



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

RESOLUCIÓN NÚMERO 35889--- DE 2021

11 JUN 2021

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Rad. 20-339626

VERSIÓN PÚBLICA

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En ejercicio de sus facultades legales, y en especial las previstas en la Ley 155 de 1959, la Ley 1340 de 2009 y el Decreto 4886 de 2011, y

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que de conformidad con lo establecido en el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, mediante comunicación radicada con el No. 20-339626-0 del 16 de septiembre de 2020¹, **ORGANIZACIÓN TERPEL S.A.** (en adelante, **TERPEL**), **PEDRO MARÍA GONZÁLEZ GUTIERREZ** y **MOVILGAS LTDA.** (en adelante, **MOVILGAS**), y en conjunto, **INTERVINIENTES**, informaron a esta Entidad la intención de realizar una operación de integración empresarial, a través de la cual, **TERPEL** adquiriría los inmuebles sobre los cuales funciona la **ESTACIÓN DE SERVICIO LA VICTORIA** (en adelante, **EDS LA VICTORIA**) ubicada en la carrera 10 No. 19-78 en Florencia, Caquetá.

SEGUNDO: Que de acuerdo con lo ordenado en el artículo 4 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020, la notificación o comunicación de los actos administrativos se realizará por medios electrónicos, a la dirección de correo electrónico que aparezca informada por los solicitantes del procedimiento administrativo. Lo anterior, hasta tanto permanezca vigente la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y de la Protección Social, con ocasión de la enfermedad por coronavirus COVID-19.

TERCERO: Que mediante Resolución No. 15913 del 23 de marzo de 2021, la Superintendencia de Industria y Comercio autorizó con condicionamientos la operación de integración empresarial entre **ORGANIZACIÓN TERPEL S.A.**, **MOVILGAS LTDA.** y **PEDRO MARÍA GONZÁLEZ GUTIÉRREZ**. A continuación, se presentan los argumentos que llevaron a la Superintendencia de Industria y Comercio a condicionar dicha operación:

La transacción proyectada tiene efectos horizontales y verticales, dado que **TERPEL** actúa como distribuidor mayorista y minorista de combustibles líquidos y aceites lubricantes, mientras que la **EDS LA VICTORIA**, propiedad de **MOVILGAS**, actúa como distribuidor minorista de dichos productos. Específicamente, la operación involucra los mercados de: (i) distribución mayorista de gasolina corriente, extra y diésel en la zona Caquetá-Huila, (ii) distribución minorista de gasolina corriente, extra y diésel en una isócrona de cuatro (4) kilómetros alrededor de la **EDS LA VICTORIA**, (iii) producción y distribución mayorista de aceites lubricantes para motores diésel, motos, transmisión automotriz y automóviles en Colombia, y (iv) distribución minorista de aceite para motores diésel, motos, transmisión automotriz y automóviles en Florencia, Caquetá.

En los mercados de **distribución mayorista de gasolina corriente, extra y diésel en la zona Caquetá-Huila**, esta Entidad encontró que **TERPEL** ostenta cerca del ██████ de cada uno (██████

¹ Documento 20339626--0000000001" de la Carpeta Pública del Expediente No. 20-339626, consecutivo 0 (Documento PDF). Entiéndase que cuando se hace referencia al "Expediente", este corresponde al anterior radicado.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Rad. No. 20-339626

VERSIÓN PÚBLICA

en gasolina corriente, [REDACTED] en gasolina extra y [REDACTED] en diésel). Este hecho, sumado al poco número de competidores ([REDACTED]), [REDACTED] y la gran brecha entre el líder con su inmediato competidor ([REDACTED]) dan señales de un mercado altamente concentrado, aún a pesar de la llegada de un nuevo competidor ([REDACTED]).

La evidencia demostró que en la distribución mayorista de gasolina corriente y diésel la alta participación de TERPEL se ha mantenido estable o ha disminuido levemente en los últimos cuatro años. [REDACTED]

En cuanto al mercado de distribución mayorista de gasolina extra, se encontró que la posición de TERPEL se ha visto reforzada en casi [REDACTED] en estos últimos 4 años. Aunque en este mercado la participación de PRIMAX es más alta que en los otros mercados (gasolina corriente y diésel), no se observa una respuesta dinámica de los otros competidores, [REDACTED]

Los indicadores de concentración, asimetría y dominancia presentados a continuación, mostraron mercados altamente concentrados, con un nivel de asimetría considerable y con un umbral de dominancia que es superado ampliamente por TERPEL.

Tabla No. 1
Índices de concentración, asimetría y dominancia en el mercado de distribución mayorista de gasolina corriente, extra y diésel en Caquetá y Huila (volumen despachado) 2020

INDICE	Corriente	Extra	Diésel
IHH			
KWOKA			
STENBACKA			

Fuente: Construcción GTIE-SIC con base en información del SICOM.

En los mercados de distribución minorista de gasolina corriente, extra y diésel en una isócrona de cuatro (4) kilómetros alrededor de la EDS LA VICTORIA, se encontró una fuerte presencia de EDS con bandera TERPEL. De hecho, de [REDACTED] EDS identificadas, [REDACTED] tienen bandera TERPEL, [REDACTED] propiedad de terceros y [REDACTED] de TERPEL (EDS TERPEL FLORENCIA).

Para el análisis de las cuotas de mercado se consideró que TERPEL tendría control competitivo sobre sus EDS afiliadas, mientras que los otros distribuidores mayoristas no. Esto se debe a que ante un intento de TERPEL de imponer condiciones que restrinjan la competencia, los propietarios de EDS tienen limitadas (mas no nulas) las opciones para, en el corto y mediano plazo, cambiar a otro distribuidor mayorista para abanderar sus estaciones. Dentro de las consideraciones que se tuvieron en cuenta para sustentar esta decisión se tiene que:

- TERPEL es el agente líder en los tres mercados de distribución mayorista en la zona Caquetá – Huila, con cuotas de participación mayores al [REDACTED].
- Las participaciones de los seis (6) competidores de TERPEL son bastante menores, y en el caso de PRIMAX, su principal competidor, se observa que en el periodo analizado la cuota de participación en los mercados de distribución mayorista de gasolina corriente y extra presentó una caída.
- Si bien se resalta la entrada de PLUS MAS ENERGY como distribuidor mayorista de combustibles líquidos, se debe tener presente que en la isócrona analizada: (i) aún no hay EDS abanderadas por este nuevo mayorista; (ii) hay un número importante de EDS abanderadas por TERPEL, y (iii)

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Rad. No. 20-339626

VERSIÓN PÚBLICA

la duración de los contratos de distribución de combustibles entre mayoristas y minoristas limita (en el corto y mediano plazo) el cambio de un mayorista a otro.

Así, en el mercado de distribución minorista de gasolina corriente, en la isócrona analizada participan [REDACTED] EDS con banderas de [REDACTED] distribuidores mayoristas, TERPEL, PRIMAX, CHEVRON, CASAMOTOR y BIOMAX. TERPEL alcanzó una participación de [REDACTED] en 2020. En caso de concretarse la operación su cuota de mercado sería de [REDACTED], producto de un aumento de [REDACTED] de la participación que obtuvo EDS LA VICTORIA. De concretarse la operación, la diferencia entre el líder, TERPEL, y su inmediato competidor, la EDS EL CHORRO sería de [REDACTED]

En el mercado de distribución minorista de gasolina extra en la isócrona analizada participan [REDACTED] EDS con banderas de [REDACTED] distribuidores mayoristas, TERPEL, PRIMAX y BIOMAX. TERPEL, quien ha aumentado su participación de mercado sustancialmente en los últimos cuatro (4) años, pasaría de tener una cuota de mercado del [REDACTED] a una del [REDACTED] profundizando de esta manera la diferencia que habría entre el líder y el segundo agente del mercado, la EDS EL CUNDUY. En efecto, si la operación proyectada se concretara, TERPEL superaría a su inmediato competidor en [REDACTED]

Por último, en el mercado de distribución minorista de diésel en la isócrona analizada participan [REDACTED] EDS abanderadas por [REDACTED] distribuidores mayoristas, TERPEL, PRIMAX, CASAMOTOR, CHEVRON y BIOMAX. En este mercado TERPEL reforzaría en [REDACTED] su participación actual, alcanzando una cuota de mercado de [REDACTED]. Si bien la brecha entre TERPEL y su inmediato competidor, EDS EL CHORRO, es significativa, la operación no refuerza sustancialmente esta diferencia dada la baja presencia de EDS LA VICTORIA.

Los índices de concentración, asimetría y dominancia de los mercados de distribución minorista de combustibles se muestran a continuación:

Tabla No. 2
Índices de concentración, asimetría y dominancia en el mercado de distribución minorista de gasolina corriente, extra y diésel en la isócrona analizada (volumen despachado) 2020

INDICE	Corriente		Extra		Diésel	
	ANTES	DESPUÉS	ANTES	DESPUÉS	ANTES	DESPUÉS
IHH	3.441	4.326	2.850	4.445	3.796	3.984
KWOKA	0,19	0,27	0,08	0,2	0,16	0,17
STENBACKA	35,20%	30,50%	42,20%	32,60%	35,60%	34,60%

Fuente: Construcción GTIE-SIC con base en información del SICOM.

Estos índices mostraron que en el mercado de distribución minorista de gasolina corriente se refuerza sustancialmente la concentración del mercado (IHH), generando una mayor asimetría (KWOKA) y una disminución del umbral a partir del cual un agente puede ejercer una posición de dominio (STENBACKA), umbral que antes y después de la operación ya es superado por TERPEL.

Por su parte, en el mercado de distribución minorista de gasolina extra se presentarían mayores cambios producto de la operación dado que la participación de la EDS LA VICTORIA es alta en comparación con la de sus competidores. Los índices calculados muestran que, producto de la operación, aumentan la concentración y dominancia del mercado. TERPEL, [REDACTED]

Finalmente, en el mercado de distribución minorista de diésel, el efecto de la operación en términos de concentración, asimetría y dominancia es muy pequeño. El índice IHH aumenta en menos de [REDACTED] y no hay cambios significativos en cuanto a asimetría o umbrales de dominancia.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Rad. No. 20-339626

VERSIÓN PÚBLICA

Dado que el efecto más significativo de la operación ocurría en el mercado de distribución minorista de gasolina extra, esta Superintendencia consideró necesario examinar las características de la demanda de este combustible, así como el estado actual del parque automotor que puede condicionar tanto su oferta como demanda, y determinar la alta concentración del mercado. La Entidad encontró que la demanda de gasolina extra con respecto a la demanda de gasolina corriente en la isócrona analizada es relativamente baja, aproximadamente [REDACTED] en promedio para los últimos cuatro años. Es más, la proporción entre este tipo de combustibles entre 2017 y 2020 se redujo [REDACTED]. Para esta Superintendencia la baja demanda de gasolina extra en la zona puede explicar por qué solo [REDACTED] EDS distribuyen este combustible en la isócrona analizada.

En el mercado de producción y distribución mayorista y minorista de aceites lubricantes (en Colombia y Florencia) no se encontraron mayores preocupaciones, dado que producto de la operación no se modificarían las condiciones de competencia en el mercado mayorista, y los efectos sobre la competencia en el mercado de distribución minorista serían poco significativos.

Considerando los anteriores resultados, la Superintendencia de Industria y Comercio concluyó que el principal impacto de tendría la operación acontecería en los mercados de distribución mayorista y minorista de combustibles. Particularmente, debido a los efectos verticales que se derivarían por la posición de **TERPEL** en el mercado de distribución mayorista. Si bien existen otros distribuidores mayoristas que pudieran abanderar **EDS** en caso de que **TERPEL** quisiera afectar las condiciones de competencia de los mercados de distribución minorista de gasolina corriente, extra y diésel, esta Superintendencia consideró que la estabilidad en la importante participación de **TERPEL** en los mercados de distribución mayorista de combustibles, cerca del [REDACTED] y la gran brecha entre **TERPEL** y su inmediato competidor, [REDACTED], puede limitar la contestabilidad de los mercados de distribución mayorista y minorista de combustibles líquidos.

Esta situación podría afectar negativamente las condiciones de competencia en los mercados de combustibles líquidos involucrados, en detrimento de sus principales competidores y consumidores. Entre los argumentos que consideró la Superintendencia para llegar a esta conclusión se encuentran: (i) el posicionamiento de **TERPEL** en los mercados de distribución mayorista y minorista podría desincentivar la entrada de nuevos competidores o incluso llevar a la salida de competidores actuales; (ii) entre menos distribuidores mayoristas tengan presencia en la zona, menores opciones tendrán los distribuidores minoristas presentes en la isócrona analizada para abanderar sus **EDS**; y (iii) los consumidores contarán con menor variedad de marcas para adquirir el combustible.

Por las razones señaladas, la Superintendencia de Industria y Comercio concluyó que la operación entre **TERPEL**, **PEDRO MARÍA GONZÁLEZ GUTIERREZ** y **MOVILGAS** debía ser autorizada de forma condicionada. El condicionamiento impuesto establece que el **ENTE INTEGRADO** no podrá:

- a) Adquirir el control, independientemente de la forma jurídica que pretenda realizar, de alguna **ESTACIÓN DE SERVICIO AUTOMOTRIZ** dentro de la isócrona definida por un radio de cuatro (4) kilómetros alrededor de la **EDS LA VICTORIA** ubicada en la nomenclatura urbana: **carrera 10 No. 19-78** de la ciudad de **Florencia**, departamento de **Caquetá**.
- b) Celebrar contratos de suministro de combustibles líquidos derivados del petróleo con cualquier **ESTACIÓN DE SERVICIO AUTOMOTRIZ** que en la actualidad tenga contratos de este tipo con **DISTRIBUIDORES MAYORISTAS** diferentes de **TERPEL**. Esta prohibición se predicaría de las **ESTACIONES DE SERVICIO AUTOMOTRÍZ** que desarrollen su actividad en la isócrona definida por un radio de cuatro (4) kilómetros alrededor de la **EDS LA VICTORIA** ubicada en la nomenclatura urbana: **carrera 10 No. 19-78** de la ciudad de **Florencia**, departamento de **Caquetá**.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Rad. No. 20-339626

VERSIÓN PÚBLICA

Estos condicionamientos estarían vigentes a partir del momento de la ejecutoria del acto administrativo y por un periodo de tres (3) años. La vigencia podría ser prorrogable por la Entidad por dos (2) años más al momento de terminar la primera vigencia, si las condiciones de competencia de los mercados de distribución de combustibles líquidos definidos se mantienen.

CUARTO: Que el 19 de abril de 2021, mediante radicado No. 20-339626-37, **TERPEL** presentó recurso de reposición contra la Resolución No. 15913 del 23 de marzo de 2021², en el cual solicitó tener como pruebas los documentos aportados, los cuales fueron incorporados al Expediente y serán valorados en el presente acto administrativo. Los argumentos presentados por **TERPEL** se presentan a continuación:

a) TERPEL no ejerce control competitivo sobre las EDS afiliadas: de acuerdo con **TERPEL**, esta empresa no ejerce control competitivo sobre sus EDS afiliadas, entendiéndose control como 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 una empresa³. Bajo este escenario, **TERPEL** no puede influenciar la estrategia competitiva de sus **EDS** afiliadas, definir asuntos fundamentales para la libertad de empresa como la iniciación, variación, o terminación de la actividad económica de estos distribuidores minoristas o la disposición de sus bienes o derechos esenciales. Para sustentar este hecho, **TERPEL** citó la Resolución CREG 024 de 2020:

"Actualmente, la facultad de intervenir en las relaciones contractuales entre los agentes de la cadena de distribución de combustibles líquidos está en cabeza de la CREG, de acuerdo con las funciones reasignadas a esta Comisión.

En tal contexto, la Comisión, como órgano de intervención de creación legal, especializado en el sector de los combustibles líquidos, define los criterios y condiciones a los que deben sujetarse los acuerdos comerciales pactados entre los distribuidores mayoristas y los distribuidores minoristas con obligación de abanderamiento exclusivo para la comercialización de combustibles líquidos"⁴.

Así, **TERPEL** indicó que la **COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS** (en adelante, **CREG**) definió los criterios y condiciones a los que deben sujetarse los acuerdos comerciales pactados entre los distribuidores mayoristas y los distribuidores minoristas con obligación de abanderamiento exclusivo para la comercialización de combustibles líquidos, incluyendo la prohibición del control competitivo. Además, **TERPEL** citó la estructura contractual y la regulación sectorial que protegen la libertad y autonomía del ejercicio de las **EDS** de propiedad de terceros abanderadas por un mayorista. Según **TERPEL**, el hecho de que cualquier **EDS** deba llevar la bandera de su distribuidor mayorista de combustibles líquidos es un requisito regulatorio que no implica ninguna suerte de control, ni societario ni competitivo, sobre la **EDS** que se abandera. **TERPEL** únicamente vela porque el abanderado haga un adecuado uso de su propiedad industrial. Esto es soportado por el artículo 4, 11 y 13 de la Resolución CREG 024 de 2020, que respectivamente protegen la independencia de las **EDS** de terceros, la prohibición de cláusulas que tengan el objeto o el efecto de permitir al distribuidor mayorista afectar la independencia en la

² Documento "Recurso de Reposición - Integración EDS Florencia (F)" de la Carpeta Reservada del Expediente, consecutivo 37 (Documento PDF).

³ Documento "Recurso de Reposición - Integración EDS Florencia (F)" de la Carpeta Reservada del Expediente, consecutivo 37 (Documento PDF), página 1.

⁴ Resolución CREG No. 024 de 2020. "Por la cual se establecen reglas para las relaciones comerciales entre distribuidores mayoristas y distribuidores minoristas de combustibles líquidos con obligación de abanderamiento exclusivo". Disponible en: <http://apolo.creg.gov.co/Publicac.nsf/1c09d18d2d5ffb5b05256eee00709c02/827c7ef803c19dc70525854d0008131b?OpenDocument>. Consulta el 12 de mayo de 2021.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Rad. No. 20-339626

VERSIÓN PÚBLICA

política empresarial del distribuidor minorista, así como de condiciones que tengan el objeto de obligar al distribuidor minorista a preferir su distribuidor mayorista actual.

TERPEL también citó múltiples pronunciamientos de esta Entidad⁵ en la que se alega la existencia de una competencia activa en el mercado de distribución mayorista de combustibles, que impediría el control competitivo de un mayorista sobre sus **EDS** afiliadas. En el caso concreto, la competencia entre las [REDACTED] empresas de la zona Caquetá-Huila evitarían este escenario. De esta manera, desde una perspectiva tanto práctica como regulatoria, las **EDS** de propiedad de terceros actúan como agentes económicos completamente independientes a sus distribuidores mayoristas, pese a tener que portar la bandera de su mayorista por obligación regulatoria⁶. Bajo estas disposiciones, las **EDS** afiliadas, pese a portar una marca o bandera común, compiten de una manera directa y agresiva con las **EDS** de propiedad u operadas por **TERPEL**, y con las demás **EDS** afiliadas a la misma red, en tanto que **TERPEL** no puede, por expresa disposición regulatoria, determinar o incidir en la forma como estas **EDS** actúan en el mercado.

Por último, **TERPEL** mencionó el amplio y fuerte poder de negociación frente a los distribuidores mayoristas, haciendo fácil el cambio de bandera. De hecho, indicó que:

*"[t]eniendo en cuenta que los plazos de estos contratos de suministro son cada vez menores (precisamente por el poder de negociación que tienen los distribuidores minoristas), la competencia en el mercado de abanderamiento es permanente y cada vez más reñida. En la práctica, los distribuidores mayoristas están en permanente alerta de no perder **EDS** afiliadas al término de sus contratos (lo cual, por supuesto, conlleva la negociación de nuevos términos que benefician al minorista), y también de ofrecer la mejor propuesta de valor posible a las **EDS** de otras banderas que están terminando sus contratos de suministro de combustibles líquidos".⁷*

Este contexto haría que para los mayoristas como **TERPEL** sea un contrasentido imponer condiciones restrictivas a las **EDS**, dado que estas últimas podrían migrar a otros mayoristas terminando sus contratos de suministro, provocando entre otras cosas la reducción de la presencia de la marca y la pérdida de volúmenes de venta de combustible.

b) Las cuotas de participación y los índices de concentración en los mercados de distribución minorista de combustibles líquidos no se modifican sustancialmente a raíz de la operación proyectada: **TERPEL** no comparte las estimaciones realizadas en la Resolución recurrida, particularmente en el mercado de distribución minorista de combustibles, dado que como se planteó en el argumento anterior, no hay una línea de control entre **TERPEL** y sus **EDS** afiliadas. De esta manera, resultaría erróneo sumar las cuotas de mercado de todas las **EDS** afiliadas a la participación de **TERPEL**, tal como propuso la Resolución recurrida.

En criterio de **TERPEL**, en la isócrona de análisis (alrededor de la **EDS LA VICTORIA**) en el mercado de distribución minorista de combustibles, **TERPEL** solo cuenta con la **EDS TERPEL FLORENCIA** en virtud de un contrato de usufructo con el propietario del inmueble. Las otras **EDS** abanderadas por **TERPEL** son de terceros (afiliadas), y no existe garantía de que al término de sus respectivos contratos de suministro sigan abanderadas por **TERPEL**⁸. Así, para **TERPEL** resulta apropiado agrupar las cuotas de participación a partir del criterio de "propiedad" o "control efectivo"

⁵ Resolución SIC No. 35210 de 2019; Estudio Económico de Rad. No. 19-234774 de 2019; Estudio Económico de Rad. No. 19-149905 de 2019; Estudio Económico de Rad. No. 20-122466 de 2020; Estudio Económico de Rad. No. 20-337374 de 2020.

⁶ Documento "Recurso de Reposición - Integración EDS Florencia (F)" de la Carpeta Reservada del Expediente, consecutivo 37 (Documento PDF), página 3.

⁷ Documento "Recurso de Reposición - Integración EDS Florencia (F)" de la Carpeta Reservada del Expediente, consecutivo 37 (Documento PDF), página 4.

⁸ Documento "Recurso de Reposición - Integración EDS Florencia (F)" de la Carpeta Reservada del Expediente, consecutivo 37 (Documento PDF), página 5.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Rad. No. 20-339626

VERSIÓN PÚBLICA

que se tenga sobre su EDS, y no por el porte de una bandera en común. Las participaciones consideradas por TERPEL se presentan a continuación:

Tabla No. 3

Cuotas de participación en el mercado de distribución minorista de gasolina corriente en la isócrona de la EDS LA VICTORIA (volumen despachado) 2020. Recálculos realizados por TERPEL

MAYORISTA	EDS	Corriente
TERPEL		
PRIMAX		
CHEVRON		
CASAMOTOR		

Fuente: Resolución SIC 15913 de 2021 y cálculos de TERPEL. * Los cálculos combinan la participación de la EDS PALMA REAL abanderada por TERPEL y la EDS DISTRACOM ANDAQUIES abanderada por BIOMAX.

Tabla No. 4

Cuotas de participación en el mercado de distribución minorista de gasolina extra en la isócrona de la EDS LA VICTORIA (volumen despachado) 2020. Recálculos realizados por TERPEL

MAYORISTA	EDS	Extra
TERPEL		
PRIMAX		

Fuente: Resolución SIC 15913 de 2021 y cálculos de TERPEL. * Los cálculos combinan la participación de la EDS PALMA REAL abanderada por TERPEL y la EDS DISTRACOM ANDAQUIES abanderada por BIOMAX.

Tabla No. 5

Cuotas de participación en el mercado de distribución minorista de diésel en la isócrona la EDS LA VICTORIA (volumen despachado) 2020. Recálculos realizados por TERPEL

MAYORISTA	EDS	Diésel
TERPEL		

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Rad. No. 20-339626

VERSIÓN PÚBLICA

PRIMAX		
CASAMOTOR		
CHEVRON		
	TOTAL	

Fuente: Resolución SIC 15913 de 2021 y cálculos de TERPEL. * Los cálculos combinan la participación de la EDS PALMA REAL abanderada por TERPEL y la EDS DISTRACOM ANDAQUIES abanderada por BIOMAX.

Con base en las cifras presentadas, TERPEL indicó que en la isócrona analizada alcanzaría participaciones de [REDACTED], [REDACTED] y [REDACTED] en los mercados de distribución minorista de gasolina corriente, extra y diésel, respectivamente. Cifras distintas a las establecidas por esta Entidad en la Resolución No. 15913 de 2021. Con estas cifras los indicadores de concentración, asimetría y dominancia serían los siguientes:

Tabla No. 6
Índices de concentración, asimetría y dominancia en el mercado de distribución minorista de gasolina corriente, extra y diésel en la isócrona analizada (volumen despachado) 2020 de acuerdo con los cálculos de TERPEL

INDICE	Corriente		Extra		Diésel	
	ANTES	DESPUÉS	ANTES	DESPUÉS	ANTES	DESPUÉS
IHH						
KWOKA						
STENBACKA						

Fuente: Documento "Recurso de Reposición - Integración EDS Florencia (F)" de la Carpeta Reservada del Expediente, consecutivo 37 (Documento PDF), página 7, 9 y 11.

Los índices calculados por TERPEL muestran que, con excepción del mercado de distribución minorista de gasolina extra, los mercados de distribución minorista de gasolina corriente y diésel antes y después de la operación serían desconcentrados gracias al alto número de EDS, con una baja asimetría entre los agentes y con un umbral de dominancia que no sería superando por ningún participante. Así, TERPEL considera que el efecto de la operación es muy pequeño, por lo que no es necesario profundizar en su estudio.

Para TERPEL la metodología empleada por este despacho en la Resolución No. 15913 de 2021 para estimar las cuotas de participación de los mercados de distribución minorista incide negativamente en los índices de concentración, asimetría y dominancia, pues se sobreestima la cuota de mercado de TERPEL y se subestiman las de sus competidores. Específicamente indicó:

"[e]sta forma de construir las participaciones de mercado está incidiendo negativamente en los índices de concentración, asimetría y dominancia aplicados por la SIC, pues, de un lado, y como se viene resaltando, sobreestima la cuota de mercado de TERPEL (al sumar participaciones de EDS con la que TERPEL no se encuentra verticalmente integrado), y, del otro, subestiman las cuotas de participación de los competidores de TERPEL, específicamente de PRIMAX (al no

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Rad. No. 20-339626

VERSIÓN PÚBLICA

sumar la participación de todas las EDS que portan una misma bandera como se hace con TERPEL)⁹.

Por lo anterior, TERPEL consideró pertinente construir un nuevo escenario en donde se estimen las participaciones a partir de un criterio de "bandera común", así como indicadores de concentración, asimetría y dominancia. En resumen, este escenario plantearía como competidores a los distribuidores mayoristas, mas no a las EDS que abanderan cada uno. Estas cuotas son mostradas a continuación:

Tabla No. 7

Cuotas de participación en el mercado de distribución minorista de gasolina corriente, extra y diésel en la isócrona la EDS LA VICTORIA (volumen despachado) 2020 bajo el criterio de "bandera común". Recálculos realizados por TERPEL

	Corriente		Extra		Diésel	
	Antes	Después	Antes	Después	Antes	Después
MAYORISTA						
TERPEL						
PRIMAX						
CHEVRON						
CASAMOTOR						
BIOMAX						
TOTAL						

Fuente: Resolución SIC No. 15913 de 2021 y cálculos de TERPEL.

Con estas nuevas participaciones TERPEL estimó los índices de concentración, asimetría y dominancia que se presentan a continuación:

Tabla No. 8

Índices de concentración, asimetría y dominancia en el mercado de distribución minorista de gasolina corriente, extra y diésel en la isócrona analizada (volumen despachado) 2020 bajo el criterio de "bandera común". Recálculos realizados por TERPEL

INDICE	Corriente		Extra		Extra	
	ANTES	DESPUÉS	ANTES	DESPUÉS	ANTES	DESPUÉS
IHH						
KWOKA						
STENBACKA						

Fuente: Documento "Recurso de Reposición - Integración EDS Florencia (F)" de la Carpeta Reservada del Expediente, consecutivo 37 (Documento PDF), página 13, 16 y 18.

Estos valores muestran mercados altamente concentrados previo a la operación de integración, y que producto de ella el aumento de la concentración sería reducido. En cuanto a la asimetría en los mercados analizados, se evidencia que la operación proyectada no modificaría sustancialmente las estructuras de mercado actuales, que son mucho más competitivas que las mostradas por la Superintendencia. Finalmente, TERPEL encontró valores del índice de dominancia STENBACKA superiores a los calculados por esta Entidad, reflejando una mayor presión competitiva a la inicialmente planteada. Es así como TERPEL, encontró que las cuotas de participación y los índices de concentración, asimetría y dominancia en los mercados de distribución minorista de combustibles líquidos no se modifican sustancialmente a raíz de la operación proyectada, haciendo innecesario profundizar en el análisis de estos mercados relevantes.

⁹ Documento "Recurso de Reposición - Integración EDS Florencia (F)" de la Carpeta Reservada del Expediente, consecutivo 37 (Documento PDF), página 12.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Rad. No. 20-339626

VERSIÓN PÚBLICA

c) Los condicionamientos impuestos por la SIC apuntan a regular un mercado aguas arriba, no siendo el mercado donde se genera la integración empresarial: de acuerdo con TERPEL, así se tomen en consideración las consideraciones respecto a la concentración, asimetría y dominancia de los mercados de distribución minorista establecidos inicialmente por esta Entidad, los condicionamientos planteados para la autorización de la operación apuntan a regular el mercado de distribución mayorista y el accionar del agente líder (TERPEL), mas no el mercado minorista donde acontecería el mayor efecto producto de la integración. Para sustentar lo anterior TERPEL señaló que¹⁰:

- Si bien es posible que TERPEL tenga una cuota de participación importante en el mercado mayorista de distribución de combustibles líquidos a nivel nacional y en la zona geográfica afectada por la transacción, que ha podido mantenerse relativamente estable en el tiempo, esto se debe a que TERPEL tiene una propuesta de valor que sigue resultando interesante para los distribuidores minoristas y a se comporta de una manera transparente y legítima en el mercado.
- A TERPEL le queda muy difícil, además de ser un total contrasentido económico, apalancarse en su posición de distribuidor mayorista para imponerle a sus EDS afiliadas condiciones que restrinjan la competencia. La propia regulación prohíbe a los distribuidores mayoristas restringir la libertad comercial de aquellas EDS que no estén verticalmente integradas.
- El cambio fácil de bandera, el fuerte poder de negociación que tienen los minoristas al momento de renegociar la renovación de sus contratos de suministro, así como las prohibiciones regulatorias, son elementos que disciplinan suficiente y efectivamente el poder de mercado que se le endilga a TERPEL en su condición de mayorista de combustibles líquidos.

TERPEL tampoco está de acuerdo con la idea de que con su posicionamiento en los mercados de distribución mayorista y minorista podría desincentivar la entrada de nuevos competidores, o incluso llevar a la salida de competidores actuales. De hecho, la evidencia muestra

[REDACTED]. Esto mostraría que, a pesar de la posición de TERPEL en el mercado de distribución mayorista de combustibles líquidos, esto no le ha permitido tener ningún rédito en el mercado de distribución minorista.

Tabla No. 9
Cambios de bandera desde la perspectiva de TERPEL 2017 - 2020

EVENTO	2017	2018	2019	2020
Cambios de bandera total en Colombia				
Compra/Usufructo de EDS de la competencia				
Afiliación de una EDS de la competencia				
Desvinculación de EDS afiliadas de TERPEL				

Fuente: Documento "Recurso de Reposición - Integración EDS Florencia (F)" de la Carpeta Reservada del Expediente, consecutivo 37 (Documento PDF), página 20.

Así, se llegaría a un escenario donde los condicionamientos impuestos apuntarían a regular el mercado aguas arriba de distribución mayorista de combustibles líquidos y no a corregir o prevenir los supuestos riesgos de competencia en el mercado de distribución minorista. Con esto se limita el campo de acción de TERPEL en beneficio de sus competidores mayoristas y no de sus consumidores, ya que se reducirían las alternativas de consumo. Esto sería la consecuencia de prohibir la adquisición de control de alguna EDS o celebrar contratos de suministro por parte de TERPEL en la isócrona de análisis. De acuerdo con el oficio presentado, los únicos a los que beneficia estos condicionamientos es a los otros distribuidores mayoristas, otorgándoles ventajas

¹⁰ Documento "Recurso de Reposición - Integración EDS Florencia (F)" de la Carpeta Reservada del Expediente, consecutivo 37 (Documento PDF), página 19 y 20.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Rad. No. 20-339626

VERSIÓN PÚBLICA

competitivas cuando ello no pareciera ser del resorte de una autoridad de inspección, vigilancia y control, sino del regulador¹¹.

d) Los condicionamientos impuestos por la SIC coartan la libertad de empresa y perjudican a terceros que no hacen parte de la integración. Finalmente, los tres argumentos anteriores llevaron a TERPEL concluir que:

"los condicionamientos establecidos por la SIC, de un lado, coartan injustificada y arbitrariamente el derecho de libertad de empresa de TERPEL, en tanto que se le imponen unas cargas desproporcionadas que le impiden seguir compitiendo por los próximos tres (3) años en los mercados relevantes de distribución mayorista y minorista analizados, lo cual no apunta a corregir o precaver potenciales efectos anticompetitivos -que no se evidencian- en los mercados relevantes directamente afectados por la transacción, sino que se extrapolan a un mercado aguas arriba de una forma tal que terminan por intervenir y regular la actividad económica de TERPEL, aun cuando no exista ningún indicio de que TERPEL, efectivamente, pueda apalancarse en la posición que tiene en el mercado de distribución mayorista, para abusar o imponer otras condiciones que restrinjan la competencia en el mercado de distribución minorista."¹² (Subrayado fuera del texto original)

Para TERPEL los condicionamientos impuestos no solo restringen su libertad de empresa, sino también la de terceros, particularmente la de otras EDS en la isócrona. Estas EDS verían limitada su libertad de elección en la selección de mayorista, así como la posibilidad de integrarse con una marca como TERPEL. Esto también afecta negativamente al consumidor, al ver reducida la oferta de combustible y de otros bienes y servicios que se ofrecen en la red de EDS abanderadas por TERPEL.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones y argumentos, TERPEL solicitó¹³:

- Revocar integralmente el condicionamiento establecido en el literal a) del numeral 13.1.3 del acto administrativo recurrido. Este se refiere a la prohibición a TERPEL de adquirir el control, independientemente de la forma jurídica que pretenda realizar, de alguna **ESTACIÓN DE SERVICIO AUTOMOTRIZ** dentro de la isócrona definida por un radio de cuatro (4) kilómetros alrededor de la **EDS LA VICTORIA** ubicada en la nomenclatura urbana: carrera 10 No. 19-78 de la ciudad de Florencia, departamento de Caquetá.
- Revocar integralmente el condicionamiento establecido en el literal b) del numeral 13.1.3 del acto administrativo recurrido. Este se refiere a la prohibición a TERPEL de celebrar contratos de suministro de combustibles líquidos derivados del petróleo con cualquier **ESTACIÓN DE SERVICIO AUTOMOTRIZ** que en la actualidad tenga contratos de este tipo con **DISTRIBUIDORES MAYORISTAS** diferentes de TERPEL.
- Revocar la obligación de certificación semestral contenida en la parte final del numeral 13.1.3 del acto administrativo recurrido.
- Autorizar sin condicionamientos la operación proyectada.

CUARTO: Que estando dentro del término previsto en el artículo 86 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA, este Despacho procede a resolver el

¹¹ Documento "Recurso de Reposición - Integración EDS Florencia (F)" de la Carpeta Reservada del Expediente, consecutivo 37 (Documento PDF), página 21.

¹² Documento "Recurso de Reposición - Integración EDS Florencia (F)" de la Carpeta Reservada del Expediente, consecutivo 37 (Documento PDF), página 22.

¹³ Documento "Recurso de Reposición - Integración EDS Florencia (F)" de la Carpeta Reservada del Expediente, consecutivo 37 (Documento PDF), página 23 y 24.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Rad. No. 20-339626

VERSIÓN PÚBLICA

recurso interpuesto por TERPEL, pronunciándose sobre los argumentos relacionados con la posibilidad de control de las EDS afiliadas, la estimación de participaciones de mercado e indicadores, y la naturaleza de los condicionamientos impuestos por la Superintendencia de Industria y Comercio en la Resolución No. 15913 del 23 de marzo de 2021.

4.1. Respeto del control competitivo de TERPEL sobre las EDS afiliadas

Por las razones que se presentan a continuación, para esta Superintendencia no son de recibo los argumentos presentados por TERPEL respecto de control competitivo que ejerce sobre sus EDS afiliadas en el presente caso.

En opinión de TERPEL, la Superintendencia de Industria y Comercio partió de una premisa errada al asegurar que TERPEL ejerce control competitivo sobre sus EDS afiliadas. Si bien este Despacho está de acuerdo con TERPEL al considerar que su accionar y comportamiento con EDS propiedad de terceros se encuentra regulado y controlado por las autoridades competentes, por ejemplo, a través de la Resolución CREG No. 024 de 2020, no ignora que las peculiaridades de las relaciones entre el distribuidor mayorista y minorista de combustibles y las condiciones de competencia en los mercados de distribución mayorista y minorista de combustibles involucrados en la operación influyen en la relación de TERPEL y sus EDS afiliadas. Realidad que debe ser tenida en cuenta para considerar un posible control competitivo de TERPEL sobre sus EDS afiliadas.

Respecto del control competitivo de un distribuidor mayorista de combustibles líquidos sobre sus EDS afiliadas se pronunció esta Superintendencia en la Resolución No. 30853 de 2015¹⁴, en la que indicó que en los casos las EDS que usan la bandera TERPEL, pero que son propiedad de terceros y son operadas por personas naturales o jurídicas diferentes a TERPEL, por lo general 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, razón por la que el clausulado de los contratos no obliga a acogerse a listas de precios determinadas por TERPEL.

No obstante, esta Entidad también consideró importante determinar si TERPEL controla, en los términos del numeral 4 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992¹⁵, las EDS que operan bajo la modalidad de abanderamiento. Para realizar dicha determinación, la Superintendencia tuvo en cuenta que, según la norma citada, 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. Así, concluyó que 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.

Para efectos de determinar la existencia de control competitivo, esta Superintendencia indicó que no tiene que demostrar que el presunto controlante efectivamente haga uso de la influencia que

¹⁴ Resolución No. 30853 de 2015. TERPEL – EDS LAS VEGAS. Disponible en: https://www.sic.gov.co/sites/default/files/estados/RESOLUCION_30853_DE_17_DE_JUNIO_DE_2015.pdf. Página 20, 21 y 22. Consulta el 13 de mayo de 2021.

¹⁵ "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".

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Rad. No. 20-339626

VERSIÓN PÚBLICA

tiene sobre la empresa, ni demostrar que la ha ejercido en el pasado, sino que 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.

Con base en lo anterior y considerando información relevante para el caso que se analizaba, específicamente testimonios y contratos de suministro y abanderamiento celebrados entre distribuidores minoristas y TERPEL, esta Entidad concluyó que, si bien no existía control corporativo o societario de TERPEL sobre las EDS afiliadas que operaban bajo su bandera, sí se configuraba un control negativo desde el punto de vista del derecho de la competencia. Lo anterior debido a que TERPEL contaba con 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 como el desempeño en ventas, los productos ofrecidos, la atención al cliente y promociones. Puntualmente, se indicó:

"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 afecta 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"¹⁶ (Subrayado fuera del texto original).

Es cierto que la Resolución CREG 024 de 2020 establece en el artículo 11 la prohibición de la inclusión de condiciones en el acuerdo comercial de combustibles líquidos que tengan el objeto o el efecto de permitir al distribuidor mayorista afectar, directa o indirectamente, la independencia en la política empresarial del distribuidor minorista frente al consumidor final¹⁷. Sin embargo, ese no es un factor relevante para discutir la conclusión fáctica, basada en el análisis del material probatorio obrante en el expediente, consistente en que TERPEL sí ejerce un control competitivo en las condiciones explicadas por esta Superintendencia sobre sus EDS abanderadas en el contexto específico que ofrece este caso. Esto es así porque, en relación con el aspecto en discusión, en este caso lo que correspondía a esta Superintendencia era determinar si TERPEL ejercía o no ejercía control competitivo sobre sus EDS abanderadas. Esta Superintendencia determinó ese asunto sobre la base de la información que reposa en el expediente. Si existen otras normas, de otros ámbitos del ordenamiento, que la conducta de TERPEL podría incumplir, no es un aspecto sobre el cual deba pronunciarse esta Superintendencia. Por esa razón el argumento de TERPEL no es idóneo para desvirtuar la conclusión adoptada en el acto administrativo impugnado.

Adicionalmente, esta Superintendencia ha indicado en anteriores decisiones que el posible control competitivo de un distribuidor mayorista de combustibles líquidos sobre los distribuidores minoristas dueños de EDS afiliadas también depende de: (i) la posición del distribuidor mayorista en los

¹⁶ Resolución SIC No. 30853 de 2015, pág. 27.

¹⁷ **Artículo 11. Restricción a la independencia en las condiciones comerciales del distribuidor minorista con el consumidor final:** Cuando el distribuidor minorista con obligación de abanderamiento exclusivo no se encuentra verticalmente integrado con el distribuidor mayorista, se prohíbe la inclusión de condiciones en el acuerdo comercial de combustibles líquidos que tengan el objeto o el efecto de permitir al distribuidor mayorista afectar, directa o indirectamente, la independencia en la política empresarial del distribuidor minorista frente al consumidor final.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Rad. No. 20-339626

VERSIÓN PÚBLICA

mercados de distribución mayorista de combustibles involucrados; y (ii) las condiciones de competencia en los mercados de distribución minorista analizados.

Para el presente caso, esta Superintendencia encontró que TERPEL cuenta en promedio con el [REDACTED] de cada mercado de distribución mayorista de combustibles, con una baja presión competitiva de sus competidores de la zona de Caquetá-Huila. Además, en los mercados de distribución minorista de gasolina corriente y diésel solo hay presencia de [REDACTED] mayoristas diferentes de TERPEL, que, [REDACTED]

[REDACTED]. En el mercado de distribución minorista de gasolina extra solo están presentes [REDACTED]

La situación descrita implica que las EDS propiedad de terceros que se encuentran en la isócrona definida en un radio de cuatro (4) km alrededor de la EDS LA VICTORIA cuentan con pocas opciones para cambiar de distribuidor mayorista, pues si bien en la zona de Caquetá-Huila hay presencia de [REDACTED]

[REDACTED]. Es por esta razón que la Superintendencia de Industria y Comercio concluyó que TERPEL ejerce control competitivo sobre sus EDS afiliadas en la zona de Caquetá-Huila, pues al no haber suficiente oferta mayorista que permita que los distribuidores minoristas no integrados verticalmente cambien fácilmente de distribuidor mayorista, estos se verán supeditados a TERPEL.

[REDACTED]¹⁸. Si bien esto podría ser cierto en un escenario donde participen distribuidores mayoristas con la capacidad de ejercer presión competitiva en el mercado, no acontece en la isócrona de análisis donde, como se vio, la presencia de competidores mayoristas que ejerzan una presión competitiva efectiva a TERPEL es aún limitada. [REDACTED]

[REDACTED]. Esto podría explicar la estructura de mercado que se generó en la zona, así como el control que puede ejercer TERPEL sobre sus EDS afiliadas.

Con el fin de verificar la dinámica de competencia en la isócrona definida, esta Superintendencia revisó, a partir de la información pública del MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA¹⁹, el histórico de EDS que participan en la isócrona desde octubre de 2017, y encontró que desde 2017 hay [REDACTED] con bandera TERPEL, [REDACTED] con bandera PRIMAX, y [REDACTED] con bandera de la antigua CASAMOTOR. Como novedad se dio la entrada de [REDACTED] EDS, abanderadas por CHEVRON y BIOMAX. La estabilidad encontrada y el hecho de que ninguna EDS afiliada a TERPEL cambió de distribuidor mayorista en la zona, dan muestra del bajo nivel de contestabilidad en toda la cadena de distribución de combustibles en la zona²⁰ y, a diferencia de lo señalado por TERPEL, confirmarían que en la zona analizada la competencia por el abanderamiento no es fuerte.

¹⁸ Documento "Recurso de Reposición - Integración EDS Florencia (F)" de la Carpeta Reservada del Expediente, consecutivo 37 (Documento PDF), página 4.

¹⁹ Estaciones de servicio automotriz certificadas. Octubre 20 de 2017. Disponible en: <https://www.minenergia.gov.co/documents/10180/488465/listado+de+estaciones+de+servicio+certificadas+-+oct+20-2017.pdf/8d6b781f-11e0-4df6-854a-f95b23ecea09>. Consulta el 13 de mayo de 2021.

²⁰ Ver la definición de "mercados dinámicos" y sus implicaciones en el análisis de competencia.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Rad. No. 20-339626

VERSIÓN PÚBLICA

Esto último permite concluir que, aunque los distribuidores minoristas de combustibles están en la libertad de escoger al distribuidor mayorista que surtirá sus EDS, esto solamente ocurre en escenarios donde hay suficientes distribuidores mayoristas en la zona, con la infraestructura y capacidad adecuada para ingresar o crecer en el mismo. Como se vio, esto no ocurre en la isócrona de análisis, razón por la que esta Entidad considera que para el análisis de la operación proyectada TERPEL ejerce control competitivo sobre sus EDS afiliadas.

Finalmente, frente a la observación de TERPEL, según la cual afirma que el mayorista controla competitivamente a todas las EDS afiliadas a su bandera, por el simple hecho de existir un contrato exclusivo (tal y como lo exige la regulación), se contraponen a la realidad regulatoria de este mercado y eximiría de la obligación de someter al trámite de control previo de integraciones empresariales todo contrato de compraventa de una EDS afiliada a la propia red²¹, este Despacho considera pertinente recordar a TERPEL que en ningún momento se afirmó que el distribuidor mayorista controle a todas sus EDS afiliadas por el hecho de existir un contrato exclusivo, sino que este control ocurre, como ya se explicó, en los casos en los que dichas EDS afiliadas, debido a la importante posición de TERPEL, cuentan con opciones restringidas para cambiar de distribuidor mayorista.

Adicionalmente, es importante tener presente que la función del control previo de integraciones empresariales es analizar todas aquellas operaciones de integración empresarial que cumplen con los supuestos establecidos en la normatividad vigente y que impliquen un cambio de control, independientemente de la forma jurídica mediante la cual se realice la operación²². Así, las operaciones que cumplan con los supuestos establecidos por la ley e impliquen que TERPEL asuma el control de una EDS afiliada a su propia red deben cumplir con el control previo de integraciones empresariales. Lo anterior, no solo porque pueda haber un cambio en el tipo de control (de negativo a positivo), sino porque: (i) TERPEL es distribuidor mayorista de combustibles líquidos y productor y distribuidor de aceites lubricantes, razón por la que la operación implicaría una integración vertical, y (ii) en algunos casos, TERPEL ya participa como distribuidor minorista de combustibles líquidos y aceites lubricantes en la isócrona involucrada, razón por la que, cuando no exista control competitivo por parte de TERPEL sobre sus EDS afiliadas, se daría una integración horizontal. Finalmente, esta Entidad ha sido enfática al señalar que en los casos en los que la operación implique un cambio de control negativo a control positivo, el efecto de esta no es nulo, sino que lo que ocurre es que la EDS objeto de la operación no podría, a futuro, cambiar de distribuidor mayorista de combustibles líquidos cuando las condiciones del mercado lo permitieran.

4.2. Respetto de las cuotas de participación y los índices de concentración en los mercados de distribución minorista

En este punto TERPEL indicó que, dado que no acepta la consideración de este Despacho respecto del control competitivo de TERPEL sobre sus EDS afiliadas, no comparte las participaciones calculadas y los índices de concentración estimados en los mercados de distribución minorista de combustibles líquidos dentro de la Resolución recurrida. Al respecto, este Despacho no acoge el argumento presentado por TERPEL, pues, como ya se expuso en el presente acto administrativo, esta Superintendencia mantiene su posición sobre el control competitivo que ejerce TERPEL sobre sus EDS afiliadas en el presente caso.

Así, este Despacho considera que tanto las cuotas de participación estimadas para TERPEL en los mercados de distribución minorista de combustibles líquidos, como los índices de concentración de cada mercado, siguen siendo aquellos presentados en Resolución No. 15913 del 23 de marzo de 2021, y no los presentados por TERPEL en su recurso de reposición, basados en los criterios de "propiedad" o "control" y "bandera común".

²¹ Ibid.

²² Ley 1340 de 2009, artículo 9.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Rad. No. 20-339626

VERSIÓN PÚBLICA

Para esta Superintendencia el criterio de "bandera común" no resulta adecuado toda vez que los demás distribuidores mayoristas de combustibles líquidos no tienen, como ya se explicó, la misma posición que tiene TERPEL, ni cuentan con el mismo número de EDS afiliadas en la isócrona analizada. Por esta razón resultaría erróneo atribuirles a los distribuidores mayoristas distintos de TERPEL control sobre sus EDS afiliadas.

Adicionalmente, TERPEL indicó, respecto de las condiciones de competencia en el mercado de distribución minorista de gasolina extra, que la cuota de mercado que ostenta responde a las particularidades del mercado, donde la demanda por este tipo de combustible es marginal. Este aspecto fue analizado por esta Superintendencia en la Resolución recurrida, en la que señaló que la baja demanda de gasolina extra en la zona puede explicar por qué solo [REDACTED] EDS distribuyen este combustible en la isócrona analizada. No obstante, esta Superintendencia no puede pasar por alto que la operación proyectada refuerza sustancialmente la posición de TERPEL en el mercado de distribución minorista de gasolina extra y, por ende, los niveles de concentración en este mercado.

De otra parte, TERPEL señaló que desde un punto de vista técnico la gasolina corriente y la gasolina extra son productos sustitutos, pues el consumo de uno u otro tipo de combustible es optativo para el consumidor final, y en este sentido deberían incluirse en un mismo mercado. Este Despacho no acoge este argumento, porque si bien podría ser cierto que desde el punto de vista técnico la gasolina corriente podría sustituir la gasolina extra, la sustituibilidad no se analiza únicamente desde ese punto de vista y en una sola vía.

Se recuerda que para la determinación de productos sustitutos se tienen en cuenta no solo los usos, sino las características y los precios de los productos que se analizan. Así, no se puede pasar por alto, en este caso, la recomendación del fabricante²³ a la hora de determinar el mercado relevante.

Ahora bien, tampoco se puede olvidar que para determinar como uno solo el mercado de gasolina, no solo se debe tener en cuenta el hecho de que la gasolina extra puede ser sustituida por la gasolina corriente, también debe considerarse la sustituibilidad de la gasolina corriente con la gasolina extra, y en este caso, este Despacho encuentra que TERPEL no aportó pruebas que permitan concluir que esta sustituibilidad existe y, al contrario, esta Superintendencia ha concluido en decisiones anteriores que desde el punto de vista de precios la gasolina extra no resulta sustituta de la gasolina corriente.

Por las razones presentadas anteriormente, esta Superintendencia no considera adecuado considerar un solo mercado de distribución de gasolina que incluya gasolinas corriente y extra, y mantiene la definición de mercado relevante presentada en la Resolución recurrida.

4.3. Respetto de los condicionamientos impuestos

TERPEL indicó que, aunque se considere que la transacción genera variaciones significativas en términos de concentración, asimetría y dominancia, particularmente en los mercados de distribución minorista de gasolina extra y corriente, los condicionamientos planteados para la autorización de la operación apuntan, más bien, a regular el mercado de distribución mayorista, y, puntualmente, al agente líder, TERPEL²⁴. En su opinión, la posición de TERPEL se debe a su propuesta de valor, en un escenario de independencia por parte de sus EDS afiliadas que limitan el posible control que pueda tener la compañía. Esto último podría disciplinar el poder de mercado de TERPEL como distribuidor mayorista, por lo que los condicionamientos impuestos serían innecesarios.

²³ Documento "Recurso de Reposición - Integración EDS Florencia (F)" de la Carpeta Reservada del Expediente, consecutivo 37 (Documento PDF), página 17.

²⁴ Documento "Recurso de Reposición - Integración EDS Florencia (F)" de la Carpeta Reservada del Expediente, consecutivo 37 (Documento PDF), página 19.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Rad. No. 20-339626

VERSIÓN PÚBLICA

De otra parte, **TERPEL** señaló que tampoco se encuentra de acuerdo con la idea de que con su posicionamiento en los mercados de distribución mayorista y minorista de combustibles podría desincentivar la entrada de nuevos competidores, o incluso llevar a la salida de competidores actuales. Al contrario, **TERPEL** reiteró que la agresiva competencia por abanderar **EDS** es una realidad que no se altera por la mayor o menor participación que tenga un distribuidor en cualquiera de los eslabones (mayorista o minorista). Para ilustrar lo anterior, **TERPEL** aportó una tabla que demuestra que

Lo anterior, es indicativo de que la posición de **TERPEL** en el mercado de distribución mayorista no le ha permitido tener ningún rédito en el mercado de distribución minorista.

Adicionalmente, **TERPEL** indicó que comparte la conclusión de esta Superintendencia, según la cual entre menos distribuidores mayoristas tengan presencia en la zona, menores opciones tendrán los distribuidores minoristas presentes en la isócrona analizada para abanderar sus **EDS** y, por ende, los consumidores contarán con menos variedad de marcas para adquirir combustibles. Con base en esta conclusión, **TERPEL** afirmó que los condicionamientos impuestos realmente apuntan a regular el mercado aguas arriba de distribución mayorista de combustibles líquidos y no a corregir o prevenir los supuestos riesgos de competencia en el mercado de distribución minorista. Esto limitaría el accionar de **TERPEL** beneficiando a sus directos competidores en los mercados de distribución mayoristas y restringiendo la libertad de **EDS** y consumidores de la isócrona.

En opinión de **TERPEL**, los condicionamientos impuestos únicamente beneficiarían a otros distribuidores mayoristas, otorgándoles ventajas competitivas, que bien puede esta Entidad replicar en otros mercados geográficos, cuando ello no pareciera ser del resorte de una autoridad de inspección, vigilancia y control, sino del regulador. Adicionalmente, los condicionamientos impuestos afectarían al consumidor final, quien vería limitada la posibilidad de tener una mejor experiencia de consumo (pérdida de bienestar) a través de una red de **EDS** que garantiza un portafolio completo de combustibles, un servicio 24-7, venta y asesoría para productos lubricantes multimarca, espacios agradables e innovadores, baños cómodos, limpios, renovados y de libre acceso, programas de lealtad, variedad de productos y servicios complementarios, y promociones semestrales en **EDS** participantes.

Para pronunciarse sobre los anteriores argumentos, este Despacho encuentra necesario recordar que la operación proyectada no solo es horizontal, sino que tiene efectos verticales, y que las preocupaciones en términos de libre competencia que se derivarían de la integración surgen precisamente por la posición que **TERPEL** tiene en los mercados de distribución mayorista de combustibles líquidos. De hecho, la posición de liderazgo de **TERPEL** como distribuidor mayorista en la zona Caquetá-Huila es uno de los argumentos que sustentan la conclusión de que **TERPEL** ejerce control competitivo sobre sus **EDS** afiliadas en la isócrona de análisis.

Por esta razón, los condicionamientos de índole comportamental que se impusieron fueron diseñados para evitar que **TERPEL** refuerce aún más su posición en los mercados de distribución mayorista de dichos productos. En efecto, en la Resolución No. 15913 de 2021 esta Superintendencia limitó el accionar de **TERPEL** al imponer obligaciones que le impiden: (i) adquirir el control de alguna otra **EDS** ubicada dentro de la isócrona definida por un radio de cuatro (4) kilómetros alrededor de la **EDS LA VICTORIA**, y (ii) celebrar contratos de suministro de combustibles con cualquier **EDS** que en la actualidad tenga contratos con otros distribuidores distintos a **TERPEL**.

En ningún momento los condicionamientos impuestos buscan, como lo indica **TERPEL**, regular el mercado de distribución mayorista, y, puntualmente, al agente líder, **TERPEL**. Al contrario, las obligaciones impuestas limitan el accionar de **TERPEL** en los mercados de distribución minorista

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Rad. No. 20-339626

VERSIÓN PÚBLICA

de combustibles precisamente porque adquirir el control de alguna EDS ubicada en la isócrona analizada o celebrar contratos de suministro de combustibles con cualquier EDS que tenga contratos con distribuidores mayoristas distintos de TERPEL refuerza aún más su posición en los mercados de distribución mayorista, que es de donde, como ya se explicó, se derivan las preocupaciones en términos de libre competencia.

Ahora bien, en cuanto al argumento relacionado con la agresiva competencia entre distribuidores mayoristas por abanderar EDS, [REDACTED]

[REDACTED], lo cual resulta incorrecto para concluir que el posicionamiento en los mercados de distribución mayorista y minorista de combustibles no puede desincentivar la entrada de nuevos competidores. El análisis que debe hacerse es sobre la isócrona afectada con la operación proyectada, y como se señaló anteriormente, [REDACTED]

Finalmente, este Despacho no comparte el argumento de TERPEL que indica que los consumidores se verían afectados por los condicionamientos impuestos. De hecho, la oferta comercial de TERPEL seguirá estando presente a través de las EDS de bandera TERPEL (propias y afiliadas) presentes en la isócrona definida. En este sentido, los consumidores seguirán teniendo acceso a su propuesta de valor, contando TERPEL inclusive con una presencia mucho mayor que la de sus competidores en los mercados de distribución minorista. En cambio, esta Superintendencia hace énfasis en que los distribuidores minoristas y consumidores sí podrían verse afectados si a futuro no hay variedad de distribuidores mayoristas que compitan con TERPEL.

4.4. Sobre la libertad de empresa de TERPEL y terceros

Finalmente, TERPEL indicó que los condicionamientos establecidos coartan injustificada y arbitrariamente su libertad de empresa, en tanto que se le imponen unas cargas desproporcionadas que le impiden seguir compitiendo por los próximos tres (3) años en los mercados relevantes de distribución mayorista y minorista analizados. Adicionalmente, en opinión de TERPEL los condicionamientos también restringirían la libertad de empresa de EDS dentro de la isócrona, al ver limitada su libertad de elección de distribuidor mayorista. Todo esto sin tener ninguna incidencia en la transacción propuesta.

4.4.1. La libertad de empresa y sus límites

El argumento de impugnación consiste en que los condicionamientos impuestos por esta Superintendencia son arbitrarios y desproporcionados, de manera que impiden que TERPEL ejerza su libertad de empresa. Sobre esa base, es importante precisar –con fundamento en la jurisprudencia constitucional– el contenido específico de la libertad referida y las condiciones en que puede ser limitada de manera legítima por la intervención del Estado.

En relación con el primer aspecto, la libertad de empresa consiste en la facultad de participar en el mercado mediante el desarrollo de actividades empresariales orientadas a ofrecer bienes y servicios²⁵. Dentro del núcleo esencial de esta libertad se encuentran los siguientes contenidos:

“(i) el derecho a un tratamiento igual y no discriminatorio entre empresarios o competidores que se hallan en la misma posición; (ii) el derecho a concurrir al mercado o retirarse; (iii) la libertad de organización y el derecho a que el Estado no interfiera en los asuntos internos de la empresa como la organización empresarial y los métodos de gestión; (iv) el derecho a la libre iniciativa privada; (v) el derecho a la creación de establecimientos de comercio

²⁵ Corte Constitucional. Sentencia C – 228 de 2010.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Rad. No. 20-339626

VERSIÓN PÚBLICA

con el cumplimiento de los requisitos que exija la ley; y (vi) el derecho a recibir un beneficio económico razonable²⁶.

Acerca del segundo aspecto, está claro que la libertad de empresa –como todas las libertades económicas– no es absoluta. Está sujeta a precisas limitaciones que pretenden orientar el ejercicio de esa libertad al interés general y la responsabilidad social, de manera que sea compatible con “la protección de los bienes y valores constitucionales cuyo desarrollo confiere la Carta a las operaciones de mercado”²⁷. Una de esas limitaciones es la que corresponde a la intervención del Estado mediante el ejercicio de sus atribuciones de inspección, vigilancia y control. Esa intervención será legítima en la medida en que cumpla las siguientes condiciones:

“i) necesariamente debe llevarse a cabo por ministerio de la ley; ii) no puede afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa; iii) debe obedecer a motivos adecuados y suficientes que justifiquen la limitación de la referida garantía; iv) debe obedecer al principio de solidaridad; y v) debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad”.

4.4.2. Los condicionamientos impuestos respetan el núcleo esencial de la libertad de empresa de TERPEL y constituyen una limitación legítima

a. Los condicionamientos respetan el núcleo esencial de la libertad de empresa de TERPEL

No es cierto que los condicionamientos adoptados por esta Superintendencia impidan a **TERPEL** seguir compitiendo en los mercados analizados por los próximos tres (3) años. Durante la vigencia de los condicionamientos **TERPEL** podrá seguir participando en el mercado de distribución mayorista de combustibles líquidos en la zona de Caquetá-Huila y en el mercado de distribución minorista de combustibles líquidos en la isócrona definida, pero deberá hacerlo en condiciones que se adecúen a la normativa constitucional y legal en materia de protección de la competencia. Esta conclusión, que es evidente sobre la base de la naturaleza de los condicionamientos impuestos, se corrobora mediante un análisis de los contenidos del núcleo esencial de la libertad de empresa de **TERPEL**.

En primer lugar, no se desconoce el derecho de **TERPEL** a un trato igual y no discriminatorio frente a competidores que estén en su misma posición. Al respecto, debe tenerse en cuenta que la obligación adicional exigible a **TERPEL** no constituye una discriminación porque está justificada precisamente por su poder de mercado como distribuidor mayorista. En segundo lugar, es evidente que los condicionamientos impuestos no afectan el derecho de **TERPEL** para concurrir al mercado o para retirarse. En tercer lugar, **TERPEL** conserva su potestad de adoptar la organización empresarial y los métodos de gestión que prefiera, pues esta Superintendencia no está interviniendo en manera alguna en ese derecho. En cuarto lugar, **TERPEL** mantiene su libertad de iniciativa privada en el sentido en que conserva la facultad para destinar bienes de cualquier tipo al desarrollo de actividades económicas. En quinto lugar, los condicionamientos no impiden que **TERPEL** cree establecimientos de comercio en las condiciones establecidas por la normativa aplicable. Por último, los condicionamientos no impiden el derecho que tiene **TERPEL** a recibir un beneficio económico razonable como resultado del desarrollo de su actividad económica.

b. Los condicionamientos establecen una limitación legítima

Los condicionamientos que esta Superintendencia impuso a **TERPEL** se adecúan a las condiciones de validez establecidas por la jurisprudencia constitucional.

En primer lugar, tienen un claro fundamento legal, pues corresponden al ejercicio de la atribución prevista en el artículo 11 de la Ley 1340 de 2009. Es importante anotar que esa potestad fue avalada

²⁶ Corte Constitucional. Sentencia C – 263 de 2011.

²⁷ Corte Constitucional. Sentencia C – 228 de 2010.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Rad. No. 20-339626

VERSIÓN PÚBLICA

por la Corte Constitucional mediante la sentencia C – 228 de 2010. En segundo lugar, ya está claro que los condicionamientos impuestos no afectan el núcleo esencial de la libertad de empresa de **TERPEL**. En tercer lugar, los condicionamientos obedecen a motivos adecuados y suficientes que fueron explicados con detalle en la Resolución No. 15913 de 2021 y corroborados en este acto administrativo. Como se explicó, se trata de una limitación necesaria para mitigar los efectos restrictivos de la competencia que pueden predicarse de la operación de integración empresarial analizada. Por lo tanto, los condicionamientos impuestos son necesarios para la preservación efectiva de la competencia en el mercado relevante. En cuarto lugar, los condicionamientos impuestos a **TERPEL** son coherentes con el principio de solidaridad. Este principio, como es sabido, exige a cada persona vincular su propio esfuerzo y actividad en beneficio del interés colectivo²⁸. En este caso los condicionamientos –en línea con el contenido y la función del derecho a la libre competencia– garantizan que las actividades empresariales de **TERPEL**, que legítimamente desarrolla con el fin de satisfacer sus propios intereses, se desarrollen en condiciones que promuevan la satisfacción de los intereses colectivos involucrados en el mercado relevante, en particular mediante la preservación de una dinámica de competencia normal y suficientemente efectiva.

Por último, los condicionamientos que impuso esta Superintendencia atienden a criterios de razonabilidad y proporcionalidad. De un lado, debe tenerse en cuenta que, de conformidad con el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el artículo 1 del Decreto 1302 de 1964, la producción y distribución de combustibles son actividades que hacen parte de sectores básicos de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general y el bienestar social. En consecuencia, es razonable adoptar medidas que permitan garantizar la preservación de una dinámica de competencia normal y suficientemente efectiva para lograr que en ese sector fundamental estén presentes los beneficios que se atribuyen a la institución de la competencia. De otro lado, la medida supera un juicio de proporcionalidad en las condiciones establecidas por la jurisprudencia constitucional. Primero, persigue una finalidad constitucionalmente legítima: garantiza la libre competencia económica en el mercado relevante. Segundo, es idónea para ese propósito. Tercero, la obligación que se impone a **TERPEL** es proporcional en sentido estricto porque no afecta el núcleo esencial de su libertad de empresa y está limitada a un tiempo razonable. En consecuencia, los condicionamientos generan una afectación menor a las libertades de **TERPEL** en comparación con los beneficios que ofrecen para la promoción de la libre competencia en el mercado relevante.

4.4.3. Las consideraciones expuestas también permiten concluir que la eventual limitación que los condicionamientos impongan a terceros es legítima en las condiciones establecidas por la jurisprudencia constitucional. Al respecto, debe llamarse la atención acerca de que la efectividad de los condicionamientos generará un beneficio fundamental para el mercado en general y todos sus participantes: la garantía de una dinámica de competencia suficientemente efectiva y, en consecuencia, los beneficios que se atribuyen a ese contexto.

QUINTO: Por las razones anteriormente expuestas, la Superintendencia de Industria y Comercio procede a mantener los condicionamientos impuestos en la Resolución No. 15913 del 23 de marzo de 2021, con el fin de que cumpla con el objetivo de mitigar las potenciales restricciones indebidas de la competencia que se derivarían de la operación objeto de estudio.

En mérito de lo expuesto este Despacho,

RESUELVE:

ARTÍCULO 1. CONFIRMAR la Resolución No. 15913 del 23 de marzo de 2021.

²⁸ Corte Constitucional. Sentencia C – 767 de 2014.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Rad. No. 20-339626

VERSIÓN PÚBLICA

ARTÍCULO 2. NOTIFICAR la presente Resolución a la dirección electrónica que aparezca informada por **ORGANIZACIÓN TERPEL S.A.** de acuerdo con lo dispuesto en el aparte considerativo de este acto administrativo, entregándoles copia de esta en su versión reservada e informándoles que contra el presente acto no procede recurso alguno.

ARTÍCULO 3. COMUNICAR el presente acto administrativo a la **SECRETARÍA GENERAL** de la **SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO**, para lo de su competencia, en lo que a la contribución de seguimiento dispuesta en el artículo 22 de la Ley 1340 de 2009 se refiere.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los 11 JUN 2021

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO


ANDRÉS BARRETO GONZÁLEZ

Elaboró: S. Espinosa
Revisó: C. Liévano
Aprobó: J.P. Herrera

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Rad. No. 20-339626

VERSIÓN PÚBLICA

NOTIFICAR

ORGANIZACIÓN TERPEL S.A.

NIT 830.095.213-0

Apoderado

PABLO MÁRQUEZ ESCOBAR

C.C. 79.941.943 de Bogotá D.C.

T.P. 124.094 del C.S. de la J.

Carrera 7 No. 73 - 55 Of. 1001

pablo@marquezbarrera.com

Bogotá D.C., Colombia

COMUNICAR

SECRETARÍA GENERAL DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

ÁNGELICA MARÍA ACUÑA PORRAS

aacuna@sic.gov.co

Carrera 13 No. 27 - 00

Bogotá D.C.

Evalúe el servicio de la Superintendencia de Industria y Comercio siguiendo el siguiente enlace:

