



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

RESOLUCIÓN NÚMERO 36943 DE 2012
(20 JUN 2012)

Radicación No. 08-096887

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

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

En ejercicio de sus facultades legales, en especial de las previstas en el artículo 1 numerales 2 y 3, en el artículo 9, numeral 4, del Decreto 4886 de 2011 y el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el Decreto 019 de 2012 y,

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el artículo 333 de la Constitución Política de Colombia establece que la libre competencia económica es un derecho de todos, e impone al Estado el deber de impedir que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitar o controlar cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

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

TERCERO: Que de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, es función de la Superintendencia de Industria y Comercio, en su condición de Autoridad Única de Protección de la *"[v]elar por la observancia de las disposiciones en esta materia en los mercados nacionales."*

CUARTO: Que según lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011, corresponde al Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia *"Tramitar, de oficio o por solicitud de un tercero, averiguaciones preliminares e instruir las investigaciones tendientes a establecer infracciones a las disposiciones sobre protección de la competencia."*

QUINTO: 5.1. Que el señor JOSÉ DARÍO FORERO FERNÁNDEZ, mediante Comunicación, del 13 de septiembre de 2008, remitida por correo electrónico y radicada con el número 08-096887, presentó una denuncia en los siguientes términos:

"1. Las (sic) empresa GAS NATURAL COMPRIMIDO S.A. GAZEL vendedora mayorista de gas vehicular a través de estaciones de servicio propias o de terceros, abusando de su posición dominante está asignando los márgenes de utilidad a los distribuidores minoristas (terceros) dependiendo de factores ajenos a las normas establecidas y a las leyes del mercado como son: La afinidad de amistad y/o sanguínea del distribuidor minorista con los directivos de las empresas, la inherencia social y/o política en la comunidad del distribuidor minorista, el grado de testaferrato del distribuidor minorista con directivos de las empresas y el más grave, la política sistemática de sacar del mercado a distribuidores minoristas que no comulguen con sus intereses o sean dueños de estaciones que interesen como negocio a los directivos de la empresa GAZEL y/o de sus subsidiarias. Esto trae como consecuencia la salida del mercado por quiebra de los terceros distribuidores minoristas que no estén dentro del conjunto (sic) de franquiciados que reciben un margen por venta que les represente un ingreso que se compadezca con los costos directos y les deje una utilidad representativa en esta clase de negocios."

RESOLUCIÓN NÚMERO 36943 DE 2012 Hoja N° 2

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

08-096887

2. Las empresas mayoristas de gas vehicular de común acuerdo, están fijando los precios¹.

5.2. Que el 6 de octubre de 2008, mediante Comunicación con No. 08-106012-00000-0000, la Directora Técnica de Gas del Ministerio de Minas y Energía, HAYDEE DAISY CERQUERA LOZADA, trasladó a la Superintendencia de Industria y Comercio una queja radicada en su Despacho y presentada por el señor JOSÉ DARIO FORERO FERNÁNDEZ, la cual hacía alusión a los mismos hechos.

5.3. Que mediante Comunicaciones con No. 08-096887-00005 de 2 de marzo de 2009², No. 09-052330 de 21 de mayo de 2009³, No. 08-096887-00017 29 de julio de 2009, y No. 08-096887-00018 de 18 de agosto de 2009, el quejoso remitió a esta Delegatura información adicional sobre los hechos denunciados, dentro de la cual informa a esta Superintendencia sobre la libertad de precios del GNVC y sobre la presunta existencia de un acuerdo de precios entre los agentes del mercado de comercialización de GNVC en Barranquilla.

Dentro de las citadas comunicaciones, resulta relevante destacar aquella radicada el 21 de mayo de 2009 con No. 09-052330, en la que menciona nuevos hechos relacionados con la denuncia, así:

"En la región Caribe y en especial en la ciudad de Barranquilla y las poblaciones de su área metropolitana se viene dando entre las empresas PETROMIL, PUNTO GAS y GAZEL en cuanto a los precios de venta al público del gas natural vehicular en las estaciones bajo su bandera y lo que es peor en las campañas publicitarias. Durante el mes en curso, mayo de 2009, GAZEL inició una campaña para incrementar las ventas regalando \$15,000 por cada 95 puntos que obtenga el cliente afiliado. Se gana un (1) por cada metro cúbico de gas natural vehicular que compre. Esto significa que les está reduciendo en \$157.85 pesos el precio de venta del metro cúbico de gas natural vehicular que está en \$1,405.00. Inmediatamente los clientes, en su mayoría taxistas comenzaron un desplazamiento para comprar en las estaciones de GAZEL. Cuando la situación produjo una reducción en los volúmenes de venta de la (sic) competencia PETROMIL y PUNTO GAS, se reunieron con el auspicio de Fendipetróleo y acordaron que GAZEL cancelaría esta promoción y los competidores la suya a partir del próximo primero de junio de 2009.

Además de lo anterior existe un acuerdo para fijar mensualmente los precios de venta al público similar en las estaciones de todos con pequeñas diferencias entre las estaciones localizadas (sic) en estratos altos y los bajos (...)⁴"

SEXTO: Que durante la etapa de queja esta Delegatura adelantó las siguientes actuaciones:

- Requerimientos de información⁵.
- Testimonios⁶.
- Visitas Administrativas⁷.

¹ Ver: Folio No. 2, del Expediente.

² Ver: Folios No. 88, 89 y 90 del Expediente.

³ Ver: Folio No. 110 del Expediente.

⁴ Ver: Folio No. 110 del Expediente.

⁵ Ver: Folios No. 9 y 10, Expediente, Folio No. 102 del Expediente; Folios No. 331 al 339 del Expediente; Folios No. 625 y 626 del Expediente; Folios No. 628 y 629 del Expediente; Folios No. 685 al 689 del Expediente; Folios No. 720 al 724 del Expediente; Folios No. 726 y 727 del Expediente; Folios No. 729 al 732 del Expediente y Folios No. 884 y siguientes del Expediente.

⁶ Ver: Folio No. 119 del Expediente. Mediante Comunicación No. 09-96887-00016 del 16 de julio de 2009, se citó a rendir declaración el 23 de Julio de 2009 al señor JOSÉ DARIO FORERO FERNANDEZ, la cual se recibió el día 23 de Julio de 2009 en las instalaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio.

⁷ Ver: Folios No. 158, 159 y 160 del Expediente. Las Actas de visita administrativa completas se encuentran incorporadas al expediente No. 08-120684, teniendo en cuenta que se realizaron respecto a tres actuaciones administrativas llevadas a cabo por esta Superintendencia, cuales son: 08-120684, 09-62402 y 08-96887.

RESOLUCIÓN NÚMERO 36943 DE 2012 Hoja N°. 3

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

08-096887

SÉPTIMO: Que con fundamento en la información relacionada en el numeral anterior, mediante memorando con radicado No. 08-96887-79-0, de 30 de julio de 2010⁸, esta Delegatura solicitó adelantar una averiguación preliminar, con el fin de determinar la necesidad de iniciar una investigación por presuntas infracciones a las disposiciones sobre protección de la competencia respecto de las Empresas PETROLEOS DEL MILÉNIO C.I. S.A. - C.I. PETROMIL S.A., GAZEL S.A.S. y GAS NATURAL COMPRIMIDO DE COLOMBIA S.A. E.S.P. –GASCOL S.A. Dentro de esta etapa se realizaron las siguientes actuaciones:

- Visitas administrativas⁹.
- Requerimientos de información¹⁰.
- Comunicaciones reiterando la necesidad de la información requerida¹¹.

OCTAVO: Que tras haber adelantado la correspondiente averiguación preliminar, esta Delegatura no encuentra elementos suficientes para considerar que las sociedades denunciadas hubiesen incurrido en conductas contrarias a la libre competencia. Lo anterior con fundamento en lo siguiente:

8.1. DEL CASO CONCRETO.

Los hechos que dieron origen a la presente actuación administrativa, se pueden resumir de la siguiente manera:

- a) La existencia de un **presunto Abuso de Posición de Dominio** en el mercado de GNVC, por parte de GAZEL S.A.S, mediante el denominado contrato de "FRANQUICIAS DE MÉTODOS, DE MEDIOS Y SUMINISTRO DE PRODUCTOS Y MARCAS DE GAZEL S.A.S.". Según el quejoso, mediante estos contratos, GAZEL presuntamente estaría "asignando los márgenes de utilidad a los distribuidores minoristas (terceros) dependiendo de factores ajenos a las normas establecidas y a las leyes del mercado (...)".
- b) La existencia de un **presunto acuerdo de precios** entre las sociedades PETROLEOS DEL MILÉNIO C.I. S.A. - C.I. PETROMIL S.A., GAZEL S.A.S., GAS NATURAL COMPRIMIDO DE COLOMBIA S.A. E.S.P. Esto, teniendo en cuenta que según informa el quejoso: "En la región Caribe y en especial en la ciudad de Barranquilla y las poblaciones de su área metropolitana (...) [e]xiste un acuerdo para fijar mensualmente los precios de venta al público similar en las estaciones de todos con pequeñas diferencias entre las estaciones localizadas (sic) en estratos altos y los bajos (...) "¹²"

8.2. CONDUCTAS PRESUNTAMENTE INFRINGIDAS.

8.2.1. ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO.

Conforme con lo establecido en el artículo 50 del Decreto 2153 de 1992; "(...)cuando exista posición dominante, constituyen abuso de la misma las siguientes conductas:

2. La aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes, que coloquen a un consumidor o proveedor en situación desventajosa frente a otro consumidor o proveedor de condiciones análogas (...)"

⁸ Ver: Folio No. 905 del Expediente.

⁹ Ver: Folios No. 906 y siguientes, No. 1021 y siguientes, No. 1079 y siguientes y No. 1090 y siguientes del Expediente.

¹⁰ Ver: Folios No. 1241 y siguientes del Expediente; Folios No. 1282 y siguientes del Expediente; Folios No. 1288 y siguientes del Expediente; Folios No. 2389 y siguientes del Expediente.

¹¹ Ver: Folios No. 2407 y siguientes del Expediente.

¹² Ver: Folio No. 110 del Expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO 36943 DE 2012 Hoja N°. 4

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

08-096887

8.2.2. ACUERDO DE PRECIOS.

Conforme con lo establecido en el numeral 1º del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, son acuerdos contrarios a la libre competencia "Los que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios."

8.3. SOBRE EL PRESUNTO ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO POR PARTE DE GAZEL S.A.S. MEDIANTE LA SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO DE "FRANQUICIAS DE MÉTODOS, DE MEDIOS Y SUMINISTRO DE PRODUCTOS Y MARCAS DE GAZEL S.A.S."

8.3.1. CARACTERIZACIÓN DEL MERCADO DE GAS NATURAL EN COLOMBIA

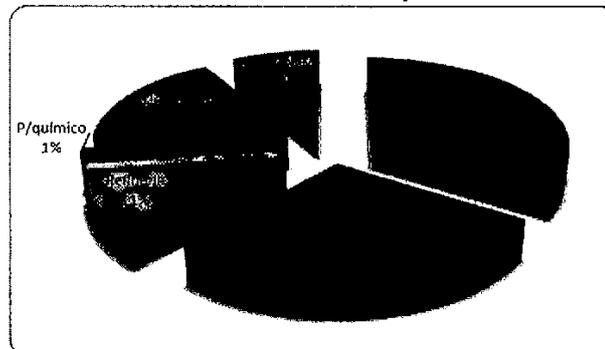
El término "Gas Natural", se utiliza para designar al gas proveniente del subsuelo, que se extrae durante la explotación del petróleo, ya sea simultáneamente con el petróleo crudo o de manera independiente. Es una mezcla de gases de petróleo que está compuesto en su mayoría por Metano (CH₄), uno de los hidrocarburos más ligeros y simples. Las porciones restantes están constituidas por Nitrógeno, Dióxido de Carbono, Propano, Etano, Sulfuro de Hidrógeno, Agua y otros elementos¹³.

La industria del gas natural es un vasto sector, concentrado e intensivo en capital. Debido al estrecho lazo que existe entre la exploración y la producción de este gas con el petróleo, las compañías petroleras son las principales explotadoras del gas. Sin embargo, el transporte y la distribución del gas se asemejan más al sector del transporte y distribución de electricidad¹⁴.

En Colombia, el consumo de este producto ha tenido un impulso importante en los últimos años, convirtiéndose en uno de los ejes principales de la política energética del país. Este crecimiento, ha sido determinado esencialmente por el comportamiento hidrológico, debido a que en los meses de menos lluvias la generación eléctrica del país es respaldada por las generadoras térmicas, principalmente las de gas ciclo combinado.

La siguiente gráfica describe cuáles son los sectores que consumen el gas natural en Colombia para el año 2010, encontrando que, los sectores industrial y termoelectrico consumen más del 50% del gas producido, a diferencia de sector domiciliario (12%) y el del transporte (9%).

Gráfica No. 1. Consumo de Gas Natural por sectores en el año 2010



Fuente: CNO- gas (Concejo Nacional de Operación de Gas natural), Cálculos: SIC

¹³ESTUDIO DE CONSULTORÍA EN GAS NATURAL VEHICULAR CONTRATO No. 079-003/00 EVALUACIÓN DEL PROGRAMA DE CONVERSIÓN A GNV DE VEHÍCULOS DE LA FLOTA DE EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN (EE.PP.MM.) COMPAÑÍA DE ENTRENAMIENTO TÉCNICO AUTOMOTRIZ CETA Ltda.. 21 de Septiembre, 2001

¹⁴<http://r0.unctad.org/infocomm/espagnol/gas/cadena.htm#processing>

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

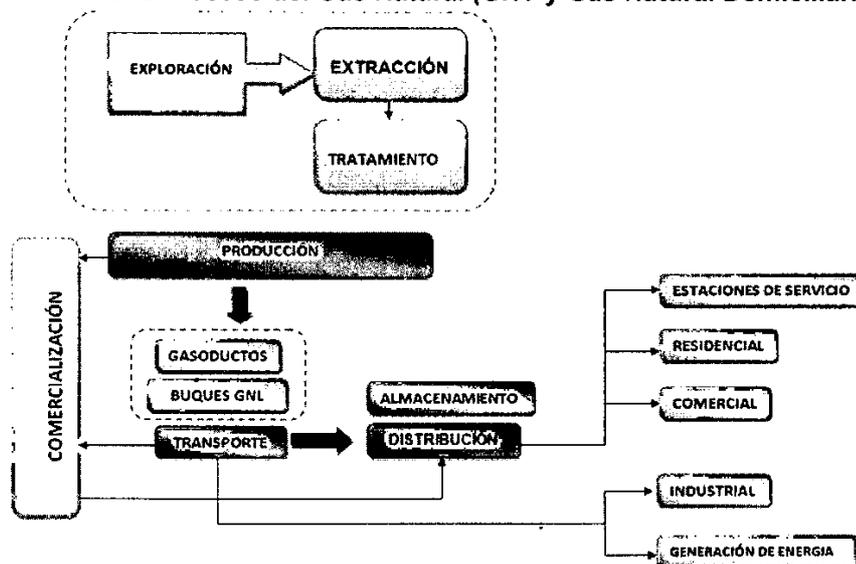
08-096887

Existen dos mercados claramente definidos, asociados con la infraestructura de transporte y la de suministro. La Costa Atlántica, desde hace poco más de 15 años, utiliza el gas natural para la generación de electricidad en una proporción del 48.3%, la industria lo hace con una participación del 33%, y el doméstico usa el 9% de ese mercado.

En el interior del país, el consumo de gas ha tenido un comportamiento homogéneo, presentando una tasa promedio de anual del 10.5%, producto de la labor conjunta del sector privado, usuarios y el Gobierno Nacional, en la coordinación e implementación de políticas tendientes a promover e incentivar su uso, en todos los sectores de consumo.

El proceso de producción del gas natural es muy parecido al del petróleo. Primero, el gas natural se extrae por medio de perforaciones en pozos terrestres (on shore) o en los océanos (off shore) Posteriormente es transportado por medio gasoductos (por tierra) o buques (por mar) hasta la planta de depurado y transformación, para ser conducido hacia una red de gas, o a las zonas de almacenamiento y distribución, para, finalmente, ser entregado a los usuarios finales, a través de redes de distribución. De dicha red, se abastecerá tanto a los usuarios del servicio público de Gas Natural Domiciliario, como a los usuarios del servicio de suministro de GNV. Hay que precisar respecto a lo anterior, que los comercializadores realizan la compraventa o suministro de gas a título oneroso y son los que se interrelacionan de forma directa con el consumidor final.

Gráfica No. 2 Proceso del Gas Natural (GNV y Gas Natural Domiciliario).



Fuente: Expediente, Diseño: SIC

8.3.1.1. MERCADO PRODUCTO.

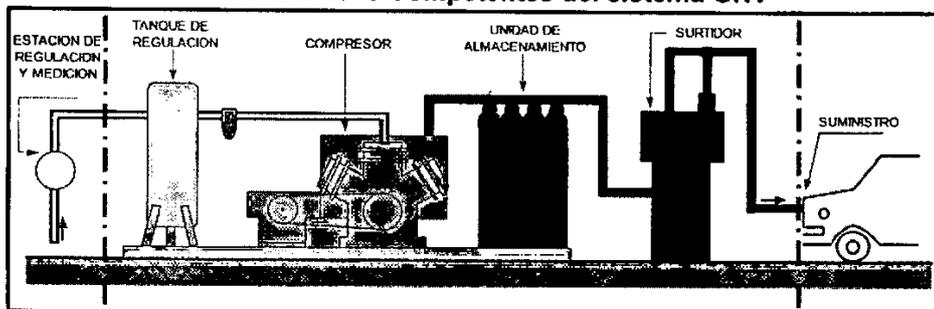
De lo expuesto en los numerales precedentes, es posible afirmar que los usuarios finales del Gas Natural, son principalmente el sector energético, industrial, residencial, comercial y las Estaciones de Gas Natural Vehicular (GNV). Estas últimas, como se mencionó, tienen una cuota en el consumo del hidrocarburo del orden del 9% a nivel nacional y son, como comercializadoras del hidrocarburo, las que se interrelacionan de forma directa con el consumidor final de GNV.

El Gas Natural Comprimido Vehicular es el mismo gas natural que utilizamos en nuestras casas, que utilizan las termoeléctricas y la industria en general. El GNV, se comprime a 3.000 PSI, para almacenar la mayor cantidad de metros cúbicos en los cilindros dispuestos para tal fin, lo que brinda mayor autonomía al vehículo.

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

08-096887

Gráfica No. 3 Competentes del sistema GNV



Fuente: GUIA AMBIENTAL PARA LA DISTRIBUCION DE GAS NATURAL VEHICULAR GNV NATURGAS Asociación Colombiana de Gas Natural Bogotá 28 de junio de 2000.

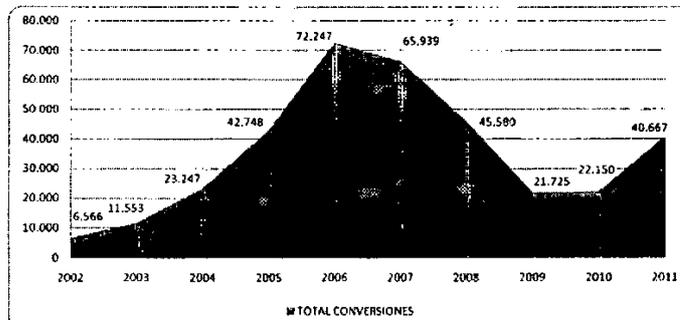
La utilización del gas natural, como combustible vehicular, en Colombia, se remonta a los primeros años de la década del noventa. Nació en la Costa Atlántica. En el interior del país su desarrollo se dio hasta 1999, cuando se establece una política pública de sustitución de combustibles fósiles, incentivando los cambios o conversiones a combustibles alternativos como el GNV, o el BIODIESEL.

Una de las políticas actuales del Ministerio de Minas y Energía ha sido promover el desarrollo del programa de gas natural como combustible alternativo automotor, con la finalidad de sustituir los combustibles líquidos, como la gasolina y el ACPM, más costosos y contaminantes.

Ahora bien, el consumo de GNV en Colombia ha ido en aumento, por cuanto el transporte se constituye en el sector de mayor demanda energética, con un consumo cercano al 37% del total¹⁵, lo cual evidencia la relevancia del sector en la economía nacional.

En el segmento del transporte, el consumo del GNV ha derivado de un incremento en las conversiones de vehículos desde el año 2002, encontrando su pico en el 2006, debido principalmente, a las mencionadas políticas de sustituibilidad de combustibles fósiles. Posteriormente, el ritmo de conversiones ha retornado a los niveles del 2003 y 2004, debido a la evolución del mercado y a la falta de nuevas estrategias e incentivos que similares a los otorgados en los años 2005 a 2007.

Gráfica No. 4 Histórico de conversiones 2002-2011



Fuente: Ministerio de Minas y Energía, Cálculos SIC

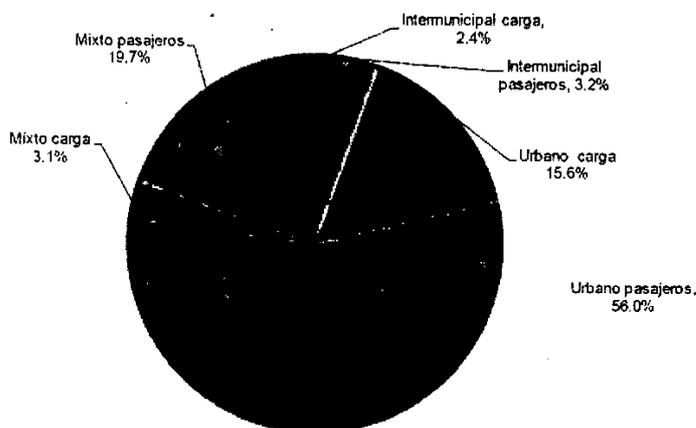
Con un consolidado de 356.182 vehículos para el 2011, encontramos que éstos se distribuyen de la siguiente manera:

¹⁵ CADENA DEL PETROLEO UNIDAD DE PLANEACION MINERO ENERGETICA (UPME), 2009

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

08-096887

Gráfica No. 5. Distribución de consumo de GNV para transportes según el tipo de vehículo



Fuente: Proyección de Demanda de Combustibles Líquidos y GNV en Colombia Revisión Octubre de 2010 República de Colombia Ministerio de Minas y Energía UPME - Unidad de Planeación Minero Energética.

Como se observa, el 56% de los vehículos que utilizan GNV son "urbanos pasajeros", es decir vehículos pequeños, familiares o que prestan servicio de transporte urbano como taxis y busetas.

Ahora bien, el gas natural vehicular (GNV) en Colombia ha tenido una importante participación, como sustituto de las combustibles líquidos tradicionales (gasolina y ACPM), y también frente a los biocombustibles, segmento igualmente impulsado por el gobierno nacional.

Cuando se habla de mercado producto, se deben tener en cuenta los productos sustitutos desde el punto de vista de la oferta y la demanda. Para el caso concreto, es necesario tener en cuenta que los consumidores de GNV, han tomado la decisión de adaptar sus vehículos incurriendo en un costo, después de venir consumiendo combustibles fósiles líquidos como gasolina y ACPM. Esta decisión, se basa principalmente en el ahorro reflejado en la diferencia de costo entre uno y otro combustible.

Por el lado de la oferta, encontramos que si existe sustituibilidad, ya que distribuidores de productos sustitutos como la gasolina y el ACPM, estarían dispuestos a reasignar sus recursos, en un plazo corto, debido principalmente a que es un producto que se encuentra disponible. Adicionalmente, los incentivos gubernamentales al desarrollo de este mercado, hacen viable este mercado. Hay que tener en cuenta que la distribución del GNV, está condicionada al distribuidor local o al transportador del gas natural (PROMIGAS, TGI, TRANSORIENTE).

Por el lado de la demanda, los consumidores incurren en el costo de convertir su vehículo a GNV, dejando como sustituto perfecto la gasolina, ya que la conversión no implica dejar de consumir este combustible, si no la opción de consumir los dos.

Para el caso *sub examine*, podemos concluir que el mercado producto es el GNV (Gas Natural Vehicular).

8.3.1.2. MERCADO GEOGRÁFICO.

Cuando se habla de la definición de mercado geográfico, se hace referencia a la zona en la que los agentes de mercado afectados desarrollan actividades de suministro de bienes y prestación de servicios de referencia.

Los primeros pasos para la distribución del GNV en Colombia se dieron en el año 2000, con la explotación de los pozos tan importantes como Ballenas, Chuchupa A y Chuchupa B con el 60%,

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

08-096887

En Colombia existen actualmente más de 600 EDS de GNV, con diferentes banderas, en las que predominan aquellas que operan bajo las marcas GAZEL, PUNTO GAS, y GN AUTO (Gas Natural Fenosa).

A nivel nacional GAZEL, tiene cerca del 43% de participación en el mercado de comercialización de GNV, con 198 EDS. Adicionalmente se debe tener en cuenta que está integrada con PROMIGAS, quien, como se mencionó, es el transportador de gas natural para la costa Atlántica y el mercado relevante (Barranquilla y sus alrededores).

GAZEL cuenta en el mercado relevante con 30 EDS, de las cuales 15 son de su propiedad y las demás operan con su marca bajo un esquema contractual que han denominado "FRANQUICIAS DE MÉTODOS, DE MEDIOS Y SUMINISTRO DE PRODUCTOS Y MARCAS DE GAZEL S.A.S.". Sobre este particular, se debe señalar que por intermedio de dichos contratos de franquicia, imponen a sus franquiciatarios, sus políticas comerciales, ya que como se pudo establecer de acuerdo con la información que reposa en el expediente, GAZEL compite a nivel nacional bajo la denominada "Unidad de marca", con lo cual, a pesar de reconocer en dichos contratos la autonomía administrativa y financiera de los contratistas, a su vez por mandato de lo estipulado en el clausulado del mismo, se encuentran sometidos a las políticas comerciales y tarifarias que fije GAZEL.

Así las cosas, se puede considerar que GAZEL ostenta posición de dominio, en el mercado relevante de la presente actuación administrativa.

8.3.2.1. DEL PRESUNTO ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO POR PARTE DE GAZEL EN EL MERCADO DE COMERCIALIZACIÓN MINORISTA DE GNVC EN LA CIUDAD DE BARRANQUILLA.

El contrato de franquicia, en Colombia, es un contrato atípico, es decir, es un contrato que no está definido legalmente ni reglado. Sin embargo, se puede entender a partir de sus características jurídicas como un contrato bilateral, oneroso, conmutativo y consensual (aunque en algunos casos el contrato debe ser registrado, por ejemplo, cuando existe inversión extranjera¹⁶). En esencia, se puede definir como "un acuerdo de cooperación vertical bajo un sistema de distribución de mercado, en el que existe un control por parte de una de las partes, y la prestación a cargo de ésta comprende un sistema de organización, de mercado, y la concesión u otorgamiento de protección de derechos"¹⁷.

El contrato de franquicia regula la actividad del agente económico franquiciado, ya que impone obligaciones de confidencialidad y de exclusividad; la utilización estandarizada de marcas y procedimientos que hacen parte del *know how* de la empresa franquiciante; el cumplimiento de contratos accesorios y subordinados, como contratos de suministro, arrendamiento y compraventa; el pago de contribuciones en publicidad, de regalías y de derechos de entrada ("fees"); y, especialmente, niveles de servicio, zonas exclusivas, y precios de reventa. Los franquiciados no conforman un conjunto de operadores económicos heterogéneos, ya que su autonomía operativa, financiera y jurídica¹⁸, no es visible desde la perspectiva del mercado. En este sentido, el franquiciante utiliza el régimen contractual de la franquicia para conseguir la acción coordinada y para determinar las condiciones bajo las cuales la operación de la red reporta una mayor utilidad a la misma (en su conjunto).

8.3.2.2. FUNCIÓN ECONÓMICA DEL CONTRATO DE FRANQUICIA

¹⁶ Ley 9 de 1991.

¹⁷ Navas, María Fernanda, y otro, "El Contrato de Franquicia: Aportes y Tendencias en el Derecho Comparado sobre la Responsabilidad del Franquiciador", revista Universitas, Bogotá, julio a diciembre de 2009.

¹⁸ Ya que la franquicia supone la autonomía jurídica de los contratantes durante la ejecución del contrato, no es necesario inscribirlo en el registro mercantil.

RESOLUCIÓN NÚMERO 36943 DE 2012 Hoja N°. 11

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

08-096887

Este régimen de control y restricción vertical de la actividad del agente franquiciado, podría facilitar la utilización del formato de franquicias para la realización de prácticas anticompetitivas de distinta índole, como el abuso de la posición dominante (exigir el cumplimiento de obligaciones adicionales, discriminación, obstrucción), la influenciación (fijación de precios de reventa) y la cartelización. Sin embargo, la estandarización de la operación puede generar diversas eficiencias, como por ejemplo, evitar la doble marginalización, incentivar la inversión en el *know how* y en la marca, y reducir el efecto parasitario, lo cual, de hecho, puede tener efectos procompetitivos al incentivar la competencia inter marca (es decir, la que se da entre agentes económicos heterogéneos).

En relación con la imposición y variación unilateral de las condiciones de ejercicio de la actividad del franquiciado, consideradas por el quejoso como un abuso de la posición dominante al interior de la relación de franquicia, la Delegatura ha considerado, en otras oportunidades, que, en principio, el franquiciante tiene la potestad de decidir las condiciones **contractuales** bajo las cuales vincula u ordena a cada franquiciado, afirmando que *"el hecho de que el objeto de los contratos sea la adopción y utilización del sistema McDonald's en diferentes ciudades, no significa que los contratos en su clausulado tengan que ser iguales. Adicionalmente, el esquema de negociación con cada franquiciado tenía particularidades en consideración de criterios tales como reparto de utilidades etc. Que hacía que los contratos de franquicia fueran diferentes"*¹⁹.

Aunque la franquicia puede causar poder de mercado, al facilitar una mayor participación e instaurar barreras a la entrada, lo cierto es que una franquicia, o su red de operarios, no constituyen un mercado relevante, sino que hacen parte de un mercado más amplio de bienes y de alternativas de acceso, por lo que las imposiciones del franquiciante deben ser consideradas por el franquiciado dentro del marco del contrato (para lo cual, ante el desacuerdo, existe el régimen civil de la responsabilidad contractual), a menos de que una muy baja sustituibilidad entre franquiciantes configure una verdadera posición de dominio en el mercado, y no sólo en la relación contractual.

Con fundamento en lo expuesto anteriormente, la labor de la Delegatura en una averiguación preliminar, consiste en determinar, caso a caso, si las restricciones verticales no generan eficiencias y si resultan en una restricción de la competencia.

En virtud de lo expuesto, el abuso de posición de dominio de GAZEL, se relaciona con el denominado contrato de **"FRANQUICIAS DE MÉTODOS, DE MEDIOS Y SUMINISTRO DE PRODUCTOS Y MARCAS DE GAZEL S.A.S."**, contrato mediante el cual GAZEL vincula a terceros a su red de servicios, permitiéndoles comercializar con GNV bajo su marca y procedimientos. Esto, por cuanto en el clausulado de dicho contrato, se le impone a los franquiciatarios precios de compra, precios finales de venta y los márgenes de utilidad, que serán diferentes atendiendo a la estructura de costos propia de cada uno de los interesados en suscribir el contrato de franquicia de GAZEL.

De tal manera, resulta evidente para esta Delegatura que la motivación real del cargo se circunscribe de forma exclusiva a las obligaciones y condiciones pactadas en dichos contratos, trasladando la discusión, del abuso de posición de dominio de mercado, al abuso de posición de dominio contractual, cuya competencia recae en los jueces ordinarios.

Para esta Delegatura, resulta claro que no se evidencia una afectación al mercado o al interés general, mediante la celebración de dichos contratos de franquicia. Teniendo en cuenta que los hechos que dan lugar al cargo analizado se circunscriben a la celebración de un contrato, las consecuencias derivadas de este o la gravosidad de su clausulado no puede ser analizada de

¹⁹ Resolución SIC No. 30883 de 2008. Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar, en virtud de la cual se buscaba corroborar la posible realización de conductas anticompetitivas por parte de ARCOS DORADOS COLOMBIA S.A., titular de la franquicia maestra de McDONALD's en Colombia.

RESOLUCIÓN NÚMERO 36943 DE 2012 Hoja N°. 12

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

08-096887

fondo por esta Delegatura, toda vez que, se reitera, no trasciende del ámbito particular de las partes contractuales al mercado propiamente dicho.

Debido a esto es que tanto la Ley, como la Doctrina y la Jurisprudencia han sido enfáticas en aclarar la diferencia conceptual existente entre el Abuso de Posición de Dominio contractual, (que se manifiesta entre otras formas, en algunos contratos de adhesión o mediante la inclusión de cláusulas abusivas) y el Abuso de Posición de Dominio del Mercado, el cual tiene la vocación de afectar no un interés particular, sino el interés público y general que sobre los mercados, el Estado de forma general y esta Superintendencia de forma particular, debe proteger en virtud al mandato constitucional que sobre el particular contiene el artículo 333 de nuestra Constitución Política.

Sobre las diferencias entre uno y otro abuso, esta Superintendencia ha manifestado en varias oportunidades que:

"(...)La relación de poder o el grado de influencia que pueda tener una empresa respecto de sus distribuidores en virtud de una relación contractual, no constituye posición dominante en el mercado, en los términos de los artículos 45 y 50 del Decreto 2153 de 1992.

(...)

[H]ace relación a una situación negocial entre particulares, lo cual desborda la competencia que tiene este ente. Las funciones de esta Entidad se limitan a sancionar y prevenir acuerdos, actos y abusos de posición dominante en el mercado.

Es importante hacer claridad que la posición dominante en el mercado es diferente de la posición dominante contractual.

(...)

El abuso de posición dominante como conducta infractora de las disposiciones sobre libre competencia supone la existencia de una posición de dominio en el mercado, entendida esta como 'la posibilidad de determinar directa o indirectamente las condiciones del mercado'.

Según lo ha establecido esta Superintendencia, un agente económico se encontrará en esta situación cuando pueda modificar sustancialmente las condiciones en que presta sus servicios o vende sus productos, sin consideración a los competidores o los clientes y lo pueda hacer de manera perdurable.

De esta manera la relación de poder, o el grado de influencia que pueda tener una empresa respecto de sus distribuidores en virtud de una relación contractual, no corresponde a la situación que constituye una posición de dominio en el mercado, y por lo tanto es una cuestión que no afecta por sí sola las normas de promoción de la competencia.²⁰

De acuerdo a lo anterior, resulta clara la falta de competencia de esta Delegatura para analizar los hechos relacionados con el presunto abuso de posición dominante por parte de GAZEL S.A.S., toda vez que al tratarse de diferendos de tipo contractual, la competencia para resolver de fondo sobre dichos abusos se encuentra radicada en cabeza de los Jueces Civiles de la República.

²⁰ Ver: Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto 93393501 del 23 de febrero de 1994; Resolución No. 19174 del 4 de septiembre de 1999 y Resolución No. 3444 del 7 de febrero de 2008.

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

08-096887

8.3.3. DEL PRESUNTO ACUERDO ANTICOMPETITIVO DE FIJACIÓN DE PRECIOS EN LA CIUDAD DE BARRANQUILLA ENTRE GAZEL, PETROMIL Y GASCOL, BAJO LA MARCA PUNTOGAS.

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, en materia de competencia se entiende por acuerdo: "(...) *Todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas.*" Así mismo, según dispone el numeral 1º del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, son anticompetitivos aquellos acuerdos entre los agentes del mercado que tengan como objeto o por efecto la fijación directa o indirecta de precios.

Pues bien, dicha prohibición obedece a una regla elemental, según la cual dentro de un mercado libre y competitivo los precios deben ser fijados de conformidad con el libre juego de la oferta y la demanda.

En este orden de ideas, al tenor de las normas constitucionales y legales en materia de protección de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, los acuerdos de fijación de precios están prohibidos y, por lo tanto, una vez realizada la investigación correspondiente, en el evento de comprobarse la ocurrencia de los mismos, son sancionados por la Superintendencia de Industria y Comercio.

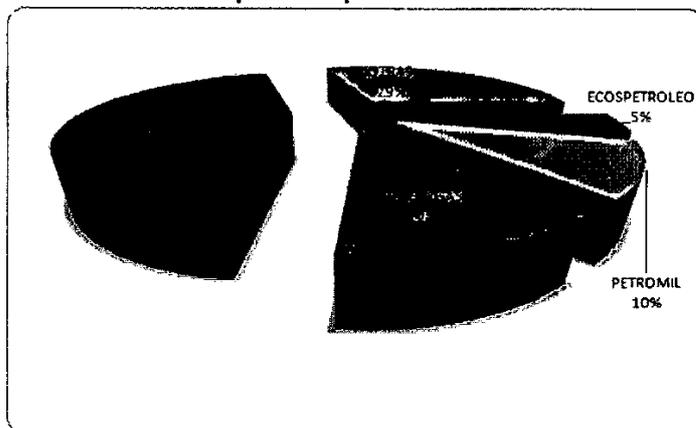
8.3.3.1 ANÁLISIS ECONÓMICO DE LA CONDUCTA.

Una vez concluido el análisis sobre el presunto abuso de posición de dominio de GAZEL, se hace necesario entrar en el análisis del segundo cargo, cual es el de la presunta existencia de un acuerdo de precios entre las empresas distribuidoras de GNV en la ciudad de Barranquilla. Dado que lo que se denuncia en la queja es que hay un acuerdo de precios, se va a analizar si existe alguna explicación económica al presunto paralelismo.

El mercado de GNV de la ciudad de Barranquilla se caracteriza principalmente por contar con tres actores principales que a primera vista, definirían el mercado y el comportamiento en el mismo.

La siguiente gráfica muestra la participación en el mercado de GNV en la ciudad de Barranquilla y la zona metropolitana, podemos ver que **GAZEL**, posee el 44% del mercado seguido de **PUNTO GAS** con el 12% y **PETROMIL** con el 10%, el resto del mercado se reparte entre varias empresas.

Gráfica No. 6 Participación mercado de GNV en la ciudad de Barranquilla y zona metropolitana para el año 2011



Cálculos SIC, Fuente: Ministerio de Minas y Energía

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

08-096887

Adicionalmente, es necesario, de acuerdo con lo expuesto, describir cuáles son las condiciones propias del mercado presuntamente afectado, para así distinguir y diferenciar cómo son las relaciones entre los competidores y bajo cuáles esquemas concurren al mercado.

Por otra parte, es del caso recordar que el GNV es un bien homogéneo y que es distribuido por un solo productor en esta región (PROMIGAS).

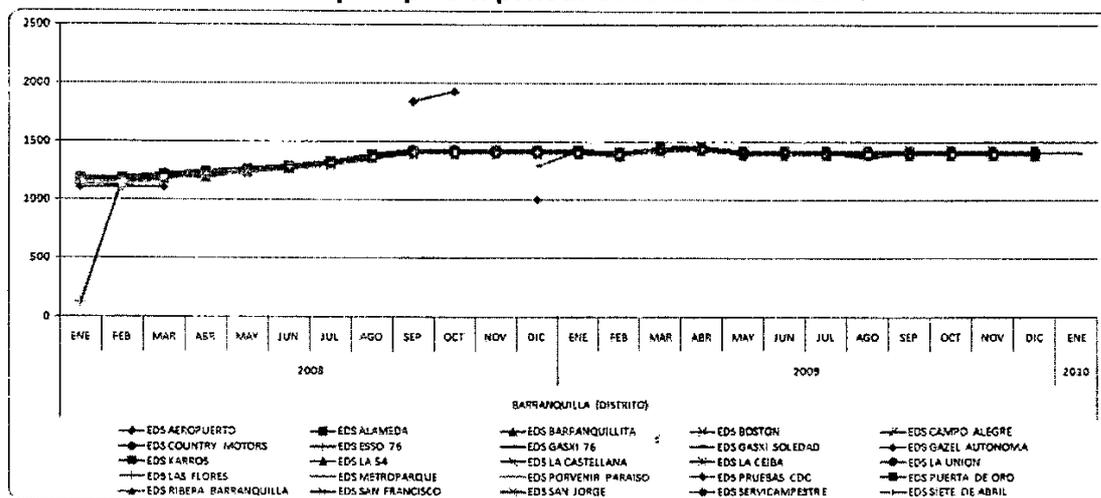
Es del caso mencionar que atendiendo a la naturaleza del bien comercializado y a la total transparencia del mercado en cuanto a la información tarifaria, la competencia en el mercado no puede ser **necesariamente** juzgada por la existencia de precios iguales o similares.

Ahora bien, GAZEL cuenta con poco más de 30 EDS bajo su marca en el mercado de Barranquilla y su área de influencia. De estas, 15 son propias y las demás son de propiedad de particulares, que mediante la FRANQUICIA, acceden a la marca y al producto, con condiciones uniformes que son aceptadas de manera autónoma y libre por parte del Franquiciado.

Esto hace que los precios del GNV en estas estaciones sean homogéneos, principalmente por la relación comercial y contractual que se manejan en esta red.

La Gráfica No. 7, muestra el precio promedio de GNV en la ciudad de Barranquilla desde el año 2008 hasta enero de 2010, de las estaciones GAZEL; es evidente que el precio de estas estaciones es homogéneo y no tiene ninguna desviación, esto nos indica que GAZEL fija el precio a todas sus estaciones, funcionando como unidad empresarial.

Gráfica No. 7 Precio promedio de GNV por estación de servicio GAZEL en la ciudad de Barranquilla para el periodo 2008 a enero de 2010



Fuente: Información obrante en el Expediente

En el caso de la marca PUNTO GAS; propiedad de GASCOL S.A.²¹, se debe tener en cuenta que, a diferencia de GAZEL, esta no define políticas de precios, ya que maneja un esquema de franquicia de marca, que no contempla ni políticas tarifarias, ni el suministro del producto. Lo anterior, fue ratificado por la señora KAREN JOHANNA ARZUAGA, Directora General de GASCOL S.A., que en testimonio realizado por esta Delegatura en el marco de la vista administrativa llevada a cabo el día 17 de septiembre de 2010, respondió:

²¹ Ver: folio 624 del Cuaderno 3.

sc

RESOLUCIÓN NÚMERO 36943 DE 2012 Hoja N°. 15

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

08-096887

*(...) **Pregunta:** ¿Cuál es la actividad económica que desarrolla GAS NATURAL COMPRIMIDO DE COLOMBIA S.A ESP?*

***Respuesta:** La comercialización de la marca punto gas a través de ofertas mercantiles de franquicia de marca y procedimientos. la comercialización de la marca consiste en identificar con nuestro emblema estaciones de servicio que se vinculan mediante ofertas mercantiles de franquicia sin que haya de nuestra parte ninguna inversión económica en infraestructura ni ninguna injerencia directa en la administración de la estación de servicio.*

***Pregunta:** ¿Explique cómo es el proceso de toma de decisiones respecto al cambio de precios del GNVC - GAS NATURAL VEHICULAR COMPRIMIDO al interior de la empresa GAS NATURAL COMPRIMIDO DE COLOMBIA S.A. E.S.P.?*

***Respuesta:** la empresa GAS NATURAL COMPRIMIDO DE COLOMBIA S.A. E.S.P no vende gas natural vehicular, no es nuestra actividad económica actual. nuestra utilidad proviene de los cobros por el uso de la marca Punto gas que está determinado por un valor fijo mensual que se cobra a las estaciones franquiciadas por surtidor instalado. nuestro cobro no está relacionado con el volumen de gas que venden las estaciones de servicio.*

De acuerdo con lo anterior, GASCOL S.A. -marca PUNTO GAS-, no interviene en los precios de venta al público. Simplemente impone a sus franquiciatarios aquellas decisiones que la sociedad tome con relación con la marca. De esto se infiere que existen diferentes propietarios de estaciones y que cada uno de estos fija de forma independiente el precio final al público.

En lo que hace a PETROMIL, se debe iniciar el análisis aclarando que es distribuidora exclusiva de combustibles líquidos y que la actividad de distribución de GNV la realiza a través de la empresa OTEDS S.A, quien define los precios finales de venta en sus EDS

Finalmente, participan del mercado otras tantas EDS de propietarios individuales que no operan bajo ninguna de las marcas analizadas y que acuden libremente al transportador, distribuidor u otro, para adquirir directamente el Gas Natural.

8.3.3.2 DE LOS PRECIOS DEL MERCADO Y LAS CONDICIONES DE COMPETENCIA EN BARRANQUILLA Y SU ZONA METROPOLITANA.

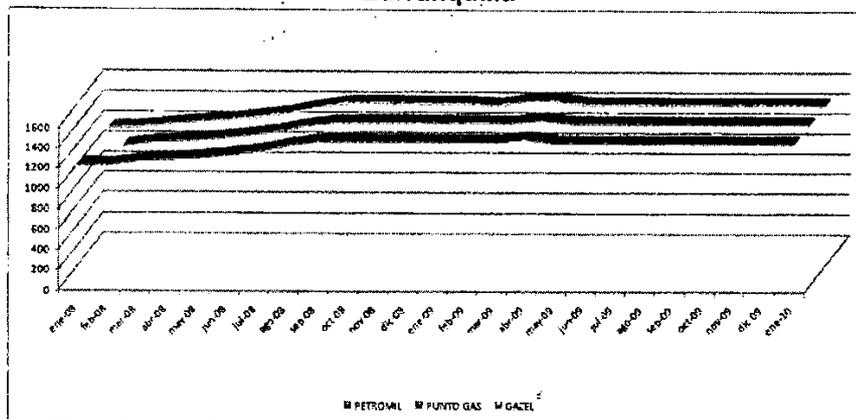
Una vez analizadas las condiciones bajo las cuales operan los principales agentes del mercado relevante, es procedente entrar en el estudio y definición de las condiciones del mercado y los precios por metro cúbico del GNV.

En la siguiente Gráfica, se describe el comportamiento de los precios de las principales empresas comercializadoras de GNV en Barranquilla, las cuales presuntamente son las que habrían efectuado el acuerdo de precios aquí indagado.

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

08-096887

Gráfica No. 8 Precios promedio de las empresas más importantes del mercado de GNV en Barranquilla



Cálculos SIC de acuerdo a información obrante en el expediente

Como se observa, se evidencia la existencia de un paralelismo de precios, el cual, **en principio**, encontraría sustento en la homogeneidad del producto y en la transparencia de precios. Se debe recordar que el simple paralelismo no es criterio suficiente para que esta Delegatura considere que se ha concretado una infracción al Régimen de Protección de la Competencia.

A efectos de contextualizar el mencionado paralelismo, es necesario recordar que sólo será reprochable, cuando quiera que se pruebe el elemento consciente que la conducta bajo la modalidad de *"conducta conscientemente paralela"*.

De acuerdo con la teoría económica, existen básicamente cuatro tipos de mercados (oligopolio, competencia perfecta, monopolio y competencia monopolística), en función del número de intervinientes y la capacidad de los mismos de influir en el precio.

De ordinario, los mercados suelen presentar al mismo tiempo características de varios de estos modelos. Estas señales particulares de los mercados, coadyuvan a delimitar hasta dónde se podrían tener condiciones que afecten la competencia o si dichos hechos se sustentan en la estructura misma del mercado.

Para el presente caso, si se tiene en cuenta que alrededor del 85% del mercado se encuentra concentrado en tres agentes (GAZEL, GASCOL y PETROMIL), se puede considerar que el mercado es de tipo oligopólico, el cual tiene las siguientes características:

- Pocos Agentes (mínimo 3).
- Simetría similar o igual de los agentes en cuanto a costes y capacidad.
- Homogeneidad del producto.
- Transparencia de precios y de los resultados individuales (Precios, producción, ingresos, ventas, clientes, etc.).
- Las empresas compitan repetidamente en el mercado, y el valor de cada transacción es pequeño en relación al conjunto del mercado (bajo poder compensatorio de la demanda).

Con relación al mercado del GNV en Barranquilla, encontramos:

- Simetría de costos:** respecto a la simetría de costos, estos son similares en cuanto a que el único distribuidor de la región fija una tarifa de acuerdo a la regulación, es decir, existe un conocimiento por parte los competidores de los costos de cada uno.

RESOLUCIÓN NÚMERO 36943 DE 2012 Hoja N°. 17

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

08-096887

- **Producto homogéneo:** como lo dijimos al inicio del análisis es importante para este caso asimilar que es un producto homogéneo, con unas características especiales, técnicas y de distribución que lo hacen indiferente ante el consumo en diferentes lugares.
- **Las empresas compiten repetidamente en el mercado:** las empresas se encuentran en el mercado compitiendo en factores distintos al precio, como la publicidad y ofertas de productos, que incitan al consumidor a dirigirse hacia este establecimiento. Este es el caso de GAZEL con su promoción club GAZEL²² o punto gas con su promoción el PUNTAZO²³, que entregan beneficios por consumo.
- **Pocos operadores:** el número de competidores es amplio entendido como estaciones individuales, pero si lo vemos desde el punto de vista de las marcas, encontramos que el mercado está concentrado, a tal punto que el 44% del mercado pertenece a una sola empresa, que es GAZEL.

Bajo estas condiciones, (cuando el producto es homogéneo, hay transparencia de precios o transparencia de capacidades), los incentivos a bajar precios son menores, traduciéndose en precios muy similares entre competidores.

Así las cosas, si se tiene en cuenta que la Delegatura no encontró evidencia del elemento consciente que explique el paralelismo, es posible explicar el comportamiento del mercado en general y de GAZEL, PETROMIL y PUNTO GAS, por lo que se sugiere archivar la actuación.

En mérito de lo expuesto, esta Delegatura,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: ARCHIVAR la averiguación preliminar No. 08-096887 por los motivos expuestos en la parte motiva del presente acto administrativo.

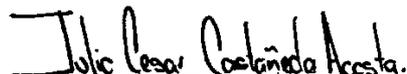
ARTÍCULO SEGUNDO: NOTIFICAR el contenido del presente acto administrativo al señor JOSÉ DARÍO FORERO FERNÁNDEZ, en su calidad de quejoso dentro del presente trámite.

ARTÍCULO TERCERO: En contra del presente acto administrativo procede el recurso de reposición, el cual deberá interponerse ante el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D. C., a los 20 JUN 2012

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


JULIO CÉSAR CASTAÑEDA ACOSTA

²²<http://www.gazel.com.co/clubgazel/reglamento.html>

²³<http://puntogas.com.co/promo.html>

RESOLUCIÓN NÚMERO 36943 DE 2012 Hoja N°. 18

20 JUN 2012

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

08-096887

NOTIFICAR:

JOSÉ DARÍO FORERO FERNÁNDEZ

C.C. No. 19.277.622

Carrera 38 # 33 - 09

Barranquilla, Atlántico.

msv
SJR-HAP-JT

SJR

