



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

RESOLUCIÓN NÚMERO 23177 DE 2013
26 ABR 2013

Radicación: 12-225917

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

**EL SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA LA PROTECCIÓN DE LA
COMPETENCIA (E)**

En ejercicio de sus facultades legales, en especial las previstas en el Decreto 2153 de 1992, en el Decreto 4886 de 2011, y en la Resolución 19992 del 22 de abril de 2013, y

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que el Artículo 333 de la Constitución Política de Colombia establece que “[...] la libre competencia económica es un derecho de todos [...]” y que “[...] el Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional”.

SEGUNDO: Que el Artículo 3 de la Ley 1340 de 2009 estableció como propósitos de las actuaciones administrativas que adelanta la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de protección de la competencia “[v]elar por la observancia de las disposiciones sobre protección de la competencia; atender las reclamaciones o quejas por hechos que pudieren implicar su contravención y dar trámite a aquellas que sean significativas para alcanzar en particular los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica”.

TERCERO: Que de conformidad con lo dispuesto por los numerales 2 y 3 del Artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, es función de la Superintendencia de Industria y Comercio en su condición de Autoridad Nacional para la Protección de la Competencia, “[v]elar por la observancia de las disposiciones en esta materia en los mercados nacionales”; y “[c]onocer en forma privativa de las reclamaciones o quejas por hechos que afecten la competencia en los mercados nacionales y dar trámite a aquellas que sean significativas, para alcanzar en particular, los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica”.

CUARTO: Que en concordancia con los numerales 2 y 4 del Artículo 9 del Decreto 4886 de 2011, corresponde al Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, “[v]elar por el cumplimiento de las normas y leyes vigentes y proponer nuevas disposiciones”; y “[t]ramitar de oficio, o por solicitud de un tercero, averiguaciones preliminares e instruir las investigaciones tendientes a establecer infracciones a las disposiciones sobre protección de la competencia”.

QUINTO: Que el Artículo 4 de la Ley 155 de 1959, modificado por el Artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, preceptúa que:

“Artículo 4. 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.*
- 2. Cuando al finalizar el año fiscal anterior a la operación proyectada tuvieses, 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 alguna de las dos condiciones anteriores pero en conjunto cuenten con menos del 20% 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”.

SEXTO: Que el 5 de diciembre de 2012 con el radicado No. 12-218602-1¹, la Coordinadora del Grupo de Integraciones Empresariales, envió al doctor JOSÉ VICENTE ZAPATA LUGO, en su condición de Apoderado Especial de EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A., acuse de recibo de la comunicación de notificación de la operación de integración económica adelantada entre dicha compañía y TOTAL GAS S.A., en los siguientes términos:

“Acuso recibo de su comunicación radicada con el número de la referencia del día 03 de diciembre de 2012, en la que usted notificó la operación de integración económica en los siguientes términos:

(...) EXXONMOBIL venderá la propiedad que tiene sobre un (1) inmueble en la ciudad de Cali, Valle. En ese inmueble funciona actualmente una Estación de Servicio Automotriz (en adelante “EDS”) denominada RECARGAX SAN FRANCISCO. (Negrilla fuera de texto).

La EDS que funciona en ese inmueble es operada actualmente por TOTAL GAS en virtud de un contrato de operación celebrado con EXXONMOBIL. Cabe señalar que (sic) celebrada la operación con TOTAL GAS continuará operando la EDS que funciona en el inmueble objeto de la operación en virtud de in contrato de operación suscrito con EXXONMOBIL. (Negrilla fuera de texto).

¹ Folio 164 y 165 del Cuaderno Único del Expediente.

Como se explica en detalle más adelante la sociedad compradora del inmueble actualmente es propietaria de algunos inmuebles en donde funcionan EDS y es operadora de algunas EDS". (Negrilla fuera de texto).

[...]

"No obstante lo anterior, esta Entidad se reserva la facultad de verificar los supuestos por usted descritos".

SÉPTIMO: Que mediante oficio del 13 de diciembre de 2012 radicado con el asunto No. 12-225917-0², la Coordinadora del Grupo de Integraciones Empresariales dio traslado al Grupo de Protección de la Competencia, de copia de la comunicación referida en el numeral anterior, indicando lo siguiente:

"Hemos dado acuse de recibo a la operación de integración entre las sociedades EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A. (en adelante EXXONMOBIL) y TOTAL GAS S.A. (en adelante TOTAL GAS). Según precisan las intervinientes, la operación proyectada consiste en:

[...] EXXONMOBIL venderá la propiedad que tiene sobre un (1) inmueble en la ciudad de Cali, Valle. En ese inmueble funciona actualmente una Estación de Servicio Automotriz (en adelante EDS) denominada RECARGAX SAN FRANCISCO". (Negrilla fuera de texto).

La EDS que funciona en ese inmueble es operada actualmente por TOTAL GAS en virtud de un contrato de operación celebrado con EXXONMOBIL. Cabe señalar que luego de celebrada la operación con TOTAL GAS continuará operando la EDS que funciona en el inmueble objeto de la Operación en virtud de un contrato de Operación suscrito con EXXONMOBIL.

Como se explica más adelante la sociedad compradora del inmueble actualmente es propietaria de algunos inmuebles en donde funcionan EDS y es operadora de algunas EDS".

Como consecuencia de dicha operación, según las intervinientes se genera un efecto en el mercado de "ejercer la propiedad o la tenencia de inmuebles sobre los cuales funcionan EDS". (Negrilla y cursiva fuera de texto).

Sin embargo EXXONMOBIL viene realizando operaciones de este tipo desde el 29 de marzo de 2012, dado que la empresa posee diferentes EDS de su pertenencia en el mercado geográfico, las cuales, se han estado vendiendo a sus operadores o arrendatarios. (Negrilla y cursiva fuera de texto).

Quienes operan las EDS propiedad de EXXONMOBIL lo hacían, o hacen en la actualidad a través de contrato de operación, arrendamiento, suministro o

² Folio 1 y 2 del Cuaderno Único del Expediente.

franquicia, los cuales coinciden en **cláusulas de exclusividad de proveeduría de combustibles líquidos por parte de EXXONMOBIL**. (Negrilla y cursiva fuera de texto).

EXXONMOBIL señala que ellos no participan en el mercado de distribución minorista de combustibles líquidos, a pesar de ésta afirmación, y a la luz de que existen contratos de exclusividad entre EXXONMOBIL y los apoderados de las EDS, **se podría observar de que (sic) a pesar de no ser distribuidores directos al por menor de combustibles líquidos, éstos efectivamente sí podrían influir sobre este mercado y sobre la competencia en el mismo, dado que EXXONMOBIL posee en el mercado de distribución mayorista de combustible líquidos en el área geográfica conformada por Cali, Palmira, Yumbo, Jamundí y Candelaria el 43% del mencionado mercado**. (Negrilla y cursiva fuera de texto).

Sin perjuicio de lo anterior, es importante tener en cuenta, que una participación del 43% en el mercado geográfico relevante de distribución mayorista de combustibles líquidos, genera a su vez efectos, en el mercado de distribución minorista de los mismos, debido a que coloca una barrera a la competencia, en el sentido que las EDS, las cuales poseen contrato de arrendamiento, suministro, operación o franquicia, tienen la obligación dentro del término del contrato a comprarle únicamente a EXXONMOBIL, por lo que las EDS, no tienen la posibilidad de responder a fluctuaciones en el mercado o acceder a otro proveedor, **mermando completamente a los competidores de EXXONMOBIL y segmentando el mercado, dado que es presumible que los otros distribuidores mayoristas de combustibles líquidos actúen similarmente en el mercado, aumentando de esta manera, la posibilidad de colusión de los mayoristas**. (Negrilla y cursiva fuera de texto).

Dado lo anterior, presuntamente EXXONMOBIL y al mismo tiempo sus competidores, tendrían una influencia importante sobre el mercado de distribución minorista de combustibles líquidos, **por lo que de ser así la compraventa de cualquiera de las EDS propiedad de EXXONMOBIL, deberían en vez de ser notificadas, ser remitidas al trámite de pre-evaluación, con el objeto de observar si estas generan o no efectos sobre la competencia**. (Negrilla y cursiva fuera de texto).

Para el efecto, remito copia de la información remitida por las intervinientes el día 18 de abril de 2012 ante ésta Entidad radicada con el número 12-064099 en 118 folios y expediente de notificación radicado con el número 12-218602 de la cual se dio acuse de recibo con fecha 05 de diciembre de 2012, el cual contiene información con las modalidades de contratos establecidos entre EXXONMOBIL y las EDS, con el fin de verificar el cumplimiento de los supuestos previstos en el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009.”

OCTAVO: Que mediante memorando radicado con el número 12-225917-1 del 26 de febrero de 2013³, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia solicitó iniciar la averiguación preliminar encaminada a determinar la procedencia de iniciar una

³ Folio 166 del Cuaderno Único del Expediente.

investigación por la presunta inobservancia de la obligación contenida en el Artículo 10 de la Ley 1340 de 2009, por parte de las sociedades EXXON MOBIL DE COLOMBIA S.A. (en adelante EXXONMOBIL) y TOTAL GAS S.A. (en adelante TOTAL GAS).

NOVENO: Que en concordancia con la información obrante en el expediente, se tiene que las compañías intervinientes, la operación que se notificó, corresponde a lo siguiente:

9.1. Sobre las Intervinientes

De conformidad con la información allegada a esta Delegatura por las sociedades EXXONMOBIL y TOTAL GAS, se tiene lo siguiente:

9.1.1. EXXONMOBIL⁴

“EXXONMOBIL es una sociedad constituida mediante Escritura Pública No. 1970 del 22 de junio de 1955, otorgada en la Notaría Octava de Bogotá D.C. y tiene domicilio en la ciudad de Bogotá D.C.

[...] EXXONMOBIL tiene dentro de su objeto la facultad de desarrollar la actividad de distribución minorista de combustibles. Sin embargo, corresponde señalar que EXXONMOBIL no desarrolla en el país tal actividad. Por lo tanto, no cuenta con una participación de mercado en esa actividad. (Negrilla y cursiva fuera de texto).

EXXONMOBIL en la actualidad desarrolla únicamente la actividad de distribución mayorista de combustibles líquidos derivados del petróleo.”

9.1.2. TOTAL GAS⁵

TOTAL GAS S.A. es una sociedad debidamente inscrita en la Cámara de Comercio de Cali y con domicilio en Cali, departamento del Valle del Cauca.

*[...] en la realidad comercial en el sector de hidrocarburos la compañía TOTAL GAS desarrolla únicamente las actividades de **distribución minorista y transporte de combustibles**.* (Negrilla y cursiva fuera de texto).

La actividad de transporte de combustibles TOTAL GAS la desarrolla únicamente en el departamento del Valle del Cauca, área geográfica en la cual tiene una participación aproximada del cinco (5%) por ciento. (Negrilla y cursiva fuera de texto).

Como se muestra a continuación, TOTAL GAS es propietario de cuatro (4) inmuebles en los cuales se desarrolla la actividad de distribución minorista de combustibles; es operadora de tres (3) EDS; es socia de otras personas que son propietarias de dos (2) EDS y es participe de un contrato de cuentas en participación sobre una EDS.

⁴ Folio 124 del Cuaderno Único del Expediente.

⁵ Folios 125 y 126 del Cuaderno Único del Expediente.

Estación de Servicio	Dirección	Ciudad	Modalidad	Destinación
EDS Zona T	Cra 24 12 - 50	Buga	Propietario	Mixta
EDS Combustibles Mediacanoa	K 7 Buga Bventura	Mediacano	Operador	Líquidos
EDS Recargax Yumbo	Cra 6 15 - 30	Yumbo	Propietario	Mixta
EDS Mobil Yumbo	Calle 16 4 - 15	Yumbo	Operador	Líquidos
EDS Simón Bolívar	Calle 36 39a - 66	Cali	Propietario	Líquidos
EDS Recargax Guadalupe	Calle 14 b 53 - 130	Cali	Operador	GNV
EDS Recargax La Virgen	Cra 6 24n - 75	Popayán	Socios	GNV
EDS Recargax Santa Elena	Calle 5 26 - 39	Popayan	Propietario	GNV
EDS San Pedro	K 3 Via Funza Siberia	Funza	Socios	GNV
La Isla	Cra 17c 56 - 30	Bucaramanga	Cta Participacion	GNV

Las estaciones de servicio de líquidos antes identificadas son afiliadas a la cadena ExxonMobil.

De otra parte, TOTAL GAS es Operadora del inmueble en el cual funciona la EDS RECARGAX SAN FRANCISCO ubicada en Cali. Este es el inmueble que EXXONMOBIL venderá a TOTAL GAS y que se notifica a la SIC por medio del presente documento. (Negrilla y cursiva fuera de texto).

La composición accionaria de la sociedad TOTAL GAS es la siguiente:

ACCIONISTAS	PARTICIPACIÓN
Jairo Alfonso Contreras	38.02%
Gabriel Gomez Botero	60.00%
Johana Contreras Romero	0.78%
Jorge Navarrete M	0.40%
Maria Victoria López	0.80%
Total	100%

9.2. Sobre la Operación Notificada

La operación objeto de examen se erige en la celebración un **“contrato de compraventa de un inmueble en el cual funciona la EDS RECARGAX SAN FRANCISCO, junto con las edificaciones, bienes y equipos que existen sobre tal inmueble⁶”**. (Negrilla y cursiva fuera de texto).

Al respecto, las compañías intervinientes, EXXONMOBIL a través de su apoderado y TOTAL GAS por intermedio de su representante legal, señalaron en el escrito de notificación de la operación radicado con el No. 12-2186020-0-0, lo siguiente:

“Como se explicará en detalle más adelante en este documento, EXXONMOBIL venderá la propiedad que tiene sobre un (1) inmueble en la ciudad de Cali, Valle. En ese inmueble funciona actualmente una estación de Servicio automotriz (en adelante EDS) denominada RECARGAX SAN FRANCISCO⁷”. (Negrilla y cursiva fuera de texto).

La EDS que funciona en ese inmueble es operada actualmente por TOTAL GAS en virtud de un contrato de operación celebrado con EXXONMOBIL.

⁶ Folio 128 del Cuaderno Único del Expediente.

⁷ Folio 123 del Cuaderno Único del Expediente.

Cabe señalar que después de celebrada la operación TOTAL GAS continuará operando la EDS que funciona en el inmueble objeto de la operación en virtud de un contrato de operación suscrito con EXXONMOBIL. (Negrilla y cursiva fuera de texto).

Como se explica en detalle más adelante la sociedad compradora del inmueble actualmente es propietaria de algunos inmuebles en donde funciona EDS y es operadora de algunas EDS. (Negrilla y cursiva fuera de texto).

Una vez se realice la operación que se notifica, la participación en cabeza de TOTAL GAS en el mercado relevante en el cual aquella producirá efectos será inferior al 20% de tal mercado. En consecuencia, la operación se encuentra autorizada directamente por la ley de acuerdo con lo establecido en el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009. [...]⁸. (Negrilla y cursiva fuera de texto).

DÉCIMO: Análisis del Caso

Como se indicó con antelación, la operación analizada alude a la modificación de la titularidad del derecho de propiedad del inmueble en el que opera la EDS RECARGAX SAN FRANCISCO, operada por TOTAL GAS y abanderada por EXXONMOBIL.

Lo anterior, en los siguientes términos:

“La EDS que funciona en ese inmueble es operada actualmente por TOTAL GAS en virtud de un contrato de operación celebrado con EXXONMOBIL”.

Aunado a lo anterior, se indica:

“Luego de celebrada la operación con TOTAL GAS, ésta continuara operando la EDS que funciona en el inmueble objeto de la operación en virtud de un contrato de operación suscrito con EXXONMOBIL”⁹.

A consideración de esta Delegatura se hace necesario determinar si los criterios expuestos por las intervinientes en el caso de la notificación de la operación de integración mencionada en líneas anteriores son consistentes con el análisis definido por el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, para tal procedimiento.

En ese sentido, el presente caso se analizará teniendo en cuenta los supuestos de las Integraciones Jurídico- Económicas

10.1. Sobre los supuestos de las Integraciones Jurídico- Económicas

La Ley 1340 de 2009, prevé en su Título Segundo, lo relacionado con las integraciones empresariales. En ese sentido, en su artículo noveno se indica que las integraciones podrán ser de carácter vertical u horizontal, según corresponda.

⁸ Ibidem.

⁹ Ibidem.

Adicionalmente, y siguiendo los lineamientos definidos por el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, las empresas que proyecten llevar a cabo una integración deberán informar previamente a la Superintendencia de Industria y Comercio cuando cumplan con los siguientes supuestos:

- i) **Supuesto Subjetivo:** El supuesto subjetivo señala que la obligación legal de informar la operación depende irrestrictamente de que las empresas que se pretendan integrar **estén dedicadas a la misma actividad productora, abastecedora, distribuidora, o consumidora de un bien o servicio determinado, o que se encuentren en la misma cadena de valor de dicho bien o servicio.**
- ii) **Supuesto objetivo:** El supuesto objetivo considera dos aspectos.
 - Test de activos e ingresos operacionales
 - Forma jurídica que reviste la operación

Las empresas que desarrollen la misma actividad económica aun cuando participen en una etapa productiva diferente, que no se encuentren en situación de grupo empresarial y que conjuntamente tengan activos o ingresos operacionales superiores al monto fijado por la SIC, que para el año 2012 corresponde a cien mil (100.000) salarios mínimos legales mensuales.

Sobre la forma jurídica que reviste la operación se indica:

“Las empresas que pretendan fusionarse, consolidarse o integrarse entre sí, están en el deber de dar informe previo de la operación a esta Entidad, sin importar la forma o la vía jurídica que se adopte”¹⁰.

Sobre el particular, en la guía de integraciones de esta Superintendencia se indica¹¹:

*“Hace referencia a la modalidad de la integración. Puede ser una adquisición de acciones, compra de activos, fusión, escisión, creación de una empresa, alianzas empresariales, contratos de franquicia, etc. **Sin importar la forma jurídica, se considerará que es una operación sujeta al trámite de información cuando cesa la competencia en, al menos, un mercado donde antes de la operación existía competencia y que luego de la operación las empresas conforman una sola unidad, dejando de competir**”.* (Negrilla y cursiva fuera de texto).

- iii) **Supuesto Cronológico:** Implica que las empresas que se pretenda integrar y cuya situación se enmarque en los supuestos ya referidos, deberán previa la realización de la operación contar con el pronunciamiento de la Superintendencia de Industria y Comercio. Así, el aviso no es posterior a la operación, sino que debe realizarse con antelación a la misma, pues de lo contrario se perderá el carácter preventivo de la norma.

¹⁰ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 56629 de 2011. Por medio de la cual se abrió investigación a MOLINOS ROA S.A., MOLINOS FLORHUILA S.A., y ALIENERGY S.A.

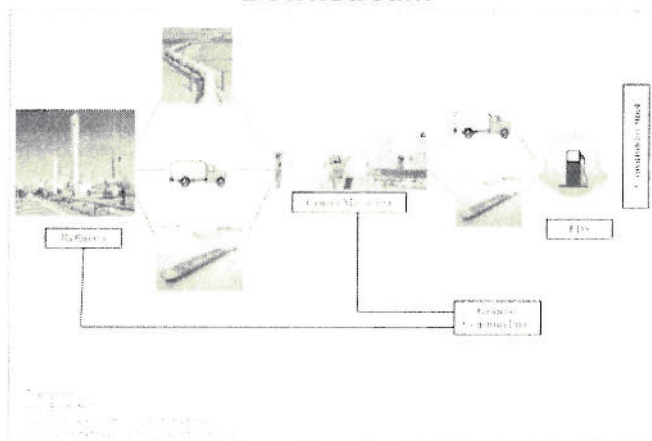
¹¹ Superintendencia de Industria y Comercio. Guía de Análisis de Integraciones empresariales (Horizontales, Verticales y conglomerados). Recuperado de http://www.sic.gov.co/recursos_usuario/documentos/publicaciones/guia_integraciones/index.html

10.1.1. Sobre el supuesto subjetivo

De acuerdo con concepto del Ministerio de Minas y Energía (en adelante MME)¹², la cadena de combustibles líquidos derivados del petróleo está compuesta por todos los agentes que se dediquen a refinar, importar, almacenar, distribuidor, transportar, y consumir combustibles líquidos derivados del petróleo, excepto Gas Licuado de Petróleo (GLP)¹³.

La gráfica 1, muestra a los agentes de la cadena de distribución de combustibles y las diferentes relaciones que se dan entre ellos.

Gráfica 1: Distribución y comercialización de los combustibles en Colombia – Downstream



Fuente: Decreto 4299 de 2005 y Decreto 1609 de 2002

Fuente: FEDESARROLLO (2010). Página 5.

De acuerdo con FEDESARROLLO¹⁴ (2010), las actividades desarrolladas dentro de la cadena van desde la refinación, el transporte, y la logística hasta la distribución y comercialización. Todas estas actividades conforman el *Downstream*¹⁵ de los combustibles líquidos. La cadena está conformada por refinadores, importadores, almacenadores, distribuidores mayoristas, transportadores, distribuidores minoristas o estaciones de servicios (EDS) y grandes consumidores (GC). (Ver gráfica 1).

El proceso de aprovisionamiento de combustibles líquidos proviene del proceso de refinación nacional y las importaciones, aunque principalmente se depende de la refinación nacional.

¹² Radicado Ministerio de Minas y Energía 2010003730 del 28 de Enero de 2010. <http://www.minminas.gov.co/minminas/downloads/UserFiles/File/Normatividad/ConceptosJuridicosHidrocarburos/2010/2010011050%205-03-2010%20Distribucion%20mayorista%20minorista%20de%20combustibles%20liquidos.pdf>

¹³ Es la mezcla de gases licuados presentes en el gas natural.

¹⁴ GRACIAS, Orlando. LA LEY DE FRONTERAS Y SU EFECTO EN EL COMERCIO DE COMBUSTIBLES LÍQUIDOS. FEDESARROLLO. Septiembre de 2010. Página 5.

¹⁵ Dentro de la industria del petróleo se divide normalmente en tres fases:

"Upstream": Exploración y producción.

"Midstream": Transporte, procesos y almacenamiento.

"Downstream": Refino, venta y distribución.

Las operaciones medias generalmente se incluyen en la categoría final.

En el proceso de refinación participa toda persona natural o jurídica que ejerza la actividad de refinación de hidrocarburos para la producción de combustibles líquidos derivados del petróleo. En Colombia, las refinerías existentes están ubicadas en Apiay, Barrancabermeja, Cartagena y Orito, siendo la de Barrancabermeja la más importante. Hoy en día el 99% de la capacidad de refinación del país está en cabeza de Ecopetrol¹⁶.

En cuanto a la dinámica de comercio exterior, según la UPME, la balanza comercial en materia de hidrocarburos en los últimos años ha sido positiva, puesto que las exportaciones superan ampliamente a las importaciones. Para el año 2010, el país debió importar 67.381 BDC de productos refinados, principalmente diesel (47.424 BDC), seguido de 17.529 BDC de diluyente crudo¹⁷.

El Transporte y logística, está conformada por la red de ductos para el transporte de fuel oil (combustóleo-ductos); aquellos que transportan el gas licuado de petróleo (GLP) proveniente de la refinería hacia los diferentes puntos de almacenamiento (propano-ductos); y los poliductos que transportan gasolina, aceite combustible para motor (ACPM) y otros combustibles hasta las plantas de abasto y/o distribuidores mayoristas¹⁸.

El transporte por poliducto es complementado con transporte marítimo, fluvial y terrestre. Para transportar el combustible líquido desde la refinería hasta el centro mayorista se puede utilizar un poliducto a planta mayorista, dicho transporte lo realiza Ecopetrol. Por su parte, las plantas mayoristas que no estén interconectadas por medio de poliducto usan carro-tanques contratados por el distribuidor mayorista mientras que las plantas mayoristas ubicadas en lugares sin acceso vial y poliductos utilizan barcazas que son contratadas por el mayorista. Las estaciones de servicio contratan a transportadores, ya sea usando carro-tanques o medios fluviales, para llevar el combustible líquido desde las plantas mayoristas a las estaciones de servicio¹⁹.

El último eslabón del *Downstream* consiste en la distribución y comercialización de los combustibles líquidos al consumidor final. En la distribución y comercialización participan plantas de abasto, distribuidores mayoristas y minoristas, y grandes consumidores²⁰.

Las plantas de abastecimiento son las instalaciones físicas, construidas y operadas en tierra, necesarias para almacenar, manejar y despachar al por mayor combustibles líquidos derivados del petróleo a las plantas de otros distribuidores mayoristas, a distribuidores minoristas o al gran consumidor²¹.

Los distribuidores mayoristas son compañías encargadas de la intermediación de los combustibles entre su producción o importación y la distribución minorista a través del almacenamiento. Los agentes mayoristas abanderan la mayoría de estaciones de servicio mediante acuerdos comerciales, compran el combustible a Ecopetrol o a refinadores privados,

¹⁶ Ibidem. FEDESARROLLO, página 5.

¹⁷ UPME. PROYECCIÓN DE LA DEMANDA DE COMBUSTIBLES LÍQUIDOS Y GNV EN COLOMBIA. Febrero de 2012. Página 12.

¹⁸ Óp., Cit. FEDESARROLLO. Páginas 5 y 6.

¹⁹ Ibidem. FEDESARROLLO. Páginas 5 y 6.

²⁰ Ibidem. FEDESARROLLO. Página 6.

²¹ Ibidem. FEDESARROLLO. Página 6.

almacenan y agregan aditivos a los productos y venden a los distribuidores minoristas o a grandes consumidores²². (Negrilla fuera de texto).

El *Downstream* finaliza en las ventas de los derivados al consumidor final, bien sean personas naturales o grandes consumidores. **El distribuidor minorista es quien se dedica a la venta de combustibles líquidos derivados del petróleo al consumidor final a través de estaciones de servicio.** El gran consumidor es todo usuario que consuma en desarrollo de su actividad industrial y comercial más de diez mil (10.000) galones al mes de combustibles líquidos derivados del petróleo. Cabe mencionar que los grandes consumidores pueden importar directamente el combustible²³.

La reglamentación de la cadena de distribución de combustibles líquidos se encuentra en el Decreto 4299 de noviembre 25 de 2005. En el mencionado decreto se definen las calidades para cada uno de los agentes definidos anteriormente, los requisitos y las obligaciones de los mismos.

De acuerdo con lo indicado en los párrafos anteriores, se puede concluir que las sociedades intervinientes EXXONMOBIL y TOTAL GAS, se encuentran en el segmento *Downstream* consistente en la distribución y comercialización de combustibles líquidos al consumidor final. Mientras la actividad de EXXONMOBIL es la distribución mayorista, TOTAL GAS desarrolla la actividad de distribución minorista (comercialización al consumidor final).

En este sentido, el abastecimiento de combustible a los consumidores finales depende de la relación entre el distribuidor mayorista y el distribuidor minorista. Si bien EXXONMOBIL no llega directamente al consumidor final, es cierto que esto solo puede hacerlo si abandera estaciones de servicio, sean propias (bajo el esquema de integración vertical) o sean contratadas con terceros (en calidad de administradores o propietarios o de los terrenos en los que opera la estación de servicio),

Por lo tanto, dado que las compañías intervinientes participan en el mismo segmento de la cadena *Downstream*, y tienen incidencia en la distribución minorista, bajo el esquema de abanderamiento, la operación en cuestión podría tener efectos en el mercado de distribución minorista de combustibles líquidos en la ciudad de Cali.

Ahora, de acuerdo con las estadísticas del Sistema de información de combustibles líquidos (SICOM), en la ciudad de Cali existen 169 estaciones de servicio. De acuerdo con el distribuidor mayorista, la mayor participación la tiene EXXON con el 34%, seguido de TERPEL con el 33% y CHEVRON con el 20%. (Ver Tabla 1).

²² Ibidem. FEDESARROLLO. Página 6.

²³ Ibidem. FEDESARROLLO. Página 6.

Tabla 1: Composición de la distribución mayorista en la ciudad de Cali

MAYORISTA	No DE ESTACIONES ABANDERADAS	PARTICIPACIÓN %
BIOMAX	12	7%
TERPEL	56	33%
EXXON	57	34%
CHEVRON	34	20%
PETROMIL	2	1%
INDEPENDIENTES*	3	2%
PETROBRAS	5	3%
TOTAL	169	100%

* No reporta distribuidor mayorista

Fuente: SICOM. Elaboración: SIC

Por lo tanto, una operación de integración en la cual EXXONMOBIL modifique su participación como distribuidor mayorista en el abanderamiento de estaciones de servicio en la ciudad de Cali, es relevante en la medida en que EXXONMOBIL es el distribuidor mayorista que más estaciones de servicio (distribuidores minoristas) tiene abanderadas en dicha ciudad.

Al respecto, las compañías intervinientes EXXONMOBIL a través de su apoderado y TOTAL GAS por intermedio de su representante legal, señalaron en el escrito de notificación de la operación radicado con el No. 12-2186020-0-0, lo siguiente:

*“Como se explicará en detalle más adelante en este documento, **EXXONMOBIL venderá la propiedad que tiene sobre un (1) inmueble en la ciudad de Cali, Valle.** (Negrilla y cursiva fuera de texto).*

***En ese inmueble funciona actualmente una Estación de Servicio automotriz (en adelante EDS) denominada RECARGAX SAN FRANCISCO.** (Negrilla y cursiva fuera de texto).*

*La EDS que funciona en ese inmueble es operada actualmente por TOTAL GAS en virtud de un **contrato de operación celebrado con EXXONMOBIL.** Cabe señalar que después de celebrada la operación TOTAL GAS continuará operando la EDS que funciona en el inmueble objeto de la operación en virtud de un contrato de operación suscrito con EXXONMOBIL. (Negrilla, cursiva y subraya fuera de texto).*

Como se explica en detalle más adelante la sociedad compradora del inmueble actualmente es propietaria de algunos inmuebles en donde funciona EDS y es operadora de algunas EDS.

***Una vez se realice la operación que se notifica, la participación en cabeza de TOTAL GAS en el mercado relevante en el cual aquella producirá efectos será inferior al 20% de tal mercado. En consecuencia, la operación se encuentra autorizada directamente por la ley de acuerdo con lo establecido en el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009. [...]**²⁴. (Negrilla, cursiva y subraya fuera de texto).*

Como se indicó en el acápite 9.1.2., TOTAL GAS opera en calidad de propietario o de administrador dos (2) estaciones de servicio en la ciudad de Cali. Sumado a ello, también ostenta dicha condición respecto de la EDS RECARGAX SAN FRANCISCO, inmueble objeto de la operación, el cual es propiedad de EXXONMOBIL y que fue vendido a TOTAL GAS.

²⁴ Folio 123 del Cuaderno Único del Expediente.

Sobre lo anterior, las intervinientes manifestaron:

"[...] TOTAL GAS, como antes se indicó, ya cuenta con la propiedad y tenencia de otros inmuebles en los cuales funcionan EDS.

Por tanto, la compra de la propiedad del inmueble antes identificado puede configurar una integración empresarial en cabeza de TOTAL GAS en la medida en la cual implica un cambio de la condición de esa compañía de tenedora a propietaria sobre el inmueble objeto de venta. En todo caso resulta pertinente señalar que TOTAL GAS actualmente ya ejerce el control de tal inmueble puesto que ejerce su tenencia en desarrollo de un contrato de operación vigente celebrado con EXXONMOBIL"²⁵

"[...] Una vez se realice la operación que se notifica, la participación en cabeza de TOTAL GAS en el mercado relevante en el cual aquella producirá efectos será inferior al 20% de tal mercado. En consecuencia, la operación se encuentra autorizada directamente por la Ley de acuerdo con lo establecido en el artículo 9 de la ley 1340 de 2009 [...]"²⁶

Siguiendo el criterio expuesto anteriormente por las intervinientes, se tiene que en la ciudad de Cali operan 3 estaciones de servicio de TOTAL GAS, bien sea porque dicha compañía es propietaria de los inmuebles o debido a que son operadores de los mismos, y tienen una relación contractual con el distribuidor mayorista. Es decir, que de las 169 estaciones de servicio existentes en Cali, y de las 57 abanderadas por EXXONMOBIL, sólo 3 son operadas por TOTAL GAS.

10.1.2. Sobre el supuesto objetivo

Al respecto, y sobre el test de activos e ingresos operacionales las intervinientes indicaron²⁷:

"EXXONMOBIL al 31 de diciembre de 2011 tenía activos totales por la suma de \$ 1.167.190.442.000 pesos e ingresos operacionales por la suma de 5.673.821.232.000.

A su vez, TOTAL GAS registró en el año 2011 activos totales por \$19.893.689.621 e ingresos operacionales por \$ 41.334.993.424.

Por tanto, individualmente considerada EXXONMOBIL reúne las condiciones del supuesto objetivo [...] ". Es decir, su nivel de activos totales o ingresos operacionales en el año 2011 supera el monto de los 100.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes [...] a partir de los cuales surge la obligación de notificar a la SIC una operación".

Ahora, sobre la forma jurídica que reviste la operación indicaron:

²⁵ Folio 129 del Cuaderno Único del Expediente.

²⁶ Folio 123 del Cuaderno Único del Expediente.

²⁷ Folio 172 del Cuaderno Único del Expediente.

*"La operación que por virtud de este documento se notifica a la SIC consiste en un **contrato de compraventa de un inmueble en el cual funciona la EDS RACARGAX SAN FRANCISCO, junto con las edificaciones, bienes, y equipos que existen sobre tal inmueble**". (Negrilla y cursiva fuera de texto).*

"En la actualidad, es decir, antes de celebrar la operación que se notifica, la EDS RACARGAX SAN FRANCISCO que funciona en el inmueble objeto de venta, es operada por TOTAL GAS. Esa sociedad desarrolla la actividad de distribución minorista de combustibles por medio de esa EDS. Después de efectuada tal operación, TOTAL GAS seguirá desarrollando tal actividad por medio de la EDS que funciona en ese inmueble²⁸".

"Además, después que se realice tal operación la EDS que funciona en el inmueble objeto de venta continuará identificada con la bandera de la marca MOBIL. Ello implica que la EDS que funciona en el inmueble objeto de venta permanecerá afiliada a la cadena EXXONMOBIL dado que EXXONMOBIL, continuará suministrándole combustibles líquidos al por mayor²⁹".

10.1.3. Sobre el supuesto cronológico

Sobre el particular se tiene que las intervinientes manifestaron:

"[...] Una vez se realice la operación que se notifica, la participación en cabeza de TOTAL GAS en el mercado relevante en el cual aquella producirá efectos será inferior al 20% de tal mercado. En consecuencia, la operación se encuentra autorizada directamente por la Ley de acuerdo con lo establecido en el artículo 9 de la ley 1340 de 2009 [...]"³⁰

En ese sentido, dado que a criterio de las intervinientes, la operación se entendió autorizada. Es de suponer que ésta efectivamente se llevó a cabo, luego del acuse de recibo emitido por el Grupo de Integraciones Empresariales de esta Superintendencia.

10.1.4. Conclusiones sobre los supuestos que configuran una eventual integración

De la verificación de los supuestos se tiene que:

- i) Como lo indica el apoderado de EXXONMOBIL y el Representante Legal de TOTAL GAS después de celebrada la operación, el inmueble transferido será propiedad de TOTAL GAS, y continuará operando bajo la bandera de EXXONMOBIL.
- ii) Es claro entonces, que la operación consiste en la modificación de la titularidad del derecho de propiedad del inmueble en el que opera la EDS RECARGAX SAN FRANCISCO. La operación descrita bajo el contrato de compraventa solo cambia la relación económica entre el agente distribuidor mayorista (EXXONMOBIL) y el

²⁸ Folio 128 del Cuaderno Único del Expediente.

²⁹ Ibidem.

³⁰ Folio 123 del Cuaderno Único de la Referencia.

agente distribuidor minorista (TOTAL GAS), cambiando de una EDS propiedad del distribuidor mayorista (EXXONMOBIL) y operada por un tercero minorista (TOTAL GAS), a una EDS abanderada por EXXONMOBIL propiedad y operada por un minorista (TOTAL GAS).

- iii) De lo anterior, se colige que entre EXXONMOBIL y TOTAL GAS, y con antelación a la existencia del contrato de compraventa, existía una relación de subordinación, ya que TOTAL GAS siendo operador (propietario o no del predio donde opere) la EDS, se sujeta a las condiciones del distribuidor mayorista que abandere la estación de servicio, en este caso EXXONMOBIL.
- iv) Si bien la participación de EXXONMOBIL en el mercado es relevante, distribución minorista de combustibles líquidos en la ciudad de Cali, es importante (como se indica en el acápite 10.1.1), la operación notificada no cambia dicha participación, según las estaciones de servicio abanderadas en la ciudad de Cali, como tampoco cambia la de TOTAL GAS como operador de estaciones de servicio.
- v) Es necesario advertir que este tipo de contrato (contrato de compraventa) no implica la restricción de ningún agente en el mercado de distribución minorista de combustibles líquidos en la ciudad de Cali. El análisis sería distinto, si la operación modificara la participación de TOTAL GAS en dicho mercado en su calidad de operador de Estaciones de Servicio (EDS), y como efecto de ello también se modificara la participación de EXXONMOBIL dentro de las estaciones de servicio abanderadas en la ciudad de Cali.
- vi) Si bien es necesario analizar este tipo de contratos (contratos de compraventa) dentro del marco del análisis de integraciones empresariales, el cambio en la titularidad del predio en el que opere una EDS, es relevante en la medida en que cambie la forma en la que participen los agentes distribuidores minoristas y los agentes distribuidores mayoristas dentro del conjunto de EDS en la ciudad de Cali o el área geográfica relevante.
- vii) En consecuencia, del análisis de los supuestos configuradores de una integración, se tiene que la operación entre EXXONMOBIL y TOTAL GAS, no se define como tal, ya que la forma jurídica que reviste dicha operación, muestra que la relación económica entre las intervinientes y su participación en el mercado relevante no fue modificada.

UNDÉCIMO: Consideraciones de esta Delegatura

La operación descrita por las intervinientes y trasladada por el Grupo de Integraciones Empresariales al Grupo para la Protección de la Competencia, alude a un contrato de compraventa de un predio en el que funciona una EDS, operada por un agente distribuidor minorista de combustibles líquidos, y abanderada por un agente distribuidor mayorista.

Dicha operación no modificó la estructura del mercado de distribución minorista de combustibles líquidos. Toda vez, no se redujo el número de competidores, ni aumentó la concentración en los mismos.

Lo anterior derivado del hecho, que la EDS RECARGAX SAN FRANCISCO cambio de propietario, no obstante, su actividad económica sigue siendo la misma, y continua operando bajo la bandera del mismo proveedor o distribuidor mayorista.

La operación sólo afecta la condición de titular del inmueble en el que funciona una EDS. Por cuanto, el comprador (TOTAL GAS) ya operaba el inmueble que ahora adquiere, al tiempo que en dicha EDS, sólo se distribuían los combustibles líquidos suministrados por EXXONMOBIL. De ahí, que la participación que pueda tener EXXONMOBIL en el mercado de distribución de combustibles líquidos en virtud de la citada operación es idéntica.

Dicha operación, no se enmarca dentro de los supuestos de una integración económica, ya que la forma jurídica que revistió (celebración de contrato de compraventa) no cambia la participación del agente mayorista respecto del total de estaciones de servicio distribuidoras minoristas de combustibles líquidos abanderadas en el mercado geográfico definido, correspondiente a la ciudad de Cali.

De igual modo, no se restringe la participación del agente distribuidor minorista, ya que este sigue operando la estación de servicio objeto del contrato de compraventa.

Se puede concluir que la operación descrita bajo el contrato de compraventa, sólo cambia la titularidad del predio donde opera una EDS, pasando de ser propiedad del distribuidor mayorista (EXXONMOBIL) y operada por un tercero minorista (TOTAL GAS), a ser una EDS abanderada por EXXONMOBIL cuyo precio es propiedad y operada por un minorista (TOTAL GAS).

En mérito de lo anterior, esta Delegatura,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: ARCHIVAR el trámite radicado con el número 12-225917, por las razones señaladas en la parte considerativa de esta decisión.

ARTÍCULO SEGUNDO: COMUNICAR al Coordinador del Grupo de Trabajo para la Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio.

ARTÍCULO TERCERO: COMUNICAR al Coordinador del Grupo de Integraciones Empresariales de la Superintendencia de Industria y Comercio.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D. C., a los **26 ABR 2013**

El Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia (E)

(ORIGINAL
FIRMADO) *Julio César Castañeda Acosta*
JULIO CÉSAR CASTAÑEDA ACOSTA