



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

RESOLUCIÓN NÚMERO **Nº 19511** DE 2016

( 19 ABR 2016 )

Radicación: 15-96130

VERSIÓN PÚBLICA

*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"*

**EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO**

En ejercicio de sus facultades legales, en especial de las previstas en la Ley 1340 de 2009, el Decreto 4886 de 2011<sup>1</sup>, en concordancia con el Decreto 2153 de 1992<sup>2</sup>; y

**CONSIDERANDO**

**PRIMERO:** Que de conformidad con lo establecido en el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, mediante comunicación radicada con el No. 15-096130-00 del 4 de mayo de 2015<sup>3</sup>, **ORGANIZACIÓN TERPEL S.A.** (en adelante, "**TERPEL**") informó a esta Entidad la intención de realizar una operación de concentración con **SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS CENTRO NORTE S.A.** (en adelante, "**AIRPLAN**"), consistente en la celebración de un contrato de subconcesión para administrar y operar la red de hidrantes para el suministro de combustible JET-A1 en el aeropuerto José María Córdova (en adelante "**JMC**"), ubicado en Rionegro, Antioquia.

**SEGUNDO:** Que mediante Resolución No. 100658 del 23 de diciembre de 2015, la Superintendencia de Industria y Comercio objetó la operación de integración entre **TERPEL** y **AIRPLAN** (en adelante y de manera conjunta, **INTERVINIENTES**), al llegar a la conclusión que tiende a producir una indebida restricción de la competencia. Lo anterior fue sustentado en las siguientes conclusiones:

*"- Mediante Resolución No. 52117 de 2015, esta Superintendencia determinó que los competidores actuales de **TERPEL** no tienen la capacidad de contrarrestar su poder de mercado, aprovechando su amplia red de distribución minorista a nivel nacional y su posición dominante en el mercado de distribución mayorista. Ahora bien, resulta aún más preocupante para la Superintendencia que se presenten posibles restricciones en el eslabón minorista en el aeropuerto **JMC**, considerando que es uno de los aeropuertos de mayor tráfico aéreo del país.*

*- La considerable cobertura de **TERPEL** como distribuidor minorista en distintos aeropuertos del país, le otorga una ventaja competitiva frente a sus inmediatos competidores, permitiéndole ofrecer combustible a sus clientes en diversas zonas con mejores condiciones comerciales, situación que tendría como efecto inmediato beneficios para el consumidor, pero que posteriormente llevaría a la eventual salida de competidores actuales y a la reducción de las posibilidades para el acceso de nuevos competidores al mercado.*

*- El poder de mercado que puede ejercer **TERPEL** gracias su posición de dominio en el eslabón mayorista y su integración vertical con el eslabón minorista, sumado a la operación de una infraestructura esencial como lo es la red de hidrantes en el aeropuerto **JMC**; crearía una barrera a la entrada para potenciales competidores que quieran participar en el eslabón de distribución minorista, generando además una barrera de desarrollo y crecimiento para su competidor actual (██████████).*

*Con el perfeccionamiento de la operación proyectada, **TERPEL** resultaría dominante a lo largo de la cadena de valor desde la distribución mayorista (i.e. distribución mayorista, operación de red de hidrantes y distribución minorista de combustibles en el aeropuerto **JMC**).*

<sup>1</sup> Mediante el cual se modificó la estructura y se determinaron las funciones de la Superintendencia de industria y Comercio.

<sup>2</sup> Modificado por el Decreto Ley Antitrámites No. 019 de 2012.

<sup>3</sup> Folios 19 al 54 del Cuaderno Público No. 1 y del Cuaderno Reservado de Intervinientes No. 1 del Expediente. Entiéndase que en el presente acto administrativo cuando se hace referencia al Expediente, el mismo corresponde al radicado con el No. 15-096130.

*“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”*

- De conformidad con los riesgos encontrados por esta Superintendencia, los condicionamientos propuestos (...) no son suficientes para atenuar el efecto de concentración de poder de mercado que se presentaría con el perfeccionamiento de la operación proyectada.

- **TERPEL** no logró demostrar que los beneficios de la operación para los consumidores exceden el posible impacto negativo sobre la competencia, como lo exige el artículo 12 de la Ley 1340 de 2009.”

**TERCERO:** Que dentro del término señalado en la Resolución No. 100658 de 2015, mediante escritos radicados con los Nos. 15-96130-27 del 18 de enero de 2016 y 15-96130-28 del 19 de enero de 2016 **AIRPLAN** y **TERPEL**, respectivamente, interpusieron recursos de reposición contra la misma, solicitando que se revoque y que en su lugar se proceda a autorizar la operación de integración notificada.

Adicionalmente, **AIRPLAN** realizó la siguiente petición subsidiaria:

*“2. De no prosperar la anterior petición, se solicita a la Superintendencia que permita a **AIRPLAN**, en su calidad de administrador y controlante de la red de hidrantes, contratar a **TERPEL** para que éste, por un término de no más de cinco años, opere directamente la red, mientras **AIRPLAN** consigue nuevos recursos para la financiación de la adecuación y construcción de los tanques de almacenamiento y readecuación de la red ya construida, y a su vez, contrate un nuevo operador de la red, conforme con las reglas de libre mercado y como lo obliga el contrato de concesión, con el fin de mitigar el potencial detrimento patrimonial del Estado.”*

A continuación se resumirán los argumentos planteados por **AIRPLAN** y **TERPEL** en sus recursos de reposición:

### 3.1. Argumentos de **AIRPLAN**

- **AIRPLAN** y **TERPEL** no se dedican a las mismas actividades económicas ni hacen parte de la misma cadena de valor, razón por la cual la operación sometida a autorización de la Superintendencia de Industria y Comercio no es en estricto sentido una integración económica.
- La contratación de la operación de la red de hidrantes del aeropuerto **JMC** con **TERPEL** se hace en cumplimiento de las obligaciones contractuales que tiene **AIRPLAN** de acuerdo con el contrato de concesión, las cuales incluyen la obligación de contratar dicha operación con los actuales proveedores de combustible del aeropuerto **JMC**. De esta forma, **AIRPLAN** inició un proceso con sus actuales proveedores, **TERPEL** y **ENERGIZAR S.A.** (en adelante **ENERGIZAR**) y además solicitó cotizaciones a terceros en caso tal que no pudiera llegarse a un acuerdo con los actuales proveedores para la operación de la red.
- Comoquiera que **TERPEL** presentó la mejor propuesta, **AIRPLAN** decidió conceder la operación a **TERPEL**, en tanto que contaba con una ventaja competitiva histórica consistente en que desde los años 80, en virtud de diferentes concesiones estatales, **TERPEL** construyó un sistema de almacenamiento para combustible de aeronaves en cercanías del aeropuerto **JMC**, el cual se conectó a la red de hidrantes entonces construida. Además, **TERPEL** posee la experiencia y experticia necesaria para operar adecuada y eficientemente la nueva red de hidrantes.
- El sistema de almacenamiento de **TERPEL** está ahora conectado a la nueva red de hidrantes construida por **AIRPLAN**, evitando de esta forma las cuantiosas inversiones en tiempo y dinero que representaría la construcción de un sistema de almacenamiento de combustible alternativo, desaprovechando los tanques de **TERPEL**, los cuales cuentan con la capacidad instalada para atender la demanda actual del aeropuerto **JMC**.
- El sistema de almacenamiento de combustible de **TERPEL** es una facilidad esencial por cuanto es indispensable en la operación de suministro de combustible a través de la red de hidrantes, y replicarlo resultaría técnica y financieramente inviable. Hacerlo conllevaría a desaprovechar un recurso que, existiendo y al duplicarse, termina creando una pérdida de bienestar social, pues la inversión habrá de recuperarse vía precios de operación y esto significa afectaciones al consumidor, pérdida de competitividad del aeropuerto y un potencial detrimento patrimonial para el aeropuerto y, en consecuencia, para el Estado.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- Lo anterior, también derivaría en la potencialidad de una reclamación en contra del Estado, pues la inversión en un nuevo sistema de almacenamiento sería una circunstancia imprevista e irresistible a la luz de la concesión.
- La promesa de contrato de subconcesión suscrita con **TERPEL** obliga a que dicha empresa preste los servicios de recepción, almacenamiento, bombeo, control, medición, distribución y llenado de combustible a los demás proveedores de combustible del aeropuerto **JMC** al mismo precio que se imputa a sí misma.
- La situación de preponderancia en el mercado mayorista y minorista y los efectos portafolio de **TERPEL** son preexistentes a la operación y de ninguna manera efecto directo de la misma. No puede asumirse que por tener una supuesta posición de dominio, **TERPEL** necesariamente incurrirá en prácticas restrictivas de la competencia.
- Con el fin de mitigar el potencial detrimento del patrimonio público derivado de la objeción de la operación, **AIRPLAN** solicitó que, en caso de insistirse en la objeción, se permita que **TERPEL**, por un término de no más de cinco años, sea contratado para operar la red de hidrantes mientras que **AIRPLAN** realiza las adiciones técnicas necesarias y contrata con un tercero para que opere la red de hidrantes y el nuevo sistema de almacenamiento que para el efecto se construya.
- Se ha planteado la posibilidad que **TERPEL** sea designado como administrador y operador de la red de hidrantes en el aeropuerto **JMC**, pero retirándose de la comercialización minorista en dicho aeropuerto. Dicho condicionamiento no es viable ni conveniente, pues al salir **TERPEL** de dicho mercado, **ENERGIZAR** se constituiría como proveedor único y monopolista del mercado minorista de comercialización de combustible en el **JMC**, eliminándose de esta forma la competencia.

### 3.2. Argumentos TERPEL

- No se presenta el supuesto subjetivo para considerar la operación como una concentración empresarial, toda vez que **AIRPLAN** no es parte de la cadena de valor de distribución de combustibles líquidos de aviación. Al respecto, señaló que la **CREG**, al referirse a la relación contractual que existe entre concesionarios y los distribuidores minoristas de combustible, no ha dicho que los concesionarios sean parte de la cadena de valor de distribución de combustibles.
- Al entender a los concesionarios de aeropuertos como parte de la cadena de valor de distribución de combustibles líquidos de aviación, se estarían desconociendo las normas legales vigentes que regulan la cadena de distribución de combustibles líquidos que establecen quienes son los agentes de la cadena y dentro de los cuales no se encuentran los concesionarios de aeropuertos.
- En virtud del contrato que se celebraría entre **AIRPLAN** y **TERPEL**, esta última no adquiere el control sobre **AIRPLAN**, en tanto que no adquiere la posibilidad de definir su política empresarial, así como tampoco de la red de hidrantes. **TERPEL** simplemente utilizará la red de conformidad con lo previsto en el contrato prometido. Si en gracia de discusión se aceptara que hay una situación que implique la entrega del control de la red de hidrantes, dicho control se configuró en 1983, producto del contrato suscrito entre **TERPEL** y la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL AERONÁUTICA CIVIL** (en adelante **AEROCIVIL**).
- Si la Superintendencia de Industria y Comercio persiste en objetar la operación, **AIRPLAN** se quedará con unos activos que no puede utilizar o que tendrá que conectar a una facilidad de almacenamiento que debe ser construida, con los graves impactos que ello tendría en términos de competitividad y eficiencia para el aeropuerto **JMC** y sus usuarios.
- La resolución impugnada mide la participación de **TERPEL** en el mercado de distribución mayorista, sin que la operación genere efectos en ese mercado, y además omite dos distribuidores mayoristas que realizan transacciones con combustible JET A-1.
- Se desconoció la práctica de *tankering* por parte de las aerolíneas y usuarios en el mercado de aviación, mediante la cual las aerolíneas pueden abastecerse en cualquiera de los aeropuertos alternos de sus rutas y no necesariamente en el de destino o llegada.
- No es cierta la afirmación de la resolución impugnada según la cual para poder actuar como distribuidor minorista en el aeropuerto **JMC** se requiere tener un espacio arrendado dentro del aeropuerto, pues la normatividad sobre la materia no exige tal disposición, y además prueba de

*“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”*

esto es que **TERPEL** tiene su EDS por fuera del aeropuerto y existen varios casos de instalaciones por fuera del aeropuerto que funcionan legalmente como las de San José del Guaviare y Barranquilla.

- Frente al efecto portafolio aducido en la resolución impugnada, **TERPEL** manifestó que otros distribuidores minoristas de aviación cuentan igualmente con red de varios aeropuertos y por lo tanto podrían ofrecer un portafolio de opciones a sus clientes. La conclusión sobre la ventaja que otorga tener una red es equivocada en la medida en que muchas de las licitaciones de las compañías se realizan por aeropuerto. El supuesto poder de mercado para que sus clientes lo elijan porque tiene una red no es cierto. La participación de **TERPEL** en el mercado minorista se da porque es agresivo en Bogotá, donde se vende más del 63% del total de combustible para aviación.
- No puede afirmarse que el esquema planteado necesariamente generará una eliminación de competidores y el incremento de precios, por el contrario, lo más probable es que por el hecho de que **TERPEL** ponga a disposición de competidores su capacidad de almacenamiento, nuevos distribuidores minoristas decidan suministrar combustible en el aeropuerto **JMC**.
- **AIRPLAN** deberá realizar un nuevo proceso de contratación para la construcción de la infraestructura de almacenamiento e instalación de la red de hidrantes a dicha infraestructura con otras empresas y se estima que dicho proceso de selección y de construcción retrasaría la puesta en funcionamiento de la red de hidrantes en varios años.
- La construcción de un nuevo sistema de almacenamiento encarecerá el valor del combustible ya que deben hacerse inversiones que requieren ser recuperadas, lo que restaría competitividad y eficiencia al aeropuerto e impactaría negativamente a los consumidores.
- La Superintendencia estaría generando un retraso en la puesta en funcionamiento de un sistema que beneficiaría la operación en el aeropuerto **JMC**, para que la prestación de los mismos servicios que haría **TERPEL** se hagan por un tercero a precios más altos, fundamentando tal decisión en una supuesta conducta que realizaría **TERPEL** y no en un hecho cierto, pero respecto del cual, la Entidad tiene los mecanismos y facultades legales para sancionarlo.
- La razón por la cual los condicionamientos ofrecidos no fueron aceptados por no ser suficientes es porque los mismos no eliminarían un efecto que no es consecuencia de la integración, sino que existe independientemente de ella.
- Los cálculos sobre márgenes, precios y costos en la resolución impugnada no son precisos porque fueron calculados a partir de promedios aritméticos, que no incluyen promedios ponderados según volúmenes, esto es, que los precios y márgenes de todos los clientes de **TERPEL** no son iguales por cuanto varían según cada negociación. Además, los costos de combustibles calculados corresponden a los valores sin tener en cuenta los cambios de precio entre los periodos, toda vez que para la operación del negocio se requiere inventario en tanques.
- Hay aeropuertos en competencia que tienen márgenes más altos que otros aeropuertos en los que actúa como único proveedor de combustibles. La verdadera razón de las diferencias de precios y márgenes entre los aeropuertos son los costos y volúmenes vendidos. En consecuencia, se equivoca la Autoridad cuando considera que la única referencia que tiene **TERPEL** para efectos de determinar el precio es si es monopolista o tiene competencia.
- Una comparación técnicamente válida sería ver el margen de un mismo aeropuerto cuando **TERPEL** estaba con otros minoristas y cuando quedó solo.

**CUARTO:** Que conforme con lo previsto en el artículo 79 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, con el recurso de reposición se podrá decretar la práctica de pruebas, tanto aquellas que el funcionario que haya de resolverlo considere necesarias, como las que soliciten las partes que intervienen en el trámite.

En el presente caso, **AIRPLAN** y **TERPEL** solicitaron la práctica de algunas pruebas, las cuales fueron decretadas mediante Resolución No. 6227 del 10 de febrero de 2016. En la misma resolución también se decretaron pruebas de oficio. Todas las pruebas decretadas fueron practicadas en el periodo probatorio.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

**QUINTO:** Que de conformidad con el artículo 80 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, este Despacho procede a resolver los recursos de reposición interpuestos por **AIRPLAN** y **TERPEL**, contestando los argumentos presentados.

### 5.1. Antecedentes de la operación de integración presentada por TERPEL

A partir de la información del expediente, este Despacho encuentra pertinente hacer una breve referencia sobre algunos de los antecedentes de la operación sometida a autorización de esta Superintendencia. Así, en el año 1983 la **AEROCIVIL** contrató a **TERPEL** para construir una red de hidrantes de combustible en el aeropuerto **JMC** de la ciudad de Rionegro.

Conforme lo manifiestan las **INTERVINIENTES**, desde 1985, siendo el aeropuerto **JMC** administrado por la **AEROCIVIL**, la red de hidrantes ha sido operada por **TERPEL**, quien en un terreno contiguo al aeropuerto cuenta con bodegas instaladas y tambores de almacenamiento de combustible. Es así como la administración y operación de los activos referidos en la presente operación en el pasado ha estado a cargo de **TERPEL**.

De otro lado, mediante Resolución No. 0829 del 3 de marzo de 2008, la **AEROCIVIL** adjudicó la Licitación Pública número 7000132-OL de 2007 a **AIRPLAN**, cuyo objeto fue la selección de un adjudicatario que celebrara con la **AEROCIVIL** (subrogado contractualmente por la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA** en adelante la "ANI") y el **ESTABLECIMIENTO PÚBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA**, un contrato de concesión para la administración, operación, explotación comercial, adecuación, modernización y mantenimiento de los aeropuertos Olaya Herrera (Medellín), José María Córdova (Rionegro), el Caraño (Quibdó), los Garzones (Montería), Antonio Roldán Betancourt (Carepa) y las Brujas (Corozal). Como consecuencia de lo anterior, la **AEROCIVIL**, el **ESTABLECIMIENTO PÚBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA** y **AIRPLAN**, suscribieron el Contrato de Concesión No. 8000011-OK de 2008 para la administración, operación, explotación comercial, adecuación, modernización y mantenimiento de los aeropuertos antes mencionados, por un término inicial de hasta 25 años, que fue extendido hasta 32 años en virtud del Otrosí No. 8 de 2014.

Por lo anterior, la exclusividad con la que contaba **TERPEL** para operar el sistema de distribución de combustible del aeropuerto **JMC** venció en octubre de 2010, momento a partir del cual el control de la red de distribución y de hidrantes pasó a **AIRPLAN** como operador del aeropuerto **JMC**, quien tiene la posibilidad de conectar dicha red de hidrantes a cualquier tanque de almacenamiento de combustible.

De acuerdo con lo señalado por **AIRPLAN** en la solicitud de pre-evaluación<sup>4</sup>, la **AEROCIVIL** le entregó el sistema de abastecimiento de combustible a **AIRPLAN** sin un sistema de almacenamiento y de bombeo, y que el sistema existente se encontraba conectado de forma directa a la tubería que era propiedad de **TERPEL**, por lo que "al momento de ser designado Airplan como administrador de dicho aeropuerto se encontró una **situación de mercado real**, por fuera del poder dispositivo y de la voluntad de Airplan, que consistía en una red de hidrantes existentes para la época que era administrada por Terpel, y que dicha empresa era la única que contaba con un sistema de almacenamiento que verdaderamente pudiese abastecer a través de una red de hidrantes la totalidad de la demanda de combustible requerida en el aeropuerto". (Negritas y subrayado original del texto).

Por su parte, en lo que tiene que ver con la red de hidrantes, [REDACTED]

Esta previsión contractual debe complementarse con la cláusula tercera del contrato de concesión que estableció como objeto: [REDACTED]

[REDACTED] (negritas fuera del texto)

Teniendo en cuenta lo anterior, **AIRPLAN** determinó la necesidad de abrir dos procesos de contratación independientes y secuenciales. El primero de ellos, que sería adelantado directamente

<sup>4</sup> Folio 9 a 10 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

por **AIRPLAN**, tenía por objeto el "diseño detallado para la reubicación de puntos de abastecimiento y construcción de nuevos hidrantes, verificación y/o diseño de condiciones hidráulicas del sistema de abastecimiento del aeropuerto Jose María Córdova de Rionegro, Antioquia"<sup>5</sup>. El segundo proceso de contratación, que sería adelantado por el **CONSORCIO PROCAPEX** (en adelante "**PROCAPEX**"<sup>6</sup>), cuyo objeto era realizar la construcción del sistema de conformidad con los diseños contratados. Finalizado el diseño y la construcción del sistema, **AIRPLAN** contrataría a un operador del sistema<sup>7</sup>.

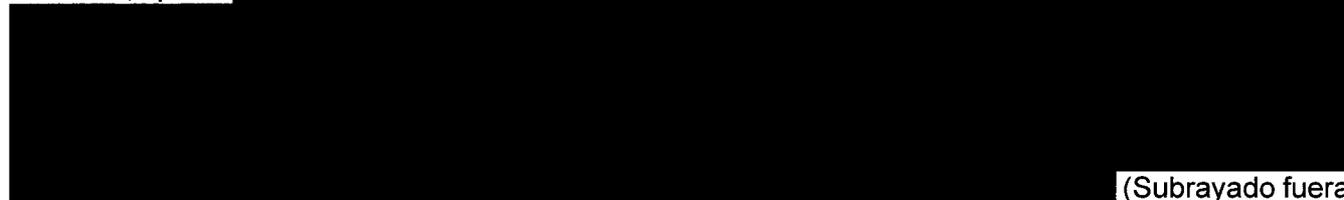
De esta forma, **AIRPLAN** dentro de las "Especificaciones técnicas mínimas requeridas" para recibir las ofertas estipuló:

"(...)



(...)"

De la anterior invitación a ofertar, **AIRPLAN** recibió siete (7)<sup>8</sup> ofertas, entre ellas la ofrecida por **TERPEL**, quien



(Subrayado fuera

de texto).

De acuerdo con lo señalado por **AIRPLAN**, tanto esta como **PROCAPEX** decidieron considerar recibir ofertas que incluyeran actividades, además de las establecidas anteriormente,



<sup>11</sup>. En consecuencia, se modificó el objeto del contrato a

justificando su modificación sobre lo preceptuado por el numeral 1.8.5.2. del Apéndice D del contrato de concesión, indicado en líneas anteriores.

De esta forma **AIRPLAN** estableció las condiciones del proceso de selección:

<sup>5</sup> Folio 435 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

<sup>6</sup> **PROCAPEX** y **AIRPLAN** suscribieron un contrato cuyo objeto consiste en: "la apropiación de los estudios y diseños, la construcción de las obras obligatorias y el suministro, montaje, instalación y puesta en marcha de los equipos del Contrato de Concesión No. 8000011-OK de 2008".

<sup>7</sup> Folio 430 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

<sup>8</sup> IM PETRÓLEO LTDA, RFH & CIA LTDA, AVIATION FUELING CONSULTING CORP, ISIVEN ANDINA S.A.S., ARGUS CONSULTING ING, INGENIERÍA STRYCON S.A.S, T.Y-LIN INTERNATIONAL GROUP Y ORGANIZACIÓN TERPEL S.A.

<sup>9</sup> Folio 75 -76 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

<sup>10</sup> Folio 76 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

<sup>11</sup> Folio 431 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.



*“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”*

**TERPEL** y **AIRPLAN** mediante otrosí No. 2 al contrato No. 000-03-01-113-22/2013 el 18 de noviembre de 2014, ampliaron el plazo por tres meses más para *“realizar las pruebas de operación con la finalidad de poner a punto el sistema”*, pactando que *“Durante el periodo de prueba, el sistema de red de hidrantes será operado por **EL CONTRATISTA**, por encargo de **EL CONTRATANTE** (...)”*. A su vez, **TERPEL** y **AIRPLAN** consideraron que la operación del sistema de hidrantes y la prestación del servicio de almacenamiento, manejo y entrega del combustible de aviación al ala del avión a los comercializadores que concurren al aeropuerto **JMC** con los activos de **AIRPLAN**, podría requerir un aval de la Superintendencia de Industria y Comercio. En consecuencia el mencionado Otro sí No. 2 señaló que mientras esta Superintendencia realizara el análisis correspondiente **TERPEL** se encargaría del mantenimiento del sistema.

## **5.2. Sobre los argumentos relacionados con que la operación no cumple con los requisitos para ser considerada una integración económica.**

**AIRPLAN** y **TERPEL** alegaron en los recursos de reposición que no se dedican a las mismas actividades económicas, ni hacen parte de la misma cadena de valor, motivo por el cual la operación presentada no se trata, en estricto sentido, de una integración empresarial para efectos de las normas sobre protección de la competencia.

De otro lado, argumentaron que entender a los concesionarios de aeropuertos como parte de la cadena de valor de distribución de combustibles líquidos de aviación, desconocería las normas legales vigentes que regulan dicha cadena en donde los aeropuertos no figuran como agentes de la misma. De acuerdo con lo anterior, manifestaron que en la operación analizada no se presenta el supuesto subjetivo del control de integraciones económicas.

El anterior argumento no puede ser aceptado, en tanto que, contrario a lo manifestado por los **INTERVINIENTES**, en el presente caso se encuentra verificado el supuesto subjetivo del control de integraciones, toda vez que está demostrado que en relación con la operación objeto de análisis, tanto **TERPEL** como **AIRPLAN** hacen parte de la misma cadena de valor, como se pasa a explicar.

En efecto, debe tenerse en cuenta que el activo relacionado con la operación analizada, esto es, la red de hidrantes del aeropuerto **JMC**, es necesaria y esencial para que el combustible que distribuye **TERPEL** en dicho aeropuerto pueda ser suministrado al *Explotador de Aeronaves* que lo requiere, quien es el usuario final del producto. De tal suerte, la falta de acceso a la red de hidrantes impediría que el combustible comercializado por **TERPEL** o cualquier otro comercializador minorista de combustible de aviación, llegue al usuario final, lo que la convierte en un activo indispensable para la cadena de valor en la que el combustible es conducido desde el eslabón de producción hasta su usuario final (en este caso el *Explotador de Aeronaves*). De lo anterior resulta indiscutible que el paso por la red de hidrantes le agrega valor al producto y actividad de **TERPEL**.

Ahora bien, de la misma manera debe tenerse en cuenta que no hay duda que la red de hidrantes referida es controlada por **AIRPLAN** en virtud del contrato por el cual la **AEROCIVIL** le otorgó la concesión del aeropuerto **JMC**. Al respecto, nótese que no obstante la actividad principal de **AIRPLAN** no estaría relacionada con el suministro de combustibles a aeronaves, es claro que para este caso un activo bajo su control y responsabilidad exclusiva (la red de hidrantes) le agrega valor al combustible comercializado por **TERPEL**, toda vez que, en ausencia del mismo, el producto no podría ser suministrado al usuario final mediante una red de hidrantes, sino que continuará siendo suministrado mediante vehículos de combustible en la plataforma de pasajeros.

Así las cosas, es claro que el hecho de que **AIRPLAN** controle un activo que le agrega valor al producto comercializado por **TERPEL**, es una evidencia inequívoca de que **AIRPLAN**, a través de su activo, participa en la misma cadena de valor en la que lo hace **TERPEL**.

De acuerdo con lo anterior, en el presente caso se encuentra acreditado el supuesto subjetivo, en tanto que, contrario a lo manifestado por los impugnantes, **TERPEL** y **AIRPLAN** pertenecen a una misma cadena de valor.

Con todo, lo manifestado tanto por la **CREG**, la **ANI** y la **DIRECCIÓN DE HIDROCARBUROS DEL MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA**, en las comunicaciones allegadas al expediente<sup>16</sup>, en el sentido de que los concesionarios aeroportuarios, incluido **AIRPLAN**, no forman parte de la cadena de valor de distribución de combustibles líquidos de aviación definida en el Decreto 1073 de 2015, debe entenderse en su dimensión regulatoria, pero no desde el punto de vista estrictamente económico,

<sup>16</sup> Folios 436 a450 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente

*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"*

que es el relevante para el régimen de protección de la libre competencia, que para los casos de control previo de integraciones empresariales.

Así entonces, es un hecho económico evidente que la red de hidrantes efectivamente hace parte de la cadena de valor de distribución de combustibles líquidos de aviación, por la sencilla razón que una vez entre en operación sería el activo a través del cual el combustible llegaría a la aeronave, el cual no se desvirtúa porque desde el punto de vista regulatorio un aeropuerto no sea tenido en cuenta como un eslabón de la cadena de distribución de combustibles.

Al respecto, la Resolución 10930 de 2015 establece que la cadena de valor contempla que "(...) cada actividad o eslabón le adiciona sucesivamente valor a los bienes o servicios al momento de analizar tal proceso desde la generación del producto hasta que llega al consumidor final"<sup>17</sup>. De esta manera, la autoridad de competencia mantiene su potestad para aplicar las normas del régimen de protección de la competencia cuando el resultado de la aplicación de la regulación sectorial específica no es suficiente para prevenir los efectos nocivos a la competencia que podrían presentarse con asuntos sujetos a su inspección, vigilancia y control.

En adición de lo anterior, también debe rechazarse el argumento de **TERPEL** según el cual la operación bajo análisis no comporta una integración económica toda vez que a través de esta **TERPEL** no adquiere el control sobre **AIRPLAN**. En efecto, teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, es claro que la concentración económica en el presente caso se da no como consecuencia de la adquisición del control de **AIRPLAN** como persona jurídica por parte de **TERPEL**, sino la adquisición por parte de **TERPEL** del control de un activo que resulta esencial y le agrega valor a su actividad y que se encuentra bajo el control de **AIRPLAN**.

Por estas mismas razones, tampoco puede aceptarse el argumento según el cual no estaríamos en presencia de una integración porque la red de hidrantes controlada por **AIRPLAN** no es una empresa por sí misma, pues, como se dijo, en este caso la integración se da a través de la adquisición de **TERPEL** del control sobre un activo que le da valor al producto que comercializa, con lo cual se cumple plenamente el supuesto subjetivo del control de integraciones. Basta con recordar al impugnante que tal y como lo ha dicho esta Entidad en múltiples oportunidades, la compraventa o adquisición del control de activos es una de las formas en que se presenta una concentración entre agentes de mercado<sup>18</sup>.

### **5.3. Argumentos relacionados con que TERPEL presentó la mejor oferta económica y las supuestas eficiencias derivadas de la operación**

Según lo señalado por **AIRPLAN**, la operación de la red de hidrantes fue concedida a **TERPEL** toda vez que presentó la mejor propuesta. Adicionalmente, **AIRPLAN** indicó que **TERPEL** es un agente con la experiencia y experticia necesaria para operar adecuada y eficientemente la nueva red de hidrantes.

De otra parte, **AIRPLAN** afirmó que el sistema de almacenamiento de **TERPEL** está conectado a la nueva red de hidrantes construida, por lo que desaprovecharlos implicaría cuantiosas inversiones en tiempo y dinero que representaría la construcción de un sistema de almacenamiento de combustible alterno.

En primer lugar, este Despacho considera importante recordar que la operación presentada a esta Superintendencia consiste en la celebración de un contrato de subconcesión para administrar y operar la red de hidrantes para el suministro de combustible JET-A1 en el aeropuerto **JMC**, ubicado en Rionegro, Antioquia. Significa lo anterior que la operación de integración económica nada tiene que ver con la celebración de un contrato para el diseño, construcción, operación y mantenimiento de la red de hidrantes del aeropuerto.

En línea con lo anterior, es claro que las eficiencias de que trata el artículo 12 de la Ley 1340 de 2009 deben ser aquellas derivadas de la operación y mantenimiento de la mencionada red de hidrantes, que es en lo que consiste la operación presentada a esta Entidad, y no aquellas derivadas de la celebración del contrato para el diseño, construcción, operación y mantenimiento de la red de hidrantes del aeropuerto con **TERPEL**, por cuanto que, se insiste, corresponden a una operación diferente de la aquí planteada.

<sup>17</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 10930 de 2015.

<sup>18</sup> Por ejemplo, ver Resolución No. 21819 de 2004.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Teniendo en cuenta lo anterior, para este Despacho no son de recibo los argumentos planteados por **AIRPLAN**, toda vez que, de acuerdo con las pruebas allegadas al expediente, la determinación de la mejor propuesta se llevó a cabo a partir de un análisis económico de las ofertas presentadas por **TERPEL**, [REDACTED] y [REDACTED], en virtud del proceso adelantado por **AIRPLAN** para contratar el diseño, construcción, operación y mantenimiento de la red de hidrantes. En otros términos, las eficiencias planteadas nada tienen que ver con la operación sometida a autorización de esta Superintendencia en el presente trámite administrativo.

Sin embargo, aun aceptando en gracia de discusión que las eficiencias planteadas corresponden a la concentración proyectada, habría que analizar si dichas eficiencias fueron efectivamente demostradas en el presente trámite, cumpliendo con el estándar previsto en el artículo 12 de la Ley 1340 de 2009. Para tal fin, **TERPEL** aportó un estudio denominado "*Análisis Económico Adjudicación y Contrato de Operación Sistema de Suministro de Combustible del Aeropuerto JMC*"<sup>19</sup>, el cual a partir de la comparación de las propuestas presentadas por **TERPEL** y [REDACTED], concluyó que: (i) la oferta presentada por **TERPEL** resultaba más rentable para **AIRPLAN**, (ii) la oferta presentada por **TERPEL** generaba menores costos al comercializador, y (iii) el bienestar social derivado de la oferta de **TERPEL** era superior respecto del bienestar derivado de la oferta de [REDACTED].

Al respecto, esta Superintendencia observa que el estudio mencionado no permite concluir que los efectos benéficos de la operación para los consumidores exceden el posible impacto negativo sobre la competencia y que tales efectos no pueden alcanzarse por otros medios.

En efecto, no puede acoger esta Superintendencia como argumento de ganancia de eficiencia un análisis que se limita a mostrar unas supuestas ganancias en rentabilidad para **AIRPLAN**, menores costos para los consumidores directos (operadores de aeronaves) y un mayor bienestar social, si desconoce por completo en la modelación las implicaciones del riesgo potencial de restringir la competencia en el suministro de combustible en el segundo aeropuerto más importante del país que, de acuerdo con la información de la **AEROCIVIL**, representó no menos del 10% de movilización de carga y del 11% de movilización de pasajeros dentro del total nacional durante el año 2015<sup>20</sup>. Lo anterior teniendo en cuenta lo propuesto en la Resolución recurrida, en la cual se manifiesta lo importante de entender el efecto portafolio al momento de analizar la operación puesta a consideración a esta Superintendencia.

Ahora bien, si en gracia de discusión la Superintendencia aceptara el análisis allegado por **TERPEL**, llama la atención de este Despacho la disparidad de los datos presentados en el documento "*Análisis Económico Adjudicación y Contrato de Operación Sistema de Suministro de Combustible del Aeropuerto JMC*", y aquellos encontrados por el Despacho en el archivo "*Análisis final de selección Terpel - [REDACTED]*", allegado por **AIRPLAN** al expediente como consecuencia de las pruebas de oficio decretadas.

Así, mientras en el estudio presentado para justificar las supuestas eficiencias de la operación se concluyó que el valor presente neto (VPN) de los flujos para **AIRPLAN** hasta el 2023 con la oferta de **TERPEL** era de \$ [REDACTED], monto mayor que aquel obtenido con la oferta de [REDACTED] (\$ [REDACTED]), este Despacho encontró que dicha afirmación es contradictoria con el archivo de Excel allegado por **AIRPLAN** "*Análisis final de selección Terpel - [REDACTED]*"<sup>21</sup>, en el que se evidencia que el valor presente neto (VPN) de los flujos para **AIRPLAN** con la oferta de **TERPEL** es de \$ [REDACTED], valor que resulta ser inferior a \$ [REDACTED] que le representaría la oferta de [REDACTED].

Lo anterior sugeriría una contradicción entre los dos ejercicios allegados a esta Superintendencia, por lo cual no solamente no se entiende que el estudio presente un análisis de rentabilidad del negocio para **AIRPLAN** como argumento de eficiencia ligado a la operación, sino que la conclusión contraría el ejercicio realizado por **AIRPLAN** como interviniente de la operación.

De otro lado, el estudio "*Análisis Económico Adjudicación y Contrato de Operación Sistema de Suministro de Combustible del Aeropuerto JMC*" presenta como argumento adicional de eficiencia, el

<sup>19</sup> Folio 222 a 242 del Cuaderno Reservado 1 Total.

<sup>20</sup> Tomado de:

<http://www.aerocivil.gov.co/AAeronautica/Estadisticas/Estadisticas-Operacionales/Aeropuertos/Paginas/Inicio.aspx>, página consultada el 31 de marzo de 2016.

<sup>21</sup> Folio 435 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

excedente del consumidor, definido como la diferencia entre el VPN del costo para el comercializador con la oferta de [REDACTED] y la oferta de TERPEL. Este Despacho encuentra que, según el estudio allegado, el VPN del costo para el comercializador con la oferta de [REDACTED] no difiere en más del [REDACTED]% del VPN del costo para el comercializador con la oferta de TERPEL, lo que mostraría que la ganancia de entregarle la operación de la red de hidrantes a TERPEL no es significativamente mayor que la de entregárselo a [REDACTED], aun sin considerar los efectos negativos que en materia de competencia se generarían de aprobarse la operación. Así, para este Despacho las dos ofertas, en la manera desarrollada en el estudio “Análisis Económico Adjudicación y Contrato de Operación Sistema de Suministro de Combustible del Aeropuerto JMC”, resultan indiferentes en términos de su aporte como excedente al consumidor dada la estrecha diferencia de [REDACTED]% del VPN.

Adicionalmente, es importante señalar que, como se indicó en la Resolución recurrida, los resultados presentados en el estudio “Análisis Económico Adjudicación y Contrato de Operación Sistema de Suministro de Combustible del Aeropuerto JMC”, dependen fuertemente de los beneficios netos de AIRPLAN, PROCAPEX y TERPEL, por lo que un incremento significativo en los beneficios de alguno de estos tres agentes, para el caso concreto, de TERPEL, se vería reflejado en una reducción del excedente del consumidor y del bienestar social. En efecto, este Despacho considera que la situación descrita anteriormente, no puede rechazarse de plano toda vez que uno de los posibles efectos de la presente operación sería el incremento de los precios por parte de TERPEL, que a su vez llevarían al incremento de sus beneficios, debido al poder de mercado adicional que alcanzaría a lo largo de la cadena de valor.

De otra parte, este Despacho considera que las ganancias en eficiencias para las firmas, los consumidores y la sociedad, señaladas en el documento citado, relacionadas principalmente con la capacidad de suministro de combustible a las aeronaves en menor tiempo, la simultaneidad del suministro y una disminución sustancial en el riesgo de accidentes de la operación, se alcanzarían independientemente de la firma seleccionada por AIRPLAN, y no únicamente de la celebración del contrato con TERPEL, por lo que no serían específicas de la transacción y, en consecuencia, no cumplen con lo dispuesto por el artículo 12 de la Ley 1340 de 2009.

#### 5.4. Argumentos relacionados con la operación de la red de hidrantes del aeropuerto JMC a favor de TERPEL se hace en cumplimiento del contrato de concesión

Señaló AIRPLAN que la operación de la red de hidrantes del aeropuerto JMC a favor de TERPEL se hace en cumplimiento de las obligaciones contractuales de AIRPLAN de acuerdo con lo dispuesto en el contrato de concesión, las cuales incluyen la obligación de contratar dicha operación con los actuales proveedores de combustible del aeropuerto JMC. De esta forma, AIRPLAN inició un proceso de selección con sus actuales proveedores, TERPEL, y [REDACTED] y además solicitó cotizaciones de terceros.

Al respecto, es importante mencionar lo manifestado por AIRPLAN en su escrito de pre-evaluación, frente a los motivos por los cuales decidió cambiar el objeto de la oferta y el grupo de oferentes a los cuales les dirigió la misma.

Así, la primera invitación a ofertar que emitió AIRPLAN incluía el “diseño detallado para la reubicación de puntos de abastecimiento y construcción de nuevos hidrantes, verificación y/o diseño de condiciones hidráulicas del sistema de abastecimiento del aeropuerto Jose María Córdova de Rionegro, Antioquia”<sup>22</sup>. De la anterior invitación a ofertar, AIRPLAN recibió siete ofertas (7)<sup>23</sup>, entre ellas la ofrecida por TERPEL, quien “[REDACTED]”

[REDACTED]”<sup>24</sup>. (Negrillas y subrayado fuera del texto)

<sup>22</sup> Folio 435 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

<sup>23</sup> IM PETRÓLEO LTDA, RFH & CIA LTDA, AVIATION FUELING CONSULTING CORP, ISIVEN ANDINA S.A.S., ARGUS CONSULTING ING, INGENIERÍA STRYCON S.A.S, T.Y-LIN INTERNATIONAL GROUP Y ORGANIZACIÓN TERPEL S.A.

<sup>24</sup> Folio 75 -76 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.



“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

(los) eslabón(es) superior(es) o inferior(es) de la cadena de valor y no existen agentes que puedan ejercer presión competitiva.

Con base en lo indicado, es claro que para la Autoridad resulta importante analizar la estructura de todos los mercados involucrados en la operación; en este caso distribución mayorista de combustible JET A1, distribución minorista de combustible JET A1, y concesionario de aeropuertos; para determinar los posibles efectos restrictivos de la competencia que se generarían de aprobarse la operación, en tanto todos ellos pertenecen a una misma cadena de valor.

En efecto, de dicho análisis la Superintendencia concluyó, respecto de los posibles efectos unilaterales que se podrían derivar de la operación en el mercado de distribución mayorista de combustible JET A1, que descartaba que con la operación proyectada se pudieran generar restricciones de competencia adicionales a las ya existentes. En este punto vale la pena indicar que el hecho de encontrar que la operación no genera restricciones de competencia en un determinado eslabón, no implica que no se deba analizar si como consecuencia de una operación de concentración se pueden generar efectos restrictivos de la competencia en otro eslabón de la cadena, pues es precisamente dicho análisis el que permite a la Superintendencia llegar a una conclusión para cada uno de los mercados involucrados en la operación.

Adicionalmente, este Despacho considera pertinente señalar que a pesar de no haber encontrado preocupaciones en términos de competencia en el mercado de distribución mayorista de combustible JET A1, esta Entidad encontró que el poder de mercado que puede ejercer **TERPEL** como distribuidor mayorista y su integración vertical con el eslabón minorista, sumado a la operación de una infraestructura esencial (red de hidrantes), crearía una barrera de entrada adicional para potenciales competidores que quisieran participar en el eslabón de distribución minorista, y una barrera de desarrollo y crecimiento para **ENERGIZAR**, su competidor actual. Por lo anterior, es evidente que la determinación de la posición de **TERPEL** en todos los eslabones en los que participa juega un papel importante a la hora de analizar los efectos de la operación proyectada, razón por la que, a pesar de que la misma no genere efectos horizontales en un determinado mercado, es necesario analizar todos los mercados involucrados en los que participan las **INTERVINIENTES**.

De otra parte, respecto del argumento presentado por **TERPEL** según el cual, la Superintendencia solo menciona dos distribuidores mayoristas que realizan transacciones con combustible JET A1, omitiendo a **BIOMAX S.A.** y **PETRÓLEOS DEL MILENIO S.A. – PETROMIL**, considera este Despacho pertinente señalar que el análisis del mercado mayorista de combustibles de aviación JET A1 se realizó con base en la información que reposa en el expediente, específicamente el estudio “*Diagnóstico del mercado de Jet Fuel en Colombia*” (2015) de la **CREG**<sup>29</sup>. Si bien dicho estudio no fue aportado por las **INTERVINIENTES** en virtud del presente trámite, sino que fue tomado del expediente No. 14-79537, recuerda este Despacho que esta Superintendencia informó a **TERPEL** que tendría en cuenta dicho estudio por lo que lo incorporaría en el expediente del procedimiento administrativo en curso<sup>30</sup>, sin recibir comentarios al respecto.

Por lo anterior, para este Despacho no es de recibo el argumento presentado por **TERPEL** respecto de la medición de su participación en el mercado mayorista y la no existencia de efectos en dicho mercado, así como de la omisión de dos distribuidores mayoristas de combustible JET A1.

#### **5.6. Argumentos relacionados con que el tankering evita que los efectos de la operación se reduzcan al aeropuerto JMC**

**TERPEL** manifestó en su recurso de reposición que la Resolución No. 100658 de 2015 al delimitar los posibles efectos de la operación únicamente al aeropuerto **JMC**, desconoció la práctica de *tankering* mundialmente utilizada por parte de las aerolíneas y usuarios en el mercado de aviación, la cual consiste en la posibilidad de que las aerolíneas se abastezcan en cualquiera de los aeropuertos alternos de sus rutas y no necesariamente en el de destino o llegada.

Al respecto, este Despacho considera que si bien en el presente caso la práctica del *tankering* se vislumbra como una opción que podrían tener las aerolíneas para no tener que adquirir el combustible en el aeropuerto **JMC**, la misma presenta una serie de desafíos que desincentivarían dicha práctica y que ya han sido puestos de presente en otras decisiones de esta Entidad, a saber: (i) seguridad del

<sup>29</sup> Folios 111 a 158 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

<sup>30</sup> Oficio radicado con el No. 15-96130-8 del 27 de mayo de 2015, folio 68 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

aterrizaje; (ii) rentabilidad de la operación; y (iii) el mantenimiento de las aeronaves. Al respecto, esta Superintendencia manifestó en la Resolución No. 76724 de 2014 lo siguiente:

“Por otra parte, las aeronaves que aterrizan en San Andrés deben adquirir el combustible que necesitan para su operación aeronáutica del único proveedor de combustible para acceder a la plataforma (i.e. **CHEVRON**). En caso de no estar de acuerdo con los precios establecidos por **CHEVRON** en San Andrés, las aerolíneas pueden evitar tener que reposar allá llevando combustible adicional al necesario para llegar a la Isla, pudiendo así emplear ese excedente de combustible para completar el trayecto de vuelta –fenómeno conocido como sobrepostado o tankering-. Si bien lo anterior se vislumbra como una opción que tienen las **AEROLÍNEAS** para no aceptar y pagar el incremento del fee de acceso a pista como parte de la estructura de costos que edifica la fijación del precio final del combustible que adquieren, la misma presenta una serie de desafíos que desincentivan dicha práctica a saber: (i) seguridad del aterrizaje; (ii) rentabilidad de la operación; y (iii) el mantenimiento de las aeronaves”.<sup>31</sup>

Se debe tener en cuenta que existen limitaciones aeronáuticas respecto de las condiciones de despegue y aterrizaje de las aeronaves en virtud de su peso bruto. Así, existe un peso máximo de aterrizaje para cada tipo de avión -o “*maximum landing weight*”- para evitar, entre otras cosas, un aterrizaje forzoso -o “*hard landing*”- que afecte la seguridad del vuelo, la estructura del avión y la respectiva rentabilidad de la operación en términos de los costos en que se incurre para el mantenimiento de la aeronave. Adicionalmente, llevar combustible en exceso implica que el avión vaya más pesado y por ende consume más combustible<sup>32</sup>, al paso que para evitar los riesgos generados por un eventual aterrizaje forzoso ocasionado al exceder el peso bruto máximo de aterrizaje, las aerolíneas deben disponer de otros elementos distintos al combustible para compensar el peso adicional que cargarían en caso de hacer *tankering*.

Por los motivos expuestos, la posibilidad de hacer *tankering* no es un elemento que elimine los posibles efectos anticompetitivos de la operación, pues como se vio, no siempre resulta en una opción verdaderamente atractiva para las aerolíneas.

#### 5.7. Argumentos relacionados con los efectos portafolio

En relación con los efectos portafolio, **TERPEL** señaló que otros distribuidores minoristas de combustibles de aviación también cuentan con red de estaciones de servicio en varios aeropuertos y por lo tanto podrían ofrecer de manera conjunta el abastecimiento de combustible a lo largo de su red. En su opinión, la conclusión sobre la ventaja que otorga tener una red es equivocada pues muchas de las licitaciones de las compañías se realizan por aeropuerto. Agregó que no es cierto que sus clientes lo elijan por el supuesto poder de mercado porque tiene una red, sino que su participación en el mercado minorista se da porque es agresivo en Bogotá, donde se vende más del ■% del total de combustible.

Por su parte, **AIRPLAN** señaló en su recurso de reposición que la preponderancia en el mercado mayorista y minorista y los efectos portafolio de **TERPEL** son preexistentes a la operación y no un efecto directo de la misma.

Para el Despacho no es de recibo el argumento de **TERPEL**, según el cual otros distribuidores minoristas que cuentan con red en varios aeropuertos pueden ofrecer de manera conjunta el abastecimiento de combustibles en sus distintas estaciones de servicio. En primer lugar, vale la pena señalar que esta Superintendencia no desconoce que otros distribuidores minoristas tengan presencia en varios aeropuertos del país, específicamente **ENERGIZAR** e **ICARO 17 LTDA.** (en adelante, **ICARO**). Sin embargo, este Despacho recuerda que el hecho de tener presencia en varios aeropuertos no es la única condición para que un minorista cuente con una ventaja competitiva. En efecto, como ya fue señalado en la resolución recurrida, la ventaja competitiva que tiene **TERPEL** está relacionada no solo con el número de aeropuertos en los que tiene presencia como minorista -dieciocho (18) en total- sino con la importancia que estos representan. Dichos aeropuertos concentran el 63% de las operaciones aéreas (comerciales y no comerciales) del país. Adicionalmente, **TERPEL** tiene presencia en ocho (8) de los nueve (9) aeropuertos más importantes del país. Lo anterior pone de presente que la red que tiene **TERPEL** le otorga la capacidad de cubrir la mayor parte de las rutas aéreas operadas por las aerolíneas.

<sup>31</sup> Ver Resolución No. 76724 de 2014.

<sup>32</sup> *Ibidem*.

*“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”*

En segundo lugar, el hecho de que las licitaciones se realicen por aeropuerto no desvirtúa el hecho de que los minoristas ofrezcan diferentes condiciones si se agrupan varios aeropuertos, tal y como lo ilustró esta Entidad en la Resolución No. 52117 de 2015. En dicha Resolución, la Superintendencia se refirió al proceso de selección del proveedor de combustible JET A1 por parte de **AVIANCA** en varios aeropuertos tanto nacionales como internacionales. Específicamente, para los aeropuertos ubicados en Colombia participaron **TERPEL**, **ENERGIZAR** e **ICARO**, quienes presentaron sus propuestas para determinados aeropuertos. Para este Despacho resulta de suma importancia recordar que, en virtud de dicho proceso de selección, **TERPEL** indicó que las condiciones comerciales contenidas en la propuesta eran globales, teniendo en cuenta la totalidad de aeropuertos ofertados por TERPEL, Barranquilla, Cali, Cartagena, Rionegro y Riohacha<sup>33</sup>, con lo cual se reconoce el carácter nacional que puede tener el alcance de las negociaciones contractuales relacionadas con la provisión de combustible JET A1.

De otra parte, este Despacho concuerda con el argumento de **AIRPLAN** respecto de que la preponderancia de **TERPEL** en el mercado mayorista y minorista y los efectos portafolio son preexistentes a la operación y no un efecto de la misma. Sin embargo, recuerda al recurrente que el hecho de que no sea una consecuencia de la operación no implica que dichas condiciones no deban tenerse en cuenta para analizar los posibles efectos restrictivos que se podrían derivar de la operación. En efecto, la posición previa de **TERPEL** sumada a la operación exclusiva de la red de hidrantes, en caso de aprobarse la operación, fue lo que generó a esta Entidad preocupaciones en materia de competencia, pues con la operación **TERPEL** estaría reforzando la ventaja competitiva que tiene actualmente y, por ende, estaría reforzando el poder de mercado con el que ya cuenta, lo cual incrementaría el riesgo de que **TERPEL** restrinja las condiciones actuales de competencia.

#### **5.8. Argumentos relacionados con la red de hidrantes como infraestructura esencial**

Tal y como se manifestó en la resolución impugnada, la red de hidrantes (que incluye su respectiva planta de almacenamiento sin la cual no podría funcionar adecuadamente) cuenta con todas las características para catalogarse como una infraestructura esencial, al ser una infraestructura indispensable e insustituible para llevar a cabo la prestación del servicio y para dar cumplimiento al contrato de concesión.

De acuerdo con la **Cartilla sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de colaboración entre competidores** de la Superintendencia Intendencia de Industria y Comercio, la infraestructura esencial puede ser definida de la siguiente forma:

*“[U]na facilidad será esencial cuando es objetivamente necesaria o indispensable para competir en el mercado relevante. En este sentido, la facilidad será esencial cuando sin el acceso a la misma, los competidores estarían sujetos a una grave, permanente e irremediable ventaja competitiva.*

(...)

*Adicionalmente, una facilidad solamente será esencial cuando no es razonable para el competidor duplicarla en un futuro cercano. Las razones por las que una facilidad puede no ser razonablemente duplicada son de variada índole. Por ejemplo, pueden ser razones de tipo legal (e.g. se requiere de licencias o de un contrato de concesión o existe una patente sobre la facilidad en cuestión) o económico (e.g. un nuevo puerto requiere de economías de escala y elevados costos hundidos)”<sup>34</sup>.*

La doctrina de las facilidades esenciales limita la capacidad de los agentes que controlan la facilidad en cuestión de impedir a otros competidores actuales o potenciales acceder a la misma para competir en el mercado. Así, en virtud de esta doctrina, podría incurrir en una práctica anticompetitiva todo agente del mercado que niegue a un competidor actual o potencial el acceso en términos razonables a una infraestructura esencial que aquel controla.

La conducta a la que comúnmente aplica la doctrina de las facilidades esenciales comprende aquellos eventos en que una compañía se niega a proveer acceso a una infraestructura esencial a un agente

<sup>33</sup> Resolución No. 52117 de 2015, por medio de la cual se objetó la operación entre **TERPEL** y **AVIACOM S.A.S.**, p. 60.

<sup>34</sup> Ver:

[http://www.sic.gov.co/drupal/sites/default/files/files/cartilla\\_sobre\\_acuerdos\\_de\\_colaboraci%C3%B3n\\_entre\\_competidores\(1\).pdf](http://www.sic.gov.co/drupal/sites/default/files/files/cartilla_sobre_acuerdos_de_colaboraci%C3%B3n_entre_competidores(1).pdf). Consulta: 22 de diciembre de 2015.

*“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”*

del mercado existente o futuro en el mercado “aguas abajo”<sup>35</sup>. El mercado relevante “aguas arriba” es aquel donde se encuentra la infraestructura esencial e incluso puede comprender un mercado potencial o hipotético, es decir, no es necesario que la empresa en cuestión esté operando en el mercado “aguas arriba”<sup>36</sup>.

Así las cosas, para que la negativa a otorgar acceso a una infraestructura esencial pueda ser considerada anticompetitiva se requiere que se verifiquen una serie de elementos de manera concurrente:

- Que la empresa “investigada” controle una infraestructura esencial;
- Que la “facilidad” a la que se busca acceso sea indispensable u objetivamente necesaria para un competidor, actual o potencial, en el sentido que no puede ser razonablemente duplicada por el competidor;
- Que la empresa “investigada” deniegue el acceso al competidor;
- Que no exista una justificación objetiva para denegar el acceso a la infraestructura esencial; y
- Que negar el acceso a la infraestructura esencial conlleve a la eliminación de la competencia efectiva en el mercado relevante.

Para el caso concreto, nótese que cualquier negativa de acceso a la red de hidrantes a los participantes del mercado, la cual incluye la respectiva planta de almacenamiento desde el cual se surte, podría resultar en una práctica restrictiva de la competencia. Para este Despacho es claro que la red de hidrantes y su respectiva planta de almacenamiento constituyen una infraestructura esencial cuyo acceso es indispensable para que un competidor pueda acceder de forma efectiva en el mercado de distribución de combustible en el aeropuerto **JMC**.

Lo anterior, en la medida en que tal y como lo dispone el contrato de concesión, una vez la red de hidrantes haya sido puesta en funcionamiento, no será posible el tránsito de vehículos de combustible en las plataformas como ocurre actualmente, y la única manera de suministrar el combustible a los Explotadores de Aeronaves será teniendo pleno acceso a la dicha red. Así lo dispone la cláusula 1.3.6.3. del contrato de concesión:

*“1.3.6.3. Red de Hidrantes de Combustible*

*El Concesionario desarrollará los estudios, diseños y construcción del nuevo sistema de suministro de combustible mediante una red de hidrantes, **con el objeto de eliminar el tránsito de vehículos de combustible en la plataforma de pasajeros**, de acuerdo con las Especificaciones Técnicas contenidas en la Sección 2 del presente apéndice.” (Negrilla fuera de texto)*

En este orden de ideas, es claro que la red de hidrantes que se prevé utilizar en el aeropuerto **JMC** constituye una infraestructura esencial, en tanto que resulta indispensable para el desarrollo de la actividad de distribución minorista de combustible y los competidores que no pudieran tener acceso a la misma quedarían automáticamente excluidos del mercado. Por consiguiente, sin el acceso a la red de hidrantes, cualquier empresa que pretenda distribuir combustible en dicho aeropuerto no estaría en posibilidades de prestar dicho servicio de manera efectiva y se vería forzado a abandonar o desistir de entrar al mercado.

## **5.9. Argumentos relacionados con los espacios físicos en los aeropuertos**

**TERPEL** señaló en su recurso de reposición que no es cierta la afirmación según la cual para poder actuar como distribuidor minorista en el aeropuerto **JMC** se requiere tener un espacio arrendado dentro del aeropuerto, toda vez que la normatividad no exige tal disposición.

<sup>35</sup> Para ejemplos de la aplicación de la doctrina de facilidades esenciales a este tipo de conductas véase *AT&T Co. v. North Am. Indus., Inc.*, 772 F. Supp. 777, 784 (S.D.N.Y. 1991); *Advanced Health Care Servs., Inc. v. Radford Cmty. Hosp.*, 910 F.2d 139, 150 (4th Cir. 1990) y *Twin Labs., Inc. v. Weider Health & Fitness*, 900 F.2d 566, 568 (2d Cir. 1990).

<sup>36</sup> En la Unión Europea esta posibilidad ha sido reconocida por la Corte de Justicia en el caso *C-418/01 IMS Health GmbH & Co v NDC Health GmbH & Co* [2004] ECR I-5039, [2004] 4 CMLR 1453, para. 44. Véase también *Richard Whish & Richard Bailey, Competition Law* (New York: Oxford University Press 2012), 700.

Toda vez que este Despacho concuerda con el argumento presentado por **TERPEL**, considera irrelevante pronunciarse sobre el mismo.

#### **5.10. Argumentos relacionados con los efectos de la operación**

En opinión de **TERPEL**, no puede afirmarse que el esquema planteado necesariamente generará una eliminación de competidores y un incremento en precios, por el contrario, lo más probable es que por el hecho de que **TERPEL** pondrá a disposición de competidores su capacidad de almacenamiento, nuevos distribuidores minoristas decidan suministrar combustible en el aeropuerto **JMC**.

Por su parte, **AIRPLAN** indicó que la Superintendencia no puede asumir que **TERPEL**, por la supuesta posición de dominio que tiene en el mercado, necesariamente incurrirá en prácticas restrictivas de la competencia.

Como ya se ha mencionado, la presente operación es de carácter vertical, aunque las concentraciones de este tipo pueden crear eficiencias, toda vez que los productos o servicios involucrados se complementan entre sí, y como consecuencia directa de las mismas no se produce una disminución en el número de competidores, dichas operaciones también pueden generar restricciones de la competencia, relacionadas, por ejemplo, con la restricción a los competidores de algún eslabón de la cadena, del acceso a insumos esenciales para desarrollar su actividad económica, o con el aumento de barreras de entrada de potenciales competidores o barreras de expansión de competidores actuales.

Del análisis efectuado por esta Entidad en la Resolución recurrida, se encontró que **TERPEL** es el competidor dominante en el mercado de distribución minorista de combustible JET A1 en el aeropuerto **JMC**, y que con la operación exclusiva de la red de hidrantes del mencionado aeropuerto, adquiriría el dominio exclusivo de una infraestructura esencial para el suministro de combustible en ala de avión. Igualmente, se tuvo presente que **TERPEL** se encuentra integrado verticalmente aguas arriba, pues también participa en la distribución mayorista de combustible JET A1, lo que le permite tener menores costos de operación que un distribuidor minorista que no esté integrado verticalmente.

En virtud de lo anterior, esta Superintendencia encontró que con la operación presentada, **TERPEL** adquiriría una ventaja competitiva que prácticamente eliminaría las posibilidades de que nuevos competidores puedan entrar, permanecer y crecer en el mercado.

Adicionalmente, se indicó, como ya se ha mencionado en la presente Resolución, que la posición de **TERPEL** en el mercado de distribución minorista de combustible JET A1, le otorga otra ventaja competitiva, pues puede realizar mejores ofertas a sus clientes. Esta Superintendencia reconoce que estos beneficios comerciales podrían representar un mayor bienestar para los consumidores en el corto plazo. Sin embargo, como se indicó en la Resolución recurrida, dicha ventaja competitiva también podría generar una menor dinámica competitiva en el mediano y largo plazo, pues a la fecha, no existe otro competidor que tenga una posición equiparable a la posición de **TERPEL**.

Si bien es cierto que no es posible afirmar que en virtud del esquema planteado **TERPEL** necesariamente incurriría en prácticas comerciales restrictivas de la competencia, recuerda este Despacho que uno de los objetivos del control previo de integraciones es precisamente evitar fortalecer u otorgar una posición de dominio de un agente, con el fin de prevenir que dicho agente restrinja la competencia, aún cuando dicha restricción no necesariamente se presente por la vía de conductas anticompetitivas, sino por el simple reforzamiento de barreras de entrada o de expansión, como ocurriría en el presente caso.

En el presente caso, si bien esta Superintendencia no puede afirmar que así ocurrirá, lo cierto es que se configuran todos los elementos que facilitarían una conducta exclusoria o explotativa por parte de **TERPEL**, al ser el controlante de una infraestructura esencial para la distribución de combustible al por menor en el aeropuerto **JMC**, siendo a su vez un competidor dominante en dicho mercado y en el eslabón superior de distribución mayorista. Asimismo, se encuentra evidencia suficiente en el expediente que permite a esta Superintendencia concluir que, aun si **TERPEL** no incurriera en ningún tipo de conducta anticompetitiva que fuera objeto de una posterior investigación administrativa por parte de esta Entidad, se reforzarían de manera considerable las barreras de entrada para nuevos competidores y de expansión para su competidor actual, **ENERGIZAR**.

Así, con base en lo señalado anteriormente, este Despacho confirma que la presente operación refuerza el poder de mercado con el que cuenta **TERPEL** actualmente, lo cual podría impedir o

*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"*

dificultar el acceso de nuevos competidores al mercado de distribución minorista de combustibles en el aeropuerto **JMC**, o impondría el crecimiento de su actual competidor, **ENERGIZAR**, por lo que aprobar la operación iría en contravía de los objetivos del control previo de concentraciones.

Por lo anterior, para este Despacho no es de recibo el argumento de **AIRPLAN** respecto de que la Superintendencia no puede asumir que **TERPEL**, por la supuesta posición de dominio que tiene en el mercado, necesariamente incurrirá en prácticas restrictivas de la competencia.

**5.11. Argumentos relacionados con los condicionamientos ofrecidos y con la obligación por parte de TERPEL de imputarse a sí misma el mismo precio que le cobraría a los demás proveedores de combustible del aeropuerto**

**TERPEL** indicó en su recurso de reposición que la razón por la que la Superintendencia consideró que los condicionamientos ofrecidos no fueron suficientes y, por ende, no fueron aceptados, es porque los mismos no eliminarían un efecto que no es consecuencia de la operación, sino que existe independientemente de ella.

Específicamente, señaló que según la promesa de contrato de subconcesión, estaría obligada a prestar a los demás proveedores de combustible del aeropuerto **JMC** los servicios de recepción, almacenamiento, bombeo, control, medición, distribución y llenado de combustible, al mismo precio que se imputa a sí misma.

Por su parte, **AIRPLAN** indicó en su recurso de reposición, que se ha planteado la posibilidad de que sea **TERPEL** el administrador y operador de la red de hidrantes en el aeropuerto **JMC**, pero retirándose de la comercialización minorista en dicho aeropuerto. Sin embargo, señaló que dicho condicionamiento no sería viable ni conveniente, pues sería **ENERGIZAR** quien se constituiría en el único proveedor y monopolista en el mercado de distribución minorista de combustible JET A1.

De acuerdo con la Resolución recurrida, los condicionamientos ofrecidos fueron los siguientes:

- i) **Suministrar los servicios de almacenamiento y entrega de combustible puesto en ala del avión a cualquier comercializador que se lo solicite:** **TERPEL** se compromete a prestar el servicio de almacenamiento y entrega de combustible puesto en ala del avión a cualquier comercializador actual o potencial que así lo desee y que cumpla con las disposiciones legales vigentes para la distribución de combustibles, que adquieran las pólizas de seguros y se adhieran a los esquemas de aseguramiento y/o indemnidad comúnmente utilizados en la Industria de Aviación para facilidades de abastecimientos de combustibles compartidas.
- ii) **Determinar el valor por los servicios de almacenamiento y entrega de combustible puesto en ala del avión mediante la metodología de costo más utilidad razonable:** **TERPEL** se compromete a que el valor que cobrará por los servicios de almacenamiento y entrega de combustible puesto en ala del avión será la suma de US\$0,0776<sup>37</sup> liquidado a la TRM del momento de la adjudicación del contrato.
- iii) **Imputarse a sí mismo el mismo precio por concepto de servicios de almacenamiento y entrega de combustible puesto en ala del avión cuando actúe como comercializador:** **TERPEL** se compromete a que cuando actúe como comercializador, se imputará a sí mismo, el valor que cobra a los demás comercializadores.
- iv) **Separación de actividades:** **TERPEL** para efectos de dar transparencia se compromete a que las actividades de comercialización en el aeropuerto de Rionegro, se prestarán con una sociedad distinta a **TERPEL**, pero controlada por ella.

Como ya se ha indicado a lo largo del presente acto administrativo, los potenciales efectos restrictivos de la competencia se dan en el mercado de distribución minorista de combustible JET A1 en el aeropuerto **JMC**, en virtud de la posición que actualmente tiene **TERPEL** tanto en dicho aeropuerto como a nivel nacional, posición que se vería reforzada en caso de aprobarse la operación analizada. Así, como consecuencia de la operación, **TERPEL** adquiriría una ventaja competitiva adicional que le podría permitir restringir la competencia en el mercado. En este punto, es importante recordarle a las

<sup>37</sup> El precio por dichos servicios se incrementará una vez cada año, a partir del 1 de enero de cada año, en una suma que nunca será superior a la variación del Índice de Precios al Consumidor del año inmediatamente anterior.

*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"*

**INTERVINIENTES** que no es cierto, como lo afirma **TERPEL**, que esta última ventaja exista independientemente de la operación de concentración informada.

Teniendo en cuenta lo anterior, este Despacho considera que los condicionamientos propuestos no están diseñados para eliminar los potenciales efectos restrictivos identificados por esta Entidad, que como ya se indicó, se derivan de la integración vertical de la operación de la red de hidrantes (una infraestructura esencial) con la distribución mayorista y minorista de combustible JET A1, y refuerza las ventajas con las que cuenta **TERPEL** en la actualidad.

Esta Superintendencia recuerda, que si bien el primer condicionamiento busca evitar los efectos perjudiciales de la monopolización de una infraestructura esencial como lo es la red de hidrantes, no garantiza que aquellos competidores de **TERPEL** puedan ofrecer condiciones comerciales que les permitan competir con este. En efecto, aquellos distribuidores minoristas de combustible JET A1 que pretendan competir con **TERPEL** podrían verse marginados del mercado al no contar con ventajas competitivas equiparables a las que **TERPEL** alcanzaría con la operación proyectada. Por lo anterior, esta Superintendencia considera que el compromiso de **TERPEL** de prestar el servicio de almacenamiento y entrega de combustible puesto en ala del avión a cualquier comercializador actual o potencial, no elimina los efectos restrictivos encontrados por esta Entidad.

Adicionalmente, respecto del condicionamiento relacionado con la metodología para determinar el valor por los servicios de almacenamiento y entrega de combustible puesto en ala del avión, este Despacho considera que el mismo no resulta suficiente en el sentido de que no mitiga el riesgo relacionado con un posible aumento de precios a los consumidores de combustible en el aeropuerto **JMC**, derivado de un posible cierre del mercado a otros minoristas. Sumado a lo anterior, es importante señalar que dicho condicionamiento se constituiría en un esquema de fijación de precios, razón por la que no puede ser aceptado por esta Superintendencia, toda vez que dentro de sus funciones no se encuentra regular precios.

Ahora bien, respecto de la obligación de imputarse a sí mismo el mismo precio por concepto de servicios de almacenamiento y entrega de combustible puesto en ala del avión cuando actúe como comercializador, esta Superintendencia encuentra que dicho condicionamiento no resuelve el problema identificado previamente, toda vez que con el mismo, realmente **TERPEL** no estaría incurriendo en costos comparables con los de sus competidores, y por lo tanto no estaría en las mismas condiciones que aquellos. Adicionalmente, este Despacho recalca que aunque **TERPEL** se imputara a sí mismo el mismo precio por concepto de almacenamiento y entrega de combustible puesto en ala del avión, el riesgo de marginar a los demás competidores, actuales o potenciales, sigue existiendo, por lo que el condicionamiento propuesto no es de recibo para esta Entidad.

Por último, en cuanto al condicionamiento relacionado con la separación de actividades, este Despacho confirma su posición al respecto, toda vez que si los anteriores condicionamientos no mitigan los efectos restrictivos de la competencia encontrados, este condicionamiento tampoco los remedia.

Finalmente, este Despacho indica que no se referirá al argumento señalado por **AIRPLAN** en su recurso de reposición, relacionado con la operación de la red de hidrantes por parte de **TERPEL** y de su retiro de la comercialización minorista, toda vez que el mismo no fue planteado como un condicionamiento para que la operación fuera aprobada por esta Entidad.

#### **5.12. Argumentos relacionados con los cálculos sobre márgenes, precios y costos**

En opinión de **TERPEL**, los cálculos sobre márgenes, precios y costos presentados en la Resolución recurrida no son precisos porque fueron calculados a partir de promedios aritméticos, y no a partir de promedios ponderados, según volúmenes, ya que los precios y márgenes de todos los clientes no son iguales porque varían según la negociación. Adicionalmente, señaló que los costos de combustibles calculados corresponden a los valores sin tener en cuenta los cambios de precio entre los periodos, toda vez que para la operación del negocio se requiere inventario en tanques.

De otra parte, **TERPEL** indicó que es errado considerar, como lo hizo la Superintendencia, que la única referencia que tiene **TERPEL** para efectos de determinar el precio es si es monopolista o tiene competencia. Afirmó que existen aeropuertos en competencia que tienen márgenes más altos que otros aeropuertos en los que actúa como único proveedor de combustibles, y que la razón por la que existe una diferencia en precios y márgenes entre los aeropuertos son los costos y volúmenes vendidos, por lo que una comparación técnicamente válida sería ver el margen de un mismo aeropuerto cuando **TERPEL** estaba con otros minoristas y cuando quedó solo.

*“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”*

En cuanto al argumento relacionado con el cálculo de márgenes, precios y costos, el Despacho reconoce que el ejercicio propuesto por **TERPEL** permitiría una mejor aproximación al comportamiento de dichos ítems cuando **TERPEL** actúa como monopolista o en competencia. Sin embargo, la información obrante en el expediente radicado con el No. 14-79537<sup>38</sup> únicamente le permitió a esta Superintendencia realizar un ejercicio con promedios aritméticos para establecer el comportamiento de **TERPEL**.

Ahora bien, teniendo en cuenta que esta Entidad no cuenta con la información necesaria para replicar el ejercicio propuesto por **TERPEL**, en aras de contrastar el ejercicio presentado en la Resolución No. 52117 de 2015, retomado en la Resolución recurrida, con el cual se evaluó el comportamiento de **TERPEL** cuando es monopolista y cuando actúa en competencia, esta Superintendencia tomó los precios cobrados al cliente más representativo, en este caso **AVIANCA**, en el primer semestre de 2014 en cada aeropuerto donde es cliente de **TERPEL**. En dicho ejercicio se encontró que de catorce (14) aeropuertos en los que **AVIANCA** es cliente de **TERPEL**, en cinco (5) es monopolista<sup>39</sup> y que los cuatro (4) precios más altos corresponden efectivamente a aeropuertos en los que no cuenta con competencia, como se muestra a continuación.

**Tabla 1**  
**Precios cobrados por TERPEL a AVIANCA – primer semestre de 2014**

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio, folio 648 (CD) del Cuaderno Reservado No. 1 de Intervinientes del Expediente radicado con el No. 14-79537, correspondiente a la operación de integración entre **TERPEL** y **AVIACOM S.A.S.**

De acuerdo con lo anterior, este Despacho encuentra validez en el ejercicio presentado en la Resolución No. 52117 de 2015 y retomado en la Resolución recurrida, al concluir que la calidad de monopolista que tiene **TERPEL** le permite fijar un precio más alto que en aquellos aeropuertos donde enfrenta competencia de otros agentes, lo cual no es reprochable per se, pero sí genera preocupaciones a esta Superintendencia en el presente caso.

### **5.13. Argumentos relacionados con la potencial reclamación en contra del Estado como consecuencia de la objeción de la operación por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio**

Señalan las **INTERVINIENTES** que derivado de la objeción de la operación de concentración empresarial, se concretaría una reclamación en contra del Estado, por cuanto la inversión hecha por **AIRPLAN** en un nuevo sistema de almacenamiento sería una circunstancia imprevista e irresistible a la luz de la concesión.

Dentro del régimen jurídico de los contratos que celebra la administración pública, ha sido una constante reconocerle al contratista el derecho que le asiste de mantener el equilibrio económico –

<sup>38</sup> Correspondiente a la operación de integración entre **TERPEL S.A.** y **AVIACOM S.A.S.**

<sup>39</sup> En este punto este Despacho aclara que si bien en virtud del trámite de la integración entre **TERPEL** y **AVIACOM S.A.S.**, **TERPEL** indicó que en el aeropuerto **JMC** de Rionegro actuaba como monopolista, en virtud del presente trámite obran pruebas en el expediente que dan cuenta de la presencia de **ENERGIZAR** en dicho aeropuerto, por lo que la situación en el aeropuerto **JMC** es de competencia.

*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"*

financiero del contrato, **respetando las condiciones que las partes consideraron al momento de su celebración y la remuneración del contratista.**

Al respecto vale la pena indicar que esta Superintendencia no es la autoridad competente para conceder o rechazar eventuales indemnizaciones o ajustes derivados de la ejecución de un contrato estatal. La Superintendencia de Industria y Comercio tiene como función proteger el derecho constitucional colectivo de la libre competencia y, en ejercicio de dicho cometido, debe velar porque una integración económica no genere restricciones indebidas de la libre competencia económica, independientemente de los efectos colaterales que puedan derivarse de su decisión.

No obstante lo anterior, considera el Despacho importante hacer unas consideraciones generales en relación con este argumento, que si bien no está encaminado a cuestionar el análisis realizado en la Resolución recurrida, sí plantea una censura a la misma relacionada con los posibles efectos que puedan derivarse de la misma dentro del contrato se concesión suscrito por **AIRPLAN** con el Estado.

Así las cosas, se ha reconocido que el equilibrio económico de los contratos que celebra la administración pública se pueden ver alterados en el curso de su ejecución por factores externos y extraños a las partes, donde se encuentran circunstancias de hecho que de manera imprevista surgen durante la ejecución del contrato, ajenas y no imputables a las partes, con fundamento en la teoría de la imprevisión.

Al respecto el Consejo de Estado ha indicado que:

*"El equilibrio financiero del contrato no es sinónimo de gestión equilibrada de la empresa. Este principio no constituye una especie de seguro del contratista contra los déficits eventuales del contrato. Tampoco se trata de una equivalencia matemática rigurosa, como parece insinuarlo la expresión 'ecuación financiera'"<sup>40</sup>.*

La ecuación económica del contrato no es una protección ilimitada de todos los riesgos derivados de la celebración de un contrato con el Estado, ni se podría entender como una garantía absoluta de las utilidades. Solo será empleado en eventos anormales que escapen a lo que se considera habitual dentro del negocio jurídico.

En tal virtud, la jurisprudencia ha limitado la aplicación de la teoría de la imprevisión:

*"En conclusión, la teoría de la imprevisión no aplica: i) a hechos anteriores a la celebración del contrato que efectivamente se manifiestan durante su ejecución, ii) a hechos que la parte afectada no conoció, pero por su culpa, debiendo advertirlos, en cuyo caso la concreción durante la ejecución del contrato hace responsable a quien debió calcularlos; y iii) a hechos conocidos al momento de celebrar el contrato, pero cuya cuantificación de los efectos es desafortunada por culpa del contratante"<sup>41</sup>.*

Ahora bien, frente al caso objeto de estudio, nótese que el contrato de concesión suscrito por **AIRPLAN** establece en el Apéndice D numeral 1.8.5.2 las obligaciones generales del Concesionario en relación con el abastecimiento del combustible:

(...)

[REDACTED]

(...)"

Aunado a lo anterior manifestó **AIRPLAN** en su solicitud de Pre-evaluación lo siguiente:

*"También es importante dejar en claro que una red de hidrantes por sí sola no es suficiente para prestar el servicio de suministro de combustible puesto en ala del avión y **que para ello resulta necesario tener una estación de servicio en la que se almacene el producto (combustible)** que será destinado al suministro de las aeronaves. Dentro de esos tambores*

<sup>40</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 30 de enero de 2013. Radicación 08001-23-31-000-1998-00748-01(24020)

<sup>41</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 10 de septiembre de 2014, Expediente. 27648, Consejero Ponente Enrique Gil Botero.

*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"*

*o bodegas de almacenamiento los diferentes suministradores que cumplan con los requisitos legales podrán almacenar su producto"<sup>42</sup> (Negrillas y subrayado dentro del texto).*

Por tanto, este Despacho considera contradictorio el argumento de **AIRPLAN**, al considerar que la inversión que tendría que realizar en un nuevo sistema de almacenamiento sería una circunstancia imprevista e irresistible a la luz de la concesión, si el mismo contrato de concesión, que fue suscrito por **AIRPLAN** desde el inicio, ya establecía dicha obligación.

Es evidente que **AIRPLAN** desde que suscribió el contrato de concesión tenía conocimiento no solo que **TERPEL** desde 1985 cuenta en un terreno contiguo al aeropuerto **JMC** con bodegas instaladas y tambores de almacenamiento de combustible, sino que una red de hidrantes por sí sola no sería suficiente para prestar el servicio de combustible puesto en ala del avión, y que era indispensable contar con una planta de almacenamiento para cumplir con la obligación que adquirió en el momento de suscribir el contrato de concesión. La construcción de la planta de almacenamiento era un hecho tan evidente para **AIRPLAN**, que incluso en junio de 2012 cuando invitó a varias firmas de consultoría expertas en sistemas de combustible de aviación para que presentaran sus ofertas para el "diseño detallado para la reubicación de puntos de abastecimiento y construcción de nuevos hidrantes, verificación y/o diseño de condiciones hidráulicas del sistema de abastecimiento del aeropuerto José María Córdova de Rionegro, Antioquia", resaltó que los oferentes deberían:



Contrario es que **AIRPLAN** hubiere decidido autónomamente y en ejercicio de su libre iniciativa privada optar porque la red de hidrantes operara desde los tanques de almacenamiento de **TERPEL**, aceptando el ofrecimiento que entonces le hiciera esta compañía para no construir un nuevo tanque de almacenamiento y utilizar los que ya tenía **TERPEL** en funcionamiento.

Al aceptar **AIRPLAN** esta nueva opción planteada por **TERPEL**, procedió a hacer un nuevo proceso de selección, modificando el objeto contractual a [REDACTED] "requiriéndole a los oferentes nuevamente incluir en sus ofertas que la operación y mantenimiento de todo el sistema de combustible del aeropuerto **JMC**, estuviese integrado por un subsistema de almacenamiento de **TERPEL** existente o bien fuera la opción de utilizar un subsistema nuevo<sup>43</sup>.

Así, **AIRPLAN** desde la suscripción del contrato de concesión tuvo presente no solo que la planta de almacenamiento era indispensable para que la prestación del servicio de combustible puesto en ala del avión, sino que la planta existente era propiedad de **TERPEL** y que se debería contemplar la posibilidad de que el suministro de combustible a la línea se hiciera desde la planta de otro operador, o que incluso se construyera una nueva, por tanto era un hecho previsible que debió ser calculado. Por lo anterior, no prospera para este Despacho el presente argumento de las **INTERVINIENTES**.

#### **5.14. Argumentos relacionados con las consecuencias derivadas de la objeción de la operación de concentración empresarial proyectada por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio**

Señala **AIRPLAN** que si la Superintendencia de Industria y Comercio persiste en objetar la operación, se quedaría con unos activos que no puede utilizar o que tendría que conectar a una facilidad de almacenamiento que debe ser construida, con los graves impactos que ello tendría en términos de competitividad y eficiencia para el aeropuerto **JMC** y sus usuarios.

<sup>42</sup> Folio 5 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

<sup>43</sup> Folio 432 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"*

En línea con lo anterior, **AIRPLAN** afirma que deberá realizar un nuevo proceso de contratación para la construcción de la infraestructura de almacenamiento e instalación de la red de hidrantes a dicha infraestructura con otras empresas, estimando que dicho proceso de selección y de construcción retrasaría la puesta en funcionamiento de la red de hidrantes en varios años. Como consecuencia, argumentó que la construcción de un nuevo sistema de almacenamiento encarecerá el valor del combustible ya que deben hacerse inversiones a ser recuperadas, restándole competitividad y eficiencia al aeropuerto, generando un impacto negativo a los consumidores.

Así mismo, **AIRPLAN** considera que la Superintendencia de Industria y Comercio estaría generando un retraso en la puesta en funcionamiento de un sistema que beneficiaría la operación en el aeropuerto **JMC**, para que la prestación de los mismos servicios que haría **TERPEL** se hagan por un tercero a precios más altos, fundamentando la decisión en una supuesta conducta que realizaría **TERPEL** y no en un hecho cierto, pero respecto del cual, la Entidad tiene los mecanismos y facultades legales para sancionarlo.

Finaliza **AIRPLAN** señalando que para mitigar el potencial detrimento del patrimonio público derivado de la objeción de la operación, solicita que se permita que **TERPEL**, por un término de no más de cinco años, sea contratado para operar la red de hidrantes mientras que **AIRPLAN** realiza las condiciones técnicas necesarias y contrate con un tercero para que opere la red de hidrantes y el nuevo sistema de almacenamiento que para el efecto se construya.

Frente a los argumentos anteriormente expuestos, este Despacho recuerda a las **INTERVINIENTES** el principio conforme al cual nadie puede alegar en su favor su propia culpa, ni valerse de sus propias acciones u omisiones (*Nemo auditur propriam turpitudinem alleganspropiam*).<sup>44</sup>

En efecto, si los hechos que dan origen a la presunta incapacidad de usar unos activos, el presunto retraso de la puesta en funcionamiento del sistema de almacenamiento, el presunto encarecimiento del valor del combustible producto de las inversiones en que deberá incurrir **AIRPLAN** para la construcción de una nueva planta de almacenamiento, entre otros, mal podría atribuírsele a una decisión de la Superintendencia de Industria y Comercio un eventual daño sufrido por el concesionario, máxime cuando esta decisión se profiere en cumplimiento del mandato legal de proteger la libre competencia económica en beneficio del bienestar de los consumidores, la eficiencia económica y el adecuado funcionamiento del mercado.

Como se manifestó previamente, no existe duda sobre la obligación que habría adquirido **AIRPLAN** de construir un sistema de distribución de combustible JET A1 por medio de hidrantes conforme lo establece el Apéndice D, numeral 1.8.5.2 del contrato de concesión, y que para el concesionario no habría duda que una red de hidrantes por sí sola no es suficiente para prestar el servicio de suministro de combustible puesto en ala del avión, y que para ello, resultaría necesario tener una planta en la que se almacene el combustible.

De otra parte, este Despacho no accederá a la petición de autorizar que **TERPEL**, por un término de no más de cinco (5) años, sea contratado para operar la red de hidrantes, mientras **AIRPLAN** realiza las adiciones técnicas necesarias y contrate a un tercero para que opere la red de hidrantes y el nuevo sistema de almacenamiento que para el efecto se construya, por cuanto los riesgos identificados sobre las posibles restricciones indebidas de la competencia se mantienen, a pesar de que con dicha opción se limite temporalmente la operación.

En tanto **TERPEL** es un competidor dominante, que abarca más del ■% de las ventas totales del mercado de distribución minorista de combustibles JET A1 en el aeropuerto **JMC**, con la operación adquiriría el dominio de una facilidad esencial para el suministro de combustible. Así pues, al otorgarle a **TERPEL** la administración y operación de la red de hidrantes en el aeropuerto **JMC**, así sea de manera temporal, se le estaría fortaleciendo el inmenso poder de mercado con el que cuenta actualmente, incluyendo el dominio exclusivo de un eslabón más de la cadena de distribución de combustible de aviación JET A1.

Adicionalmente, es pertinente reiterar lo manifestado por **AIRPLAN** en su escrito de pre-evaluación respecto de la recepción de las ofertas dentro de la primera invitación a ofertar el "diseño detallado para la reubicación de puntos de abastecimiento y construcción de nuevos hidrantes, verificación y/o

<sup>44</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-213 del 28 de febrero de 2008. Expediente T-1774325. Magistrado Ponente Jaime Araujo Rentería.

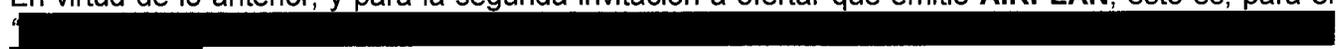
"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

diseño de condiciones hidráulicas del sistema de abastecimiento del aeropuerto Jose María Córdova de Rionegro, Antioquia"<sup>45</sup>.

"

negrilla fuera del texto)

"<sup>47</sup>. (subrayado y

En virtud de lo anterior, y para la segunda invitación a ofertar que emitió **AIRPLAN**, esto es, para el ", estableció que dentro de las condiciones definitivas los oferentes deberían incluir que el sistema instalado sería de uso común para todos los distribuidores mayoristas que desearan proveer combustible a las aeronaves que operan en el aeropuerto<sup>48</sup>.

En consecuencia, la obligación contractual adquirida por **TERPEL** de permitir que su sistema de almacenamiento sea de uso común por todos los distribuidores que deseen proveer combustible, trae como conclusión que no sería necesaria la construcción de un nuevo tanque, por lo menos en el inmediato plazo, por cuanto **TERPEL** se comprometió a permitir el acceso a sus instalaciones de almacenamiento a cualquier distribuidor, en unas condiciones no discriminatorias ni que conlleven a una restricción indebida de la competencia. Esto sumado a que en una oportunidad previa, **TERPEL** manifestó su voluntad de abrir el acceso a sus instalaciones de almacenamiento, aun cuando este no fuera el operador del sistema.

En mérito de lo expuesto, este Despacho

#### RESUELVE:

**ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR** en todas sus partes la Resolución No. 100658 de 2015.

**ARTÍCULO SEGUNDO: NOTIFICAR** personalmente el contenido de la presente Resolución a las empresas **ORGANIZACIÓN TERPEL S.A.** y **SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS CENTRO NORTE S.A.**, entregándole copia de la misma en su versión reservada e informándole que en su contra no procede recurso alguno.

#### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los **19 ABR 2016**

El Superintendente de Industria y Comercio,

  
**PABLO FELIPE ROBLEDO DEL CASTILLO**

<sup>45</sup> Folio 435 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

<sup>46</sup> IM PETRÓLEO LTDA, RFH & CIA LTDA, AVIATION FUELING CONSULTING CORP, ISIVEN ANDINA S.A.S., ARGUS CONSULTING ING, INGENIERÍA STRYCON S.A.S, T.Y-LIN INTERNATIONAL GROUP Y ORGANIZACIÓN TERPEL S.A.

<sup>47</sup> Folio 75 -76 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

<sup>48</sup> Folio 432 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

*“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”*

---

**NOTIFICAR**

**ORGANIZACIÓN TERPEL S.A.**

NIT. 830.095.213-0

Apoderado:

**DANIEL PEREA VILLA**

C.C. 79.778.039 de Bogotá

Carrera 7 # 75-51 Piso 8

Bogotá D.C. - Colombia

**SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS CENTRO NORTE S.A.**

NIT: 900.205.407-1

Representante Legal

**SARA INÉS RAMÍREZ RESTREPO**

Carrera 65 A No. 13-157

Medellín, Antioquia, Colombia