceite vegetal) con un alcohol ligero, normalmente metanol, y deja como residuo glicerina que puede ser aprovechada por la industria cosmética, entre otras.

Las gasolinas oxigenadas, son elaboradas en las plantas recibiendo vía poliducto gasolina corriente y gasolina extra puras, las cuales se mezclan con un porcentaje de Etanol recibido vía carrotanque de los ingenios. Dichas mezclas se realizan de acuerdo con el porcentaje que estipule el **MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA**; en el caso del biodiesel se recibe el ACPM vía poliducto con una mezcla del 2% de

³² Ministerio de Minas y Energía, Unidad de Planeación Minero Energética - UPME, "*Cadena del petróleo 2013*", p. 149, Bogotá, Colombia, diciembre de 2013. Disponible en: [http://www1.upme.gov.co/sites/default/files/news/3086/files/cadena del petroleo 2013.pdf](http://www1.upme.gov.co/sites/default/files/news/3086/files/cadena_del_petroleo_2013.pdf)

B100 y en planta se mezcla con el porcentaje restante de B100. Estos combustibles son transportados a través de carrotaques a cada una de las estaciones de servicio (EDS).

b) Usos y aplicaciones

Los combustibles líquidos son destinados específicamente para movilizar automotores. Estos productos no tienen clientes con consumos significativos, constituyendo su mercado objetivo los conductores cuyos vehículos usan estos productos.

De acuerdo con lo indicado anteriormente, los productos afectados son comercializados por mayoristas cuyos destinatarios son los comercializadores minoristas y otros comercializadores mayoristas, entre otros. En el segmento de distribución y comercialización minorista de combustibles líquidos se encuentran las EDS, las cuales suministran el producto directamente al usuario final.

Según las **INTERVINIENTES**, los consumidores se caracterizan por: (i) ser muy sensibles a las variaciones de precio y las promociones; (ii) generalmente realizan tanqueos completos; (iii) generalmente tanquean en las EDS cercanas a su lugar de vivienda o trabajo; y (iv) escogen entre muchas estaciones para abastecer sus vehículos.

c) Actividades y productos coincidentes o en la misma cadena de valor

Así las cosas, el análisis de sustituibilidad deberá enmarcarse en aquellos productos que son ofrecidos por las **INTERVINIENTES** al mismo público objetivo, o respecto de los cuales estén relacionadas verticalmente. De acuerdo con lo anterior, los productos afectados con la operación propuesta son los combustibles líquidos derivados del petróleo, comercializados y distribuidos ya sea al por mayor o al por menor.

d) Análisis de sustituibilidad

La sustituibilidad de los combustibles líquidos derivados del petróleo (gasolinas, diésel, entre otros) se produce en la medida que existan productos similares que, aunque se encuentren diferenciados por las preferencias de los consumidores y las estrategias publicitarias y de marketing de las empresas, tienden a ofrecer los mismos servicios y usos, por precios comparables.

Según las **INTERVINIENTES** “[l]os consumidores pueden utilizar como sustituto el gas natural vehicular, de hecho los vehículos convertidos a gas mantienen la posibilidad de alternar con el combustible con el que fueron inicialmente diseñados”³³.

De acuerdo con lo anterior, los combustibles líquidos derivados del petróleo (gasolina, diésel, entre otros) tienen usos similares a los del gas natural vehicular. De hecho, algunos vehículos a gasolina que son convertidos a GNVC tienen la

³³ Folio 7 del Cuaderno Reservado No. 1 de Intervinientes del Expediente.

capacidad de poder alternar la utilización de ambos productos. Sin embargo, se advierte que el precio del GNVC es sustancialmente inferior al de la gasolina, al paso que por sus características físicas y químicas, ambos productos conservan diferencias significativas.

Bajo este contexto, se advierte que existe una baja sustituibilidad entre la gasolina y el GNVC, especialmente en términos de precios, por lo que cada uno de estos productos, por sí mismo, comportaría un mercado relevante diferente. En consecuencia, este Despacho considera que el producto afectado en el presente caso -los combustibles líquidos derivados del petróleo (gasolina y diésel)- no tienen sustitutos cercanos.

e) Conclusión del mercado producto

Por lo expuesto anteriormente, se concluye que para efectos del presente estudio los mercados de producto corresponden a: (i) la comercialización y distribución mayorista de combustibles líquidos; y (ii) la comercialización y distribución minorista de combustibles líquidos para los cuales no existen otros productos que los puedan sustituir.

12.4.2. Mercado Geográfico

La práctica generalizada para la definición de los mercados geográficos relevantes parte de identificar cada una de las zonas en las cuales las empresas que participan en la integración coinciden y donde las condiciones de competencia son similares.

En este sentido, se tiene que los agentes mayoristas compran el combustible a Ecopetrol, almacenan y agregan aditivos a los productos y venden a nivel nacional a los distribuidores minoristas, mientras estos últimos se dedican a la venta de combustibles líquidos derivados del petróleo al consumidor final a través de EDS.

Así, en lo que respecta al mercado geográfico de la actividad de distribución **mayorista** de combustibles líquidos, teniendo en cuenta que la misma abarca todo el país, su dimensión geográfica es de alcance nacional.

En cuanto al mercado geográfico de la actividad de distribución **minorista** de combustibles líquidos, se debe tener presente que, dado que el consumidor final incurre en costos de desplazamiento hasta las EDS, la influencia de cada una de ellas se hace menor en la medida en que el consumidor se encuentra más alejado, indicando así que su cobertura es local.

Según las **INTERVINIENTES**, el mercado geográfico para la actividad de distribución minorista de combustibles líquidos lo constituye el tramo de la vía que conduce de Girón a Bucaramanga en el Departamento de Santander. Para determinar los competidores de la **EDS LAS VEGAS** las **INTERVINIENTES** tomaron un rango de diez (10) kilómetros alrededor de dicha EDS. Teniendo en cuenta el criterio anterior, el mercado geográfico incluiría los municipios de Girón y Floridablanca, y la ciudad de Bucaramanga.

No obstante lo anterior, este Despacho constató durante la visita administrativa realizada a la **EDS LAS VEGAS**, que además de considerar variables relacionadas a la distancia y el tiempo, resulta indispensable analizar las condiciones demográficas y de actividad económica de la zona de influencia de la **EDS LAS VEGAS**.

De acuerdo con lo anterior, se encontró que las condiciones demográficas y de actividad económica presentes en la zona recorrida se caracterizan por: (i) tráfico pesado automotor; (ii) presencia de actividad industrial y de transporte de carga y de pasajeros; (iii) baja densidad de zonas residenciales; (iv) alto volumen vehicular a velocidades medias y altas por tratarse de un corredor vial que no se encuentra dentro del casco urbano de la ciudad.

Atendiendo las anteriores condiciones el Despacho determinó que el mercado geográfico relevante para la actividad de distribución minorista de combustibles líquidos lo constituye únicamente la zona aledaña a la vía que conduce de Girón a Bucaramanga en el Departamento de Santander, en el cual se constató la presencia de las siguientes 9 EDS alrededor de la **EDS LAS VEGAS**; 7 EDS de bandera **TERPEL** y 2 de bandera **MOBIL**:

- Hacia el occidente: **EDS LA MILAGROSA** (bandera **MOBIL**) y **EDS INSERCOL** (bandera **TERPEL**).
- Hacia el oriente: **EDS EL PUENTE** y **EDS ESTORAQUES** (bandera **TERPEL** – propias, franquiciadas).
- Hacia el norte: **EDS CENTRO ABASTOS**, **EDS CHIMITÁ** (bandera **TERPEL** – afiliadas) y **EDS LA BÁSCULA** (bandera **TERPEL** – propia, franquiciada).
- Hacia el sur: **EDS CANEYES** (bandera **MOBIL**) y **EDS EL CARMEN** (bandera **TERPEL** en proceso de franquicia).

En este punto, es importante mencionar que, de acuerdo con la información obtenida durante la visita administrativa practicada por esta Entidad, en la zona de influencia de la **EDS LAS VEGAS**, se encuentra en construcción un proyecto de **GULF**, el cual, según **JULIO CESAR VERA DÍAZ**, Representante Legal Suplente de **PROLUB**, en este momento se encuentra parado por efecto de las autorizaciones del **INVIAS** asociadas a los permisos de accesos y salidas de la EDS.

12.4.3. Conclusión del Mercado Relevante

De acuerdo con lo expuesto en los numerales anteriores, se encuentra que el mercado relevante está compuesto por:

- La distribución y comercialización **mayorista** de combustibles líquidos derivados del petróleo a nivel nacional.
- La distribución y comercialización **minorista** de combustibles líquidos derivados del petróleo en la zona aledaña a la vía que conduce de Girón a Bucaramanga en el Departamento de Santander.

Para el caso en estudio, el efecto de la integración vertical sería el cambio en las condiciones para las EDS no integradas con el comercializador mayorista, viéndose afectadas por restricciones de oferta "aguas arriba" de la respectiva cadena.

Teniendo en cuenta que en el mercado existen otros actores participantes de la distribución mayorista como se observa en la Tabla No. 4, los propietarios independientes de otras EDS, en principio, tendrían alternativas de desplazar la demanda hacia otros distribuidores mayoristas diferentes a **TERPEL**.

12.5.2. Cuotas de participación de distribución y comercialización minorista

El porcentaje de participación que tenga cada empresa dentro del total de ventas de la industria se convierte en un importante aspecto del análisis de competencia, debido a que esta descripción numérica se encuentra altamente relacionada con el poder que tiene cada empresa en el mismo.

Así, con la determinación de las cuotas de mercado de los competidores activos en el mismo, es posible precisar las condiciones que presenta la industria en cuanto a concentración y competencia. Asimismo, permitirá evaluar la capacidad de contestabilidad y de reacción que pueden tener los competidores de las **INTERVINIENTES** ante la operación objeto de este estudio.

Para determinar las participaciones, esta Superintendencia requirió a las principales empresas comercializadoras y distribuidoras mayoristas de combustibles líquidos derivados del petróleo en estaciones de servicio, con el fin de establecer una aproximación del mercado.

Cabe aclarar que las **INTERVINIENTES** afirmaron que, si bien **TERPEL** distribuye combustibles líquidos a EDS que se consideran *afiliadas* a su red de distribución por estar autorizadas para utilizar la bandera de **TERPEL** en sus estaciones, éstas corresponden a clientes minoristas de **TERPEL** que constituyen agentes económicos independientes y gozan de total autonomía en la fijación de sus precios de venta al público, así como en la determinación y adopción de políticas comerciales. De hecho, en la distribución minorista son competidores directos de las EDS propias de **TERPEL**³⁵.

No obstante lo anterior, este Despacho considera importante, para determinar la participación de **TERPEL** en la distribución minorista de combustibles, describir las formas en que la marca **TERPEL** hace presencia en el mercado, con el fin de establecer cuáles podrían ser atribuibles a **TERPEL** para el cálculo de su participación de mercado y cuáles comportan agentes de mercado independientes que no obstante operan bajo la bandera **TERPEL**, su desempeño competitivo no es influenciado por **TERPEL** y, por ende, no son controlados por dicha empresa en términos del Derecho de Competencia.

De acuerdo con la información obrante en el expediente, la marca **TERPEL** hace presencia en el mercado a través de, entre otros, los esquemas que se describen a

³⁵ Folio 11 del Cuaderno Reservado No. 1 de Intervinientes del Expediente.

continuación, los cuales se diferencian entre sí en relación con las inversiones en activos fijos y tangibles de TERPEL.

En primer lugar, se encontró que TERPEL desarrolla la actividad de distribución minorista de combustible mediante EDS cuya inversión es 100% propia de dicha empresa. Esta modalidad aplica para lotes que son propiedad de terceros o de TERPEL. En ella, TERPEL realiza el 100% de las inversiones para la construcción de las EDS y las opera directamente o a través de franquicias que otorga.

Existe otra modalidad en la que tanto TERPEL como el franquiciado cuentan con inversiones en la EDS (por lo general TERPEL realiza el 50% o más de la inversión y el franquiciado realiza el 50% o menos de la misma). El margen de la operación se distribuye en la misma proporción de las inversiones (margen de operación = precio de venta al público – costo de gas – energía – mantenimiento – usufructo). En esta modalidad, TERPEL le paga el valor del usufructo del terreno al dueño del mismo.

En las anteriores modalidades es claro que TERPEL participa directamente en el mercado a través de las mismas.

Una tercera modalidad aplica para las EDS que usan la bandera TERPEL, pero que son propiedad de terceros y son operadas por personas naturales o jurídicas diferentes a TERPEL. Bajo esta modalidad, TERPEL generalmente no realiza inversiones encaminadas a la construcción de la EDS como tal.

Por lo general, en este esquema de contratación, el abanderado realiza totalmente la inversión para la creación de su negocio; es dueño o por lo menos tiene completo derecho respecto al uso del suelo en el que opera la EDS. En razón de ello, el clausulado de los contratos no lo obliga a acogerse a listas de precios determinadas por TERPEL.

Para efectos de determinar la participación de TERPEL en el mercado relevante, a continuación se analizará si las EDS que operan bajo la modalidad de abanderamiento (en que la EDS sin ser propiedad de TERPEL usa su bandera), son controladas por TERPEL en los términos del numeral 4 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992. Lo anterior, en la medida en que de establecerse que TERPEL controla a las EDS que operan bajo la modalidad de abanderamiento, dichas EDS deberán tenerse en cuenta para determinar su participación de mercado y los posibles efectos de la operación propuesta.

El régimen de protección de la competencia, del cual hace parte el régimen de integraciones empresariales, define el concepto de control en el artículo 45 del Decreto Ley 2153 de 1992. Es este concepto de control el que enmarca el ejercicio de las funciones que ejerce la SIC en materia de integraciones empresariales:

"Artículo 45. Definiciones. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo anterior se observarán las siguientes definiciones:

(...)

4. Control: La posibilidad de influenciar directa o indirectamente la política empresarial, la iniciación o terminación de la actividad de la empresa, la

variación de la actividad a la que se dedica la empresa o la disposición de los bienes o derechos esenciales para el desarrollo de la actividad de la empresa".

De conformidad con la norma anterior, el control es la posibilidad de influir en las decisiones de otra empresa que se encuentren relacionadas con la forma en que se comporta en el mercado, a saber: (i) la política empresarial, (ii) la iniciación o terminación de la actividad de la empresa, (iii) la variación de la actividad a la que se dedica la empresa, o (iv) la disposición de los bienes o derechos esenciales para el desarrollo de la actividad de la empresa.

La posibilidad de influenciar las anteriores decisiones, afecta claramente el desempeño competitivo en el mercado de la empresa controlada. De ahí que sea dicha característica el elemento esencial de la definición de control. No obstante, la posibilidad de influenciar el desempeño competitivo de una empresa debe analizarse caso por caso, y debe estar enfocada en determinar la relación real entre controlante y controlada, independientemente del vínculo jurídico-económico que exista entre ellos. Así, el control puede emanar de una amplia gama de factores, bien considerados de manera independiente o en conjunto, y teniendo en cuenta tanto consideraciones legales como fácticas.

En general, se considera que existe control competitivo cuando una persona natural o jurídica tiene la posibilidad de determinar la estrategia comercial de una empresa, o cuando su aval es necesario para adoptar decisiones comerciales estratégicas de la empresa.

En efecto, el control competitivo se ejerce cuando se tiene la prerrogativa de influir sobre decisiones de la empresa respecto de su política empresarial³⁶, la iniciación o terminación de la empresa, la variación de la actividad a la que se dedica la empresa o la disposición de los bienes o derechos esenciales para el desarrollo de la actividad de la empresa, conforme al artículo 45 del Decreto 2153 de 1992. En otras palabras, el control competitivo opera sobre decisiones estratégicas que afecten el desempeño competitivo de una empresa en el mercado.

Para efectos de determinar la existencia de control competitivo, esta Superintendencia no tiene que demostrar que el presunto controlante efectivamente haga uso de la influencia que tiene sobre la empresa, ni demostrar que la ha ejercido en el pasado. Por ende, es suficiente con que la posibilidad de influenciar exista para que se configure el control en los términos del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992.

Dicha influencia se puede configurar, o bien porque una empresa adquirió control corporativo sobre otra y tiene la facultad de tomar por sí misma todas las decisiones competitivas de la compañía (control positivo), o bien porque, a pesar de no tener un control positivo, tiene la posibilidad de influenciar las decisiones que afectan o determinan la manera que la empresa compite en el mercado, por ejemplo impidiendo o requiriendo su aval para que la empresa opere y tome algunas decisiones estratégicas para su funcionamiento en el mercado (control negativo).

³⁶ Por ejemplo decisiones relativas a las nuevas líneas de productos o negocios que la empresa va a desarrollar y aprobación de inversiones.

Ahora bien, el concepto de control en el derecho de la competencia³⁷ no contempla necesariamente las situaciones previstas por el derecho de sociedades en el Código de Comercio³⁸, por cuanto, el control en el derecho de la competencia, se insiste, se verifica cuando se tiene la posibilidad de influenciar el desempeño competitivo de otra empresa, sin importar si dicha influencia coincide con los eventos que el derecho de sociedades considera configuran situaciones de control.

No obstante lo anterior, el control corporativo, incluidas las presunciones de subordinación y control previstas en el artículo 261 del Código de Comercio, implican control desde el punto de vista del derecho de la competencia en los términos del Decreto 2153 de 1992. Es decir, que siempre que se tenga control desde el punto de vista corporativo (artículos 260 y 261 del Código de Comercio), habrá control competitivo.

De lo anterior se colige que la existencia de control desde la perspectiva del derecho de la competencia no implica obtener los efectos propios de la subordinación o control en el derecho de sociedades³⁹, como lo son, entre otras, la inscripción del

³⁷ Ver: **SIC**, Resolución 5545 del 6 de febrero de 2014, por la cual se condicionó la operación de integración de la EMPRESA DE ENERGÍA DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. en la venta de ISAGEN S.A. E.S.P.

³⁸ “**Artículo 260. Subordinación.** El nuevo texto es el siguiente: Una sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas que serán su matriz o controlante, bien sea directamente, caso en el cual aquélla se denominará filial o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria.

Artículo 261. Será subordinada una sociedad cuando se encuentre en uno o más de los siguientes casos:

1. Cuando más del cincuenta por ciento (50%) del capital pertenezca a la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de sus subordinadas, o de las subordinadas de éstas. Para tal efecto, no se computarán las acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto.

2. Cuando la matriz y las subordinadas tengan conjunta o separadamente el derecho de emitir los votos constitutivos de la mayoría mínima decisoria en la junta de socios o en la asamblea, o tengan el número de votos necesario para elegir la mayoría de miembros de la junta directiva, si la hubiere.

3. Cuando la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de las subordinadas, en razón de un acto o negocio con la sociedad controlada o con sus socios, ejerza influencia dominante en las decisiones de los órganos de administración de la sociedad”.

³⁹ Es importante indicar que no solo los efectos entre el control en derecho corporativo y el derecho a la competencia presentan divergencias sino también en sus fines. Téngase en cuenta, que la finalidad general del concepto de control en el derecho de sociedades es otorgar transparencia a las relaciones comerciales por medio de la identificación e individualización de la empresa con la que se realizan negocios, con el fin de evitar que las sociedades se utilicen como un vehículo para el fraude. De dicha individualización se derivan consecuencias jurídicas, entre ellas, la presunción de responsabilidad de la controlante en casos de insolvencia de la controlada.

De otro lado, el concepto de control en el derecho de la competencia busca determinar aquellas situaciones en las que una empresa puede influenciar o afectar el desempeño competitivo de otra, y así restringir de manera indebida la competencia afectando los consumidores y la eficiencia económica. Dicha situación puede ocurrir (como lo han reconocido las autoridades internacionales), incluso en eventos en que no se tiene control societario sobre una empresa.

vínculo de control en el registro mercantil de la sociedad controlada; consolidación de los estados financieros de las sociedades vinculadas; prohibición de la imbricación; la acumulación procesal en caso de concurso de compañías vinculadas y la responsabilidad de las matrices en relación con ciertas obligaciones de las subordinadas. Esto en la medida en que, una empresa puede tener la posibilidad de influenciar el desempeño competitivo de otra en el mercado, pero no necesariamente cumplir con los presupuestos del artículo 261 del Código de Comercio, o de cualquier forma someterla a su voluntad.

Partiendo de lo anterior, en el presente caso es necesario profundizar en las relaciones entre TERPEL y las EDS que operan bajo su bandera, para efectos de determinar si TERPEL las controla desde la perspectiva del derecho de la competencia. De ser así, este Despacho llegaría a la conclusión de que TERPEL participa de manera indirecta en el mercado relevante a través de todas las EDS que operan bajo su bandera.

Sobre el particular, se recibieron los testimonios de SONIA VIVIANA CUY, empleada de la EDS ARANZOQUE, que opera bajo la bandera de TERPEL en Bucaramanga – Santander, y de CARLOS OSWALDO TORRES AGUIRRE, en su calidad de Representante Legal de la sociedad RJ SERVIINGENIERIA SAS, propietaria de la Estación de Servicio TERPEL JUAN MARTIN de Bogotá, a quienes se les interrogó sobre la relación entre la EDS y TERPEL.

Sobre el contrato suscrito entre la EDS y TERPEL, SONIA VIVIANA CUY afirmó lo siguiente:

“Pregunta: Por favor indíqueme al Despacho si tiene un contrato con Terpel

Respuesta: Si.

Pregunta: ¿Hace cuánto se suscribió ese contrato?

Respuesta: [REDACTED]

Pregunta: ¿Cuál es la duración del contrato?

Respuesta: [REDACTED]

Pregunta: ¿Se prorroga automáticamente?

Respuesta: [REDACTED]

(...)

Pregunta: ¿En qué consiste el contrato?

Respuesta: [REDACTED]

Por su parte, CARLOS OSWALDO TORRES AGUIRRE señaló lo siguiente respecto de la duración de los contratos y las obligaciones relacionadas con ventas:

Pregunta: ¿Esos contratos estándar son de más o menos 10 años, como el suyo?

Respuesta: [REDACTED]

(...)

Pregunta: ¿En el desarrollo de la operación de su estación, TERPEL le hace algunas sugerencias sobre el mínimo de galones que se deben vender?

Respuesta: [REDACTED]

De acuerdo con lo anterior, la relación entre las **EDS ARANZOQUE** y **JUAN MARTIN** y **TERPEL** se rige en virtud de los contratos de suministro y abanderamiento celebrados con dicha empresa. Nótese que el término de los contratos es relativamente amplio teniendo en cuenta que se trata de establecimientos de comercio sujetos a diversas condiciones económicas. Así mismo, se advierte que **SONIA VIVIANA CUY** señala que el contrato en cuestión contempla obligaciones de cumplir metas de ventas.

Al ser preguntada la funcionaria de la EDS ARANZOQUE sobre las decisiones que deben ser consultadas con **TERPEL**, respondió lo siguiente:

Pregunta: ¿Qué acción suya generaría una llamada de TERPEL?

Respuesta: [REDACTED]

Al respecto, se encontró que en los contratos suscritos entre **TERPEL** y las EDS que operan bajo su bandera en calidad de afiliadas se encuentra de manera expresa la obligación de las EDS de notificar a **TERPEL** cualquier cambio significativo en su situación financiera. El extracto del contrato standard obrante en el expediente que se presenta a continuación, da cuenta de esta situación en los siguientes términos:

"ANEXO 7
REGLAS DE OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO DE LAS EDS

(...)

[REDACTED]

⁴⁰ Folio 244 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

Como puede observarse, según el testimonio y el extracto del contrato expuesto, la influencia de **TERPEL** en las decisiones de la EDS abarca cualquier cambio que pretenda realizar la EDS, en tanto dichos cambios deben ser consultados con **TERPEL**.

En adición a lo anterior, obsérvese a continuación que la funcionaria de la **EDS ARANZOQUE** señaló que **TERPEL** monitorea y evalúa el desempeño de la EDS:

***Pregunta:** ¿TERPEL evalúa el desempeño de su EDS?*

Respuesta: [REDACTED]

***Pregunta:** ¿Qué pasa con el informe del cliente oculto?*

***Respuesta:** TERPEL todos los meses envía el reporte, el jefe de zona.*

***Pregunta:** ¿Qué pasa si el reporte tiene una calificación negativa?*

***Respuesta:** La idea es mejorar, TERPEL nos dice en que estamos fallando y si hay que realizar mejoras se hacen.*

***Pregunta:** ¿Qué tipo de monitoreo realiza Terpel sobre su EDS?*

Respuesta: [REDACTED]

***Pregunta:** ¿Cómo es ese seguimiento?*

Respuesta: [REDACTED]

(...)

***Pregunta:** ¿A qué eventos asiste dispuestos por TERPEL?*

***Respuesta:** Ellos hacen capacitaciones, tienen una red de aliados, revisan cómo va el cumplimiento de metas."*

Por su parte, **CARLOS OSWALDO TORRES AGUIRRE** señaló lo siguiente en similar sentido:

***Pregunta:** ¿Cómo considera usted que TERPEL evalúa el desempeño de su estación?*

Respuesta: [REDACTED]

Pregunta: ¿Cada cuánto son esas visitas?

Respuesta: Mensualmente ellos me entregan una calificación.

(...)

Pregunta: ¿Cuál es el procedimiento cuando usted recibe una mala calificación?

Respuesta: Hay una retroalimentación y reúne uno a los muchachos y les dice vea, usted falló en esto, tiene que ponerse las pilas y seguir los protocolos.

Pregunta: ¿Pero hay presencia de TERPEL en esa retroalimentación?

Respuesta: Si. Ellos inclusive hacen cursos y uno envía a los muchachos allá a que los vuelvan a retroalimentar.

(...)

Pregunta: ¿Por instalaciones ha recibido calificaciones negativas?

Respuesta: [REDACTED]

(...)

Pregunta: ¿Cuáles son las acciones que TERPEL seguiría si llega en una visita y encuentra las instalaciones en mal estado?

Respuesta: Un llamado de atención y obviamente una mala calificación. A nadie le gusta que lo califiquen mal.

(...)

Pregunta: ¿En su opinión, qué pasaría ahora si en una de esas visitas de TERPEL ellos encuentran que no está cumpliendo esa cuota?

Respuesta: [REDACTED]

Pregunta: ¿Y tendría una penalidad también?

Respuesta: [REDACTED]

En línea con lo anterior, los contratos suscritos entre TERPEL y las EDS que operan bajo su bandera en calidad de afiliadas señalan las obligaciones de las EDS en cuanto a la manera en que debe desarrollar su actividad, las cuales son monitoreadas y evaluadas de acuerdo con lo expuesto por los testigos citados. El extracto del contrato standard obrante en el expediente que se presenta a continuación, da cuenta de esta situación en los siguientes términos:

"CAPÍTULO IV

(...)



En cuanto a la atención de quejas y reclamos de clientes sobre el servicio en la EDS, la empleada de la **EDS ARANZOQUE** afirmó en los siguientes términos que **TERPEL** cuenta con una línea de atención en la atienden directamente las quejas de los clientes cuando estos no acuden a la administración de la EDS:

"Pregunta: ¿Qué procedimiento debe seguir un cliente en caso de que desee presentar una queja o reclamo sobre el servicio de su EDS?"

Respuesta: Normalmente ellos vienen a la administración y presentan la queja. Pero también hay una línea de atención de TERPEL donde pueden reportar la queja. En ese caso TERPEL toma la llamada y con el jefe de zona se revisa la queja."

En cuanto a la influencia ejercida por **TERPEL** para que la EDS ofrezca servicios adicionales, **CARLOS OSWALDO TORRES AGUIRRE** afirmó lo siguiente:

"Pregunta: ¿TERPEL le hace indicaciones para que ofrezca servicios adicionales?"

Respuesta: 


Sobre las campañas de publicidad y fidelización desarrolladas por **TERPEL**, **CARLOS OSWALDO TORRES AGUIRRE** afirmó lo siguiente:

⁴¹ Folios 213 y 214 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

"Pregunta: ¿Ellos (TERPEL) le consultan sobre el inicio de esas campañas?

Respuesta: [REDACTED]

De acuerdo con lo anterior, este Despacho advierte que si bien en el presente caso no existe control corporativo o societario de **TERPEL** sobre las EDS afiliadas que operan bajo su bandera, sí se configura un control negativo desde el punto de vista del derecho de la competencia. Lo anterior en la medida en que la información obrante en el expediente da cuenta de que **TERPEL** influencia -o tiene la facultad de influenciar- el desempeño competitivo de sus EDS afiliadas, a través de las prerrogativas que tiene en virtud de los contratos suscritos con las mismas, que le permiten influenciar las decisiones que son propias de la estrategia competitiva de cada EDS.

En efecto, de los contratos entre **TERPEL** y las EDS afiliadas obrantes en el expediente, así como de los testimonios recibidos en la actuación administrativa, se advierte que **TERPEL** influye o tiene la capacidad de influir en decisiones fundamentales de la actividad de cada estación afiliada, tales como las relacionadas con su desempeño en ventas, los productos ofrecidos, la atención al cliente, promociones y, en general, cualquier cambio importante en el establecimiento. Para este Despacho es claro que la influencia en este tipo de decisiones definitivamente afectan la forma en que compiten las EDS afiliadas a **TERPEL**.

Por consiguiente, es claro que la autonomía de las EDS afiliadas a **TERPEL** es limitada en razón al control que ejerce dicha empresa en su desempeño competitivo en virtud de la propia naturaleza de los contratos que existen entre ellos. En el sentido expuesto, para el cálculo de la participación de **TERPEL** en el mercado relevante de la operación se deberán incluir las EDS afiliadas.

Ahora bien, teniendo en cuenta que se encuentra demostrado que **TERPEL** tiene control negativo sobre sus EDS afiliadas, surge la pregunta frente a la obligación que tendría de informar una eventual operación de integración en la que adquiriera el control positivo de alguna EDS. La respuesta es afirmativa. En la Resolución 32184 de 2014, la SIC fue clara en señalar que los cambios de control negativo a control positivo deben ser informados a la autoridad, en la medida en que configuran cambios abruptos en el poder que tiene una persona jurídica o natural sobre otra. Mientras que en el control negativo la persona puede tener influencia sobre algunas decisiones de estrategia competitiva de la empresa controlada, en el control positivo tiene la facultad de operar la empresa en el día a día, además de tomar la mayoría de las decisiones que afectan la forma en que compete en el mercado, ejerciendo ahora sí una influencia dominante.

Así las cosas, para realizar el cálculo de las participaciones se tomarán todas las estaciones que hacen parte de la red de una determinada bandera, las cuales se relacionan a continuación:

i. Gasolina corriente

**Tabla No. 3
Ventas por galones de gasolina corriente - año 2013**

Fuente: Folio 7 del Cuaderno Reservado No. 1 Intervinientes. Folios 109 al 163 del Cuaderno Reservado No. 1 Terceros.

De la tabla anterior se observa que en el 2013 TERPEL [REDACTED]
[REDACTED] en el segmento de gasolina corriente.

ii. Gasolina extra

**Tabla No. 4
Ventas por galones de gasolina extra - año 2013**

Fuente: Folio 7 del Cuaderno Reservado No. 1 Intervinientes. Folios 109 al 163 del Cuaderno Reservado No. 1 Terceros.

Al igual que en el segmento de gasolina corriente, en [REDACTED]
[REDACTED]

Por la cual se aprueba una operación de integración

Rad. 14-246644

VERSIÓN PÚBLICA

iii. Diesel

Tabla No. 5
Ventas por galones de diesel - año 2013

Fuente: Folio 7 del Cuaderno Reservado No. 1 Intervinientes. Folios 109 al 163 del Cuaderno Reservado No. 1 Terceros.

Durante el año 2013, en este segmento **TERPEL** [REDACTED]

Es importante señalar que, debido a las condiciones demográficas y de actividad económica presentes en la zona de influencia de la **EDS LAS VEGAS** mencionadas previamente en la presente resolución, es de esperarse que de los tres combustibles líquidos ofrecidos, el más vendido sea el diésel. En efecto, de acuerdo con las cifras aportadas, se observa [REDACTED]

De acuerdo con lo anterior, se encuentra que con la operación proyectada **TERPEL** aumentaría su participación en todos los segmentos analizados, fortaleciendo su posición en los mismos.

Dado que la operación proyectada conlleva incrementos significativos en la participación de **TERPEL** en todos los productos analizados (gasolina corriente, extra y diésel) en el siguiente numeral, esta Superintendencia considera necesario realizar el análisis complementario de concentración, dominancia y asimetría.

12.5.3. Índices de concentración, asimetría y dominancia

Con el fin de obtener una mejor visión y entendimiento de los efectos que la operación proyectada puede tener sobre el mercado y las indebidas restricciones sobre la competencia que ésta puede tener, se realizarán diferentes análisis numéricos que pueden ayudar a cuantificar el efecto. A continuación se presentan los resultados obtenidos de los índices Herfindahl - Hirschman (HHI), Kwoka y Stenbacka.

El primero de los tres, el índice HHI⁴², es una medida de la concentración en el mercado que ayuda a entender si la operación proyectada representa cambios considerables en la concentración del mercado y, por lo tanto, en los niveles de competencia de la industria.

En segunda instancia se presentará el índice Kwoka⁴³, el cual mide el grado de asimetría que se presenta entre las participaciones de las empresas del mercado. Éste es un índice que se encuentra entre 0 y 1, siendo 1 el valor correspondiente a una estructura de mercado de monopolio.

⁴² El índice HHI, fue desarrollado para evaluar los niveles de concentración de los mercados y operaciones de integración. De acuerdo con la herramienta, el poder de concentración de una industria se determina mediante la suma de los valores al cuadrado de las participaciones en el mercado de todas las empresas de la industria. SALVATORE, Dominick (1999) "Microeconomía" Tercera Edición. McGraw Hill. Capítulo 12, Pág. 341.

$HHI = S_1^2 + S_2^2 + S_3^2 \dots S_n^2$, Donde S_1 es la participación en el mercado de la empresa más grande en la industria, S_2 es la participación de la siguiente empresa más grande en la industria y así sucesivamente para todas las demás empresas en la industria. Mientras mayor sea el valor del HHI, mayor será el grado de poder de concentración de la industria. Una vez calculado el valor del índice, se pueden definir tres categorías dependiendo de la concentración. Viscusi et al (1998) "Economics of Regulation and antitrust", MIT Press, Fourth Edition, pág. 215.

Mientras mayor sea el valor del HHI, mayor será el grado de poder de monopolio de la industria. Ver: Viscusi et al (1998) "Economics of Regulation and Antitrust", MIT Press. Fourth Edition, Pág. 215.

Una vez calculado el valor del índice, se pueden definir tres categorías dependiendo de la concentración. Al respecto ver: "Horizontal Merger Guidelines" U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, 2010:

"(...) Based on their experience, the Agencies generally classify markets into three types:

- Unconcentrated Markets: HHI below 1500
- Moderately Concentrated Markets: HHI between 1500 and 2500
- Highly Concentrated Markets: HHI above 2500".

⁴³ El índice de KWOKA se concentra en la estructura de las participaciones de mercado de las empresas. De esta forma, cuando la desigualdad entre el tamaño de las empresas aumenta, se incrementa la dominancia y, consecuentemente, el índice se eleva. Este índice se determina mediante la siguiente fórmula:

$$KWOKA = \sum_{i=1}^{n-1} (s_i - s_{i+1})^2$$

donde S_i 's están ordenadas de mayor a menor y corresponden a las participaciones de mercado de las empresas. El índice varía entre 0 y 1, siendo 1 el valor correspondiente a una estructura de mercado de monopolio. Al respecto ver: Kwoka. John, "Large Firm Dominance and Price-Cost Margins in Manufacturing Industries", Southern Economic Journal, Vol. 44, No. 1 (Jul., 1977), pp. 183-189.

Finalmente se analizará el índice Stenbacka⁴⁴, usado comúnmente para establecer si una empresa que es líder del mercado se encuentra en una posición de dominio respecto de las demás competidoras. Se trata de una aproximación que identifica lo anterior teniendo en cuenta la participación de mercado de la empresa líder y de la segunda empresa más importante, arrojando un umbral de cuota de mercado para determinar si la empresa más grande tiene o no posición de dominio. Según lo anterior, cualquier cuota de mercado de la empresa líder superior a dicho umbral podría significar efectivamente una posición dominante.

Tabla No. 6
Índices de concentración, asimetría y dominancia

Fuente: cálculos SIC

De acuerdo con la tabla anterior, esta Superintendencia encuentra que, previamente a la operación presentada, en los tres segmentos de combustibles analizados el mercado se encuentra [REDACTED]. De llevarse a cabo la operación, la concentración en [REDACTED].

Ahora bien, en lo que respecta al índice de asimetría Kwoka, según los resultados obtenidos se encuentra que en todos los [REDACTED] consecuencia de la operación que se pretende llevar a cabo. No obstante lo anterior, en los segmentos de gasolina corriente y gasolina extra, el índice continua siendo cercano a 0. Sin embargo, llama la atención el resultado obtenido en el segmento de Diesel, en el cual dicho índice, al pasar [REDACTED], se acerca al valor que indica [REDACTED], lo cual encuentra una explicación en las condiciones demográficas y de actividad económica presentes en la zona geográfica relevante.

Finalmente, los resultados del índice Stenbacka muestran que previo a la operación presentada, **TERPEL**, líder en todos los segmentos analizados, supera significativamente el umbral arrojado, lo cual es indicativo de la posición de dominio

⁴⁴ El índice de STENBACKA es una aproximación para identificar cuándo una empresa tiene una posición dominante en un mercado determinado. Teniendo en cuenta la participación de mercado de la empresa líder y de la segunda empresa más importante, el índice de STENBACKA arroja un umbral de cuota de mercado para determinar si la empresa más grande tiene o no posición de dominio. Según lo anterior, cualquier cuota de mercado superior a dicho umbral podría significar a una posición dominante. La fórmula para calcular el umbral de STENBACKA es la siguiente:

$$S^D = g(S_1, S_2) = \frac{1}{2}(1 - \gamma(S_1^2 - S_2^2))$$

donde S_1, S_2 corresponden a las participaciones de mercado de las dos empresas más importantes, respectivamente. Por su parte, γ es un parámetro específico a cada industria y está relacionado con las barreras a la entrada, los instrumentos de política pública para incentivar la competencia, la regulación económica, la existencia de derechos de propiedad intelectual, entre otros. Para simplificar el análisis, en este ejercicio supondremos $\gamma=1$. Al respecto ver: Stenbacka et al, "Assessing Market Dominance", Journal of Economic Behavior, Vol. 68, Issue 1, (October 2008), pp. 63-72.

de la empresa en dichos segmentos. Lo anterior indica que la posible posición de dominio de **TERPEL** en los segmentos definidos no es consecuencia de la presente operación sino que es una condición previa a la misma. Sin embargo, es claro que la operación analizada refuerza la posición que **TERPEL** tenía previamente.

12.6. BARRERAS DE ENTRADA

Según la ICN *“Una barrera a la entrada puede ser descrita como un beneficio en favor de una empresa establecida sobre los competidores potenciales que impiden que nuevas empresas entren en el mercado”*⁴⁵.

Cuando existen barreras significativas y altos niveles de concentración y participación en un mercado, tales circunstancias llevan a que las empresas que proyectan integrarse tengan la posibilidad de determinar las condiciones tales como precios o la calidad de sus productos en el corto y mediano plazo con independencia de los demás agentes económicos. Esto se acompaña con una baja capacidad por parte de los competidores para afectar la participación de las intervinientes mediante precios más bajos o calidades superiores.

Por lo tanto, una vez establecido que con la operación proyectada, **TERPEL** reforzaría su posición en los mercados relevantes definidos, es preciso determinar la existencia o no de barreras a la entrada. Para el caso en estudio, las barreras de entrada son:

12.6.1. Barreras de entrada al mercado de distribución mayorista

i. Barreras legales

Según las **INTERVINIENTES**, todos los agentes de la cadena de distribución de combustibles líquidos derivados del petróleo deben acogerse al Decreto 4299 de 2005 y sus decretos modificatorios.

De acuerdo con el artículo 14 del mencionado decreto, las personas interesadas en ejercer la actividad de distribuidor mayorista de combustibles líquidos deberá obtener, previamente, autorización del **MINMINAS** para lo cual deberá presentar los siguientes documentos:

- Copia de los estatutos sociales, estados financieros al momento de su constitución y composición accionaria de la empresa, de ser el caso.
- Certificado de existencia y representación legal para personas jurídicas, o registro mercantil para personas naturales, expedido por la respectiva Cámara de Comercio con no más de tres (3) meses de antelación, en el que conste que dentro de su actividad principal se encuentra la distribución mayorista de combustibles líquidos derivados del petróleo.

⁴⁵ El texto original del párrafo E.8, en inglés, dice textualmente lo siguiente: *“A barrier to entry can be described as an advantage enjoyed by an incumbent firm over potential entrants which prevent new firms from entering the market”*.

- Certificado de conformidad expedido por un organismo de certificación acreditado, sobre el cumplimiento de los requisitos contemplados en el reglamento técnico emitido por la autoridad competente, de la planta de abastecimiento sobre la cual versa la solicitud que se tramita.
- Póliza de seguro de responsabilidad civil extracontractual, en la cual debe aparecer expresamente determinada y ubicada la planta de abastecimiento sobre la cual versa la respectiva solicitud, así como copia del recibo de pago, en los montos establecidos.
- Demostrar que tiene asegurada la fuente de suministro necesaria para el abastecimiento que proyecta realizar.
- Demostrar que en la planta o plantas de abastecimiento que tiene a su cargo ha celebrado contratos de suministro de combustibles líquidos derivados del petróleo, con distribuidores mayoristas, distribuidores minoristas o grandes consumidores, por volúmenes superiores a [REDACTED] a través de estaciones de servicio automotriz y fluvial y el resto a ofertas, convenios o contratos de suministro suscritos con otros agentes de la cadena de conformidad con lo previsto en el presente decreto.

ii. Ausencia de planta de abastecimiento en la zona

De acuerdo con la **UPME**, en el mercado geográfico definido solamente hay dos (2) plantas de abasto, **CHIMITÁ**, [REDACTED], con una capacidad de almacenamiento de [REDACTED]⁴⁶, y **T** [REDACTED], con una capacidad de almacenamiento de [REDACTED]⁴⁷.

Lo anterior, implicaría que los distribuidores minoristas contarían únicamente con otro distribuidor mayorista, **MOBIL**, con la capacidad de abastecer, a través de sus propias plantas de abasto, las EDS ubicadas en el mercado relevante geográfico definido.

Sobre este punto, **CHEVRON** indicó, en respuesta al requerimiento de información realizado por esta Entidad, que [REDACTED]

[REDACTED]⁴⁸.

⁴⁶ Barriles estándares de petróleo.

⁴⁷ Ministerio de Minas y Energía, Unidad de Planeación Minero Energética - UPME, "Cadena del petróleo 2013", p. 142, Bogotá, Colombia, diciembre de 2013. Disponible en: http://www1.upme.gov.co/sites/default/files/news/3086/files/cadena_del_petroleo_2013.pdf

⁴⁸ Folio 111 del Cuaderno Reservado No. 1 de Terceros del Expediente.

Por la cual se aprueba una operación de integración

Rad. 14-246644

VERSIÓN PÚBLICA

Al respecto, **JUAN DAVID PEÑA URIBE**, Representante Legal suplente de **BIOMAX**, señaló, en testimonio rendido ante esta Entidad, [REDACTED]

49

Adicionalmente, vale la pena indicar que, de acuerdo con lo señalado por **JULIO CESAR VERA DÍAZ**, Representante Legal Suplente de **PROLUB**, en la zona analizada [REDACTED]

50

No obstante lo anterior, [REDACTED]

51

La primera modalidad está siendo utilizada por **GULF**, quien transporta los combustibles líquidos desde Barrancabermeja - Santander, según lo manifestado por

⁴⁹ *"Pregunta: Entonces, en su opinión, si no se cuenta con una planta en la zona donde se va a incursionar, ¿es más probable que no se incursione en esa zona?"*

Respuesta: [REDACTED]

Pregunta: ¿Qué tan fácil es acceder a una planta de un competidor por ejemplo?"

Respuesta: [REDACTED]

Pregunta: Entonces se reducen las probabilidades de que incursionen en un mercado si no se cuenta con una planta

Respuesta: [REDACTED]

⁵⁰ *"Pregunta: En esa zona de Bucaramanga y sus municipios aledaños, ¿están interesados en afiliar estaciones, o en adquirir las o en arrendarlas?"*

Respuesta: (...) [REDACTED]

(...)"

⁵¹ *"Pregunta: ya centrándonos en el objeto de la diligencia, que es las estaciones en Bucaramanga y sus zonas aledañas, ¿cuenta BIOMAX con una planta en esa zona?"*

Respuesta: [REDACTED]

Por la cual se aprueba una operación de integración

Rad. 14-246644

VERSIÓN PÚBLICA

JULIO CESAR VERA DÍAZ, Representante Legal Suplente de **PROLUB**, en testimonio rendido ante esta Entidad⁵².

Sin embargo, según lo indicado por **CHEVRON** en respuesta al requerimiento de información, "[REDACTED]

[REDACTED]⁵³. En el mismo sentido se refirió **JUAN DAVID PEÑA URIBE**, Representante Legal suplente de **BIOMAX**⁵⁴.

Ahora bien, en lo que respecta a la segunda modalidad, arrendamiento de capacidad de almacenamiento en una planta de otro distribuidor mayorista, como lo indicó **JUAN DAVID PEÑA URIBE**, Representante Legal suplente de **BIOMAX**, quien en la actualidad tiene un contrato de este tipo con **MOBIL**, existe una [REDACTED]

[REDACTED] d⁵⁵.

De acuerdo con lo anterior, este Despacho considera que la ausencia de una planta de abastecimiento en la zona dificulta la entrada de los distribuidores mayoristas al mercado analizado.

⁵² "Pregunta: ¿Actualmente tiene estaciones de servicio en zonas donde no tenga, no cuente con almacenamiento, con plantas de almacenamiento?"

Respuesta: [REDACTED]

⁵³ Folio 111 del Cuaderno Reservado No. 1 de Terceros del Expediente.

⁵⁴ "Pregunta: ¿Existen otras opciones a parte de tener la planta en el sector, como traerlo desde Barrancabermeja?"

Respuesta: [REDACTED]

⁵⁵ "Pregunta: un contrato con EXXON?"

Respuesta: [REDACTED]

iii. Costo del almacenamiento de combustible

De acuerdo con lo señalado por **BIOMAX** en respuesta al requerimiento de información efectuado por esta Superintendencia, "[e]l [redacted]

Por lo anterior, es lógico que al ser escaso el espacio de almacenamiento, el costo de dicho servicio sea elevado. En efecto, según señaló [redacted]

Así, para este Despacho el costo de almacenamiento de combustible se constituye en una barrera a la entrada para los distribuidores mayoristas que no cuentan con una planta de abastecimiento en la zona analizada.

iv. Acceso al mercado a través del abanderamiento de EDS existentes

De acuerdo con el numeral 11 del artículo 22 del Decreto 42299 de 2005, los distribuidores minoristas deben abstenerse de adquirir combustibles simultáneamente de dos o más distribuidores mayoristas. La anterior obligación limita a un nuevo distribuidor mayorista que quiera ingresar a una zona determinada y que cuente únicamente con la opción de hacerlo a través del abanderamiento de EDS de terceros, ya que debe esperar a que finalicen los contratos que las EDS han suscrito con otros distribuidores mayoristas.

Adicionalmente, se debe tener presente la existencia de contratos de suministro exclusivo de larga duración entre distribuidores mayoristas y minoristas. De acuerdo con los contratos de concesión allegados por **TERPEL**, la duración de dichos contratos oscila entre 3 y 10 años.

Lo anterior, en opinión de **BIOMAX**, "[redacted]

Con base en lo anterior, para este Despacho la prohibición impuesta en el Decreto 42299 de 2005 junto con la duración de los contratos de abanderamiento entre distribuidores mayoristas y minoristas, se configuran como una barrera de entrada al segmento de distribución mayorista.

⁵⁶ Folio 156 del Cuaderno Reservado No. 1 de Terceros del Expediente.

⁵⁷ Folios 156 y 157 del Cuaderno Reservado No. 1 de Terceros del Expediente.

12.6.2. Barreras de entrada al mercado de distribución minorista

i. Inversión inicial

Las **INTERVINIENTES** señalaron que la inversión mínima para participar en el mercado de distribución minorista de combustibles asciende a: i) [REDACTED]

[REDACTED] mensuales por concepto de arrendamiento del lote donde funciona la EDS, en caso de no tener un lote propio.

Sobre este punto, **BIOMAX** indicó [REDACTED]

[REDACTED]. Señaló que la inversión inicial para la construcción de una EDS se estima en [REDACTED]⁵⁸, y que se deben tener en cuenta factores como: i) las especificaciones del Decreto 1521 de 1998 acerca de la forma en la cual debe estar construida la EDS; ii) la póliza de seguro de responsabilidad civil extracontractual [REDACTED], iii) licencias, certificados y permisos, y iv) el valor del predio en el que se va a construir, ya sea propio o arrendado.

Así, esta Superintendencia considera que un nuevo competidor debe incurrir en una inversión considerable y adicionalmente debe cumplir con los requisitos establecidos en la normatividad, los cuales serán analizados a continuación.

ii. Barreras legales

De acuerdo con lo indicado por las **INTERVINIENTES**, todos los agentes de la cadena de distribución de combustibles líquidos derivados del petróleo deben acogerse al Decreto 4299 de 2005 y sus decretos modificatorios, cumplir con la regulación urbanística y ambiental aplicable para dicha actividad.

Específicamente en el segmento de distribución minorista de combustibles, para poder operar, las EDS deben realizar los siguientes trámites y obtener permisos de manera previa:

- Certificado de uso y utilización del suelo, según los correspondientes planes de ordenamiento urbanístico
- Licencia de construcción
- Permiso ambiental que sea aplicable. De manera obligatoria debe tramitar plan de contingencia y aquellos permisos ambientales de acuerdo al uso y aprovechamiento de los recursos naturales que vaya a realizar
- Si la EDS se encuentra ubicada sobre vías nacionales, el permiso de ubicación del Ministerio de Transporte

⁵⁸ Folio 155 del Cuaderno Reservado No. 1 de Terceros del Expediente.

Por la cual se aprueba una operación de integración

Rad. 14-246644

VERSIÓN PÚBLICA

- Si la EDS se encuentra ubicada sobre vías nacionales, el permiso de acceso que otorga el **INVIAS** o la Agencia Nacional de Infraestructura (en adelante, **ANI**), dependiendo de si se trata o no de una vía concesionada
- Certificado de Conformidad de la Infraestructura de la EDS otorgado por un organismo certificador autorizado

Una vez certificada la EDS, se debe solicitar al **MINMINAS** o al Alcalde Municipal la autorización para poder actuar como distribuidor minorista a través de una EDS.

Adicionalmente, como requisito para poder distribuir combustibles, todos los agentes que hagan parte de la cadena de distribución de combustibles deben registrarse en el Sistema de Información de la Cadena de Distribución de Combustibles Líquidos Derivados del Petróleo – SICOM. Los documentos que se deben presentar para realizar dicho registro se encuentran señalados en la Resolución No. 182113 de 2007 del **MINMINAS**.

Sobre este punto, **BIOMAX** afirmó que

[REDACTED]

Frente a la licencia de construcción, indicó que se debe obtener el certificado de uso del suelo en el cual se pretende construir la EDS, de conformidad con las normas urbanísticas del Plan de Ordenamiento Territorial. En criterio de **BIOMAX**,

[REDACTED]

De acuerdo con lo indicado por **JULIO CESAR VERA DÍAZ**, Representante Legal Suplente de **PROLUB**, los permisos que deben tramitar quienes deseen ingresar al mercado de distribución minorista de combustibles líquidos en la región de Santander, Bucaramanga y sus zonas aledañas,

[REDACTED]

“Pregunta: ¿Han ofertado por adquirir en arriendo o la propiedad de una estación de servicio en ese sector? ¿Tiene conocimiento?”

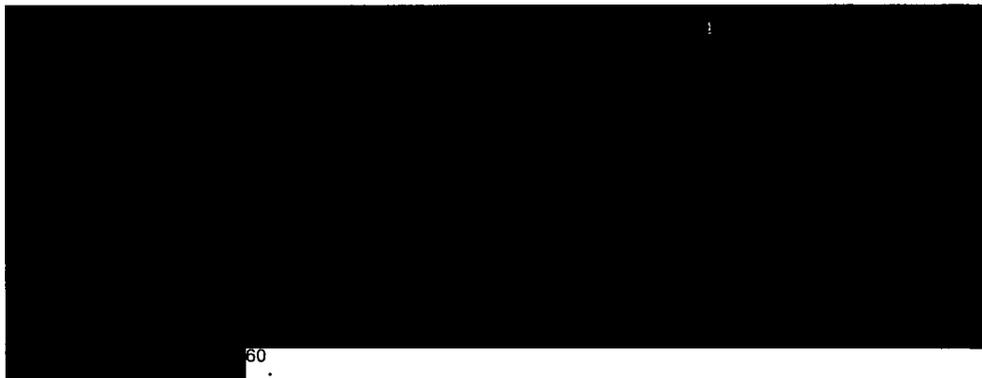
Respuesta:

[REDACTED]

⁵⁹ *“Pregunta: ¿En la zona de Santander, Bucaramanga y sus zonas aledañas tienen pensado, planeado, expandir su operación?”*

Respuesta:

[REDACTED], (...)”



Adicionalmente, **JULIO CESAR VERA DÍAZ**, Representante Legal Suplente de **PROLUB**, señaló que los nuevos competidores tienen que entrar al mercado en desigualdad de condiciones frente a las marcas ya establecidas, por lo que están obligados a cumplir una serie de requisitos que no deben cumplir los incumbentes. Puntualmente, afirmó:



Con base en lo anterior, esta Superintendencia considera que existen barreras legales que dificultan y retrasan la entrada de nuevas estaciones al mercado.

12.7. EFECTOS DE LA OPERACIÓN

Este Despacho encontró que, en primer lugar, la operación proyectada se configura como una operación de tipo vertical, por cuanto **TERPEL**, al ser distribuidor mayorista de combustibles líquidos, sería el distribuidor de los productos de la **EDS LAS VEGAS**.

En principio, existen en el país más de diez (10) distribuidores mayoristas que podrían distribuir combustibles líquidos a los distribuidores minoristas presentes en el mercado geográfico definido. Sin embargo, luego del análisis de barreras a la

⁶⁰ Folio 430 del Cuaderno Reservado No. 1 de Terceros del Expediente.

⁶¹ *Ibíd.*

entrada al segmento de distribución mayorista, este Despacho considera que, dadas las condiciones actuales, un distribuidor mayorista que desee ingresar al mercado, se encuentra con una serie de limitaciones que dificultarían su ingreso en el corto plazo.

Así, ante un cambio adoptado por **TERPEL** en las condiciones comerciales que rigen sus relaciones con las EDS que hacen parte de su red, dichos minoristas enfrentarían limitaciones técnicas que les dificultaría surtir los productos a los consumidores finales.

En segunda medida, la operación tiene efectos horizontales dado que **TERPEL** también participa en la distribución minorista de combustibles, actividad desarrollada por la **EDS LAS VEGAS**.

Con base en las ventas de combustibles líquidos del año 2013, este Despacho encontró que con el perfeccionamiento de la operación, **TERPEL** aumentaría su participación en los segmentos de gasolina corriente, gasolina extra y diésel, la cual llegaría a ser del 73,71% en las ventas de gasolina corriente, del 73,75% en las ventas de gasolina extra, y del 92,46% en las ventas de diésel.

De acuerdo con lo anterior, se encuentra que como consecuencia de la operación, **TERPEL** fortalecería su posición en los segmentos de gasolina corriente, gasolina extra y diésel, y se aumentaría la brecha entre **TERPEL** y sus competidores. Por consiguiente, en condiciones normales la operación propuesta habría de objetarse o someterse a condicionamientos.

Ahora bien, este Despacho encontró que en el presente caso existen circunstancias particulares que harían que la objeción de la operación antes que prevenir efectos negativos en el mercado, resulte en una situación en la que se impida que un establecimiento desarrolle su actividad, estando acondicionado para ello.

En efecto, recuérdese que en adición a las barreras de entrada que enfrentan los distribuidores mayoristas anteriormente descritas, existe una situación legal entre las propietarias de la **EDS LAS VEGAS** y **MOBIL**, que en principio excluye a dicho mayorista como potencial oferente por la EDS en cuestión. Así mismo, debe tenerse en cuenta que la posibilidad de que los mayoristas restantes presentes en la zona (**PROLUB** y **BIOMAX**) manifiesten interés por la **EDS LAS VEGAS** es mínima, tal y como lo declararon sus representantes legales en los testimonios rendidos ante este Despacho.

Bajo este contexto, este Despacho considera que de no aprobarse la operación proyectada, los activos destinados para la operación de la **EDS LAS VEGAS** se quedarían sin la posibilidad de explotarse, lo que implicaría la salida del mercado de dicha estación, y por ende, la eliminación de un proveedor de combustibles.

Con base en lo anterior, esta Superintendencia considera que no obstante existe la posibilidad de que la operación proyectada genere restricciones⁶², en la medida en

⁶² En este punto vale la pena tener presente que, de acuerdo con lo observado durante la visita administrativa realizada a la **EDS LAS VEGAS**, este Despacho pudo constatar que entre las distintas estaciones de bandera **TERPEL**, independientemente de si son afiliadas, franquiciadas o propias, se presenta competencia en precios, por lo que es de esperarse que, a pesar de que la **EDS LAS**

Por la cual se aprueba una operación de integración

Rad. 14-246644

VERSIÓN PÚBLICA

que fortalecería la posición en el mercado del agente líder (**TERPEL**), de acuerdo con el análisis realizado, se advierte que las circunstancias particulares del caso descritas anteriormente implicarían que en el corto plazo, no habría otro distribuidor mayorista interesado en explotar la **EDS LAS VEGAS**. De tal suerte, de no autorizarse la integración propuesta, dicha EDS continuaría sin desarrollar actividades o saldría del mercado.

Así las cosas, en virtud de las anteriores consideraciones, la operación propuesta será autorizada.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: NO OBJETAR ni someter a condicionamientos la integración empresarial proyectada entre la **ORGANIZACIÓN TERPEL S.A.** y **FANNY AMPARO QUINTERO DE RUEDA, ERIKA AMPARO RUEDA QUINTERO** y **ANDREA VIVIANA RUEDA QUINTERO**.

ARTÍCULO SEGUNDO: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente Resolución en su versión reservada a la **ORGANIZACIÓN TERPEL S.A.** y a **FANNY AMPARO QUINTERO DE RUEDA, ERIKA AMPARO RUEDA QUINTERO** y **ANDREA VIVIANA RUEDA QUINTERO**, entregándoles copia de la misma e informándoles que contra el presente acto procede recurso de reposición, el cual deberá presentarse dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.

ARTÍCULO TERCERO: Una vez en firme el presente acto administrativo, **PUBLÍQUESE** en la Página Web de esta Superintendencia, la versión pública de la misma, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 156 del Decreto 019 de 2012.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE.

Dada en Bogotá, D.C., a los 17 JUN 2015

El Superintendente de Industria y Comercio (E),


JOSE ALEJANDRO BERMUDEZ DURANA

Elaboró: Diana Restrepo, Carolina Liévano Liévano, Andrés Perez Orduz
Revisaron: German Bacca, Liliana Cruz
Aprobó: Felipe Serrano Pinilla

VEGAS sea operada por **TERPEL**, entre dicha estación y las demás que hacen parte del mercado relevante analizado se ofrezcan diferentes precios para los consumidores.

Por la cual se aprueba una operación de integración

Rad. 14-246644

VERSIÓN PÚBLICA

NOTIFICACIONES:

ORGANIZACIÓN TERPEL S.A.
NIT. 830.095.213-0

FANNY AMPARO QUINTERO DE RUEDA
C.C. 37.807.607

ERIKA AMPARO RUEDA QUINTERO
C.C. 52.776.969

ANDREA VIVIANA RUEDA QUINTERO
C.C. 37.817.635

Apoderado

DANIEL PEREA VILLA
C.C. 79.778.039 de Bogotá
Carrera 7 # 75-51 Piso 8
Bogotá D.C. - Colombia