

**RESOLUCIÓN NÚMERO 12-CDPC-2010-AÑO- V. COMISIÓN PARA LA DEFENSA Y PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA. SESIÓN ORDINARIA DEL PLENO NÚMERO 16- 2010.** Tegucigalpa, Municipio del Distrito Central, veintinueve de Abril de dos mil diez.

**VISTO:** Para resolver el expediente No. 075-NC-10-2009, contentivo de la solicitud de Notificación Previa Obligatoria y Verificación Previa Voluntaria de la operación de concentración económica a realizarse entre las sociedades: **INVERSIONES PETROLERAS DE HONDURAS, S. A. de C. V.**, (denominada la Compradora) representada legalmente por el abogado Michael Alexander Rascoff Irías, y **SHELL OVERSEAS INVESTMENTS B. V., y B. V. PETROLEUM ASSURANTIE MAATSCHAPPIJ** (denominada la Vendedora) representada por el Abogado Oscar Armando Manzanares Díaz, tal como se acredita con los respectivos documentos de mandato, y consistente en el cambio de control de la totalidad de las acciones que conforman el capital accionario de la sociedad SHELL HONDURAS S. A., propiedad de las empresas Shell Overseas Investments B. V., y B. V. Petroleum Assurante Maatschappij, a favor de las sociedades INVERSIONES PETROLERAS DE HONDURAS, S. A. de C. V., (subsidiaria de la empresa Petróleos de Honduras S. A. de C. V., y Central American Petroleum) y Petroholdings.

**CONSIDERANDO (1):** Que la Comisión para la Defensa y Promoción de la Competencia (en lo sucesivo la Comisión) mediante providencia de fechas 02 y 12 de noviembre del 2009, requirió a los comparecientes a efecto de que presentaran una serie de documentos formales necesarios para la admisión de la solicitud, diligencia que se tuvo por cumplimentada mediante providencia de fecha diecisiete de diciembre de 2009.

**CONSIDERANDO (2):** Que consta en la información y documentación aportada por los comparecientes, los datos generales sobre la constitución y el giro comercial de la Compradora y la Vendedora, así: **INVERSIONES PETROLERAS DE HONDURAS, S. A. de C. V.** es una sociedad constituida de conformidad con las leyes hondureñas mediante Escritura Pública Número 297 de fecha 29 de septiembre del año 2009, por medio de los oficios del Notario Publico José O. Rodríguez Vásquez, teniendo como finalidad la importación, exportación, distribución y comercialización en general de hidrocarburos, carburantes y derivados del petróleo, así como la exploración, estudio y realización de proyectos de explotación de petróleo tales como perforaciones, instalación de plantas procesadoras entre otros; por su parte, **SHELL HONDURAS, S. A.** también es una sociedad constituida bajo las leyes hondureñas, mediante

Instrumento Público Número 26 de fecha 17 de octubre de 1960 del tomo 24 del Registro de Comerciantes Sociales del Departamento de Francisco Morazán y cuyo giro principal es la refinación, manufactura, transformación, adquisición, importación, y venta de petróleos, asfalto, gas natural, aceites, grasas y cualesquiera derivados y productos químicos de toda clase y en toda forma de elaboración o refinación en la república o en cualquier país en donde instale sucursales o agencias; así mismo como parte de sus actividades la empresa podrá supletoriamente instalar o construir refinerías, instalaciones u oleoductos, estaciones de bombas y de servicio, tanques, depósitos, edificios, hospitales, caminos, ferrocarriles, y la realización de otras actividades de lícito comercio.

**CONSIDERANDO (3):** Que de conformidad con el procedimiento establecido en la Ley para la Defensa y Promoción de la Competencia (en adelante la Ley sobre Competencia) y su Reglamento, se procedió a remitir el expediente de mérito a la Dirección Técnica, la que a su vez ordenó el traslado de las diligencias a la Direcciones Económica y Legal, a efecto de que se emitieran los respectivos informes y dictámenes. En fecha 20 de enero de 2010, la Dirección Técnica previo a la emisión de los mencionados dictámenes solicitó que se requiriera información adicional necesaria para el análisis de la operación de concentración en cuestión, concediéndoseles a los solicitantes el plazo de diez días hábiles para cumplimentar la diligencia relacionada. En fecha 12 de febrero el Pleno de la Comisión mediante providencia concedió un plazo adicional de cinco días hábiles, a propósito de la solicitud de prórroga presentada por los comparecientes en fecha 08 de febrero de 2010.

**CONSIDERANDO (4):** Que consta entre la información proporcionada por los agentes económicos requeridos, la solicitud de confidencialidad sobre información relacionada con la estructura accionaria de la sociedad Petroholdings, acompañada en el denominado Anexo "C" presentada en fecha 24 de febrero de 2010; asimismo, consta que en fecha 05 de marzo el Pleno de la Comisión resolvió declarar sin lugar dicha petición por no ajustarse a lo establecido en el artículo 47 del Reglamento de la Ley sobre Competencia.

**CONSIDERANDO (5):** Que habiendo recibido la Dirección Técnica el expediente en fecha 15 de marzo, remitió las diligencias a las Direcciones Económica y Legal a efecto de emitir los respectivos informes y/o dictámenes. En fecha trece de abril la Dirección Económica emitió el informe correspondiente, en el que se destaca lo siguiente:

El Dictamen presenta algunos antecedentes procedimentales sobre la operación de concentración; la descripción sobre los agentes económicos participantes y el tipo de concentración a realizarse; la verificación de los umbrales establecido por la Comisión para el Procedimiento relativo a las Concentraciones Económicas; la verificación del mercado relevante; el Análisis del Mercado, en el que se destaca lo siguiente:

#### **I. GRADO DE CONCENTRACIÓN DEL MERCADO**

De acuerdo a la teoría económica, la intensidad de la competencia en un mercado está directamente relacionada con el número de firmas que participan en el mercado y el grado de desigualdad entre ellas. La medición del tamaño relativo de las empresas que participan en un mercado y la intensidad de la competencia que puede darse dentro del mismo, se realiza a través de indicadores llamados índices de concentración.

El grado de concentración está en función del número de empresas participantes en un mercado y de sus respectivas cuotas de participación. Para analizar, en el presente caso, el grado de concentración del sector, se procederá a estimar los índices siguientes; i) Índice Herfindhal Hirschman (HHI); ii) Índice de Dominancia (ID) y; iii) Cociente de Concentración (CR).

El Índice de Herfindahl-Hirschmann es utilizado en la jurisprudencia internacional, como una herramienta o mecanismo para medir el grado de concentración económica en un mercado determinado. Éste se define como la sumatoria del cuadrado de las participaciones de las empresas que actúan en el sector en cuestión. El resultado genera valores del HHI que oscilan entre 0 (mercado perfectamente competitivo) y 10,000 (mercado monopólico).

Con respecto al Índice de Dominancia, éste depende del tamaño relativo de los participantes en la operación de concentración, de esta forma cuando la operación de concentración está limitada a agentes económicos relativamente pequeños el indicador no aumenta, en cambio si lo hace cuando se trata de una concentración entre agentes económicos relativamente grandes.

Entre los referentes de la jurisprudencia internacional están la Federal Trade Commission (FTC), que utiliza la variación del HHI como criterio para evaluar el aumento de concentración en los mercados. Para el caso, el grado de concentración se valora comparando la concentración antes y después de la operación de concentración. Así, si las variaciones son superiores a 100 puntos en

mercados que se habían valorado previamente como poco o moderadamente concentrados (HHI entre 1,000 y 1,800 puntos), y/o las variaciones son superiores a 50 puntos en mercados que se habían valorado previamente como altamente concentrados (HHI mayores a 1,800 puntos) se pueden advertir grados de riesgo para el proceso de libre competencia.

HHI	Incremento	Recomendación de los Lineamientos de Fusiones del Dpto. de Justicia EE.UU.
Menos de 1000 puntos	-	Debe ser aprobada
Entre 1000 y 1800 puntos	Menos de 100 puntos	Debe ser aprobada
Entre 1000 y 1800 puntos	Más de 100 puntos	Concentración moderada, debe ser evaluada
Más de 1800 puntos	Menos de 50 puntos	Debe ser aprobada
Más de 1800 puntos	Más de 50 puntos	Concentración alta, con alta posibilidad de ser aprobada
Más de 1800 puntos	Más de 100 puntos	Altamente concentrada, debe ser evaluada

Otro referente interesante de citar es Chile, por medio de la Fiscalía Nacional Económica (FNE), que aunque allá no existe un control preventivo obligatorio de fusiones, si gestionan controles voluntarios *ex ante*. En este caso, la FNE presume que las operaciones de concentración que no sobrepasen determinados umbrales de concentración no tienen potenciales efectos anticompetitivos. En consecuencia, la FNE descartará un mayor análisis:

- i) Si el índice HH post fusión es menor a 1000,
- ii) Si  $1000 < HHI < 1800$  (el valor de este índice refleja un mercado moderadamente concentrado) y  $\Delta HHI < 100$ , Y
- iii) Si  $HHI > 1800$  (el valor de este índice refleja un mercado altamente concentrado) y  $\Delta HHI < 50$ .

Otra experiencia útil que sirve como referencia es la Comisión Nacional de Competencia (CNC) de España en donde utilizan como criterio el diferencial del HHI, en cuyo caso diferenciales menores a 150 puntos no representan peligro para la competencia.

HHI	Incremento	Efecto para la Competencia
Menos de 1000 puntos		Seguro
Entre 1000 y 2000 puntos	Menos de 250 puntos	Seguro
Entre 1000 y 2000 puntos	Más de 250 puntos	Representa Peligro
Más de 2000 puntos	Menos de 150	Seguro

	puntos	
Más de 2000 puntos	Más de 150 puntos	Representa Peligro

La Comisión Federal de Competencia (CFC) de México señala en sus pautas que debe realizarse un análisis conjunto de los índices Herfindahl-Hirschmann y de Dominancia y considera que existe una baja probabilidad de afectar el proceso de libre competencia cuando se cumple al menos una de las siguientes condiciones:

- i) Aumento del HHI menor de 75 puntos;
- ii) Valor alcanzado por el HHI menor a 2000 puntos;
- iii) Disminuye el valor del Índice de Dominancia; y
- iv) El valor alcanzado por el Índice de Dominancia es menor a 2500 puntos

Como se menciono anteriormente, la organización industrial del sector, implica que los importadores y/o almacenadores son por fuerza vendedores mayoristas y que estos a su vez son en general distribuidores minoristas o al detalle y operan bajo una bandera específica. En ese sentido, el análisis de poder de mercado se realizará en los eslabones en donde participan los agentes económicos involucrados en la operación de concentración notificada y en los cuales existe un traslape o superposición que derive en una concentración del mercado, vale decir el eslabón de la importación, distribución mayorista y distribución minorista.

### 1. Importaciones

Las empresas involucradas en la operación de concentración notificada importan distintos tipos de combustibles, principalmente combustibles líquidos. El siguiente cuadro detalla los tipos de combustible que importan los agentes económicos involucrados:

**Tipos de Productos que Importan las Empresas Involucradas en la Operación de Concentración Notificada**

Empresas	Gasolina Superior	Gasolina Regular	Diesel	Kerosina	Av Jet	Fuel Oil	Av Gas	LPG	Asfalto
Hondupetrol	X	X	X			X			
Shell Honduras	X	X	X	X					X

Fuente: Comisión Administradora del Petróleo

En ese sentido, el calculo del índice de concentración se realizará sobre los tipos de combustibles en los que existe un traslape o superposición de productos, lo anterior en vista de que las importaciones de productos derivados guardan relación con los tanques de almacenamiento, puesto que en un deposito diseñado especialmente para almacenar diesel no puede almacenarse gasolinas si no se hacen previamente

algunas modificaciones a la infraestructura de almacenaje. En el caso del diesel y fuel oil (bunker) los depósitos si pueden ser usados fácilmente para almacenar ya sea diesel o bunker requiriéndose para tal propósito modificaciones simples como la limpieza previa de los depósitos.

**HHI Segmento de la Importación (2008)**  
**Combustible: Gasolinas, Diesel y Fuel Oil**

Empresas	Importación	Ex Ante			Ex Post		
		Participación	HHI	ID	Participación	HHI	ID
Esso Standard Oil	1,637,924	12.5	155.4	75.9	12.5	155.4	54.9
Hondupetrol	2,244,152	17.1	291.8	267.3	26.3	689.2	1,079.1
Lufusa	2,553,862	19.4	377.9	448.3	19.4	377.9	324.4
Petroleos de Tela	2,792,257	21.3	451.7	640.6	21.3	451.7	463.6
Refinería Texaco	2,704,513	20.6	423.8	563.8	20.6	423.8	408.0
Shell Honduras	1,204,753	9.2	84.1	22.2	-	-	-
<b>Total</b>	<b>13,137,461</b>	<b>100.0</b>	<b>1,784.8</b>	<b>2,018.1</b>	<b>100.0</b>	<b>2,098.1</b>	<b>2,330.0</b>

Cambio HHI 313 ID 312

Fuente: Elaboración propia con datos de la CAP

**HHI Segmento de la Importación (2008)**  
**Combustible: Gasolinas**

Empresas	Importación	Ex Ante			Ex Post		
		Participación	HHI	ID	Participación	HHI	ID
Esso Standard Oil	729,085	20.1	405.1	232.6	20.1	405.1	222.3
Hondupetrol	80,521	2.2	4.9	0.0	16.0	255.8	88.6
Lufusa	-	-	-	-	-	-	-
Petroleos de Tela	1,258,323	34.7	1,206.5	2,064.2	34.7	1,206.5	1,972.3
Refinería Texaco	1,055,808	29.1	849.4	1,023.1	29.1	849.4	977.5
Shell Honduras	498,862	13.8	189.6	51.0	-	-	-
<b>Total</b>	<b>3,622,599</b>	<b>100.0</b>	<b>2,655.6</b>	<b>3,371.0</b>	<b>100.0</b>	<b>2,716.8</b>	<b>3,260.7</b>

Cambio HHI 61.2 ID -110.3

Fuente: Elaboración propia con datos de la CAP

**HHI Segmento de la Importación (2008)**  
**Combustible: Diesel**

Empresas	Importación	Ex Ante			Ex Post		
		Participación	HHI	ID	Participación	HHI	ID
Esso Standard Oil	908,839	17.8	317.2	203.9	17.8	317.2	151.1
Hondupetrol	663,380	13.0	169.0	57.9	26.8	720.0	778.3
Lufusa	-	-	-	-	-	-	-
Petroleos de Tela	1,533,934	30.1	903.6	1,655.0	30.1	903.6	1,225.9
Refinería Texaco	1,290,945	25.3	640.0	830.2	25.3	640.0	615.0
Shell Honduras	705,891	13.8	191.3	74.2	-	-	-
<b>Total</b>	<b>5,102,989</b>	<b>100.0</b>	<b>2,221.1</b>	<b>2,821.3</b>	<b>100.0</b>	<b>2,580.7</b>	<b>2,770.2</b>

Cambio HHI 359.7 ID -51.1

Fuente: Elaboración propia con datos de la CAP

**HHI Segmento de la Importación (2008)**  
**Combustible: Fuel Oil (Bunker)**

Empresas	Importación	Ex Ante			Ex Post		
		Participación	HHI	ID	Participación	HHI	ID
Esso Standard Oil	-	-	-	-	-	-	-
Hondupetrol	1,500,251	29.4	864.3	639.4	29.4	864.3	639.4
Lufusa	2,553,862	50.0	2,504.6	5,369.3	50.0	2,504.6	5,369.3
Petroleos de Tela	-	-	-	-	-	-	-
Refinería Texaco	357,760	7.0	49.2	2.1	7.0	49.2	2.1
Shell Honduras	-	-	-	-	-	-	-
<b>Total</b>	<b>4,411,873</b>	<b>86.5</b>	<b>3,418.1</b>	<b>6,010.8</b>	<b>86.5</b>	<b>3,418.1</b>	<b>6,010.8</b>

Cambio HHI 0 ID 0

Fuente: Elaboración propia con datos de la CAP

Derivado del análisis de los datos mostrados en los cuadros anteriores, se puede inferir que el mercado de combustibles derivados del petróleo, en su segmento de importación, se encuentra moderadamente concentrado. Los cálculos realizados post operación indican que el grado de concentración se incrementará en aproximadamente 300 puntos, influenciado principalmente por un aumento en el nivel de concentración de importación de diesel con 360 puntos, contrario a las gasolinas que varían en 61 puntos y el fuel oil que no muestra variaciones.

Un aspecto que reviste gran importancia es el hecho de que para importar productos derivados del petróleo es necesaria una infraestructura relacionada a terminales marítimos y plantas de almacenamiento. Es decir, el acceso o el hecho de poder desarrollar instalaciones de importación y almacenamiento potencia las posibilidades efectivas de entrar al mercado y disciplinar a los actuales importadores, en el sentido de evitar prácticas derivadas de una participación notable de mercado o posición de dominio.

En ese sentido, es importante mencionar que la empresa Shell Honduras S. A., para importar sus productos, actualmente utiliza la infraestructura de almacenamiento de la empresa Texaco, mediante un contrato de arrendamiento, por lo que, la participación que adquirirá la empresa en el segmento de la importación estará ligada en el tiempo a la vigencia del convenio de arrendamiento entre Shell y Texaco. En ese sentido la participación que adquiriría el grupo Petroholding con sus empresas una vez concretada la operación de concentración estaría más ligada a futuras ampliaciones de su infraestructura de almacenamiento. Por otra parte es preciso recordar que el éxito comercial en este mercado depende del tamaño de la red de distribución lo cual hace de este eslabón de la cadena parte fundamental para medir los impactos en el nivel de competencia efectiva derivados de la operación de concentración económica notificada.

## **2. Distribución Mayorista**

Sobre este particular y tal como lo hemos mencionado anteriormente, en la organización industrial del mercado de los productos derivados del petróleo se describe que los agentes que operan como importadores y/o almacenadores son también vendedores mayoristas. Este patrón de integración también se observa en la operación de concentración económica analizada, en el sentido de que se reflejan los mismos efectos relacionados con los niveles de concentración, esto es, en el eslabón de importación y en el de comercialización.

En este sentido la competencia no sólo se inhibe en el segmento detallista sino también en el mayorista, ya que si el segmento final está atado contractualmente, es poco probable que un mayorista quiera entrar al mercado si no tiene a quien venderle, y si opta por establecer su propia cadena detallista, ello implicaría contar con una capacidad de inversión, en donde se incluyen costos hundidos altos, entre otros, el posicionamiento de la marca y el know how relacionado con el funcionamiento del mercado local.

### 3. Distribución Minorista

La distribución al detalle se realiza a través de una red de distribución conformada por estaciones de servicio. Cada uno de los importadores/mayoristas tiene una cadena de distribución minorista conformado, en general, por operadores independientes que mantienen contratos de suministro que varían de entre 5 años cuando el distribuidor es el dueño de sus instalaciones, hasta 10 y 20 años cuando el propietario de la estación de servicios es el operador. Las estaciones de servicio operan generalmente bajo la marca de la empresa importadora/mayorista.

Índice de Concentración HHI  
Segmento Distribución al Detalle (2009)

Marca	Número de Estaciones	Ex Ante			Ex Post		
		Participación	HHI	ID	Participación	HHI	ID
DIPPSA	106	25.9	671.7	1,657.9	25.9	671.7	1,388.4
TEXACO	85	20.8	431.9	685.5	20.8	431.9	574.1
SHELL	64	15.6	244.9	220.3	20.5	421.8	547.5
ESSO	56	13.7	187.5	129.1	13.7	187.5	108.2
COPENA	25	6.1	37.4	5.1	6.1	37.4	4.3
PUMA	24	5.9	34.4	4.4	5.9	34.4	3.6
HONDUPETROL (UNO)	20	4.9	23.9	2.1	-	-	-
PEHON	12	2.9	8.6	0.3	2.9	8.6	0.2
A PETROLEUM	11	2.7	7.2	0.2	2.7	7.2	0.2
PETROGOLF	6	1.5	2.2	0.0	1.5	2.2	0.0
<b>Total</b>	<b>409</b>	<b>100.0</b>	<b>1,649.6</b>	<b>2,705.0</b>	<b>100.0</b>	<b>1,802.7</b>	<b>2,626.4</b>

Cambio HHI 153.1 ID -78.6

Fuente: Elaboración propia con datos de la CAP y datos provistos por las empresas notificantes

Los cálculos del índice de concentración medido a través del Índice Herfindahl-Hirschman pre operación muestran que el mercado de distribución al detalle se encuentra moderadamente concentrado con un Índice de 1,650 puntos. Producto de la operación notificada el Índice alcanzaría un valor de 1,803 puntos con un cambio de 153 puntos lo cual puede considerarse como un incremento dentro de los rangos de normalidad si por ejemplo tomamos en consideración los parámetros de variación definidos, en el referente citado, esto es, la Comisión Nacional de Competencia (CNC) de España, los cuales establecen que ante un mercado con un HHI entre 1,000 y 2,000 puntos un incremento derivado de una fusión de menos de 250 puntos no representa peligros para la competencia efectiva. Lo anterior se complementa con el resultado del Índice de Dominancia el cual disminuye 79 puntos aproximadamente



lo que implica que las empresas fusionadas no cambian su posición relativa en el mercado sino que por el contrario permite disminuir de alguna manera el poder de mercado de la empresa que ostenta la mayor participación de mercado, es decir permite un incremento de la rivalidad entre empresas.

Por otra parte es preciso mencionar que según la información proporcionada por los notificantes, las estaciones de servicio que operan bajo la marca COPENA, no forman parte del Grupo adquirente por no tener el control sobre las mismas, sin embargo, existen contratos de suministro entre ambas empresas. En ese sentido el análisis económico de concentración no debe incluir las estaciones de servicio que operan bajo la marca COPENA ya que no forman parte del Grupo adquirente.

Entonces para este segmento del mercado en particular, podría esperarse que la operación de concentración no derive en riesgos potenciales que afecten la competencia efectiva en el mismo.

Desde el punto de vista de la competencia conviene distinguir la forma de organización en función de quién decide el precio al consumidor final. En este contexto existen tres opciones:

- a) Que el operador de la estación de servicio sea independiente. En este caso, el operador compra el producto al mayorista y decide el precio que va a cobrar al público;
- b) Que la estación de servicio sea operada de manera verticalmente integrada por el mayorista y por lo tanto sea él quien fija el precio al público; y
- c) Que la estación de servicio sea de propiedad del operador, pero que éste sea comisionista del mayorista. En este caso es el mayorista el que fija el precio al público.

**Calculo Grado de Integración Vertical**

Empresa	No. de Estaciones Integradas Verticalmente	No. de Estaciones Independientes	Total	Grado de Integración
Shell Honduras S. A.	17	47	64	26.6
Hondupetrol (UNO)	12	8	20	60.0
	<b>29</b>	<b>55</b>	<b>84</b>	<b>34.5</b>

Fuente: Elaboración propia con datos provistos por los notificantes

Del análisis de los datos del cuadro anterior se puede observar que el grado de integración vertical en el segmento de distribución minorista alcanzaría después de la operación de concentración un rango de 34.5% lo cual implica que del total de las

estaciones de servicio que operan bajo la marca Shell o UNO el 35% de las mismas serían propiedad del Grupo Adquirente.

## **II. BARRERAS A LA ENTRADA**

Barrera a la entrada es aquella situación en que hay costos considerablemente más altos que los que normalmente cualquier operador debe asumir para entrar a un determinado mercado; no hay acceso a un insumo esencial o alguna disposición legal que impide o encarece artificialmente la entrada al mercado relevante.

La posibilidad de entrada de nuevos importadores es esencial para que competidores potenciales puedan disminuir o contrarrestar el poder de mercado que los importadores existentes puedan poseer. Posibilidad que está influenciada por el nivel de inversión que las empresas deben realizar para el desarrollo y la construcción de instalaciones. La inversión necesaria se calcula en aproximadamente \$7.5 millones para una terminal y planta de almacenamiento con capacidad para diez punto cinco millones de galones (10.500.000 galones).

Los niveles de inversión para importar productos derivados del petróleo por vía marítima son elevados, por lo que, aún si no existen barreras a la entrada para nuevos importadores, se requiere de un gran capital para invertir en instalaciones de terminales marítimas y en facilidades de almacenamiento. Especialmente en este último, puesto que es un requisito para obtener el permiso de importador.

En los últimos dos años la Comisión Administradora del Petróleo ha recibido una solicitud de permiso de importar combustibles, solicitud que se ha denegado por el no cumplimiento del requisito de la infraestructura de almacenamiento ni de un contrato de convivencia con las empresas existentes. Esto demuestra la poca movilidad de los actores en esta industria. Los costos hundidos que la empresa debe de absorber hace que la entrada sea muy difícil.

### **1. Contratos de Exclusividad entre distribuidor mayorista y estaciones gasolineras**

Los contratos y sus cláusulas varían en función de la estación gasolinera. Existen cuatro tipos de contrato entre distribuidor mayorista y estación gasolinera.

Existen diversas modalidades contractuales que pueden vincular a las empresas comercializadoras con las estaciones de servicio, entre ellas, se pueden identificar algunas, así: Company Owned, Company Operated (COCO), Company Owned,

Dealer Operated (CODO), Dealer Owned, Company Operated (DOCO), Dealer Owned, Dealer Operated (DODO), Company Owned New Retail Agreement (CONRA), Company Leased Dealer Operated (CLDO), Company Leased New Retail Agreement (CLNRA).

Un punto importante es la duración de los contratos entre gasolineras e importadoras lo cual depende de si éstas operan con comisión o de manera independiente. Los resultados de algunas encuestas muestran que los comisionistas son beneficiados por contratos menos largos de uno a cinco años, pero los que operan de manera independiente firman contratos de por lo menos diez años. Esto último es un factor que beneficia el poder que las importadoras poseen, puesto que las cláusulas del contrato, una vez firmadas no pueden negociarse, lo que obliga a las estaciones independientes a no sólo vender el producto de la marca de su proveedor, sino también esperar la autorización de su proveedor de comprarle a otra empresa en casos de emergencia como el desabastecimiento.

La duración de los contratos depende del tipo de relación que exista entre la empresa mayorista y la estación minorista y de la bandera bajo la cual la estación esté operando.

## **2. Lealtad del consumidor**

El consumidor percibe una diferencia importante entre las estaciones de bandera blanca y las estaciones que operan bajo una marca. El factor que influye en la decisión del consumidor es la percepción del producto ya que en general, él cree que es menos probable de comprar combustible adulterado en las estaciones de marca que en las estaciones blancas ya que existe un mejor control de calidad. El consumidor prefiere pagar más en una estación de marca para poder tener más seguridad sobre el producto que está adquiriendo para su vehículo.

La lealtad del consumidor es influenciada principalmente por la marca bajo la cual opera la estación. En las principales ciudades, la decisión de comprar en una gasolinera o la otra también es influenciada en la calidad y variedad de servicios que ofrecen ya que las distancias que las separan son menores que en las ciudades más pequeñas. Sin embargo las pequeñas estaciones independientes mantienen una clientela fija ya sea por su localización estratégica o por la personalización del servicio.

Es mucho más frecuente encontrar el dueño de la estación en una estación independiente o manejada por comisionistas que en una estación manejada por la

compañía importadora directamente. Esto puede beneficiar al cliente frecuente puesto que puede ser beneficiado por descuentos o por facilidades de pago de parte del dueño directamente, cosa que es menos probable que suceda en las demás estaciones ya que los administradores no tienen poder de decisión en estos casos, es decir que el cliente que viene todas las semanas es tratado de la misma manera que el cliente que viene esporádicamente.

### **III. EFICIENCIAS**

Según la información presentada por los notificantes, la operación de concentración traería un efecto positivo en el nivel de competencia y un beneficio directo para los consumidores al favorecerse de las siguientes ventajas:

1. La operación de concentración favorecerá la implementación de políticas comerciales y la combinación de sinergias productivas (UNO-Shell Honduras) que permitan mantener rebajas en precios y presionar a los competidores para hacer lo mismo.
2. La integración de la capacidad productiva de los agentes pertenecientes a ambos grupos permitirá reducir los gastos operativos, puesto que se eliminarán los recursos que existan en forma duplicada.
3. La integración de las capacidades productivas y especialmente de la experiencia adquirida por ambos grupos, permitirá aumentar la producción o mejorar la calidad, sin aumentar los costos, a través de la transferencia de tecnología y de conocimientos que acompaña este tipo de operación.
4. La combinación de redes de distribución permitirá una disminución de los costos de producción y comercialización derivados de la expansión de la red de gasolineras operadas en forma conjunta o una mejor distribución de los productos de ambos agentes a través de la red conjunta.
5. En suma, se espera que la operación de concentración derive en beneficios al consumidor a través de menores precios, una mejor calidad y acceso a una mayor variedad de actividades mediante la innovación en nuevos servicios.

**CONSIDERANDO (6):** Que entre las conclusiones derivadas del análisis económico a la operación de concentración en cuestión, están:

1. Que del análisis de la organización industrial del mercado de los productos derivados del petróleo, en el que participa la sociedad adquirente, así como de la valoración de las actividades en que participa la sociedad adquirida, se identifica que el mercado relevante de producto o servicio, sobre el que se analizó la concentración económica en cuestión, lo constituye el mercado de combustibles derivados del petróleo; de igual forma, se identificó que el ámbito geográfico es el territorio nacional. En dicho mercado relevante, participan todos los agentes económicos relacionados con actividades de importación, distribución al mayoreo,

transporte y distribución al detalle, que es, precisamente, el mercado donde se puede ver afectada la dinámica de la competencia efectiva.

2. La estructura industrial del mercado favorece los encadenamientos hacia adelante de las empresas importadoras, con las distribuidoras mayoristas y los distribuidores al detalle. En ese sentido, resultó imprescindible analizar el grado de concentración de mercado en los distintos eslabones de la cadena a fin de evaluar la facilidad de aplicación de restricciones verticales o cierres de mercado, derivados de la operación de concentración notificada, en especial en los segmentos de importación, distribución mayorista y distribución minorista.
3. El mercado de productos derivados del petróleo en su segmento de importación se muestra moderadamente concentrado ( $HHI=1,785$ ). Los cálculos realizados post operación indican que el grado de concentración, medido a través del Índice Herfindhal Hirschman para este segmento del mercado se incrementará en aproximadamente 300 puntos, influenciado principalmente por un aumento en el nivel de concentración de importación de *diesel* con 360 puntos, contrario a las *gasolinas* que varían en 61 puntos y el fuel *oil* que no muestra variaciones.
4. Que en la organización industrial del mercado de los productos derivados del petróleo se describe que los agentes que operan como importadores y/o almacenadores son también vendedores mayoristas. Este patrón de integración también se observa en la operación de concentración económica analizada, en el sentido de que se reflejan los mismos efectos relacionados con los niveles de concentración, esto es, en el eslabón de importación y en el de comercialización. En este sentido la competencia no sólo se inhibe en el segmento detallista sino también en el mayorista, ya que si el segmento final está atado contractualmente, es poco probable que un mayorista quiera entrar al mercado si no tiene a quien venderle, y si opta por establecer su propia cadena detallista, ello implicaría contar con una capacidad de inversión, en donde se incluyen costos hundidos altos, entre otros, el posicionamiento de la marca y el know how relacionado con el funcionamiento del mercado local.
5. El mercado de distribución al detalle (analizado por marcas) se encuentra moderadamente concentrado con un Índice Herfindhal-Hirschman de 1,650 puntos. Producto de la operación notificada el Índice alcanzaría un valor de 1,803 puntos con una variación de 153 puntos, lo cual puede considerarse como un incremento dentro de los rangos de normalidad, si por ejemplo, tomamos en consideración los parámetros de variación definidos por la Comisión Nacional de Competencia (CNC) de España, los cuales establecen que ante un mercado con

un HHI entre 1,000 y 2,000 puntos un incremento derivado de una fusión de menos de 250 puntos no representa peligros para la competencia efectiva. Lo anterior se complementa con el resultado del Índice de Dominancia el cual lejos de aumentar disminuye en 79 puntos aproximadamente, lo que implica que las empresas fusionadas no cambian su posición relativa en el mercado sino que por el contrario permite disminuir de alguna manera el poder de mercado de la empresa que ostenta la mayor participación de mercado, es decir, permite un incremento de la rivalidad entre empresas.

6. De la información proporcionada por los notificantes se desprende que las estaciones de servicio que operan bajo la marca COPENA, no forman parte del Grupo adquirente, ya que no posee control sobre las mismas, existiendo en alguna forma un grado de dependencia económica por parte de COPENA, mediante contratos de suministro entre ambas empresas que la relacionan indirectamente. En ese sentido, el análisis económico de la concentración económica relacionada no incluye las estaciones de servicio que operan bajo la marca COPENA, ya que, según el Grupo adquirente, no posee el control sobre las mismas.
7. El grado de integración vertical (importador/mayorista/detallista) para la marca UNO/SHELL después de la operación de concentración será de aproximadamente 34.5%, lo que implica que estas estaciones de servicio (gasolineras) pertenecen al importador/distribuidor mayorista y el restante 65.5% de las estaciones que operan bajo la marca UNO/SHELL están ligadas al importador/distribuidor a través de contratos de suministro.
8. La información y los datos aportados permiten presumir, salvo prueba en contrario, que: **i)** el objetivo de la concentración no obedece a una estrategia de alterar la libre competencia; **ii)** no se encontró suficiente evidencia sobre posibilidades de que el poder de mercado obtenido mediante la operación de concentración económica en cuestión, sea usado en contra de sus competidores; **iii)** que a pesar de la alta participación que obtendrá el Grupo adquirente en el mercado de productos derivados del petróleo, particularmente, en el segmento de importación, no amerita condicionamientos de tipo estructural.
9. Respecto a las conductas de tipo estratégico, es evidente que una firma integrada verticalmente en la industria de los carburantes tiene importantes incentivos para obstaculizar la entrada de potenciales competidores o restringir el acceso de bienes y/o servicios a empresas que participan en eslabones inferiores en la cadena. En ese sentido las empresas distribuidoras mayoristas y al detalle de productos derivados del petróleo que operan en forma independiente, en cuanto a la prestación de su servicio, requieren para un funcionamiento eficiente del

suministro de productos por parte de las importadoras. En consecuencia, es razonable que se establezcan ciertas obligaciones y/o condiciones a efecto de observar comportamientos que ordenen, previamente, las conductas del agente económico en cuestión, sobre decisiones económicas orientadas a fomentar y preservar la competencia efectiva en el mercado de combustibles derivados del petróleo afectados, directa o indirectamente, por la Concentración Económica antes relacionada.

**CONSIDERANDO (7):** Que como consecuencia del análisis económico y las conclusiones expuestas en el considerando anterior, resulta pertinente también destacar los posibles efectos que se advierten en dicha operación de concentración, los que se exponen en los términos siguientes:

1. La operación de concentración económica mediante el cambio de control por la adquisición del 100% de las acciones que corresponden a todo el capital accionario emitido de la sociedad Shell Honduras S. A., por parte de las empresas Inversiones Petroleras de Honduras S. A. de C. V., quien adquirirá el 99.9% de las acciones y Petroholdings, a su vez, adquirirá el restante 0.1%, no tiene por finalidad alterar la libre competencia, lo que queda de manifiesto al enmarcarse en el contexto de una operación de carácter más amplio, que se desarrolla en otros países de Centroamérica.
2. Por otra parte, dada la generalidad de los comportamientos anticompetitivos de tipo vertical que pueden generarse producto de la operación en cuestión, la existencia de incentivos para su realización, la facilidad de implementación de los mismos, el considerable número de demandantes y competidores posiblemente afectados, la dificultad de su detección y, finalmente, lo irreparable que suelen ser los perjuicios que generan dichos comportamientos, resulta necesario que la Comisión, a efecto de autorizar la operación de concentración, establezca obligaciones, medidas y/o condiciones, en el sentido de advertir los efectos siguientes:
  - a) Que el grupo adquirente se abstenga de la realización de prácticas discriminatorias, con el objeto de trasladar su poder de mercado en alguno de los eslabones superiores a otros eslabones inferiores de la cadena. En ese sentido, la empresa del grupo que participa en el eslabón de importación y distribución mayorista deberá aplicar el principio de igualdad de precios de competencia, de condiciones técnicas, de calidad y comerciales durante un mismo período para todos los mayoristas/minoristas de su misma marca, asegurando que la empresa importadora/distribuidora mayorista venda, a

todas las estaciones de servicio (independientes o integradas verticalmente), en las mismas condiciones, en cuanto a volumen, plazo, calidad y precio.

- b)** Que para cumplir la obligación anterior la empresa distribuidora mayorista de combustibles derivados del petróleo perteneciente al grupo adquirente deberá determinar en forma precisa y clara el precio base o neto, sea de contado o a plazo, para cada uno de los combustibles que se comercialicen. Dicho precio deberá ser público para todas las estaciones de servicio de su misma marca, y establecer condiciones de venta precisas, generales, razonables, no discriminatorias y públicas.
- c)** Que en virtud de la posición privilegiada que el grupo adquirente tendrá en el segmento de importación, y el hecho de alcanzar un mayor nivel de participación de mercado (26% en *gasolinas* y *diesel*), éste deberá de abstenerse de realizar cualquier negativa de trato a terceros (distribuidores de otras banderas), por causas contrarias que propendan a eliminar la competencia o la competencia en otros segmentos del mercado.
- d)** Que con el objetivo de salvaguardar el nivel de competencia efectiva en el eslabón de distribución al detalle, el grado de integración vertical (importador/mayorista/detallista) para la marca UNO/SHELL actualmente de 34.5%, no podrá superar en ningún momento el 40% del total de las estaciones que operen bajo esa marca, es decir, se deberá garantizar que el 60% de las estaciones que operan bajo la marca UNO/SHELL sean según la modalidad de contrato del tipo independiente (para efectos de análisis de competencia se entiende por estación independiente aquella en la que el operador compra el producto al mayorista y este decide con independencia del importador/mayorista las estrategias comerciales a aplicar en su negocio incluyendo el precio al consumidor final).
- e)** Que respecto a la cláusula décima del proyecto de concentración económica relacionado con la compraventa de la totalidad del capital social de Shell Honduras, S. A., y de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente, el comprador(a) se deberá abstener de estipular, expresa o tácitamente, prohibiciones al vendedor(a) respecto a la libertad de ejercer toda clase de actividades mercantiles lícitas, en particular, las que se relacionan con la producción y/o distribución de actuales o potenciales bienes sustitutos de los productos derivados del petróleo.

**CONSIDERANDO (8):** Que de igual forma la Dirección Legal, emitió el correspondiente dictamen, en el que se expuso, entre otros aspectos, lo siguiente:



1. Se citan precedentes (Resoluciones sobre concentraciones económicas, números: 35-CDPC-2008-AÑO-III y 36-CDPC-2008-AÑO-III), en los que se han valorados los alcances de las denominadas cláusulas de no competencia. En los casos de referencia se expusieron los impactos que dichas cláusulas producen, tanto en el ámbito de la competencia desleal, como en el de la libre competencia. Se ha establecido para el caso, que esta clase de estipulaciones o cláusulas de no competir, si bien es cierto pueden convenirse en el marco de la libertad contractual que la Constitución, el Código de Comercio y Civil, reconocen, garantizan y fomentan, también lo es el hecho, de que éstas no pueden acordarse si su ejercicio es contrario al interés social, o lesivo a la moral, la salud o la seguridad pública, tal como lo establece la Constitución en su artículo 331; o si son contrarias a las leyes, a la moral o al orden público, como lo preceptúa el artículo 1547 del Código Civil; o si está comprendida dentro de algunos de los límites legales que debe observarse en el ejercicio de la libertad contractual, en el sentido de lo prescrito en el artículo 714 del Código de Comercio que dice: “Las partes pueden determinar libremente el contenido de los contratos en los límites legalmente impuestos”. En términos generales puede decirse que el margen de permisión de este tipo de cláusulas debe analizarse en función del propósito fundamental que se persigue, esto es, el de evitar una eventual desviación de la clientela con respecto a los activos y derechos transmitidos en una operación de concentración particular, y el plazo de vigencia de las prohibiciones, lo que no impide que se examinen posibles repercusiones con respecto al proceso de competencia protegido en la Ley, que es de orden público y que contra su observancia no pueden alegarse costumbres, usos, prácticas o estipulaciones comerciales; además de que su ámbito de aplicación comprende a todas las áreas de la actividad económica, aún cuando se encuentren reguladas por sus leyes especiales, reglamentos o resoluciones.
2. Que consta en el proyecto de contrato de la concentración económica, la Cláusula Décima que literalmente dice: “**CLAUSULA DECIMA.** Salvo acuerdo en contrario con el Comprador, y caso por caso y excepto que un miembro del grupo Shell pueda suministrar productos a cualquier miembro del Grupo del Comprador, el Vendedor acuerda, sujeto a los términos previstos en este Contrato, que durante el período desde la Fecha de Cierre hasta la expiración del Contrato de Marca no deberá (sea como comisionista, agente, accionista o cualquier otra figura), y deberá procurar que ningún otro miembro del Grupo Shell proceda a, celebrar negocios del tipo de Negocio Restringido. Para efectos de esta cláusula, el término “Negocio Restringido” significará cualquier distribución o mercadeo de estaciones de gasolina para automotores en dicho país tal y como se operan por

la Sociedad inmediatamente antes del Cierre o el otorgamiento a terceras personas de una licencia para usar la Marca Shell en Honduras respecto de cualquiera de la Actividades Licenciadas, tal y como dicho término se define en el Contrato de Marca. Los términos previstos en esta Cláusula no impedirán que el Vendedor o cualquier otro miembro del Grupo Shell: 1) Adquiera, opere o contrate, se interese o muestre interés en cualquier Negocio Restringido siempre y cuando dichas actividades sean parte de una adquisición mayor o una serie de adquisiciones relacionadas que no sean hechas con el único o principal propósito de adquirir un negocio similar al del Negocio Restringido; 2) Adquiera, opere o contrate, se interese o muestre interés en un Negocio Excluido; 3) Continuar desempeñando actividades que compitan con el Negocio Restringido inmediatamente antes de la Fecha de Cierre, pero que ya eran desempeñadas por dicho miembro del Grupo Shell antes del Cierre, como es la comercialización y suministro de materias primas; 4) La operación o actividad de cualquier miembro del Grupo Shell que sean vendidas e intercambiadas en algún mercado de valores distinto al de Honduras; 5) La operación o actividad de cualquier miembro del Grupo Shell que este obligado (por recomendación legal escrita) a cumplir con sus deberes fiduciarios como accionista mayoritario frente a terceros que sean accionistas”. Sobre el particular, es pertinente plantear que este tipo de estipulaciones, dadas las connotaciones variadas que presenta, debe analizarse en un contexto legal amplio que abarque otros ordenamientos jurídicos, sobre la libertad contractual y el derecho de protegerse contra eventuales actos de competencia desleal. En ese sentido, y tal como se ha razonado en los precedentes antes citados, resulta útil considerar que la admisibilidad de este tipo de cláusulas pueden proceder, siempre y cuando, estén en función de que su objetivo sea protegerse contra el riesgo de una desviación de la clientela (good will). Esas connotaciones presentes en el Código de Comercio fundamentan el hecho de que la competencia desleal supone necesariamente un acto de desviación de la clientela, pues es el público que concurre a adquirir bienes y servicios de una empresa donde claramente se exterioriza el *aviamiento*. Por tanto, al procurar evitar actos de competencia desleal por medio de un desvío de la clientela se busca proteger a la empresa en su totalidad y no a la clientela como tal.

3. En ese contexto es útil verificar el objeto y los efectos, esto es, las implicancias que dicha cláusula pueda tener con respecto a ese ordenamiento jurídico aplicable. Así, si la descrita Cláusula, estuviese en estricto apego a lo que establece el artículo 653 del Código de Comercio, que dice: *“Quien enajena una empresa debe abstenerse, durante los cinco años siguientes a la transmisión, de*

*iniciar una nueva empresa que por su objeto, ubicación y demás circunstancias pueda desviar la clientela de la empresa transmitida”, entonces resultaría razonable admitir su inclusión en el mencionado contrato. Ello, desde la perspectiva de la libertad contractual establecida en los Códigos de Comercio y Civil, siempre y cuando, dicha cláusula no sea contraria, en este caso, a la Ley de Competencia. En ese sentido, las razones o causas que justifican la admisibilidad de ese tipo de cláusula, es que el contenido de ésta, forme parte de un contrato de transferencia de una empresa en la que el vendedor también traspasa la clientela (*good will*), garantizando en ese aspecto una protección frente a una eventual desviación de la misma. En otras palabras resulta razonable admitir esta clase de Cláusulas en atención a la libertad contractual. Particularmente, en el caso de una transferencia de una empresa, puesto que no implica una renuncia al ejercicio de la actividad mercantil, y siempre que no se infrinjan leyes de orden público, como la ley de competencia.*

4. Tomando en consideración lo anteriormente expuesto, y en consonancia con lo que establece el ordenamiento jurídico vigente, resulta pertinente recomendar que se autorice el descrito proyecto de concentración, bajo medidas condicionales, esto es, obligar a que se realicen modificaciones específicas sobre la CLAUSULA DECIMA: *“De conformidad con los términos acordados en el presente contrato, el vendedor (sea como comisionista, agente, accionista o cualquier otra figura empresarial) deberá abstenerse, durante la vigencia del contrato de uso de la marca, que en todo caso no deberá exceder de cinco (5) años contados a partir de la celebración de este Contrato, de realizar cualquier distribución o mercadeo al menudeo de productos petroleros en Honduras, incluyendo, la propiedad u operación de estaciones de gasolina para automotores, otorgamiento a terceras personas de licencias de uso de la marca sobre las actividades comprendidas en el contrato de uso de la marca Shell, a efecto de evitar una eventual desviación de la clientela con respecto a los activos y derechos transmitidos.*

*La obligación contenida en esta cláusula no impedirá que el Vendedor o cualquier otro agente económico involucrado en el Grupo Shell, ejerzan actividades mercantiles lícitas, en particular, las siguientes:*

- a) *Adquisición, operación o contratación, interés o muestras de interés para participar en las actividades descritas en el párrafo primero de esta Cláusula, siempre y cuando, dichas actividades no se hagan con el único o principal propósito de desviar la clientela de los activos y derechos transmitidos;*

- b) Adquisición, operación o contratación, interés o muestras de interés en un Negocio Excluido, entendido el significado de éste, tal como se define en la Cláusula Primera del presente contrato;*
- c) Continuar desempeñando las actividades que compitan con las descritas en el párrafo primero de esta cláusula, especialmente la de comercialización y suministro de materias primas, que estén surtiendo efecto por haberse convenido antes de la celebración final del presente contrato;*
- d) Operaciones o actividades de cualquier miembro del Grupo Shell que se relacionen con la venta e intercambio en cualesquier mercado de valores distinto al de Honduras;*
- e) La operación o actividad de cualquier miembro del Grupo Shell que por recomendación expresa de carácter legal implique el cumplimiento de obligaciones fiduciarias frente a terceros, específicamente, las obligaciones que tiene el accionista mayoritario con los accionistas minoritarios”.*

**CONSIDERANDO (9):** Que para efectos de dar cumplimiento a la obligación establecida en el artículo 29 del Reglamento de la Ley de Competencia que dice: “*En el acto de formalización ante notario mediante el cual se produzca una concentración de las que requiere autorización previa de conformidad a la Ley, dicho funcionario deberá relacionar la resolución de la Comisión en la que se autoriza la misma*”, los agentes económicos involucrados en dicha operación, informarán a la Comisión el cumplimiento de dicha obligación, para lo cual deberán cumplimentar ante la Secretaría General de la Comisión, la presentación de la copia debidamente autenticada de la correspondiente escritura pública, y las solemnidades que ley exige para los efectos respectivos.

**POR TANTO:**

La Comisión para la Defensa y Promoción de la Competencia en el uso de sus atribuciones y en aplicación a lo establecido en los artículos: 1, 80, 96 y 331 de la Constitución de la República; 1, 116, y 122 de la Ley General de la Administración Pública; 1, 3, 4, 13, 14, 18, 34, 45, 62 y demás aplicables de la Ley para la Defensa y Promoción de la Competencia; 1, 3, 9, 13, 14, 15, 22, 28, 29, 79 y demás aplicables del Reglamento de la Ley para la Defensa y Promoción de la Competencia; 1, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 72, 83, 87, 88 y demás aplicables supletoriamente de la Ley de Procedimiento Administrativo.

**RESUELVE:**

**PRIMERO:** Tener por **NOTIFICADO**, en tiempo y forma, el proyecto de concentración económica, a realizarse entre las sociedades: **INVERSIONES PETROLERAS DE HONDURAS, S. A. de C. V.**, representada legalmente por el abogado Michael Alexander Rascoff Irías, y **SHELL OVERSEAS INVESTMENTS B. V., y B. V. PETROLEUM ASSURANTIE MAATSCHAPPIJ**, representada por el Abogado Oscar Armando Manzanares Díaz, tal como se acredita con los respectivos documentos de mandato, y consistente en el cambio de control de la totalidad de las acciones que conforman el capital accionario de la sociedad SHELL HONDURAS S. A., propiedad de las empresas Shell Overseas Investments B. V., y B. V. Petroleum Assurante Maatschappij, a favor de las sociedades INVERSIONES PETROLERAS DE HONDURAS, S. A. de C. V., (subsidiaria de la empresa Petróleos de Honduras S. A. de C. V., y Central American Petroleum) y Petroholdings.

**SEGUNDO:** Que en virtud de la verificación realizada al proyecto de concentración, en la que se demuestra que el agente económico notificado, ostentan una participación notable de mercado, con la consecuente capacidad o riesgo de realizar variados comportamientos proclives a disminuir, dañar o impedir la libre competencia, y con el objeto de evitar esos posibles riesgos que entraña esta operación de concentración, el agente económico notificado deviene **OBLIGADO** a observar y cumplir, entre otras, con las advertencias y/o medidas siguientes:

1. Que él o los agentes económicos involucrados en la Concentración económica se abstengan de la realización de prácticas discriminatorias, con el objeto de trasladar su poder de mercado en alguno de los eslabones superiores a otros eslabones inferiores de la cadena. En ese sentido, él o los agentes económicos involucrados en la Concentración económica que participan en el eslabón de importación y distribución mayorista deberá aplicar el principio de igualdad de precios de competencia, de condiciones técnicas, de calidad y comerciales durante un mismo período para todos los mayoristas/minoristas de su misma marca, asegurando que la empresa importadora/distribuidora mayorista venda, a todas las estaciones de servicio bajo su bandera (independientes o integradas verticalmente), en las mismas condiciones, en cuanto a volumen, plazo, calidad y precio.
2. Que para cumplir la obligación anterior el agente distribuidor mayorista de combustibles derivados del petróleo involucrado en la Concentración económica deberá determinar en forma precisa y clara el precio base o neto, sea de contado o a plazo, para cada uno de los combustibles que se comercialicen. Dicho precio deberá ser público para todas las estaciones de servicio de su misma marca, y

establecer condiciones de venta precisas, generales, razonables, no discriminatorias y públicas.

3. Que en virtud de la posición privilegiada que él o los agentes económicos involucrados en la Concentración económica alcanzarán en el segmento de importación, y el hecho de alcanzar un mayor nivel de participación de mercado (26% en *gasolinas* y *diesel*), deberán de abstenerse de realizar cualquier negativa de trato a terceros (distribuidores de otras banderas) sin ninguna justificación económica, mas que la de eliminar su competencia o la competencia en otros segmentos del mercado.
4. Que con el objetivo de salvaguardar el nivel de competencia efectiva en el eslabón de distribución al detalle, el grado de integración vertical (importador/mayorista/detallista) para la marca UNO/SHELL, actualmente de 34.5%, no podrá superar en ningún momento el 40% del total de las estaciones que operen bajo esa marca, es decir, se deberá garantizar que el 60% de las estaciones que operan bajo la marca UNO/SHELL sean, según la modalidad de contrato, del tipo independiente (para los efectos pertinentes se entenderá por estación independiente: aquella en la que el operador compra el producto al mayorista y éste decide con independencia del importador/mayorista las estrategias comerciales a aplicar en su negocio, incluyendo el precio al consumidor final).
5. Que en virtud del proyecto de concentración económica notificado, y de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente, el comprador(a) se deberá abstener de estipular, expresa o tácitamente, prohibiciones al vendedor(a) respecto a la libertad de ejercer toda clase de actividades mercantiles lícitas, en particular, las que se relacionan con la producción y/o distribución de actuales o potenciales bienes sustitutos de los productos derivados del petróleo.

**TERCERO: MODIFICAR** la Cláusula Décima, en el sentido que se redacte y lea en los términos siguientes: **CLAUSULA DECIMA:** *“De conformidad con los términos acordados en el presente contrato, el vendedor (sea como comisionista, agente, accionista o cualquier otra figura empresarial) deberá abstenerse, durante la vigencia del contrato de uso de la marca, que en todo caso no deberá exceder de cinco (5) años contados a partir de la celebración de este Contrato, de realizar cualquier distribución o mercadeo al menudeo de productos petroleros en Honduras, incluyendo, la propiedad u operación de estaciones de gasolina para automotores, otorgamiento a terceras personas de licencias de uso de la marca sobre las actividades comprendidas en el contrato de uso de la marca Shell, a efecto de evitar*

*una eventual desviación de la clientela con respecto a los activos y derechos transmitidos.*

*La obligación contenida en esta cláusula no impedirá que el Vendedor o cualquier otro agente económico involucrado en el Grupo Shell, ejerzan actividades mercantiles lícitas, en particular, las siguientes:*

- 1. Adquisición, operación o contratación, interés o muestras de interés para participar en las actividades descritas en el párrafo primero de esta Cláusula, siempre y cuando, dichas actividades no se hagan con el único o principal propósito de desviar la clientela de los activos y derechos transmitidos;*
- 2. Adquisición, operación o contratación, interés o muestras de interés en un Negocio Excluido, entendido el significado de éste, tal como se define en la Cláusula Primera del presente contrato;*
- 3. Continuar desempeñando las actividades que compitan con las descritas en el párrafo primero de esta cláusula, especialmente, la de comercialización y suministro de materias primas, que estén surtiendo efecto por haberse convenido antes de la celebración definitiva del presente contrato;*
- 4. Operaciones o actividades de cualquier miembro del Grupo Shell que se relacionen con la venta e intercambio en cualesquier mercado de valores distinto al de Honduras;*
- 5. La operación o actividad de cualquier miembro del Grupo Shell que por recomendación expresa de carácter legal implique el cumplimiento de obligaciones fiduciarias frente a terceros, específicamente, las obligaciones que tiene el accionista mayoritario con los accionistas minoritarios”.*

**CUARTO: AUTORIZAR** el proyecto de operación de concentración económica descrito en el resolutivo primero anterior junto con la modificación de la Cláusula Décima relacionadas con obligaciones del Vendedor, específicamente, la descrita en el segundo dispositivo inmediato anterior.

**QUINTO:** Una vez formalizado el acto de la operación de concentración antes relacionada, los agentes económicos involucrados en la solicitud de notificación obligatoria antes descrita, deberán acreditar ante la Secretaría General de la Comisión, la copia debidamente autenticada de la correspondiente escritura pública, en donde conste la formalización del acto, y las solemnidades que la ley exige para los efectos respectivos, en consonancia con lo que establece el artículo 29 del Reglamento de la Ley para la Defensa y Promoción de la Competencia.

**SEXTO:** De conformidad a lo establecido en el artículo 14 de la Ley para la Defensa y Promoción de la Competencia, la Comisión se reserva la facultad de aplicar las medidas o sanciones legales que correspondan, cuando la notificación y/o verificación previas del descrito proyecto de concentración, haya sido resuelto favorablemente sobre la base de información falsa proporcionada por los agentes económicos involucrados; sin perjuicio de lo establecido en el artículo 121 de la Ley de Procedimiento Administrativo, relativo a la facultad de revocar o modificar cuando desaparecieren las circunstancias que lo motivaron o sobrevinieren otras que, de haber existido a la sazón, el acto no habría sido dictado. También podrá revocarlo o modificarlo cuando no fuere oportuno o conveniente a los fines del servicio para el cual se dicta.

**SEPTIMO:** De conformidad con el artículo 82 del Reglamento de la Ley para la Defensa y Promoción de la Competencia, la Comisión dispone que los agentes involucrados en el proyecto de concentración objeto de la presente notificación, publiquen por su cuenta la presente Resolución, en por lo menos un diario de mayor circulación nacional.

**OCTAVO:** Para los efectos legales correspondientes, instrúyase a la Secretaría General para que proceda a notificar la presente Resolución a los petitionarios.

**NOTIFÍQUESE. (F) OSCAR LANZA ROSALES. Presidente. JUAN ÁNGEL DÍAZ LÓPEZ. Comisionado Integrante. RUBIN JAQUELINE AYES PAZ. Comisionada Secretaria Pleno.**

**OSCAR LANZA ROSALES**  
Presidente

**JUAN ÁGEL DÍAZ LÓPEZ**  
Secretario General





**RESOLUCIÓN NÚMERO 17-CDPC-2010-AÑO-V- COMISIÓN PARA LA DEFENSA Y PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA. SESIÓN DEL PLENO NÚMERO 22-2010. Tegucigalpa, Municipio del Distrito Central, dieciocho de junio de dos mil diez.**

**VISTO:** para resolver el Recurso de Reposición interpuesto por el Abogado Michael Alexander Rascoff Irías, en su condición de apoderado legal de la Sociedad **INVERSIONES PETROLERAS DE HONDURAS, S. A. de C. V.**, debidamente acreditado en autos, contra los numerales 3 y 4 del resuelve segundo, contenido en la Resolución Número 12-CDPC-2010-AÑO-V, emitida por la Comisión para la Defensa y Promoción de la Competencia (Comisión), en fecha veintinueve de abril del dos mil diez.

**CONSIDERANDO (1):** Que en fecha veintinueve de abril del presente año, la Comisión emitió Resolución Número **12-CDPC-2010-AÑO-V**, en virtud de la solicitud de notificación previa obligatoria de la concentración económica, presentada por el peticionario en fecha 29 de octubre del 2009, consistente en el cambio de control de la totalidad de las acciones que conforman el capital accionario de la sociedad Shell Honduras S. A., propiedad de las empresas Shell Overseas Investments B. V., y B. V. Petroleum Assurante Maatschappij, a favor de las sociedades Inversiones Petroleras de Honduras, S. A. de C. V., (subsidiaria de la empresa Petróleos de Honduras S. A. de C. V., y Central American Petroleum) y Petroholdings; en donde se resuelve tener por notificada en tiempo y forma la concentración económica en mención y por autorizado el proyecto que contiene la misma, bajo la obligación de realizar ciertas modificaciones a la Cláusula Décima del contrato de compraventa de acciones, (acompañada a la solicitud de mérito), en lo que respecta a obligaciones del Vendedor, (descrita en el numeral tercero de la resolución ). Así mismo en la resolución recurrida, la Comisión ordenó el cumplimiento ciertas advertencias y/o medidas que deben observar y cumplir los agentes participantes en dicha operación mercantil, con el objeto de evitar los posibles riesgos que pudiera generar esta operación de concentración, al haber quedado evidenciado en la verificación realizada al proyecto de concentración, sobre la participación notable de mercado que ostentan el agente económico notificado, con la consecuente capacidad o riesgo de realizar variados comportamientos proclives a disminuir, dañar o impedir la libre competencia.

**CONSIDERANDO (2):** Que en el resolutivo segundo de la cuestionada Resolución se dice que en virtud de la verificación realizada al proyecto de concentración, en la que se demuestra que el agente económico notificado ostentan una participación notable

de mercado, con la consecuente capacidad o riesgo de realizar variados comportamientos proclives a disminuir, dañar o impedir la libre competencia, y con el objeto de evitar esos posibles riesgos que entraña esta operación de concentración, el agente económico notificado deviene OBLIGADO a observar y cumplir, en particular, las advertencias y/o medidas establecidas en los numerales 3 y 4, que son objeto del recurso de reposición y que se describe así:

3. *“Que en virtud de la posición privilegiada que él o los agentes económicos involucrados en la Concentración económica alcanzarán en el segmento de importación, y el hecho de alcanzar un mayor nivel de participación de mercado (26% en gasolinas y diesel), deberán de abstenerse de realizar cualquier negativa de trato a terceros (distribuidores de otras banderas) sin ninguna justificación económica, mas que la de eliminar su competencia o la competencia en otros segmentos del mercado”.*
4. *“Que con el objetivo de salvaguardar el nivel de competencia efectiva en el eslabón de distribución al detalle, el grado de integración vertical (importador/mayorista/detallista) para la marca UNO/SHELL, actualmente de 34.5%, no podrá superar en ningún momento el 40% del total de las estaciones que operen bajo esa marca, es decir, se deberá garantizar que el 60% de las estaciones que operan bajo la marca UNO/SHELL sean, según la modalidad de contrato, del tipo independiente (para los efectos pertinentes se entenderá por estación independiente: aquella en la que el operador compra el producto al mayorista y éste decide con independencia del importador/mayorista las estrategias comerciales a aplicar en su negocio, incluyendo el precio al consumidor final)”.*

**CONSIDERANDO (3):** Que en aplicación al procedimiento que manda la ley se procedió a instruir a la Secretaría General de la Comisión (Secretaría General) para que notificara a los peticionarios, la Resolución Número 12-CDPC-2010-AÑO-V de fecha veintinueve de Abril de dos mil diez, para los efectos de que si dentro del plazo de ley no se interpusieran los recursos de reposición a que se refiere el artículo 45 de la Ley para la Defensa y Promoción de la Competencia (Ley), la resolución anteriormente aludida quedara firme.

**CONSIDERANDO (4):** Que en fecha 17 de mayo del 2010 el apoderado legal de la Sociedad Inversiones Petroleras de Honduras, S. A. de C. V. interpuso, en tiempo y forma, el correspondiente Recurso de Reposición contra los descritos numerales 3 y

4 del resuelve segundo, contenidos en la Resolución Número 12-CDPC-2010-AÑO-V, presentando entre otros argumentos de hecho y de derecho, los siguientes:

1. Que en fecha 29 de octubre del año 2009, el peticionario presentó ante ésta Comisión la notificación de la operación de concentración a realizarse entre sus representadas, consistente en el cambio de control accionario mediante la adquisición de acciones, evacuándose por consiguiente los procedimientos legales correspondientes (emisión de dictamen económico y legal), hasta la resolución del mismo, aprobada en sesión de pleno numero 16-2010 de fecha 29 de abril del presente año y que corre bajo el número **12-CDPC-2010-AÑO-V**, mediante la cual se ordeno: tener por notificada en tiempo y forma la operación de concentración aludida, autorizar el proyecto de dicha operación mercantil, así como el establecimiento de una serie de advertencias y/ o medidas al agente económico notificado y la modificación de la cláusula décima del contrato de uso de la marca; estando conforme el mismo con la autorización de la operación cuya notificación se solicito, más no con algunas de las medidas ordenadas en dicha resolución, solicitando por consiguiente la reposición de dichas medidas específicamente las establecidas en los numerales 3 y 4 del resuelve segundo de la resolución recurrida.
2. Que en relación a la medida establecida en el numeral 3 arriba descrito, el recurrente dice no estar de acuerdo con la prohibición que la Comisión le establece a los agentes económicos involucrados en la concentración, en el sentido de *“abstenerse de realizar cualquier negativa de trato a terceros (distribuidores de otras banderas) sin ninguna justificación económica”*; ya que, según el recurrente, existe una serie razones y causas para no realizar trato con terceros, entre otras, expone las siguientes: las *de tipo económicas* (mora en el pago, no realizar pedidos, no llevar control de inventarios); las *de tipo legal* (incumplimientos de contrato, contratos con otra distribuidora, vencimiento de contrato, el que no tenga permiso de operación, incumplimiento de pago, fraude por parte del cliente); las *de tipo operativos* (no hay producto disponible, problemas de distribución por lugar difícil o imposible acceso); las *de tipo ambiental* (el cliente no cuenta con licencia ambiental, o que el cliente tenga denuncias por daños al ambiente); y *las de seguridad* (zonas de alto riesgo de asaltos, ríos fuera de cauce, o de conflictos armados); las que para el peticionario dichas razones son causas justas para abstenerse de realizar un trato, haciendo difícil y perjudicial el cumplimiento de la medida impuesta por la Comisión. En ese sentido, el recurrente pide reposición y propone que la medida contenida en el resolutive tres se modifique de tal suerte que se lea en los términos siguientes:

*“Que en virtud de la posición privilegiada que él o los agentes económicos involucrados en la Concentración económica alcanzarán en el segmento de importación, y el hecho de alcanzar un mayor nivel de participación de mercado (26% en gasolinas y diesel), deberán de abstenerse de realizar cualquier tipo de actos que constituyan competencia desleal en este mercado u en otros segmentos de mercado”.* (Lo subrayado es nuestro)

**CONSIDERANDO (5):** Que respecto a la medida establecida en el descrito numeral 4 del resolutivo segundo de la citada resolución, el recurrente manifiesta estar en desacuerdo, y expone sus razones en los términos siguientes:

1. *El acto de obligar a la marca Uno/Shell a mantener un 60% de estaciones independientes, carece de fundamento y es de difícil cumplimiento, en virtud que:*
  - a) Esta obligación representaría una “barrera a la entrada”, impuesta por la misma Comisión, para cualquier nuevo importador mayorista que en un futuro quisiera entrar al mercado;
  - b) No se garantiza el beneficio al consumidor final, ya que: **(i)** Los precios para cada uno de los productos derivados del petróleo (combustibles), ya se encuentran previamente establecidos y regulados por la Comisión Administradora de Petróleo (CAP), y sus modificaciones (alzas y bajas) son publicados previamente en los diarios de mayor circulación, por tal razón, carece de sentido la justificación de la obligación contenida en dicho numeral 4 del resolutivo segundo, cuando en su parte final dice: “*se entenderá por estación independiente: aquella en la que el operador compra el producto al mayorista y éste decide con independencia del importador/mayorista las estrategias comerciales a aplicar en su negocio, incluyendo el precio al consumidor final*”. El hecho de que los precios de los combustibles estén previamente determinados, hace que las estrategias que utilizan los detallistas independientes, generalmente, no es mejorar los mismos, sino el otorgamiento de créditos. y **(ii)** Una estación de servicio bajo una modalidad de contrato independiente, no ofrece al consumidor final mayor seguridad sobre la calidad del producto que va a comprar, ni mayor seguridad en caso de que se desee hacer un reclamo formal contra la empresa;
  - c) Se pretende “*salvaguardar el nivel de competencia efectiva en el eslabón de distribución al detalle*”. Según el recurrente esto que es parte de lo establecido en el numeral 4 del resolutivo segundo del acto administrativo en cuestión, resulta infundado si se considera lo planteado en el Considerando (5) Romano I, numeral 3 relativo al “Distribuidor Minorista”, cuando dice que en dicho segmento (Distribuidor Minorista) podría esperarse que la operación de

concentración no derive en riesgos potenciales que afecten la competencia efectiva en el mismo;

- d)** El hecho de que los agentes económicos no pueden obligar a terceros a que contraten con ellos, en ese sentido se cuestiona: ¿qué pasaría en el caso que no se pueda alcanzar el 60% establecido en la resolución?, si se diera un escenario de que hayan diversos terceros o ausencia de éstos que quieran contratar con los agentes económicos involucrados en la operación mercantil en mención;
  - e)** No existe un razonamiento técnico y legal para establecer específicamente a los agentes económicos, el no superar un porcentaje de 40% de las estaciones y garantizar un 60% de estaciones independientes. En ese sentido, también se cuestiona ¿por qué la Comisión no estableció otros porcentajes, por ejemplo, no superar un 70% o un 80% de estaciones y mantener un 30% o 20% de estaciones independientes?
- 2.** *El acto de obligar a la marca Uno/Shell a mantener un 60% de estaciones independiente, es contrario al ordenamiento jurídico y a la Constitución de la Republica, en virtud que:*
- a)** Se violenta el artículo 1 de la Ley para la Defensa y Promoción de la Competencia (Ley), relativo al objetivo de la Ley y su finalidad de procurar el funcionamiento del mercado y el bienestar del consumidor un mercado eficiente y bienestar para el consumidor final, en particular, cuando se citan algunos apartes del estudio elaborado en el que se establece que en el segmento de Distribuidor Minorista podría esperarse que la operación de concentración no derive en riesgos potenciales que afecten la competencia efectiva en el mismo;
  - b)** Se violenta el numeral 2 del artículo de la Ley, ya que se restringe la “libre competencia” de los agentes económicos, al no permitir que éstos tengan completa libertad de participar en el mercado de distribución al detalle de los productos derivados del petróleo;
  - c)** Se violenta lo establecido en los artículos 644 del Código de Comercio y el artículo 331 de la Constitución de la Republica en virtud de qué sea ha restringido la libertad de empresa a los agentes económicos, en el giro principal para el cual fueron constituidos como sociedades mercantiles, en vista de que no podrán superar la distribución al detalle en más de un 40%, con el consecuente riesgo de que se generen perjuicios económicos;
  - d)** Se ha violentado el artículo 25 de la Ley de Procedimiento Administrativo, en virtud de que la Comisión no expresó con razonamientos de hecho y de derecho, el por qué establecer a los agentes económicos no superar un

porcentaje específico de 40% de las estaciones y garantizar un porcentaje específico de 60% para estaciones independientes.

**CONSIDERANDO (6):** Que en el escrito contentivo del Recurso de reposición, junto con la petición de que se reponga el acto administrativo en cuestión, el recurrente propone una redacción para el numeral cuatro (4) del segundo resolutivo, en el sentido que dicho numeral se lea en los términos siguientes: *“Que con el objetivo de salvaguardar el nivel de competencia efectiva en el eslabón de distribución al detalle, el grado de integración vertical (importador/mayorista/detallista) para la marca UNO/SHELL, actualmente de 34.5%, los agentes económicos involucrados en la concentración económica, deberán abstenerse de realizar cualquier tipo de actos que constituyan competencia desleal en este mercado u en otros segmentos del mercado.*

**CONSIDERANDO (7):** Que de conformidad con el procedimiento que establece el ordenamiento jurídico, se procedió a remitir el expediente de mérito a la Dirección Técnica, la que a su vez realizó el traslado de las diligencias a la Dirección Económica y Dirección Legal a efecto de que se emitiera el respectivo informe y/o dictamen. En fecha 15 de junio de 2010, se emitió el informe correspondiente, en el que se incluye lo siguiente: En relación a la obligación establecida en el numeral 3 arriba descrito, y en la que el recurrente, por las razones anteriormente expuestas, dice estar en desacuerdo, resulta pertinente aclarar que la citada medida tiene como objetivo salvaguardar las condiciones de competencia, en el sentido de que cualquier agente económico involucrado en el mercado relevante definido tenga completa libertad de participar de él, y en el que los agentes económicos involucrados en la Concentración económica no tengan la posibilidad, tanto individualmente como en colusión con otros, de imponer alguna condición en las relaciones de intercambio que afecte el funcionamiento eficiente del mercado. En suma, se ha pretendido dejar a salvo el proceso de libre competencia, ante y frente a cualesquiera amenazas, incluyendo las que se esgriman por motivos o razones de tipo económico, legal, ambiental, operativo, etcétera. En ese orden, cabe advertir que tampoco resultaría pertinente aceptar, tal como lo propone el recurrente, que la citada obligación contenida en el numeral tres del segundo resolutivo, se modifique en los términos propuestos por el recurrente, ya que sólo se limita a regular el ejercicio de libre competencia de actos relacionados con la concurrencia desleal. No obstante, resulta oportuno realizar algunas precisiones con el objeto de hacer práctica la finalidad y el cumplimiento de la medida impuesta, bajo la advertencia de que con la descrita obligación se busca evitar que la operación de concentración notificada pueda

disminuir, dañar o impedir la libre competencia. En consecuencia, desde el punto de vista técnico es viable que el numeral 3 del segundo resolutivo se modifique, en el sentido de que se lea en los términos siguientes: *“Que en virtud de la posición privilegiada que los agentes económicos involucrados en la Concentración económica alcanzarán en el segmento de importación, y el hecho de que obtengan un mayor nivel de participación de mercado (26% en gasolinas y diesel) deberán de abstenerse de realizar cualquier acto o negociación que propenda a restringir, disminuir, dañar, impedir o vulnerar el proceso de libre competencia en la producción, distribución, suministro o comercialización de bienes o servicios”*.

**CONSIDERANDO (8):** Que en relación a la obligación establecida en el numeral 4 arriba descrito, y en la que el recurrente, por las razones ya expuestas, también manifiesta estar en desacuerdo, en el análisis contenido en el informe o dictamen técnico se desarrollan una serie de aclaraciones que se expresan de la manera siguiente:

1. Sobre lo alegado por el recurrente y descrito en el punto uno, inciso a) del Considerando Cinco, cabe aclarar que la obligación debe ser entendida en el sentido de que la empresa importadora y a su vez distribuidora mayorista, en este caso HONDUPETROL/SHELL, no puede ser dueña de más de un 40% de las estaciones de servicio que operan bajo la marca UNO/SHELL, con modalidades contractuales tales como: Company Owned Company Operated (COCO); Company Owned Dealer Operated (CODO); Company Owned New Retail Agreement (CONRA), es decir, el restante 60% de las estaciones de servicio que operan actualmente bajo la marca UNO/SHELL deben funcionar bajo modalidades de contrato de suministro que les permita ser independiente, tal y como sucede en la actualidad, en donde el 65.5% de las estaciones que operan bajo la marca UNO/SHELL son del tipo independiente, con modalidades contractuales como Dealer Owned, Dealer Operated (DODO), Company Leased Dealer Operated (CLDO), Company Leased New Retail Agreement (CLNRA). En ese contexto, la obligación impuesta pretende impulsar el desarrollo de un mercado mayorista independiente, prácticamente inexistente en la actualidad, integrado por firmas independientes de las empresas importadoras con mayor poder de mercado. De ahí que se precisa aclarar que la medida no se convierte en una “barrera a la entrada”, por el contrario, se refuerza el objetivo de permitir una mayor rotación de las estaciones entre marcas, o de marca a estaciones de bandera blancas y viceversa, que impulsen en el mediano plazo el desarrollo de un mercado mayorista (el que no se desarrollaría si no existiese una demanda



suficiente) con la entrada de nuevos agentes importadores y comercializadores, y potencien de esta forma la competencia intermarca e intramarca.

2. En relación con lo argumentado por el recurrente en el punto uno, inciso b) romanitos (i) y (ii) del Considerando Cinco, es oportuno advertir que el objetivo de la Ley para la Defensa y Promoción de la Competencia es promover y proteger el ejercicio de la libre competencia con el fin de procurar el funcionamiento eficiente del mercado y el bienestar del consumidor final. En ese sentido, la Comisión en su resolución al establecer la obligación de un 40% como porcentaje máximo en el grado de integración vertical, lo hace con el objetivo de impulsar el desarrollo de un mercado mayorista independiente, en donde se promueva el ejercicio de la libre competencia, y se garantice la posibilidad de entrada a nuevos mayoristas que dispondrían de una demanda residual. Lo anteriormente expuesto, no implica que a la empresa importadora/distribuidora de la marca UNO/SHELL se le limite la libertad de ampliar su red de distribución mediante contratos de suministro con estaciones independientes, es decir, bajo las modalidades contractuales del tipo DODO, CLDO, CLNRA y demás relaciones económicas, excepto las que impliquen el derecho de propiedad sobre la estación. En ese orden, el grado de integración vertical permitido reconoce los beneficios que genera la integración vertical, entre otros, se pueden citar: las externalidades de red, el hecho de evitar la doble marginalización para estaciones con poder de mercado geográfico y la cautela de la calidad del producto en la comercialización final, los que se traducen en beneficios al consumidor final. Por otra parte, si bien es cierto, en la actualidad los precios al consumidor final están regulados, ello no impide que haya posibilidades de que las estaciones de servicio, en aras de captar una mayor clientela, puedan ofrecer descuentos, a propósito de que la regulación del gobierno recae sobre fijaciones de precios máximos. Ahora bien, con respecto a que si el consumidor final prefiere adquirir combustible en estaciones de marca versus las que ofrecen las de bandera blanca, como lo apunta el recurrente, cabe aclarar que esas preferencias resultan de una decisión que se produce en el mercado, siempre y cuando, existan las opciones para poder elegir. Es precisamente, ese escenario el que busca la Comisión al fomentar el desarrollo de un mercado mayorista independiente.
3. En relación con lo alegado por el recurrente en el punto uno, inciso c) del Considerando Cinco, es preciso mencionar que el análisis sobre el impacto en la competencia efectiva como producto de la concentración económica es resultado del estudio de la estructura del mercado, el que se plantea en dos escenarios, *uno*, se observa la estructura antes de la concentración y *dos*, se analizan, los cambios en la estructura del mercado una vez realizada la concentración

económica. En ese contexto, se advierte que el nivel de concentración medido a través del Índice de Concentración Herfindhal Hirschman se ve incrementado producto de la operación de concentración a un nivel de concentración media, por lo cual, la Comisión consideró tal como lo establece la Resolución en cuestión, aprobar el proyecto de concentración económica en las condiciones de estructura observados después de la operación de concentración y, advertir que para un futuro el grado de integración vertical no podrá exceder del 40%.

4. Sobre lo alegado por el recurrente y descrito en el punto uno, inciso d) del Considerando Cinco, se aclara, tal como se ha dejado establecido arriba, que la decisión de contratar no se está limitando, lo que se busca es imponer condiciones sobre el grado de integración vertical para el futuro, en el sentido de estimar el número de estaciones de las cuales el importador/distribuidor, en este caso, UNO/SHELL puede llegar a ser dueño directo. Por vía de ejemplo, supóngase en extremo, que las estaciones independientes que operan actualmente bajo la marca UNO/SHELL que suman el 65.5% del total de la red suministrada bajo la marca UNO/SHELL, decidan cambiar de bandera (por ejemplo a otra marca o a una de bandera blanca) una vez que se han vencido los contratos de suministro, la empresa distribuidora vería disminuida su red de distribución, y por lo tanto, sólo le bastaría demostrar que su grado de integración aumentó producto del cambio de las estaciones independientes a otras banderas y no por estrategias de negativas de trato con el propósito de sacarlas del mercado. En ese sentido el grado de integración alcanzado, en este caso extremo, será producto de la dinámica de la competencia y no del comportamiento anticompetitivo de la empresa distribuidora.
5. En relación a lo expuesto por el recurrente en el punto uno, inciso e) del Considerando Cinco, es válido mencionar, que en efecto, la Comisión pudo haber establecido como ocurre en los Estados Unidos de América, que el grado de integración vertical para este mercado sería de cero, sin embargo, y producto de un estudio sectorial elaborado por la Comisión, en el que se consideró que existía en todo el mercado un grado de integración vertical de aproximadamente 35%, se valoraron los beneficios que produce la integración vertical, así como las desventajas de una eventual integración total, esto es, 100% de las estaciones que obtendría una alta participación de dominio.

**CONSIDERANDO (9):** Que en el informe Técnico, después de examinar y formular las aclaraciones respectivas a las observaciones realizadas por el recurrente, no considera que la propuesta planteada por el peticionario cumpla con el objetivo pretendido por la Comisión con la medida impuesta, vale decir, evitar que la

operación de concentración notificada pueda disminuir, dañar o impedir la libre competencia en el eslabón de la distribución al detalle. En ese sentido, con el objeto de hacer práctica la finalidad y el cumplimiento de dicha condición, desde el punto de vista técnico resulta razonable que el numeral 4 del segundo resolutivo se modifique, en el sentido de que se lea en los términos siguientes: *“Que para salvaguardar el nivel de competencia efectiva en el eslabón de distribución al detalle, la integración vertical (importador/mayorista/detallista) de la marca UNO/SHELL (actualmente de 34.5%), en el caso de que alcanzase el cincuenta por ciento (50%) del total de las estaciones que operen bajo esa marca, los agentes económicos involucrados en la concentración económica notificada deberán abstenerse de realizar cualquier acto o negociación que propenda a restringir, disminuir, dañar, impedir o vulnerar el proceso de libre competencia en la producción, distribución, suministro o comercialización de combustibles derivados del petróleo; sin perjuicio de que en condiciones de completa libertad en dicho mercado se establezcan las medidas correctivas en caso de que se obtenga una mayor participación notable de mercado que amenace o ponga riesgo las condiciones de libre competencia”.*

**CONSIDERANDO (10):** Que es improcedente lo alegado por el recurrente, en el sentido de que se violenta el ordenamiento jurídico y la Constitución de la República al obligar a la marca Uno /Shell a mantener un 60% de estaciones independientes, puesto que en el expediente de mérito y en el acto impugnado constan los elementos de convicción derivados de los análisis económico y legal en el que se consideraron, entre otros aspectos, los siguientes: las cuotas de mercado, las posibilidades de que la concentración económica promueva prácticas anticompetitivas o la imposición de barreras a la entrada de nuevos agentes económicos, la posibilidad de que la concentración económica con un mayor nivel de integración facilite la elevación de precios, sin opciones de poder contrarrestar dicho poder, así como, la observancia del mandato constitucional que establece que la intervención del Estado en la economía tendrá por base el interés público y social, y por límite los derechos y libertades reconocidos por la Constitución.

**POR TANTO:**

La Comisión para la Defensa y Promoción de la Competencia, en uso de sus atribuciones y en aplicación a lo establecido en los artículos: 1, 80, 82, 331, 333, 339 de la Constitución de la República; 1, 116, y 122 de la Ley General de la Administración Pública; 1, 2, 3, 4, 11, 13, 14, 16, 18, 19, 34, 45, 59 y demás aplicables de la Ley para la Defensa y Promoción de la Competencia; 1, 2, 3, 9, 12, 13, 14, 21, 27, 28, 29, 82, y demás aplicables del Reglamento de la Ley; 1, 22, 23,

24, 25, 26, 27, 68, 72, 87, 88 párrafo primero, 121, 130, 131, 135, 137, 138 y demás artículos de la Ley de Procedimiento Administrativo aplicables supletoriamente.

### **RESUELVE:**

**PRIMERO: DECLARAR SIN LUGAR** el Recurso de Reposición interpuesto por el Abogado Michael Alexander Rascoff Irías, actuando en su condición de apoderado legal de la Sociedad **INVERSIONES PETROLERAS DE HONDURAS, S. A. de C. V.**

**SEGUNDO:** De oficio, **MODIFICAR** los numerales 3 y 4 del Segundo Resolutivo de la Resolución recurrida, en el sentido de que se lean en los términos siguientes:

**SEGUNDO:** (1. ... 2. ...)

3. Que en virtud de la posición privilegiada que los agentes económicos involucrados en la Concentración económica alcanzarán en el segmento de importación, y el hecho de que obtengan un mayor nivel de participación de mercado (26% en gasolinas y diesel) deberán de abstenerse de realizar cualquier acto o negociación que propenda a restringir, disminuir, dañar, impedir o vulnerar el proceso de libre competencia en la producción, distribución, suministro o comercialización de bienes o servicios.
4. Que para salvaguardar el nivel de competencia efectiva en el eslabón de distribución al detalle, la integración vertical (importador/mayorista/detallista) de la marca UNO/SHELL (actualmente de 34.5%), en el caso de que alcanzase el cincuenta por ciento (50%) del total de las estaciones que operen bajo esa marca, los agentes económicos involucrados en la concentración económica notificada deberán de abstenerse de realizar cualquier acto o negociación que propenda a restringir, disminuir, dañar, impedir o vulnerar el proceso de libre competencia en la producción, distribución, suministro o comercialización de combustibles derivados del petróleo; sin perjuicio de que en condiciones de completa libertad en dicho mercado se establezcan las medidas correctivas en caso de que se obtenga una mayor participación notable de mercado que amenace o ponga riesgo las condiciones de libre competencia.

(5. ...)

**TERCERO: CONFIRMAR** la Resolución Número 12-CDPC-2010-AÑO-V, emitida por la Comisión para la Defensa y Promoción de la Competencia, en la Sesión Ordinaria del Pleno Número 16-2010 de fecha veintinueve de abril del dos mil diez, exceptuando los numerales 3 y 4 del Segundo Resolutivo que se modifica mediante la presente Resolución.

**CUARTO:** Para los efectos legales correspondientes, se instruye a la Secretaría General para que proceda a notificar la presente Resolución a los peticionarios, indicándose en la notificación que el presente acto pone fin a la vía administrativa, y el que luego de que adquiriera el carácter de firme procedase de conformidad con lo resuelto.- **NOTIFÍQUESE. (f) OSCAR LANZA ROSALES. Presidente. (f) CARLOS WILFREDO CRUZ MEJÍA. Vicepresidente. (f) RUBIN JAQUELINE AYES PAZ. Comisionada Secretaria Pleno.**

**OSCAR LANZA ROSALES**

**Presidente**

**JUAN ÁNGEL DÍAZ LÓPEZ**

**Secretario General**