

457

REFERENCIA: 437-2007

SOLICITUD DE REVOCATORIA DE MEDIDA CAUTELAR

HONORABLE SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA:

RICARDO ANTONIO MENA GUERRA y JULIA EMMA VILLATORO TARIO
antes JULIA EMMA VILLATORO DE DAWSON, de generales conocidas en el
presente proceso contencioso administrativo, promovido por la sociedad
SHELL El Salvador S. A., actuando en nuestra calidad de apoderados
generales judiciales del Consejo Directivo de la Superintendencia de
Competencia, a Vos, atentamente **EXPONEMOS**:

I. ANTECEDENTES Y ACLARACIONES PREVIAS

Que mediante resolución emitida, por esa honorable Sala a las
catorce horas veinte minutos del veintisiete de mayo de dos mil ocho,
entre otras cosas, se resuelve declarar sin lugar la revocatoria de la
Medida Cautelar solicitada por los suscritos, a través de los libelos de
fechas diecisiete de diciembre de dos mil siete, dieciocho de diciembre
de ese mismo año y once de marzo del corriente año.

LIC. RICARDO ANTONIO MENA GUERRA
ABOGADO

Dicha resolución, en su *ratio decidendi*, en lo pertinente, indica: "*De lo
expuesto por las partes se ha determinado que en el caso sub judice, de
no suspenderse los efectos del acto en que se ordene el cese de ciertas
conductas, su ejecución produciría un daño de difícil reparación a SHELL
El Salvador S.A., por las siguientes razones: la consecuencia de la
revocatoria de la suspensión del referido acto, sería el cese de las*

LIC. JULIA EMMA VILLATORO TARIO
ABOGADO

conductas que según los argumentos de la demandante son políticas de mercado lo que ocasionaría un daño irreparable, no en el estricto sentido de ocasionársele una pérdida monetaria, sino además en el hecho que se podría provocar el cierre de algunas de sus estaciones, lo que haría imposible cuantificar a futuro las pérdidas ocasionadas por la suspensión de sus actividades".

Más adelante, ese respetable tribunal agrega que: "*si bien es cierto se han hecho señalamientos tendientes a demostrar un posible perjuicio al interés social, los argumentos que se han vertido al respecto, son tendientes a justificar el fondo del asunto planteado, y no a demostrar un perjuicio inminente al interés social, o un peligro de trastorno grave del orden público, que justifiquen la revocatoria de la medida (...)*".

De lo anterior es menester, aclarar de forma preliminar, que esa honorable Sala sólo ha recogido las afirmaciones de la demandante, sin ni siquiera exigirle que acredite de forma indiciaria la veracidad de tan exageradas aseveraciones, de manera que, de sostenerse tal fundamentación, parecería que basta con el simple dicho del actor por inverosímil que sea, para destruir la presunción de legitimidad de un acto administrativo, lo cual, desde el estudio jurídico de las medidas cautelares en el Derecho Administrativo, es inaceptable.

Por otra parte, se asevera que los señalamientos de la demanda tendientes a demostrar un posible perjuicio al interés social son argumentos que buscan justificar el fondo del asunto planteado. Nada más equivocado al respecto, por cuanto tal y como se puede verificar en los escritos presentados, nunca se ha hecho un alegato tendiente a

458

atacar el fondo del debate, puesto que en ninguno de los libelos referidos se ha realizado un análisis pormenorizado de las presuntas causales de ilegalidad desarrolladas por SHELL en su demanda. Lo que verdaderamente ha sido tratado por la Autoridad demandada son situaciones económico – jurídicas, tendientes a establecer el grave perjuicio para el interés social de las actividades anticompetitivas desarrolladas por SHELL.

En este sentido, amparados en el principio rector de las medidas cautelares, *rebus sic stantibus*, recogido en el Art. 23 LJCA, solicitamos **nuevamente la revocatoria de la suspensión de los efectos del cese de las medidas anticompetitivas realizadas por SHELL El Salvador S. A.**, bajo las argumentaciones que en adelante se exponen.

II. CONSIDERACIONES INICIALES

SHELL alega en su escrito que la orden del cese de la política de ajustes competitivos –herramienta utilizada por la misma para llevar a cabo las prácticas anticompetitivas de zonificación y fijación de precios– implicará en un corto plazo:

- a) Aumento en el precio de los combustibles en las estaciones de servicio SHELL;
- b) Aumento en general del precio de los combustibles;
- c) Reducción del nivel de competencia en el mercado de combustibles.

LIC. RICARDO ANTONIO MENA GUERRA
ABOGADO

LIC. JULIA EMILIA VILLATORO TARRIO
ABOGADO

Prosigue señalando que dicha orden del cese implicará también en un mediano plazo:

- a) Quiebra de estaciones de servicio SHELL;
- b) Reducción de la inversión local y extranjera;
- c) Incremento de precios a los consumidores.

La orden de cese de la práctica anticompetitiva dictada por el Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia no implicará, ni en corto ni en mediano plazo, ninguno de los efectos que SHELL alega en su escrito; más bien producirá los efectos contrarios.

Con el fin de demostrar lo anterior, es menester que se explique y aclare el razonamiento económico y los verdaderos efectos que la política de precios adoptada por SHELL tiene para:

- a) El mercado de las gasolinas especial y regular y el diesel;
- b) Los operadores de sus estaciones de servicio;
- c) Los consumidores de gasolinas especial y regular y diesel;
- d) La inversión local y extranjera;
- e) La economía salvadoreña en general.

III. EFECTOS NEGATIVOS DE LA ZONIFICACIÓN Y LA POLÍTICA DE PRECIOS DE SHELL

a. En el mercado de gasolina especial, regular y diesel.

Las prácticas anticompetitivas y complementarias realizadas por SHELL de zonificar y fijar precios tienen como objetivo la creación y

mantenimiento de zonas virtuales de precios, las cuales limitan la competencia en el mercado de las gasolinas especial y regular y diesel, y perjudican a los consumidores de estos productos.

Al cobrar a sus estaciones de servicio precios mayoristas distintos en diferentes zonas creadas, independientemente del costo de transporte, SHELL restringe la competencia entre sus estaciones y las estaciones de servicio de las distintas zonas creadas artificialmente, al crear un efecto de aislamiento que les impide competir entre sí. Esta conducta tiene como resultado que las estaciones de servicio que podrían competir con otras cercanas y, a las cuales, los consumidores estarían dispuestos a trasladarse en busca de precios más bajos, no lo puedan hacer. Esto es así, ya que al controlar los precios finales (fijación de precios en bomba), SHELL evita la propagación de los cambios en precios entre sus estaciones y, por lo tanto, dada su amplia presencia y participación de mercado, sus actuaciones evitan que los precios se ajusten en forma competitiva, afectando significativamente la competencia en el mercado relevante, lo que perjudica a los consumidores.

LIC. RICARDO ANTONIO MENA GUERRA
ABOGADO

Asimismo, como fue detallado en la resolución final que hoy se impugna, los mercados relevantes geográficos definidos por el Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia incluyen una serie de zonas de estaciones de servicio interdependientes entre sí. Es decir, cada una de las estaciones de servicio que ahí se encuentran, **bajo condiciones normales**, deberían poder competir con las demás en la venta de gasolinas especial y regular y diesel, lo que beneficiaría a los consumidores.

LIC. JULIA FERNANDA VILLATORO TARRIO
ABOGADO

El principio utilizado por el CD estima que toda estación de servicio

debería sufrir presión competitiva de forma directa e indirecta de parte del resto de estaciones ubicadas en el mismo mercado geográfico relevante. En *forma directa*, de aquellas estaciones que están dentro de su mismo radio de cobertura y, en *forma indirecta*, de aquéllas fuera de dicho mercado, vía concatenación.

Dicha concatenación se produce precisamente por la cercanía entre estaciones de servicio, por lo que, ante una reducción en el precio de una estación, aquellas ubicadas en la cercanía tenderían a ajustar los propios en forma libre, con el fin de no perder clientes. **Esto generaría un efecto cascada sobre todo el resto de estaciones presentes en el mismo mercado geográfico relevante**, derivándose en una especie de efecto dominó que terminaría por dispersarse por todo el mercado relevante geográfico (una ciudad, por ejemplo).

La creación de zonas artificiales dentro de un mismo mercado relevante geográfico por parte de las empresas petroleras tiene por objetivo impedir que las presiones competitivas se trasladen a lo largo del mercado relevante.

La "política de ajustes competitivos" de SHELL hace posible la realización de dicha práctica anticompetitiva. Al concebir a sus estaciones de servicio como zonas virtuales de precios logra producir restricciones a la competencia en el mercado y, para lograrlo, SHELL establece diferentes precios mayoristas a diferentes estaciones de servicio y controla la respuesta en precios de los operadores ante la competencia.

Cuando una estación de SHELL enfrenta competencia dentro de un mismo mercado relevante, SHELL con su "política de precios" crea artificialmente una zona de precios, de manera que le permita dar solo a esta estación de servicio un precio competitivo, evitando –con el resto de componentes de su política– la propagación de ese precio competitivo al resto de sus estaciones de servicio ubicadas dentro del mismo mercado relevante geográfico. Sin las zonas de precios, esta presión competitiva se trasladaría a las estaciones de servicio cercanas y así sucesivamente a lo largo de toda la ciudad. De esta forma, los consumidores tendrían la oportunidad de consumir gasolinas y diesel a precios más bajos.

b. Sobre los operadores de estaciones de servicio.

Como se señaló anteriormente, SHELL factura precios mayoristas diferentes a sus estaciones de servicio, dependiendo de la zona donde se encuentren, lo que origina que unas estaciones de servicio compren combustibles a precios más altos que otras, sin que se haya constatado en el procedimiento administrativo ante la Superintendencia de Competencia que dichos precios responden a una lógica económica coherente con costos.

LIC. RICARDO ANTONIO MENA GUERRA
ABOGADO

Cuando SHELL factura a una estación de servicio un precio mayorista bajo en relación a los precios facturados por sus competidores, evita que se produzca una redistribución del margen a través del establecimiento de regalías variables, que consisten en extraer de los operadores de estaciones de servicio cualquier ganancia que se encuentre por encima del margen fijo establecido por SHELL.

LIC. JULIA EMMA VILLATORO TARIQ
ABOGADO

Para ilustrar con precisión lo descrito anteriormente, se procede a desarrollar una explicación del funcionamiento de dicha política de precios de SHELL.

Asumiendo una zona geográfica cualquiera, la cual dadas sus características económicas y geográficas se configura como un mercado relevante geográfico en sí mismo, y cuyos costos de flete de combustibles no deberían diferir por ubicarse en zonas cercanas, SHELL crea zonas artificiales de precio por cada estación de servicio. Luego, tomando como base la política de venta de SHELL, ésta factura a sus estaciones de servicio diferentes precios en distintas zonas **dentro del mismo mercado relevante**, sin que esta diferencia se explique por el costo de transporte; asimismo, les fija sus márgenes de ganancia (fija el precio en bomba, aunque los gasolineros tienen el riesgo del negocio). De esta forma, SHELL es quien decide e impone el precio en bomba.

Bajo las condiciones anteriormente dichas, pueden producirse dos escenarios diferentes:

- a) Que las estaciones de la competencia tengan un precio final más bajo que el fijado por SHELL.
- b) Que las estaciones de la competencia tengan un precio final más alto que el fijado por SHELL.

Así, en el primer escenario, siguiendo la política de precios de SHELL, el operador no puede sacrificar parte de su margen si desea hacer frente a los mejores precios de la competencia, puesto que si lo hace, SHELL lo saca de su política de ajuste competitivo.

En el segundo caso, el ajuste competitivo no se produciría y cualquier excedente del margen establecido por SHELL a los operadores deberá ser transferido a SHELL. Igualmente, si el operador decide poner un precio distinto al que manda SHELL, y ese precio es superior, la compañía petrolera le extrae el excedente ganado en concepto de margen.

Con esta política, SHELL consigue neutralizar la competencia en cada zona en particular y, al mismo tiempo, evita que la misma se extienda al resto de las zonas que forman parte del mismo mercado relevante geográfico. Es decir, SHELL aísla las zonas que debieran competir entre sí, perjudicando a los consumidores.

La resolución impugnada muestra que prácticas como la detallada anteriormente son las que se llevan a cabo de forma permanente en la comercialización de combustibles en todo el territorio nacional. Estas prácticas le reportarían ganancias extraordinarias que no podrían ser obtenidas de no existir esta política, pues de lo contrario, las estaciones de servicio estarían obligadas a competir a lo largo de todo el mercado relevante geográfico.

En este mismo sentido, se presentan a continuación datos de precios mayorista, suministrados por SHELL a esta Superintendencia durante el procedimiento, los cuales evidencian la venta de gasolinas y diesel a precios diferentes a sus estaciones de servicio ubicadas en zonas geográficas del mismo mercado relevante.

LIC. RICARDO ANTONIO NEMAGUERRA
ABOGADO

LIC. JULIETA EMILIA VILLATORO TABIO
ABOGADO

TABLA 1
Comparación precios facturados a cuatro estaciones de servicio
pertencientes a un mismo mercado relevante
(Área Metropolitana de San Salvador)

	Fecha: 31 de agosto de 2006			
Rubro / Nombre de la Estación de Servicio	Shell La Sultana	Shell Los Héroes	Shell Miramonte	Shell Zacamil
Costo por galón	2.0554	2.0903	2.0472	2.0554
Costo de transporte (flete) por galón	0.0247	0.0247	0.0319	0.0247
Costo total por galón	2.0801	2.1150	2.0791	2.0801

Fuente: Datos proporcionados por Shell en el procedimiento administrativo sancionador ante la Superintendencia de Competencia.

Como puede observarse en los datos de la tabla anterior, no obstante las estaciones de servicio "Shell la Sultana" y "Shell los Héroes" tienen fletes idénticos, a las mismas se les facturó un precio mayorista por galón diferente el día 31 de agosto de 2006, a saber \$2.0554 versus \$2.0903, respectivamente. Asimismo, pese a que "Shell Miramonte" tiene un costo de transporte mayor que las otras tres estaciones de servicio (gasolineras), el precio facturado por SHELL a ésta es el menor de todos los mostrados en este cuadro. Se observa, entonces, que SHELL podría ofrecer a todas las estaciones de servicio del mercado relevante, el precio de 2.0472, en beneficio de los consumidores.

Con la explicación anterior queda evidenciado que la política de precios de SHELL no busca aumentar la competencia en los mercados de la gasolina especial, regular y diesel, en beneficio de los consumidores; sino todo lo contrario. Sin la zonificación ni fijación de precios, SHELL – producto de la competencia entre las estaciones de servicio que forman parte de un mismo mercado relevante–, debería ofrecer precios más competitivos a sus estaciones de servicio, lo que tendría como resultado un beneficio para el consumidor.

c. Sobre los consumidores de gasolinas especial y regular, y diesel

De la misma manera, en el ejemplo presentado por SHELL ante la Honorable Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia para ilustrar los supuestos efectos pro-competitivos que la política de ajuste competitivo trae consigo, no se toma en cuenta, a conveniencia de SHELL, que esta última puede controlar (abierta y libremente) en un primer momento el precio mayorista que ésta cobra a sus estaciones de servicio.

Así, al eliminarse la práctica anticompetitiva de zonificación y fijación de precios y, por consecuencia, la "política de ajustes competitivos", el otorgamiento de los "descuentos" artificiales por SHELL ya no tendrían razón de existir; ya que ésta se vería presionada ante la competencia general del mercado a ofrecer los precios más competitivos posibles a todas sus estaciones de servicio dentro de un mismo mercado relevante geográfico. Si lo puede ofrecer a una estación

LIC. RICARDO ANTONIO MENA GUERRA
ABOGADO

LIC. JULIA EMMA MILITATORO TARRIO
ABOGADO

de servicio, lo puede ofrecer al resto de estaciones dentro del mismo mercado relevante.

TABLA 2
Análisis del Ejemplo presentado por SHELL en su escrito ante la Honorable Sala de la Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia

	Caso 1	SHELL		CHEVRON	
		Precio	Margen	Precio	Margen
Precio 1	Precio de venta de proveedor a distribuidor	\$3.00		\$3.00	
Precio 2	Precio de venta de compañía petrolera a estación	\$3.10	\$0.10	\$3.05	\$0.05
-	Flete	\$0.05		\$0.05	
Precio 3	Precio de venta Estación al público	\$3.25	\$0.10	\$3.20	\$0.10

Fuente: Datos proporcionados por Shell en el procedimiento administrativo sancionador ante la Superintendencia de Competencia.

Y es que, además de la competencia minorista que tiene lugar entre las estaciones de servicio (precio 3 en el ejemplo presentado por SHELL), la competencia en el nivel mayorista (precio 1 en el ejemplo presentado por SHELL) juega una parte muy importante en la determinación de precios en el consumidor final, al representar la mayor proporción del precio que paga el consumidor final en la etapa minorista.

Dado lo anterior, los consumidores de ciertas zonas del mercado relevante estarían, en consecuencia, pagando un mayor precio por un

mismo producto, sin que este precio este reflejando ninguna señal de mercado.

El aislamiento de la competencia, tal como se ha mencionado anteriormente, producto de las políticas de zonificación y de precios de SHELL, producen, no solo afectación a sus propios clientes, sino también, dada su posición en el mercado, a aquellos consumidores de otras estaciones de servicio ubicadas en el mismo mercado relevante, quienes no logran percibir la presión competitiva por el efecto aislamiento generado por las políticas de SHELL.

De esta forma, al verse mermado el traslado de las presiones competitivas dadas las acciones de SHELL, los consumidores no gozarían de menores precios y por ende, su bienestar se ve significativamente reducido.

Por otra parte, no se debe olvidar que los combustibles representan un insumo de importancia para los diferentes sectores económicos. El impacto deriva de la proporción que el costo del combustible representa en los costos del proceso productivo. A mayor dependencia de los combustibles mayor impacto. Un sector clave y de efecto transversal en la economía es el transporte, los costos del combustible utilizado en transporte son trasladados al consumidor en el precio de los productos y, por lo tanto, se convierten en una fuente extra de pérdida de eficiencia del sector productivo y, en consecuencia, de bienestar del consumidor.

En ese sentido, la diferencia que traerá consigo la eliminación de la política de ajustes competitivos de SHELL es que ésta establecerá, desde

LIC. RICARDO ANTONIO MENA GUERRA
ABOGADO

LIC. JULIA EMMILY LATORO TARIQ
ABOGADO

un primer momento, el precio más competitivo posible para hacer frente a la competencia de todas las estaciones de servicio participantes en un mercado relevante, y no sólo a unas pocas que participan en las zonas de precios por ella creada.

De modo inverso, las estaciones de servicio de su bandera (dentro de un mismo mercado relevante) tendrían precios fuera de competencia. Así, y siguiendo con el ejemplo presentado por SHELL, sin política de ajuste competitivo, ésta facturaría desde un inicio el precio más competitivo posible a sus estaciones de servicio, es decir \$3.05, y no precios más elevados, como el precio de \$3.10 plasmado en el ejemplo.

IV. EFECTOS POSITIVOS DE LA ELIMINACIÓN DE LAS PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS REALIZADAS POR SHELL.

La **eliminación** de la práctica anticompetitiva realizada por SHELL, materializada a través de la zonificación de precios y su política de ajustes "competitivos", y sancionada por la Superintendencia de Competencia, traería como consecuencia:

- Precios más competitivos en los mercados de la gasolina especial, regular y el diesel.
- La eliminación de restricciones que menoscaban la autonomía de los operadores de las estaciones de servicio, impidiéndoles reaccionar libremente a la competencia ejercida por el resto de estaciones de servicio ubicadas en el mismo mercado relevante geográfico.

- Mayor nivel de competencia en el mercado y un aumento en el bienestar de los consumidores.

De no quedar firme la resolución emitida por el Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, en la cual se ordena el cese de las conductas anticompetitivas realizadas por SHELL, los daños que la misma genera serían millonarios para la economía de nuestro país.

Por todo lo anterior, y después de haber explicado y clarificado los efectos perjudiciales de la política de ajustes competitivos realizada por SHELL, los efectos positivos que tendría la eliminación de la misma:

a. En el mercado de la gasolina especial, regular y el diesel: Los precios de los combustibles en general tenderían a bajar, ya que al derribarse las barreras virtuales de precios establecidas por SHELL, ésta enfrentaría la competencia de todo el mercado, y no sólo la de una de las zonas de precios que pretende crear.

b. Para los operadores de sus estaciones de servicio: Habría un incremento en su autonomía y una debida protección a su derecho de competencia, al poder reaccionar a cualquiera de las presiones competitivas ejercidas por las estaciones de servicio participantes en el mercado y no sólo a las determinadas por SHELL en las zonas virtuales creadas por ésta.

c. Para los consumidores de gasolina especial, regular y diesel: Un incremento en el bienestar de los consumidores al poder acceder a precios más competitivos en el mercado.

LIC. RICARDO ANTONIO MENA GUERRA
ABOGADO

LIC. JULIA EMMA DELATORO TARRIO
ABOGADO

d. Respecto a la inversión local y extranjera:

- (i) Aumento en la inversión local: Ya que los operadores de las estaciones de servicio tendrían mayor autonomía sobre su negocio al recortarse las restricciones artificiales impuestas por SHELL, resguardándose y permitiéndoseles el ejercicio a plenitud de su derecho de competencia, *habida cuenta que contractualmente son dichos operadores los que asumen el riesgo de operar el negocio.*

- (ii) Aumento de la inversión extranjera: Al asegurarse y brindarse una mayor certeza jurídica en los mercados de la gasolina especial, regular y diesel; los agentes económicos interesados en realizar inversiones en el país aumentarían su confianza en la protección eficaz y oportuna de la competencia en los mercados salvadoreños. Asimismo, se les aseguraría que de incursionar en los mercados de la gasolina especial, regular y/o diesel; éstos podrán competir en iguales condiciones con el resto de los agentes económicos participantes, especialmente con aquéllos que ostentan posición dominante.

- e. Para la economía salvadoreña en general:** Aumento en la competitividad de los sectores que utilizan como insumo de producción los combustibles y reducción en los costos del transporte que impacta de manera transversal a la totalidad

de los sectores industriales, comerciales y agrícolas de la economía salvadoreña.

Como colofón, de todo lo antes expuesto, se extrae que el *periculum in mora* desarrollado por SHELL no es consecuente con la realidad jurídica económica del caso en debate. Así como, que la suspensión de las medidas anticompetitivas, ordenada, causa un perjuicio eminente al interés social, que se concretiza en el daño para los consumidores de gasolinas regular y especial y diesel; y a la economía nacional.

V. PETITORIO.

En consecuencia de lo expuesto, a **Vos**, respetuosamente **PEDIMOS:**

Revoquéis la suspensión de la ejecución de los efectos de los actos administrativos impugnados respecto de la orden de cese en la implementación de la política de ajustes competitivos ordenada a SHELL de El Salvador S. A., por el Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia.

San Salvador, veinticuatro de septiembre de dos mil ocho.

Ricardo Mena Guerra
LIC. RICARDO ANTONIO MENA GUERRA
ABOGADO

Emma Villatoro
LIC. EMMA VILLATORO TARIO
ABOGADO



Presentado a las nueve horas cuarenta y cinco minutos del veinticuatro de septiembre de dos mil ocho, por los Licenciados **Julia Emma Villatoro Tario**, de treinta y cinco años de edad, Abogada, del domicilio de San Salvador, a quien identifico por medio de su Carnet de Abogada número 5987, y **Ricardo Antonio Mena Guerra**, de treinta y siete años de edad, Abogado, del domicilio de San Salvador, a quien identifico por medio de su Carnet de Abogado número 5245, en original y nueve copias, de las cuales se le devuelve una con la razón de ley.

