

ÍNDICE

EDITORIAL

ARGENTINA:	<i>MERCOSUR: LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE LOS CONSUMIDORES Y LAS EMPRESAS EN EL MARCO DE LA COMPETENCIA. Por: Andrea Fabiana MacDonald.....</i>	<i>3</i>
BRASIL:	<i>CADE: TENTATIVAS DE ADEQUAÇÃO DO MARCO LEGAL CONCORRENCIAL BRASILEIRO Por Bruno De Luca Drago..... O PROCESSO DE FLEXIBILIZAÇÃO E AS FUSÕES E ACORDOS DE COOPERAÇÃO NO MERCADO DE TRANSPORTE AÉREO DE PASSAGEIROS Por: Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo..... NEW TRENDS IN MERGER ANALYSIS IN BRAZIL AND ABROAD Por: Lucia Helena Salgado.....</i>	<i>10 16 33</i>
CAN:	<i>DECISIÓN 608: NÓRMAS PARA LA PROTECCIÓN Y PROMOCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA EN LA COMUNIDAD ANDINA..... LA REFORMA DE LA NORMA DE COMPETENCIA EN LA COMUNIDAD ANDINA Por: Ramón García-Gallardo y M^a Dolores Domínguez Pérez.....</i>	<i>36 44</i>
COLOMBIA:	<i>LAS TELECOMUNICACIONES EN COLOMBIA -UN MERCADO COMPETITIVO Por: María Clara Cabrera..... PUBLICIDAD ENGAÑOSA: ANALISIS COMPARATIVO Por: Jorge Jaeckel Kovacs.....</i>	<i>54 59</i>
EL SALVADOR:	<i>DECRETO 528 – LEY DE COMPETENCIA.....</i>	<i>68</i>

II-PARTE

HONDURAS:	<i>PROPUESTA DE LEY DE DEFENSA Y PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA..</i>	<i>79</i>
MÉXICO:	<i>ASPECTOS DE COMPETENCIA DE LAS REGLAS DE LOS SISTEMAS DE TARJETAS BANCARIAS Por: Carlos Romero Hernández..... ¿EN QUE MEDIDA SE BENEFICIAN LOS CONSUMIDORES DE LOS AHORROS EN COSTOS DE LAS EMPRESAS? UN ENFOQUE DE OLIGOPOLIO Por Adriaan Ten Kate y Gunnar Niels.....</i>	<i>92 105</i>
UNIÓN EUROPEA:	<i>FURNISHING CONSUMERS WITH A VOICE IN COMPETITION POLICY By: Orit Dayagi-Epstein..... EL CONTROL DE LAS AYUDAS PÚBLICAS EN ESPAÑA: UN CONTEXTO A CAMBIAR Por: José Eugenio Soriano García, y M. Matilde Sánchez Gutiérrez.....</i>	<i>120 130</i>
INFORMACIONES Y PUBLICACIONES.....		<i>144</i>
ARTICULOS PUBLICADOS.....		<i>146</i>

EDITORIAL

Apreciados amigos del Boletín,

Deseo agradecer a los autores de los artículos haber hecho posible este número 20 que cierra los diez primeros años del Boletín. Una idea que empezó para intercambiar información entre profesionales de América Latina y Europa aprovechando Internet y reduciendo las distancias. Más de 250 autores representando principalmente a 30 países de América, de Europa y de 10 organizaciones multilaterales han intercambiado sus conocimientos en el Boletín desarrollando una cooperación desinteresada que favorece la política de la competencia internacional y el diálogo transatlántico de dos continentes. El hecho de que cada autor haya escrito sus artículos en la lengua y sobre el tema que deseaba, ha ampliado el conocimiento mutuo.

En este número se incluyen varias iniciativas de nuevas reglamentaciones de defensa de la competencia que han sido aprobadas en El Salvador y en la Comunidad Andina, junto con un nuevo proyecto en Honduras y nuevas tentativas de adecuar el marco legislativo en Brasil. Por otro lado el consumidor aparece como interlocutor de la política de competencia puesto en varios de los artículos referidos a Argentina, Brasil, Colombia, México y la Unión Europea se insta a reconocer su voz y sus intereses.

En espera de seguir recibiendo el apoyo de los amigos del Boletín así como sus contribuciones, les saludo atentamente.

Juan Antonio Rivière
Juan.riviere@cec.eu.int

MERCOSUR: LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE LOS CONSUMIDORES Y LAS EMPRESAS EN EL MARCO DE LA COMPETENCIA

Por: **Andrea Fabiana MacDonald¹**
E-mail: fabiana_mac10@yahoo.com.ar

I- INTRODUCCIÓN:

En el presente análisis trataremos los siguientes temas de interés que son los siguientes:

- 1- La importancia de una política comunitaria de defensa del consumidor en los procesos de integración regional.
- 2- El rol de las asociaciones de consumidores en el MERCOSUR.
- 3- El análisis comparativo de los sistemas legislativos de los países integrantes del MERCOSUR en materia de protección al consumidor.
- 4- La competencia beneficia a los consumidores.
- 5- La preservación de los intereses de los consumidores y la actuación de las organizaciones de consumidores en Argentina.
- 6- Consideraciones finales del presente análisis.

II- LA IMPORTANCIA DE LA POLÍTICA COMUNITARIA DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR EN LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN REGIONAL:

El MERCOSUR posee un mecanismo complicado de creación de normas. Ya en el año 1994 el GRUPO MERCADO COMUN había dictado la Resolución 126/94 en la cual se disponía que “hasta tanto no sea aprobado un reglamento común para la defensa del consumidor, cada Estado parte aplicará su propia legislación tuitiva del consumidor a los productos y servicios que se comercialicen en su territorio”.

Por las directivas 1/95, 17/96 y 18/96 se crearon comités técnicos en la órbita de la Comisión de Comercio del MERCOSUR. El C.T n°7 de defensa del consumidor ha sido instituido por la misión de elaborar un proyecto de reglamento del Consumidor para el MERCOSUR.

En cuanto a las disposiciones de la Resolución n°124 consagran derechos básicos del consumidor comunitario y son útiles como orientador en la interpretación de todas las restantes normas dictadas en la materia. La resolución mencionada hace alusión a la publicidad engañosa, a los métodos comerciales desleales o coercitivos, efectivo acceso a la justicia, inversión de la carga de la prueba y compensación de daños.

En cuanto al derecho comparado se han aplicado diversos sistemas para posibilitar una efectiva defensa del consumidor: tribunales de pequeñas reclamaciones y acciones de interés colectivo; dichos sistemas no han sido incluidos en el proyecto del Protocolo.

El 22 de noviembre de 1996 se firma el Protocolo de Santa María sobre jurisdicción internacional en materia de relaciones de consumo n°10/96. Según PIRIS considera que el mismo fue fruto del trabajo de la reunión de Ministros de Justicia del MERCOSUR, agregando el mencionado jurista que si bien se fijan pautas para determinar el tribunal competente en los conflictos originados en los contratos de consumo, no se establece la ley aplicable. [1]

En dicho protocolo, se establece lo siguiente:

- 1- El procedimiento y los tribunales competentes para entender en cuestiones de controversias originadas de las relaciones de consumo.
- 2- En el caso de proveedor y consumidor tengan sus domicilios en diferentes estados del MERCOSUR o cuando teniendo domicilio en un mismo estado la prestación de la relación de consumo tuviera lugar en otro estado del MERCOSUR.
- 3- Establece además que entenderán los jueces o Tribunales del estado en cuyo territorio esté domiciliado el consumidor y establece como soluciones alternativas en forma excepcional: a) el lugar de celebración del contrato, b) el del cumplimiento de la prestación, c) el del domicilio del demandado, d) También establece que en caso de reconvención tendrá competencia el juez del principal.

En cuanto a la eficacia territorial de las sentencias, tramitan por exhorto o carta rogatoria y remite al Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa.[2]

¹ Jefa de Trabajos prácticos de Análisis Económico y Financiero de la Universidad de Buenos Aires. Facultad de Derecho

III- MERCOSUR COMO GARANTÍA O RIESGO DEL CONSUMIDOR.[3]

El MERCOSUR es un proceso de integración que tiene como finalidad armonizar la legislación de los países integrantes del mismo. Al respecto, hay ciertas opiniones que consideran a este proceso como garantía del consumidor y otros que consideran que dicho proceso podría configurar un riesgo para el mismo.

PAVAN menciona a IRRERA en su trabajo “La protección del consumidor en el sistema del MERCOSUR”, hace mención a la protección del consumidor donde expresa que “aparece la necesidad de proteger al consumidor que como ciudadano de cada mercado individual, debe ser el destinatario de ese desarrollo económico y social protegido por leyes que impidan el desarrollo o su costo”. Advierte el mencionado autor que “la apertura del MERCOSUR potencia ese riesgo en el consumidor provocaría la existencia de un peligro que va en aumento de manera real y no sólo potencial o aparente.[4]

BOURGOIGNE manifiesta que “si las medidas de protección de las cuales se benefician los consumidores de un país determinado, no son equivalentes en los otros países miembros y tampoco se acuerdan un grado igualmente elevado de protección”. [5]

PAVAN señala que en todo proceso de integración debemos buscar un tratamiento jurídico que pueda darse a una armonización legislativa tendiente a corregir las diferencias entre las legislaciones de los Estados Partes en el MERCOSUR. [6]

IV- EL ROL DE LAS ASOCIACIONES DE LOS CONSUMIDORES EN EL MERCOSUR.

Debe entenderse por asociación de consumidores y usuarios toda Organización constituida por personas naturales independientes de todo interés económico, comercial o político cuyo objeto será garantizar y procurar la protección y defensa de los consumidores y promover la información, la educación, la representación y el respeto de sus derechos.[7]

En el año 1998 en Asunción del Paraguay se realizó el primer encuentro de Asociaciones de Consumidores del MERCOSUR en donde la Comisión de dicho encuentro llegaron a estas consideraciones esenciales en materia de protección al consumidor y ellas son las siguientes: [8]

1-Que todos los instrumentos legales de defensa y protección del consumidor del Paraguay se integran en lo que se denomina SNIPC (Sistema Nacional Integrado de Protección al Consumidor).

2-Este sistema (SNIPC) fue creado para que la relación entre los consumidores y proveedores paraguayos sea dinámica y fluida estimen necesario que ambos actores del mercado conozcan sus derechos y obligaciones contenidos en el marco legal y como se regulan sus relaciones de consumo.

En Argentina, la ley 24240 en su artículo 55 nos dice que “las asociaciones de consumidores constituidas como personas jurídicas están legitimadas para accionar cuando resulten objetivamente afectados o amenazados intereses de los consumidores.

En lo que respecta a la capacidad de acción que tienen las asociaciones de consumidores, es importante tener en cuenta que cuando los intereses de los consumidores aparecen lesionados, tienen posibilidad de hacer valer sus derechos mediante los reclamos que efectúen ante la autoridad correspondiente.

La resolución 124/96 del Grupo Mercado Común consagra una serie de derechos básicos del consumidor; dicha resolución ha sido incorporada al Proyecto de Defensa del Consumidor del MERCOSUR. Se contempla aquí la posibilidad que tiene todo consumidor al acceso a organismos judiciales para la efectiva prevención y resarcimiento de los danos patrimoniales y morales por medio de procedimientos eficaces según dispuesto en el Art.5 y 6 in fine de la mencionada resolución.

A través de la Resolución 124/96 puede todo consumidor o asociación de consumidores a poder acceder a los órganos judiciales para hacer valer sus derechos como es el de litigar en el lugar de su domicilio; es de destacar lo que expresa el distinguido jurista PIRIS al señalar sobre la cláusula de prorrogación de jurisdicción inserta en los contratos de consumo podría ser considerada como una cláusula abusiva en el caso que al consumidor se lo obligara a iniciar sus reclamos en jurisdicciones que son consideradas como imposible de acceder debido a los altos costos, es decir que restringe el derecho de toda asociación de consumidores o mismo al consumidor a poder acceder a la justicia. [9]

En Brasil por ejemplo desde 1990 cuenta con el Código de Defensa del Consumidor en donde tiene un procedimiento abreviado en materia de reclamos de parte de los consumidores. Cuenta con organizaciones como DECOMS (Departamento de Atención al Consumidor) y el PROCONS (Programa de Atención al Consumidor) integrado por abogados y funcionarios destinados a resolver los problemas y reclamos efectuados por las asociaciones de los consumidores. Las dos vías de reclamo que cuenta todo consumidor o asociación son dos: la vía civil o por la vía arbitral; este último no es obligatorio ya que se efectúa en la medida que haya un interesado.

En Argentina a través de la ley 24240 se destaca la posibilidad de las asociaciones de consumidores actuar como litisconsorte de las partes.(Art.52 parte final). Las asociaciones de consumidores pueden reclamar intentando soluciones amigables. De acuerdo al artículo 43 de la mencionada ley posibilita a todo consumidor a ejercer la acción expedita y rápida para la defensa contra todo acto u omisión de la autoridad pública.

En Paraguay se rige por la ley 1334/98 de defensa del consumidor y del usuario; toda asociación de consumidores o el consumidor en particular debe efectuar su reclamo ante el SNIPC; las modalidades de reclamo pueden ser telefónicamente o personalmente. En cuanto a los requisitos para realizar su denuncia se deberá presentar: 1-Fotocopia de la Cédula de Identidad del denunciante, 2-Presentar factura, boleta de compra, 3-Completar el formulario de denuncia de la Oficina de Defensa del Consumidor.

Una vez presentada la denuncia se comienzan las actuaciones seguidas de la realización de audiencias de conciliación con el fin de poder avenir a las partes a una posible conciliación. Se considera que la actuación en el procedimiento de la autoridad de aplicación es de oficio o por denuncia efectuada por un particular. Dicha denuncia puede ser por escrito, oral o por cualquier otro medio.

V-COMPARACIÓN DE LOS SISTEMAS LEGISLATIVOS EN MATERIA DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR DE LOS PAISES INTEGRANTES DEL MERCOSUR:

En este punto efectuaremos brevemente un estudio comparativo de los sistemas legislativos de los estados integrantes del MERCOSUR en materia de protección jurídica del consumidor:

1-BRASIL: Se rige por la ley n° 8078 del 11 de marzo de 1990 y se denomina como “Código de Defensa del Consumidor”. Se considera que es una ley jurídicamente avanzada. Considera al consumidor como aquella parte que representa la parte más débil en una relación comercial además de las protecciones usuales.

El Código establece que el Poder Público se obliga a:

- a-Mantener asistencia jurídica integral y gratuita para el consumidor.
- b-Instituir Fiscalías de Defensa del Consumidor en el ámbito del Ministerio Público.
- c-Crear juzgados especiales de pequeñas causas para la solución de litigios de consumo.
- d-Conceder incentivos a la creación y desenvolvimiento de asociaciones de defensa del consumidor.
- e-Crear comisarías especializadas en la represión de infracciones penales contra el consumo.

En Brasil existe una política efectiva de protección jurídica integral al consumidor. El consumidor cuando tiene sus derechos lesionados tiene dos vías de solución: a-Juicio de causas civiles de menor complejidad introducido a nivel nacional por ley 9099 del 26 de septiembre de 1995. No se requiere gastos judiciales.

b-Por medio de un juicio arbitral por ley 9307; el juicio no es obligatorio y se realiza en la medida que exista un interesado.

2-ARGENTINA: Se rige por la ley 24240 del 15 de octubre de 1993. El consumidor argentino cuando se ve lesionado en sus derechos, tiene una serie de opciones: a-Utilizar la estructura de la Secretaria de Industria y Comercio a nivel nacional., b-En Capital Federal puede recurrir al Consejo Municipal del consumidor. c-A través de la intervención de asociaciones de defensa del consumidor (ADELCO), d-Utilizar la ley de mediación, e-Elegir un juicio arbitral de acuerdo al Art.59 de la ley 24240.

El Art.52 de la ley 24240 brinda al consumidor la posibilidad de ingresar en juicio para defender sus derechos afectados sin la necesidad del daño concreto. Puede por medio del artículo 43 de la C.N. interponer la acción de amparo para la defensa contra todo acto u omisión de la autoridad pública en los casos reconocidos por ley.

3-CHILE: Se rige por la ley 19496 denominada “Ley de Protección al Consumidor”. Cuando se viola el derecho del consumidor puede hacerlo por dos vías:

a-Vía administrativa: La mediación del conflicto puede ser requerida con el auxilio de una asociación de consumidores o por medio del SERNAC.

b-Vía judicial: El consumidor puede accionar por sí mismo intentando patrocinio en una de las asociaciones de consumidores o buscar apoyo en el SERNAC. El juez al dictar sentencia puede aplicar multas o sanciones de orden civil.

4-PARAGUAY: Se rige por la ley 1334 sancionada en 1998 y cuenta con 51 artículos. En el capítulo X denominado como “Defensa en juicio de los derechos de los consumidores” establece en su artículo 43 que todo consumidor podrá ejercer sus derechos en juicio a título individual como a título colectivo.

Asimismo tendrán acción el consumidor o usuario, las asociaciones de consumidores, la autoridad competente nacional o local y la Fiscalía General de la Nación.

5-URUGUAY: La ley de relaciones de consumo fue publicada en el Boletín Oficial el 30/09/99 ley 17189. En su artículo 6 en su inc. g dice que “todo consumidor tiene derecho al acceso a organismos judiciales y administrativos para la prevención de danos mediante procedimientos ágiles y eficaces.”

Es decir aquí el consumidor puede a través de organismos judiciales y administrativos hacer valer sus derechos en el caso de ser lesionados o dañados por medio de procedimientos ágiles y eficaces.

VI- LA COMPETENCIA BENEFICIA A LOS CONSUMIDORES. [10]

Cuando hacemos referencia a la competencia siempre se involucra a los agentes económicos en sus relaciones comerciales pero siempre tiene incidencia directa en la vida diaria de los consumidores. Una fusión de empresas puede provocar cierto impacto en la economía doméstica en cuanto al acuerdo realizado entre los oferentes respecto a los precios del mercado, restricciones en las ventas, políticas abusivas de un monopolio, etc.

La competencia pretende asegurar un mercado en el cual los recursos sean asignados de una manera más eficiente lo que significaría un beneficio a los consumidores frente al precio, a la calidad, disponibilidad y acceso de los bienes y servicios.

La competencia brinda ciertas ventajas a los consumidores y son:

1-Si existe un mayor número de oferentes implicaría una vigorosa competencia de precios para los consumidores.

2-La competencia genera más opciones de elección para los consumidores ya que los competidores producirían más variedad de oportunidades para los consumidores quienes podrán elegir entre un proveedor y otro dependiendo de las ventajas y nivel de competencia que les ofrezcan a los mismos.

3-La competencia genera beneficios en la eficiencia y productividad ya que si hay muchos competidores en el mercado van a tener más necesidad de capturar las preferencias de los consumidores a través del mejoramiento de su eficiencia en el mercado reafirmando de esta manera su posición en el mismo.

Los beneficios mencionados podrían evitar los efectos negativos en los intereses de los consumidores generando de esta manera una mejor competencia en el mercado. Por lo tanto la competencia = empresas competitivas = precios bajos y calidad = bienestar del consumidor.

VII- LA PRESERVACIÓN DE LOS INTERESES DE LOS CONSUMIDORES Y LA ACTUACIÓN DE LAS ORGANIZACIONES DE CONSUMIDORES EN LA ARGENTINA:

En Argentina es importante destacar las últimas resoluciones judiciales que han emitido en la aplicación de la ley 24240 de defensa del consumidor y como actúan las organizaciones y asociaciones de consumidores en la defensa y preservación de los intereses de los consumidores ante la justicia ya que las mismas se encuentran legitimadas para actuar.

Uno de los casos recientes es el de “DIRECCIÓN GENERAL DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR GCBA c/ BANCA NAZIONALE del LA VORO s/ SUMARISIMO CNCOM SALA E con fecha del 10/05/05; la actora había iniciado acciones judiciales contra la entidad bancaria con el objetivo de que se impidiera el cobro y se procediera al reintegro de los “cargos impuestos por dicha entidad a los titulares y usuarios de tarjetas de créditos en el ámbito de la ciudad autónoma de Buenos Aires liquidados en los resúmenes como “cargos por diferir pago”. [11]

La parte actora manifiesta que dicho cargo por diferir pago constituyó una modificación unilateral y abusiva en la celebración del contrato asumidas por las partes en violación a la ley 25065 de tarjetas de crédito y de la ley

24240 de defensa del consumidor ya que dicho cargo no se encontraba previsto en el respectivo contrato firmado por dichos titulares y usuarios de tarjetas de créditos.

Por su parte en el escrito de contestación de demanda, la entidad bancaria manifiesta que dicho cargo por diferir pago había sido con anterioridad informado en los respectivos resúmenes de tarjetas de créditos de su aplicación y que se le había otorgado la opción por financiar sus compras motivo por el cual los clientes pudieran elegir por diferir o no dichos pagos con pleno conocimiento de las consecuencias.

En primera instancia se resuelve hacer lugar a la demanda instaurada por la parte actora considerando incausado el cargo por diferir pago que fuera adicionado a los resúmenes de gastos pro consumos de tarjeta de crédito.

La parte demandada expresa agravios ya que consideraba que dicha resolución se basó en una acción colectiva resarcitoria y que a su criterio no estaba prevista legalmente y que además la actora no se encontraba legitimada para deducir dicha acción. Sin embargo, la Representante del Ministerio Público manifiesta que dicho cuestionamiento efectuado por la entidad bancaria fue introducido al expresar agravios y no al contestar demanda lo cual lo estimó como improcedente dicho agravio.

Finalmente la Sala E de la Cámara Nacional en lo Comercial con fecha 10 de mayo de 2005 confirma la sentencia de primera instancia haciendo lugar al reclamo de la parte actora considerando:

1-Encontrándose legitimada la Dirección General de Defensa del Consumidor GCBA de acuerdo a lo establecido por el artículo 43 de la CN referente a la acción de amparo en defensa de los intereses y del derecho de incidencia colectiva de los consumidores y usuarios previsto en dicho artículo.

2-La aplicación del artículo 52 segundo párrafo de la ley 24240 de defensa del consumidor en donde se advierte la procedencia y ejercicio de esas acciones en cabeza de la autoridad de aplicación nacional o local.

3-La aplicación del artículo 36 de la ley 24240 de la ley de defensa del consumidor en cuanto a las operaciones de tarjetas de crédito involucradas en el reclamo realizado por la parte actora. Es decir que en este caso se consideró al cargo diferido por el pago como una cláusula abusiva en el contrato celebrado por ambas partes.

De acuerdo al presente caso observamos que es de importancia la actuación de las asociaciones y organizaciones de consumidores en Argentina ante la justicia efectuando sus reclamos e inconvenientes en la celebración de contratos en este caso con las entidades bancarias y que los tribunales nacionales han hecho una aplicación considerable desde el punto de vista normativo.

VI- CONSIDERACIONES FINALES:

1-Debemos tener en cuenta que el objetivo que persigue la defensa de la competencia es beneficiar a los consumidores y a las empresas creando de esta manera un mercado más competitivo.

2-América Latina ha experimentado en los últimos tiempos una transformación de gran relevancia en el proceso de reformas económicas impulsadas en la actualidad.

3-De acuerdo a la resolución 124/96 incorporada al Proyecto de Defensa del Consumidor del MERCOSUR, todo consumidor o asociación de consumidores puede acceder a los órganos judiciales para hacer valer sus derechos.

4- Es importante destacar el rol de las asociaciones de consumidores ya que ha tenido una evolución de importancia en materia de protección jurídica al consumidor.

5- Respecto a los rasgos comparativos efectuados entre las distintas legislaciones de protección al consumidor (Brasil, Argentina, Chile, Uruguay Y Paraguay) es de destacar la importancia que tienen los consumidores de poder acceder a la justicia a través de la vía administrativa o por la vía judicial en el caso de que sus derechos se vean lesionados o dañados por otro.

6- Por su parte, el distinguido jurista GABRIEL STIGLITZ y AUGUSTO M. MORELLO expresan como propuestas posibles para el MERCOSUR la armonización normativa de la defensa del consumidor como así también la integración económica que incluirá diversas cuestiones de la defensa del consumidor.

7- En mi opinión coincido con PAVAN dado que tanto la armonización normativa de la defensa del consumidor como la integración económica constituyen dos metas propias del MERCOSUR, y que solo se alcanzará la protección del consumidor en la medida que dichos compromisos sean cumplidos en aras de lograr el perfecto desarrollo del mercado integrado y buscar el bienestar de los consumidores.

8-Es importante la actuación de las asociaciones de consumidores ante la justicia y especialmente en Argentina ya que las resoluciones reflejan la aplicación tanto de la ley 24240 de defensa del consumidor como de l artículo 43 de la CN haciendo lugar a sus reclamos frente a los posibles abusos cometidos muchas veces en el caso citado por las entidades bancarias.

VII- BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA:

- 1- PIRIS, CHRISTIAN R.: “Los derechos del consumidor en el MERCOSUR”. (www.consumidores.int.cl)
- 2-RUBINO, MARIA A.: “Los jueces ante el MERCOSUR”. (www.salvador.edu.ar)
- 3-MAC DONALD, ANDREA F.: “La situación actual del consumidor en el MERCOSUR”. Artículo publicado en el dial.com en el mes de abril de 2005. Editorial Albremática. (www.eldial.com)
- 4- PAVAN , LUIZ CARLOS. “La protección del consumidor en el MERCOSUR”.SERIE II – Estado y sociedad. Documento Nro. 31. Buenos Aires 1997.
- 5-BOURGOIGNE, THIERRY: “El derecho comunitario del consumo. Experiencias y perspectivas en Europa ”. Revista J.A - 1993
- 6- PAVAN, LUIZ CARLOS: “La protección del consumidor en el MERCOSUR”. SERIE II. Estado y Sociedad. Documento Nro.31. Buenos Aires 1997.
- 7- Asociaciones y Consumidores. Proconsumer internacional. (www.consumer.org.ar)
- 8- Posición ante el 1er. Encuentro de Asociaciones de Consumidores del MERCOSUR”. Asunción del Paraguay. (www.mecom.gov.ar)
- 9-Piris, Cristian, R: “Análisis de la cláusula de prórroga de jurisdicción en los contratos de consumo”. (www.unne.edu.ar)
- 10-Competencia: En que nos beneficia a los consumidores?. – Trbuna Ecuatoriana de Consumidores y usuarios. (www.care.org.ec) primavera 1997.
- 11-Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial. Sala E : “Dirección General de defensa del Consumidor GCBA c/ Banca Nazionale del Lavoro s/ sumarísimo”.10 de mayo de 2005. El dial.com. Revista jurídica. Editorial Albremática.(www.eldial.com).

CADE: TENTATIVAS DE ADEQUAÇÃO DO MARCO LEGAL CONCORRENCIAL BRASILEIRO

Por: Bruno De Luca Drago¹
E-mail: bruno.drago@kcl.ac.uk

O presente artigo destina-se a descrever, esclarecer e opinar acerca de recentes práticas do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”), autarquia vinculada ao Ministério da Justiça e autoridade concorrencial brasileira, bem como demais órgãos integrantes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (“SBDC”). Limitando-nos ao período mais recente da história do SBDC, pretendemos analisar a tendência interpretativa do CADE com relação à lei e o modo pelo qual tem agido, no intuito de superar as dificuldades impostas a sua atuação, decorrentes da imperfeição legislativa do marco legal concorrencial. Adicionalmente, no presente trabalho, permitimo-nos traçar comparativos com as legislações europeia e norte-americana, as quais vivenciaram, ou ainda vivenciam, dificuldades semelhantes às enfrentadas pelo CADE.

1. A Letra da Lei

Em tentativa de adaptação e introdução de marco legal para o tratamento preventivo dos atos de concentração, verificamos que a legislação brasileira foi fortemente influenciada pelo teste substancial da restrição da concorrência norte-americano (“*the test of substantial lessen of competition*”). Contudo, entendemos que elementos atinentes ao teste da dominância (“*the dominance test*”) erigido pela normativa da Comissão Europeia, da mesma forma, encontram-se incorporados no dispositivo legal brasileiro, dando-nos a impressão de adoção de uma legislação mais abrangente, que visou a recepcionar elementos presentes em ambos os testes mencionados. Dessa forma, o marco legal brasileiro – Lei 8.884/94 (Lei de Defesa da Concorrência) que trata, entre outros temas concorrenciais, da análise substancial de concentrações, prevê:

“Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE.(...)”

§ 3º Incluem-se nos atos de que trata o caput àqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em vinte por cento de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais).

§ 4º Os atos de que trata o caput deverão ser apresentados para exame, previamente ou no prazo máximo de quinze dias úteis de sua realização, mediante encaminhamento da respectiva documentação em três vias à SDE, que imediatamente enviará uma via ao CADE e outra à SEAE.”

Para fins da presente análise, deve-se ter em vista os dois incisos acima transcritos, os quais tratam dos “*thresholds*” (patamares iniciais) necessários para que se dê a obrigatoriedade de notificar à autoridade concorrencial brasileira, tratamento misto alternativo dado pelo texto legal. Dessa forma, verificamos que toda e qualquer operação de concentração econômica que implique participação de empresa, ou grupo de empresas, resultante em 20 por cento de mercado relevante, implicará em obrigatoriedade noticiatória. Alternativamente, a legislação brasileira erigiu critério mais objetivo para configuração da referida obrigatoriedade, qual seja o registro de faturamento bruto anual mínimo, de qualquer dos participantes, no último exercício social, de R\$ 400 milhões.

Diversas são as críticas que se poderia traçar ao referido marco legal. A iniciar-se pelo critério de presunção de dominância em mercado relevante, cabe menção ao artigo de José Inácio Gonzaga Franceschini, expoente na área do direito concorrencial², em crítica ao dispositivo legal. Franceschini aponta o desacerto da

¹ Advogado brasileiro formado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2001) e mestrando em Direito Concorrencial pelo King’s College London – University of London (2004-2005). Associado de Demarest e Almeida Advogados (2000-2004).

² Boletim Latino-Americano de Concorrencial, Novembro 2004, No. 19, pág. 61.

legislação brasileira ao presumir posição dominante de um agente em patamar de 20 por cento, bem como aponta a antecipação da definição do mercado relevante (que frisamos trata-se de responsabilidade das autoridades de defesa concorrencial e não das partes envolvidas) para fins de avaliação acerca da necessidade da notificação. Como podemos imaginar, diversos são os problemas decorrentes da análise do referido dispositivo, conforme discussão adiante.

Vale, contudo, ressaltar a diferença entre dominância, para fins jurisdicionais (de fixação da obrigação notificatória) e dominância, para fins de avaliação dos efeitos da operação. Em conformidade com Richard Whish³, em citação à legislação vigente na Comunidade Européia para tratamento de fusões, apesar de requisição para apresentação de informações sobre mercado relevante que represente patamares iguais ou superiores a 15 por cento em concentrações horizontais, *market shares* resultantes da operação que não excedam 25 por cento no mercado comum em parte substancial desse mercado indica compatibilidade com referido mercado comum⁴. Contudo, vale ressaltar que, para avaliação da obrigação notificatória, o critério levado em consideração baseia-se no faturamento das partes. Por sua vez, a legislação americana, da mesma forma que a legislação da Comunidade Européia, fixa seus critérios jurisdicionais no faturamento das empresas envolvidas. No que tange a avaliação dos efeitos concorrenciais, a legislação norte-americana busca dar grande ênfase ao Index Herfindahl-Hirschman (HHI). Por fim cabe citar o critério jurisdicional erigido pelo Reino Unido em seu recente ato legislativo⁵. Inicialmente, poderíamos vislumbrar de critério semelhante ao brasileiro, que requer verificação de faturamento mínimo de £ 70 milhões ou que represente 25 por cento das vendas ou aquisições de produtos e serviços pela entidade objeto da operação (critério conhecido como *share of supply*). Contudo, o referido sistema legal, ao contrário do brasileiro, não prevê notificação compulsória, mas tão somente possibilidade de “referência” da autoridade concorrencial local - *Office of Fair Trade* a outra autoridade concorrencial responsável pela investigação dos efeitos concorrenciais da operação - *Competition Commission*.

Dessa forma, notamos que o critério para fixação da obrigação notificatória nos Estados Unidos e Comunidade Européia funda-se em critérios de faturamentos e regras de exceção *de minimis*, sendo que a verificação da concentração do mercado e *market share* das partes envolvidas se dá em momento posterior à fixação da referida obrigação de notificar, sendo determinante da qualidade/quantidade de informação a ser apresentada. Por sua vez, com relação ao critério *share of supply* do Reino Unido, trata-se de espécie de reserva legal da autoridade concorrencial para investigação de operações não alcançadas pelo faturamento, mas que potencialmente ensejam preocupações com relação a operações com definição de mercado relevante restrita ou mercados geográficos reduzidos. Verificamos, portanto, substancial diferença entre o sistema brasileiro e os sistemas acima mencionados com relação a esse critério.

Fato notório é que definição de mercados relevantes envolve alguma complexidade, sendo que sua definição em operações anteriores não vincula operações e partes futuras, mas tão somente partes envolvidas na operação sob análise, o que requer que especificidades de cada caso sejam consideradas. Inegável, dessa forma, a insegurança jurídica do critério para fixação da obrigação de notificar baseado em *market share* mínimo. Ainda mais se considerarmos a inevitável queda de braço travada entre as partes e as autoridades concorrenciais para definição desse mercado. Portanto, o teste de *market share* mínimo, pelas dificuldades geradas na sua antecipação, não nos parece ser critério satisfatório para verificação da necessidade de notificação de operações de concentração. Adicionalmente, qualquer argumento no sentido de flexibilização dessa primeira avaliação de mercado relevante, dispensando-se profunda e precisa análise, com o propósito de estabelecer a jurisdição do CADE, em nada contribui para suavizar a insegurança jurídica acima mencionada.

Em vista dessas críticas, poderíamos argumentar que o segundo critério erigido pela legislação brasileira - o critério do faturamento, sugere maior objetividade e segurança jurídica ao se avaliar a obrigatoriedade da notificação. Não obstante, outros são os problemas decorrentes, conforme passamos a expor.

A primeira preocupação causada pelo dispositivo legal decorre da definição do sujeito ativo cujo faturamento deverá ser considerado. O §3 do art. 54 da Lei de Defesa da Concorrência dispõe que a notificação será necessária quando “qualquer dos participantes” atingir referido faturamento. Contudo, em momento anterior, ao referir-se ao critério de *market share*, o dispositivo trata como sujeito ativo da obrigação “*empresa ou grupo de empresas*”. Em interpretação teleológica acerca do dispositivo, nos parece sensato assumirmos que

³ Whish, Richard, *Competition Law*, 5th Edition, Lexis Nexis, pag. 837-8.

⁴ Não obstante referida presunção, *market share* abaixo do percentual indicado pode ainda ensejar dominância coletiva. A dominância de fato tem sido estabelecida em patamares pouco superiores. Em REWE/Meinl⁴ a dominância foi estabelecida pela Comissão Européia em 37 por cento; em Hutchinson/ECT/RMPM⁴ em 36 por cento e em Carrefour/Promodes⁴, em menos de 30 por cento.

⁵ Enterprise Act 2002, Part III, Sect. 23.

a definição de “*participantes*” engloba qualquer empresa ou grupo de empresas. Também nos parece que essa tenha sido a vontade do legislador quando da edição da lei, indo ao encontro da acertada interpretação dada pelo CADE acerca do dispositivo.

A segunda preocupação que levantamos sobre o dispositivo é a ausência de qualquer critério jurisdicional/territorial estipulado. Não há menção no dispositivo a fim de definir ou esclarecer o conceito de faturamento, o que gera questionamento sobre a aplicabilidade do faturamento exclusivamente em território nacional ou sua extensão regional ou global. Ainda que reconheçamos que a preocupação acerca da jurisdição possa estender-se ao critério do *market share* (como no caso de mercado relevante geográfico definido como internacional), nos parece polêmica a preocupação com relação ao critério de faturamento. Em decorrência do *gap* legislativo mencionado, o CADE adotou interpretação conservadora em sua recente história, no sentido de computar-se o faturamento global para fins noticiatórios.

Discutidas as preocupações acerca do §3 do art. 54, passemos a breve análise do subsequente §4 da mesma Lei, que dispõe acerca da fixação do prazo para notificação das operações de concentração econômica. Conforme transcrição acima, o dispositivo prevê que os atos de concentração deverão ser apresentados às autoridades previamente ou no prazo máximo de quinze dias a contar de sua realização. Novamente cabe-nos tecer algumas preocupações com a adequação do referido dispositivo legal.

A legislação brasileira é uma das poucas a autorizar o fechamento de operação anteriormente à sua notificação. Em tese, tal fato deveria proporcionar maior comodidade às partes no que tange ao prazo de notificação e, diante das demais jurisdições internacionais (em caso de concentrações globais) que exigem notificação prévia ao fechamento da operação, a notificação à jurisdição brasileira viria *a posteriori* em relação às demais. Curiosamente, o oposto tem-se verificado na prática. Notificações às autoridades concorrenciais brasileiras têm sido motivo de preocupação em operações multi-jurisdicionais, verificando-se, na grande maioria dos casos, como a primeira jurisdição a ser notificada.

Tal fato se verifica como decorrência de outra imprecisão legislativa, qual seja a definição do termo “realização”. À primeira vista, nos parece que o termo sugere que o prazo para notificação deva ser contado a partir do fechamento da operação. Não obstante, nos parece que o CADE optou por afastar uma interpretação textual do termo em vista das dificuldades que seriam geradas ao seu funcionamento, dificuldades essas talvez erroneamente balanceadas pelo legislador em vista da teórica comodidade proporcionada às partes.

Ao editar a Resolução 15/98, o Plenário do CADE, em exercício de sua competência, estipulou que:

“Art. 2º. O momento da realização da operação, para os termos do cumprimento dos §§ 4º e 5º do art. 54 da Lei 8.884/94, será definido a partir do primeiro documento vinculativo firmado entre as requerentes, salvo quando alteração nas relações de concorrência entre as requerentes ou entre pelo menos uma delas e terceiro agente ocorrer em momento diverso”.(nosso grifo).

Dessa forma, o CADE, através dos poderes conferidos por lei a seu plenário, definiu que o momento da realização da operação será o do primeiro documento vinculativo entre as partes, contando-se daí o prazo para notificação, o que por sua vez não pacificou a questão, mas, ao contrário, tratou de gerar maior insegurança jurídica do que se poderia prever, devido à imprecisão de novo termo disposto: “documento vinculativo”. Muito se argüiu entre advogados e Conselheiros a fim de pacificar interpretação acerca do tema. No ato de concentração 173/97 o CADE entendeu que *“Tratando-se de operação mundial, a data de realização do negócio, para os fins de cômputo do prazo para submissão da transação ao CADE, ocorre quando da transferência do controle do negócio no país.”* Já no Ato de Concentração 08012.000431/98-07, a decisão do CADE veio no sentido de que *“A data da realização da operação de que trata o §4º do art. 54 da Lei nº8.884/94 é aquela em que se verifique a união dos centros decisórios. Finalmente, no Ato de Concentração 08012.002941/98-56 encontramos outra construção jurisprudencial do CADE: “Para fins de determinação do dies a quo para apresentação do ato de concentração ao CADE, a data de realização do negócio coincide com a de seu fechamento quando os aspectos essenciais da operação a tenham como referência, sem que do contrato conste qualquer previsão de participação da compradora nas atividades de administração e gerenciamento dos negócios antes do closing.”* Não é difícil percebermos a insegurança que a falta de unidade conceitual acarreta aos administrados.

2. Problemas acarretados pelos critérios jurisdicionais

Em vista de todo o exposto acima, cabe rememorar a linha interpretativa adotada pelo CADE até recentemente. Com relação ao critério de faturamento, o CADE tinha sedimentado entendimento acerca da consideração de faturamento global das empresas com relação a todo grupo econômico envolvido. Já com relação ao momento da operação, o CADE editou Resolução a fim de esclarecer que o momento da realização da operação e conseqüentemente, o momento no qual se começa a contar o prazo de quinze dias para notificação das Autoridades Brasileiras de Defesa da Concorrência seria definido a partir do primeiro documento vinculativo entre as partes.

Analisadas as imprecisões legais e a linha de interpretação adotada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, devemos passar a análise dos efeitos decorrentes para os administrados ou, em outras palavras, o efeito notificatório gerado nas operações de concentração.

Primeiramente, verificamos que os critérios elencados pela legislação brasileira e a construção jurisprudencial levada a efeito pelo CADE são insuficientes para fornecer satisfatório tratamento aos atos de concentração. Raramente o critério de *market share* é invocado para justificar apresentação as autoridades concorrenciais; na esmagadora maioria dos casos a justificativa para a notificação encontra-se no faturamento apresentado pelas partes. Fácil repararmos, ainda, a inadequação do “*threshold*” de R\$ 400 milhões considerados em nível global para justificar uma análise concentracional por parte do CADE. O resultado é que muitas operações ocorridas entre empresas no exterior com subsidiárias no território brasileiro ensejam a obrigatoriedade notificatória, independentemente da consideração da produção substancial de seus efeitos. Adicionalmente, operações alienígenas com mínima expressão no mercado nacional, por exemplo, no caso de ingresso de mercadoria através de importações, qualquer que seja seu valor, ensejariam, da mesma forma, obrigatoriedade notificatória às partes.

O resultado disso é o enorme montante de notificações dirigidas às autoridades concorrenciais brasileiras, desprovidas de qualquer relevância para o sistema concorrencial nacional. Vislumbramos, ainda, que o efeito gerado pelo montante de notificações não importantes acarreta gastos desnecessários aos administrados que, porque não o dizer, convertem-se em “*welfare losses*” para os administrados.

Finalmente, a ocupação alocada ao sistema para a análise de atos concentracionais irrelevantes contribui para desviar o foco das autoridades com relação a problemas mais complexos do sistema concorrencial que, sem sombra de dúvida, são merecedores de maior atenção, a citar a investigação de cartéis e condutas colusivas de agentes oligopolistas.

3. Nova Linha de Interpretação

Felizmente as percepções acima expostas coincidem com as percepções do CADE, que muito tem se esforçado, principalmente através de sua nova Presidenta e demais Conselheiros em cargo, para superar os problemas decorrentes do marco legal. Não obstante encontrar-se em pauta projeto de reforma de Lei de Defesa da Concorrência, que mereceria outros artigos a fim de contribuir ao *desejável processo democrático de debate*, não há previsão para sua votação e aprovação.

Dessa forma, a fim de superar os problemas acima mencionados enfrentados no seu dia-a-dia, o SBDC tem perseguido inovações legislativas e interpretativas, sobre as quais passamos a expor. A primeira inovação legislativa foi promovida conjuntamente pelas Secretaria de Direito Econômico (SDE) e Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), demais órgãos integrantes do SBDC, que editaram a Portaria Conjunta nº 1, em 18 de fevereiro de 2003, introduzindo o procedimento sumário para análise dos atos de concentração não potencialmente lesivos à concorrência, tais como, exemplificativamente, franquias, *joint-ventures*, reestruturações societárias sem alteração de controle, aquisição de empresas fora dos pais e outros, ressalvadas certas exceções. Tais atos seriam objeto de parecer simplificado e prazo reduzido de análise em ambas as Secretarias.

Mais recentemente o CADE também alterou sua linha de interpretação com relação a dois pontos polêmicos da Lei 8.884/94. O primeiro deles trata da conceituação de faturamento e o segundo do momento da apresentação da operação.

Dessa forma, em 19 de janeiro de 2005, por ocasião do julgamento do ato de concentração nº 08012.002992/2004-14, envolvendo as empresas ADC Telecommunications, Inc. e Krone International Holding Inc., o Conselheiro Roberto Pfeifer (conselheiro investido no seu segundo mandato) decidiu não conhecer da operação notificada, extinguindo o processo sem julgamento do mérito, por verificar faturamento das requerentes no território nacional inferior a R\$ 400 milhões, bem como *market share* inferior a 20 por cento do mercado relevante identificado. O voto do Conselheiro foi seguido pelos demais integrantes do Plenário presentes na ocasião.

Trata-se, portanto, de primeiro precedente julgado na recente história do CADE em que o *threshold* analisado para fixação da obrigação noticiatória leva em conta, exclusivamente, o faturamento da empresa e respectivo grupo econômico no território brasileiro. Apesar de não se tratar de qualquer novidade, haja vista votos anteriores proferidos por antigos membros do CADE e pelo próprio Conselheiro, não nos resta dúvida de que a nova composição do CADE foi fator incisivo na decisão adotada. Dos seis Conselheiros investidos atualmente, três possuem formação econômica, dois possuem formação em direito, e um possui ambas as formações. Tal fato poderia sugerir maior ênfase em aspectos econômicos relativos às decisões do que aspectos meramente jurídico-formalísticos.

As justificativas para a decisão vão ao encontro das críticas acerca da relevância para o sistema concorrencial brasileiro da análise de operações com efeito substancial verificado no exterior e que, por mero formalismo, requerem notificação ao CADE. Um dado estatístico levantado para que o Conselheiro suportasse sua decisão aponta que, do total de atos de concentração aprovados com alguma restrição pelo CADE nos últimos três anos, jamais se observou qualquer impacto anti-concorrencial de operações entre empresas com faturamento inferior a R\$ 400 milhões ou com parcela inferior a 20 por cento do mercado relevante.

Outra inovação promovida pelo CADE diz respeito ao momento da realização da operação. Em outro julgado recente o CADE afirmou que as empresas devem começar a contar o prazo de quinze dias úteis para notificação a partir do documento no qual fecham o negócio. Conforme mencionado anteriormente, essa interpretação nos parece guardar maior conformidade com a vontade do legislador disposta no §4 do artigo 54. Também cabe mencionar que com a referida interpretação encerram-se as especulações promovidas pelas partes acerca do conceito de “documento vinculativo”, que tanto contribuíram para a insegurança jurídica disseminada no sistema.

4. Críticas ao procedimento de adaptação adotado

Por um lado, as referidas decisões, em especial a que mudou o *threshold* de R\$ 400 milhões, podem representar aos administrados, em particular à iniciativa privada internacional, avanço, na medida em que restringem drasticamente a necessidade de notificação de operações internacionais com efeito insignificante no Brasil. Adicionalmente, podem representar ao sistema concorrencial brasileiro a re-alocação de recursos de análises preventivas para análises repressivas de condutas, causadoras de maiores prejuízos à coletividade.

Por outro lado, não obstante a boa-vontade demonstrada pelo CADE para levar a efeito as mudanças mencionadas, indagamos sobre a pertinência de se promover alterações de pontos tão sensíveis da Lei da maneira pela qual têm sido promovidas.

O motivo de maior preocupação tange à alteração interpretativa dada ao momento da realização da operação que confronta diretamente com dispositivo legal editado pelo Plenário (art. 2 da Resolução 15/98). Não se verifica qualquer forma de lacuna legislativa preenchida pelo CADE, nem tampouco interpretação extensiva ou qualquer outro instrumento jurídico usado em interpretações legais. Pelo contrário, trata-se de aplicação *contra-legem* de norma cogente, fato inadmissível em um ordenamento jurídico. Ao se promover alteração jurisprudencial confrontante com dispositivo legal abre-se caminho a contestações sobre a validade e legitimidade da decisão proferida, sendo imperativo e urgente que se de a alteração da resolução cujo dispositivo a decisão confronta.

Portanto, é imperativo que se de a normalização das decisões reiteradamente proferidas pelo Conselho através de resolução que vise a revogar os efeitos do artigo em discussão que traz disposição confrontante. Ao contrário do que ocorre em países de *common law* que pautam suas decisões em precedentes, o ordenamento jurídico brasileiro baseia-se no sistema de *civil law*, que requer direito positivado para que se dê a validade e legitimidade normativa e, consequentemente, decisória.

Outra preocupação decorre da segunda alteração interpretativa promovida pelo CADE. A consideração exclusiva de faturamento das empresas e grupos econômicos envolvidos em território nacional. O perigo que vislumbramos decorre de contestação futura de operações presente, principalmente decorrente de novas composições do Conselho que privilegiem o devido processo legal. Vale frisarmos que referida interpretação não tem sido unânime dentro do próprio plenário do CADE. Apesar do respaldo de princípios de direito constitucional e administrativo, como o da irretroatividade normativa, nos parece que referido princípio encontra-se de certa forma fragilizado por tratar-se de irretroatividade interpretativa, e não dispositiva, haja vista a motivação decisória encontrar-se baseada na interpretação da letra da lei. Enfim, sem adentrarmos muito na discussão, nos preocupa a nova posição adotada em vista de futuras contestações. A segurança jurídica dos administrados nos parece, novamente, colocada em risco.

Devemos reiterar que não nos resta qualquer dúvida de que o mérito das alterações interpretativas promovidas pelo CADE são completamente acertados. O que nos causa preocupação é o procedimento pelo qual têm sido conduzidas. Também não nos resta dúvida de que parte importante da culpa desses desencontros recai sobre o Congresso Nacional, que há anos carrega em sua pauta o compromisso de votação de projeto de lei acerca da reforma do sistema concorrencial brasileiro. O fato é que o CADE, a exemplo do que ocorre em geral com administrados de sistemas democráticos de direito imprecisos, cansou de esperar boa vontade política e “arregaçou as mangas”. Resta-nos saber se sua prática não causará efeitos colaterais ao SBDC, ou mesmo, se tal prática poderá contribuir para o despertar do nosso Congresso Nacional.

O PROCESSO DE FLEXIBILIZAÇÃO E AS FUSÕES E ACORDOS DE COOPERAÇÃO NO MERCADO DE TRANSPORTE AÉREO DE PASSAGEIROS

Por: Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo⁶
E-mail: carlos.ragazzo@fazenda.gov.br

Introdução⁷

- II. – Comentários Sobre a Experiência Estrangeira
 - 2.1. – Evolução do Marco Regulatório nos Estados Unidos
 - 2.2. – Impactos Estruturais no Mercado de Transporte Aéreo Americano Após a Desregulação
 - 2.3. – Efeitos dos Processos de Concentração Após a Desregulação
 - 2.4. – Canadá: operação de concentração entre as companhias aéreas Air Canada e Canadian Airlines
 - 2.5. – México – fusão entre as companhias aéreas Aeroméxico e Mexicana
- III. – O Processo de Flexibilização no Brasil
 - 3.1. – Histórico do Setor de Transporte Aéreo no Brasil
 - 3.2. – Processo de Flexibilização das Variáveis Econômicas: Entrada e Preço
 - 3.3. – Retomada do Processo de Regulação
 - 3.4. – Processo de Fusões e Acordos de Cooperação no Mercado Brasileiro
- IV. – Processo de Fusões e de Contratos de Cooperação no Mercado de Transporte Aéreo de Passageiros
 - 4.1. – Análise Introdutória sobre Fusões e Acordos de Cooperação

Introdução⁸

O processo de reestruturação do setor aéreo é ordem do dia nos mais diversos países do mundo. Enfrentando crises consistentes, as empresas de transporte aéreo procuram desesperadamente soluções para atenuar as perdas substanciais incorridas nos últimos anos, supostamente agravadas em virtude da recessão econômica de caráter mundial.

Antes, porém, de abordar as medidas adotadas pelas companhias aéreas para enfrentar a crise, é importante tratar um pouco do contexto político e econômico por trás dos fatos. No mundo inteiro, o setor de transporte aéreo passa por um constante período de transição regulatória, em que se discute qual a medida correta de atuação do Estado no segmento, oscilando-se entre a liberalização e a imposição de medidas mais intervencionistas.

Nas últimas décadas, embora existam inúmeras vozes dissonantes, agravadas justamente pelos intermitentes períodos de crise, há uma tendência mundial no sentido de promover um processo de liberalização das principais variáveis econômicas do mercado, entrada e preço. É o caso paradigmático dos mercados americano e canadense, entre tantos outros.

A flexibilização promovida por esses países provocou diversos efeitos no mercado de transporte aéreo. Aliás, como a flexibilização influencia o setor é uma questão ainda sujeita a muita controvérsia. Se algumas empresas aéreas faliram, outras tantas permaneceram. E, dentre estas, muitas optaram por processos de concentração, tais como fusões e aquisições, ou por acordos de cooperação (cujo exemplo clássico é o *codeshare*⁹), o que tem sido encarado, inclusive, como uma possível solução a superar os problemas financeiros enfrentados por companhias aéreas.

Os processos de concentração e de cooperação são hoje uma realidade no setor de transporte aéreo. Oportuno, portanto, entender como o processo de flexibilização deu início a essa tendência. Após uma breve explanação do histórico de alguns países, incluindo-se o Brasil, o presente trabalho seguirá descrevendo a inter-

⁶ Coordenador Geral de Defesa da Concorrência da Secretaria de Acompanhamento Econômico – Seae/MF. Bacharel pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC/RJ. LL.M. in Trade Regulation and Competition Policy (New York University, NYU, 2002). Mestre e Doutorando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – Uerj. Professor contratado da cadeira de Direito da Concorrência nos cursos de graduação e pós-graduação da Uerj.

⁷ Este artigo reflete apenas as opiniões pessoais do autor, não representando qualquer tipo de posicionamento passado, presente ou futuro por parte de qualquer órgão governamental.

⁸ Este artigo reflete apenas as opiniões pessoais do autor, não representando qualquer tipo de posicionamento passado, presente ou futuro por parte de qualquer órgão governamental.

⁹ *Codeshare* é o acordo de cooperação por meio do qual há disponibilização recíproca de assentos entre duas ou mais companhias aéreas.

relação entre os processos de flexibilização e a adoção de acordos de cooperação e de processos de concentração de empresas aéreas, abordando, posteriormente, os seus possíveis impactos na concorrência no setor.

II. – Comentários Sobre a Experiência Estrangeira

2.1. – *Evolução do Marco Regulatório nos Estados Unidos*

Antes do advento do *Airline Deregulation Act* de 1978, o setor de transporte aéreo nos Estados Unidos estava sujeito à forte intervenção estatal¹⁰. As regras então vigentes (o *Civil Aeronautics Act* de 1938, pouco alterado pelo *Federal Aviation Act* de 1958) determinavam que a entrada no mercado dependia de autorização do *Civil Aeronautics Board* – CAB, a ser concedida, a critério discricionário do CAB, mediante a verificação de que o entrante era adequado a prestar serviços de transporte aéreo, bem como da necessidade de uma nova empresa naquele mercado específico¹¹.

Do mesmo modo, o CAB era responsável pela alocação das rotas, bem como tinha competência para rever e, conseqüentemente, alterar tarifas, as quais eram inicialmente submetidas pelas empresas aéreas, para aprovação daquele órgão governamental. Assim, as principais variáveis econômicas, entrada e preço, ficavam sob direto controle governamental.

As razões que motivavam a regulação do setor aéreo à época suscitavam controvérsias. De um lado, havia os que alegavam que, sem a regulação governamental, o setor aéreo iria evoluir para uma situação de concorrência predatória, por meio da qual as empresas aéreas deixariam de investir em tecnologia de segurança e manutenção, para poderem competir em tarifas. A outra razão a justificar a regulação se relacionava com a necessidade de se manter um sistema aéreo integrado que servisse ao maior número de pontos possível no mercado americano.

Tais justificativas, no entanto, não foram suficientes para acalmar a pressão contra o sistema regulado. Em meados dos anos 70, as críticas em oposição ao sistema regulado ganharam ainda mais força. O que se via, naquele momento, era um setor aéreo que não possuía incentivo para procurar meios de maximizar eficiência, seja melhorando tecnologia, ou mesmo encontrando meios alternativos para reduzir custos. O mercado de transporte aéreo americano se resumia a uma estrutura extremamente concentrada, em que tarifas muito altas eram praticadas, refletindo a ineficiência da indústria como um todo.

Motivado pela ineficiente situação para a qual o sistema regulado evoluiu, o *Airline Deregulation Act* foi promulgado em meio à grande esperança de que a desregulação iria gerar um ambiente concorrencial adequado, com um maior número de empresas no mercado, praticando tarifas mais acessíveis, em virtude de uma busca mais apurada por eficiência.

2.2. – *Impactos Estruturais no Mercado de Transporte Aéreo Americano Após a Desregulação*

Em um primeiro momento, houve uma substancial entrada de novas empresas no mercado, motivadas pelos altos preços praticados durante a época em que o setor era regulado. Mas, das diversas entrantes, poucas restaram. A superestimativa da demanda, aliada às recessões econômicas em meados dos anos 80 e, logo após, em 1992, provocou a quebra e/ou fusão de diversas empresas aéreas¹².

Em razão das inúmeras falências, bem como do elevado número de fusões, a estrutura do mercado de transporte aéreo americano voltou a ser praticamente igual à que existia quando o CAB regulava entrada e preço. Ou seja, a indústria voltava a ser altamente concentrada. Resta, portanto, analisar quais os impactos trazidos pela desregulação, uma vez que a estrutura de mercado, após rápida e transitória transformação, voltou a apresentar, grosso modo, o quadro anterior.

¹⁰ É importante ressaltar que a aviação aérea comercial se iniciou no final da década de 20 do século passado, mas apenas para o transporte do correio americano. Logo depois surgiu o transporte de passageiros, no começo da década de 30.

¹¹ A respeito do histórico do setor aéreo americano, vide SCHWARTZ, Louis B. et al.. *Government Regulation – Free Enterprise and Economic Organization*. 6^a Ed. New York: The Foundation Press. 1982, p. 28 e ss.

¹² Outra crise significativa ocorreu por ocasião dos atentados de 11 de setembro, provocando mais um período ruim para o transporte aéreo mundial, notadamente o americano. No entanto, no primeiro momento após a desregulação, o principal fator para o processo de quebras se consubstanciou numa superestimativa da demanda por parte das empresas aéreas. Aliás, não só novas entrantes, mas também grandes empresas aéreas, incorreram no mesmo erro de estratégia. Foi o caso, por exemplo, da empresa aérea Braniff, uma das maiores empresas aéreas da época. Vide, nesse sentido, NEID, Raymond E. *Can the Aviation Industry Shield Itself from Business Cycles*. in *Air and Space Lawyer*. Spring. p.1/7. 1999.

Incentivados com a ausência de mudanças substanciais na estrutura do setor, críticos começaram a defender a volta da regulação, até mesmo porque a indústria agora estaria ainda mais concentrada do que era. A partir dessa percepção, questionamentos surgiram: teria a desregulação de fato provocado melhorias no mercado¹³? E, como se não bastasse, o argumento de falta de investimento em segurança, que motivava a regulação antes do *Airline Deregulation Act*, retornou ainda mais forte.

Esses questionamentos, no entanto, não conseguem mascarar a evolução da indústria aérea após a desregulação. É bem verdade que o setor posteriormente se encaminhou para uma estrutura igual ou ainda mais concentrada em termos nacionais. Entretanto, isso não diminuiu o nível de competitividade verificado na indústria. Ao contrário, aumentou. Isso porque a competição nas rotas se incrementou, embora o número de empresas tenha permanecido o mesmo em termos nacionais¹⁴.

Além disso, a desregulação gerou uma diminuição da média das tarifas praticadas nos Estados Unidos. No entanto, essa conta é um pouco mais complicada, uma vez que o processo de desregulação deu origem à proliferação de categorias de tarifa¹⁵. Dessa forma, muito embora a grande maioria dos consumidores de serviços de transporte aéreo tenha se beneficiado com o fim da regulação, existe uma outra parte que passou a pagar tarifas mais altas do que as que seriam praticadas caso a regulação tivesse continuado até hoje¹⁶. Em outras palavras, houve queda real nas tarifas econômicas comuns (com exceção das tarifas cheias), bem como aumento real nas tarifas executivas.

A respeito da qualidade do serviço, vale a pena fazer uma pequena digressão. É fato que a estrutura regulada incentivava uma alta qualidade de serviço. Isso ocorria porque, impedidas por regulação governamental de competir livremente em preço, restava às empresas aéreas competir em outras áreas para se diferenciar: ou seja, na qualidade do serviço prestado aos seus consumidores.

Porém, baseada nas premissas acima, a conclusão silogística de que a desregulação levaria a uma piora da qualidade do serviço prestado pelas empresas aéreas, ao permitir a concorrência em preço, não só desmerece a capacidade de evolução dos mercados em um ambiente competitivo desregulado, como também não encontra apoio na realidade pós-desregulação do setor de transporte aéreo.

¹³ Vide KLINGAMAN, Russel A. *Predatory Pricing and Other Exclusionary Conduct in the Airline Industry: Is Antitrust Law the Solution?* 4 DePaul Bus. L.J. 281. p. 282. *Spring-Summer 1992*: "In 1978 the top five carriers transported 69 percent of all passengers. In 1990, the top five carriers transported more than 73 percent of all passengers". Tradução livre do autor: Em 1978, as cinco principais companhias aéreas transportavam 69 por cento do total de passageiros. Em 1990, as cinco principais empresas aéreas transportavam mais de 73 por cento do total de passageiros.

¹⁴ Vide VISCUSI, W. Kip. Et al. *Economics of Regulation and Antitrust*. 3rd. Ed. Londres: *The MIT Press*. p. 569 e ss.: "However, contrary to what occurred at the national level, overall route markets are more competitive today than they were under regulation. This statement is especially true for routes in excess of 2,000 miles, though competition has not really changed much for routes under 500 miles. Comparing the deregulated mid-1990s with the regulated late 1970s, concentration is higher today at the national level, but those airlines are serving more routes so that, on average, concentration is lower in the route markets". Tradução livre do autor: No entanto, ao contrário do que ocorreu em nível nacional, no total as rotas estão mais competitivas hoje do que na época da regulação. Essa declaração é especialmente verdadeira para rotas que excedem 2.000 milhas, embora a concorrência não tenha se alterado muito para rotas com menos de 500 milhas. Comparando o mercado desregulado de meados de 1990 com o regulado do final da década de 70, a concentração é maior hoje em nível nacional, mas as companhias aéreas estão servindo mais rotas, pois, em média, a concentração é menor nas rotas.

¹⁵ A possibilidade de segmentar demanda é um dos pré-requisitos para a aplicação do sistema de gerenciamento de resultados (*yield management*), outra das inovações trazidas pelo mercado livre após a desregulação. No setor aéreo, a demanda se divide entre turistas, que são sensíveis ao preço, e passageiros de negócios, que não são sensíveis ao preço. A idéia, portanto, do sistema de gerenciamento de resultados é alocar o assento certo ao passageiro certo pelo preço certo, o que gera a proliferação de categorias de tarifas. Extensamente a respeito do sistema de gerenciamento de resultados ver RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Airlines Industry and Yield Management – A New Standard for Predatory Behavior*, in Revista do IBRAC. São Paulo: IBRAC, vol. 10, nº 5. p. 163/177. 2003.

¹⁶ Confira-se, nesse sentido, WINSTON, Clifford et al. *The Evolution of the Airline Industry*. Washington DC: *The Brookings Institution*. 1995. p. 16 e 19: "Although deregulation has lowered average U.S. domestic fares, it has also led to the proliferation of fare categories, ranging from relatively expensive unrestricted coach seats to deeply discounted seats with a host of restrictions on every carrier and for every route". Tradução livre do autor: Embora a desregulação tenha reduzido a média das tarifas domésticas nos Estados Unidos, ela também levou à proliferação de categorias de tarifas, abrangendo desde assentos econômicos sem restrição relativamente caros até assentos com descontos consideráveis, mas com uma série de restrições. Winston continua a descrever como o processo de proliferação de tarifas após a desregulação gerou, de um lado, média de tarifas mais baixas para grande maioria, provocando, no entanto, um aumento substancial nas tarifas praticadas para um segmento menor: "Although 70 percent of passengers accounting for 78 percent of revenue passenger miles in the fourth quarter of 1993 paid fares less than or equal to what they would have had regulation continued, not all travelers have benefited. Because of all the fare differences, 14 percent of passengers accounting for 10 percent of passenger miles are paying fares that are two or more times higher than they would have had regulation continued". Tradução livre do autor: Embora 70 por cento dos passageiros, que representam 78 por cento da receita de passageiro por milha no quarto quarto de 1993, pagou tarifas menores ou iguais às que eles pagariam se a regulação tivesse continuado, nem todos os passageiros se beneficiaram. Em razão das diferenças entre as tarifas, 14 por cento dos passageiros, que representam 10 por cento da receita de passageiros por milha, está pagando tarifas que são duas ou mais vezes maiores do que eles estariam pagando caso a regulação tivesse sido mantida.

Antes da desregulação, os vôos eram ponto a ponto, o que caracterizava uma estrutura em que os períodos entre vôos eram maiores, gerando maior desconforto para os passageiros que, na grande maioria das vezes, para fazer escalas, tinham que trocar não só de avião, mas também de companhia aérea. A desregulação incentivou a maximização do sistema de alocação de vôos mais conhecido como *hub-and-spoke*¹⁷.

O sistema *hub-and-spoke* oferece ao passageiro uma maior escolha de vôos, racionalizando as saídas a partir de um centro (*hub*). Os vôos que costumavam servir apenas um mercado (ponto), passaram a servir vários. Assim, o *hub-and-spoke*, em resumo, é benéfico ao consumidor, na medida em que oferece mais opções de serviço para um maior número de destinos¹⁸. Além disso, o número de passageiros que era obrigado a mudar de companhia ao fazer escalas reduziu drasticamente, o que também constitui uma melhoria no serviço prestado, pois passageiros, de uma forma geral, preferem conexões realizadas por vôos de uma mesma companhia.

Por fim, é importante lembrar que os argumentos de concorrência predatória, que se sustentavam na diminuição de investimentos de manutenção e/ou segurança como consequência da ausência de regulação, acabaram não se concretizando. Na verdade, houve até mesmo uma redução percentual nos acidentes por ano registrados¹⁹.

2.3. – Efeitos dos Processos de Concentração Após a Desregulação

A despeito das melhorias anteriormente descritas, não há dúvidas de que o setor aéreo apresentou novos problemas após a desregulação, o que se deu sobretudo em virtude da má utilização do sistema *hub-and-spoke*. Aliás, os dados que apontam para uma menor concentração em termos de rotas merecem alguns retoques, pois são verdadeiros na média geral, mas não em todos os casos.

Isso porque, após a desregulação, houve um aumento do processo de concentração de companhias aéreas em aeroportos centrais (*hubs*)²⁰, o que permitiu a dominação de determinadas rotas envolvendo tais aeroportos. Apenas a título de exemplo, em 1996, a Northwest tinha aproximadamente 77% dos vôos do aeroporto de Detroit, ao passo que a US Airways e a Delta tinham 87% e 78% dos aeroportos de Denver e de Atlanta, respectivamente.

O aumento da concentração de companhias em aeroportos centrais pôde ocorrer principalmente em virtude da falta de controle antitruste após a desregulação. O *Department of Transportation* – DOT, órgão americano responsável pela análise e aprovação de fusões no setor aéreo desde 1984, aprovou todos os pedidos de consolidação que lhe foram apresentados, mesmo quando havia recomendação no sentido contrário por parte do *Department of Justice* – DOJ, um dos órgãos antitruste americanos²¹.

¹⁷ O *hub-and-spoke* é um sistema de coordenação de tráfego aéreo por meio do qual um aeroporto maior funciona como um centro (*hub*) para gerenciar vôos vindo e partindo para outros aeroportos.

¹⁸ Embora a noção da qualidade do serviço realmente se enquadre em diversos outros aspectos, incluindo várias vantagens superficiais, o presente estudo irá considerar a quantidade de vôos disponíveis para o consumidor como um dos pontos principais de análise da qualidade do serviço. Assim, é importante providenciar os números que comprovam a melhoria na qualidade do serviço prestado pelas companhias aéreas. É o que faz, com propriedade, THIERER, Adam D. *20th Anniversary of Airline Deregulation. The Heritage Foundation. in Backgrounder Executive Summary. April 22. 1998. p. 10*: “The quality of airline service can be measured in many different ways, including the number of aircraft departures, the total number of miles flown, the timeliness of service, other programs and services and various frills or amenities. There are more aircraft departures than before [...]. This provides a good indication of how many options are available to consumers. According to the Air Transport Association of America, which represents the airline industry, the overall number of airline departures has risen from just over 5 million in 1978 when airlines were deregulated, to 8.2 million in 1997, a 63 percent increase over two decades”. Tradução livre do autor: A qualidade do serviço de transporte aéreo pode ser mensurada em diversas formas diferentes, incluindo-se o número de decolagens, o total de milhas voadas, a conveniência dos vôos, além de outros programas e serviços e amenidades. Há mais decolagens hoje do que antes (...). Isso fornece uma boa indicação de quantas opções estão disponíveis para os consumidores. De acordo com a *Air Transport Association of America*, que representa a indústria aérea, o número total de decolagens aumentou de um pouco mais de 5 milhões em 1978, quando o setor foi desregulado, para 8,2 milhões em 1997; um aumento de 67 por cento em duas décadas.

¹⁹ *Id.*: “From 1939 to 1978, there were an average 6 fatal accidents per year. After deregulation (from 1978 to 1997), the average was only 3.5 fatal accidents per year. Fatal accidents per million aircraft miles flown have averaged 0.0009 since deregulation. In the 40 years before deregulation, they averaged 0.0135”. Tradução livre do autor: De 1939 a 1978, houve uma média de 6 acidentes fatais por ano. Após a desregulação (de 1978 a 1997), a média foi de apenas 3,5 acidentes fatais por ano. Acidentes fatais por milhão de milhas voadas teve uma média de 0.0009 desde a desregulação. Nos 40 anos antes da desregulação, a média foi de 0.0135.

²⁰ Os aeroportos centrais foram inicialmente concebidos para possibilitar a viabilidade econômica da utilização de aeronaves de fuselagem larga de grande capacidade. A estratégia se baseava, inicialmente, na utilização de rotas alimentadoras (*feeder*) para que estas pudessem alimentar o centro, tornando factível a utilização de aeronaves maiores, tendo as companhias aéreas que utilizaram essa estratégia o objetivo último de agregar e atrair demanda para si.

²¹ VISCUSI, op. cit. p. 570, *in verbis*: “Antitrust policy was conspicuously absent in the decade after regulation. The CAB was quite lenient in its standards for airline mergers, and the Department of Transportation (DOT) (which has handled airline mergers since 1984) has approved every airline merger, some against the recommendation of the Department of Justice [...]. Under this laissez-faire policy, twenty

Em mercados envolvendo centros dominados por empresas aéreas, as tarifas seriam extremamente altas, o que poderia ser atribuído à utilização de poder de mercado por parte daquelas companhias. No entanto, essa possibilidade suscitou algumas dúvidas. Poder-se-ia argumentar, por exemplo, que os preços mais caros decorrem de outros fatores, como, por exemplo, a maior qualidade da prestação de serviços em aeroportos *hub*, maiores custos operacionais de serviço de passageiros de negócios, entre outros.

Antes de analisar essas alegações, é importante apresentar o contexto. Nenhuma companhia com a mesma estrutura de custos é capaz de competir com a empresa aérea dominante em um aeroporto central. Mas a presença de empresas que praticam tarifas baixas (*low-fare*), que possuem custos operacionais substancialmente menores, consubstanciam concorrência efetiva contra empresas dominantes em centros. Em mercados em que há contestação por parte de empresas que praticam tarifas baixas, se verifica uma diminuição geral das tarifas praticadas em mercados em que não há empresas com essa característica.

Dessa forma, a rigor, não é a qualidade do serviço ou qualquer outro fator que altera o preço das tarifas aéreas, mas sim a presença, ou não, de concorrência²². A empresa dominante consegue impor o aumento de preços aos passageiros, pois a maior parte da demanda nesses aeroportos é composta por passageiros de negócios, pouco sensíveis a preço. A lógica desse argumento pressupõe que as companhias aéreas procuram instalar os seus *hubs* em aeroportos que possuem mais passageiros de negócios do que turistas.

Em consequência da concorrência das empresas que praticam tarifas baixas, as empresas dominantes supostamente começaram a incrementar capacidade nos *hubs* como estratégia de competição. Um dos exemplos mais notórios dessa tendência aparentemente verificada foi o da *American Airlines* contra a *Vanguard Airlines* e outras no mercado de *Dallas Fort Worth International Airport* (DFW). Como meio de competir com as empresas *low-fare* do mercado, a *American Airlines* houve por bem incrementar capacidade e diminuir as tarifas.

Há indícios demonstrando que, após a adoção dessa estratégia, as empresas que praticavam tarifas baixas se retiraram do mercado, após o que os patamares de preço e de frequência retornaram ao que eram antes do seu movimento de entrada²³. Apesar dessa prática ter sido litigada pelo DOJ, não houve condenação por parte das cortes judiciais americanas, que decidiram arquivar o processo²⁴.

Encerrada a análise sobre a evolução do marco regulatório dos Estados Unidos *vis-à-vis* o processo de consolidação, é importante partir para mercados mais similares ao brasileiro, de modo a recolher elementos para uma análise comparativa dos processos de concentração e/ou cooperação das empresas aéreas. Com esse objetivo, os mercados canadense e mexicano serão objeto do próximo item deste articulado.

2.4. – Canadá: operação de concentração entre as companhias aéreas *Air Canada* e *Canadian Airlines*

Em razão dos efeitos trazidos pela desregulação americana²⁵, houve enorme pressão para que se flexibilizasse a regulação do setor de transporte aéreo canadense. Com isso, o processo de flexibilização

airlines merged in 1985-1987”. Tradução livre do autor: A política de concorrência esteve notavelmente ausente na década após a regulação. O CAB era muito leniente nos seus critérios para fusões envolvendo companhias aéreas, e o Departamento de Transportes (DOT) (que tratava de fusões entre companhias aéreas desde 1984) aprovou todas as fusões, algumas contra a recomendação do Departamento de Justiça (...). Sob essa orientação *laissez-faire*, 20 companhias aéreas se fusionaram entre 1985/1987.

²² Conforme conclui o documento emitido pelo Departamento de Transportes dos Estados Unidos (DOT), no documento *Dominated Hub Fares*, emitido em Janeiro de 2001, *in verbis*: “While the data clearly show that business travelers are willing to pay very high prices in the absence of price competition, the difference in fares being charged on similar routes with and without low-fare service leaves no doubt that it is the absence of competition, not the level of service, that produces substantial fare premiums in many hub markets”. Tradução livre do autor: Enquanto as informações indicam claramente que passageiros de negócios estão dispostos a pagar preços muito altos na ausência de concorrência por preço, a diferença nas tarifas que são cobradas em rotas similares com e sem empresas que praticam preços baixos não deixa dúvida de que é a ausência de concorrência, e não o nível de serviço, que produz os substanciais preços em muitos mercados envolvendo aeroportos centrais (*hubs*).

²³ As companhias dominantes apresentam diversas vantagens *vis-à-vis* as pequenas empresas que praticam tarifas baixas, o que torna necessário apenas que igualem as tarifas, não sendo preciso cobrar preços menores do que os praticados por aquelas. Entre essas vantagens, vale destacar: (i) maior e melhor contato com agências de viagem; (ii) programas de fidelidade, que são mais atraentes ainda, ao se levar em consideração que a malha das empresas dominantes é muito maior; (iii) fidelidade à marca da dominante; entre outras.

²⁴ 8.U.S. v. AMR Corp. 335 F.3d 1109, 10th Cir.(Kan.), Jul 03, 2003.

²⁵ Na realidade, após a desregulação do setor de transporte aéreo americano, as empresas canadenses perderam muitos clientes para empresas americanas, sobretudo em rotas transnacionais “com origem e destino próximos da fronteira”, conforme esclarece a nota técnica Seae 123/99, de 11/10/1999.

começou logo em 1979, com o fim de restrições de capacidade que incidiam sobre a empresa *CP Air*, tornando possível que esta competisse com a *Air Canada* em rotas transcontinentais.

O processo de desregulação se incrementou na década de 1980 na região meridional do Canadá, que concentra a maior parte da população daquele país, permanecendo o regime regulado apenas na região norte. Em 1988, como ponto culminante do processo de desregulação, a *Air Canada* foi privatizada.

Um pouco mais de uma década após a sua privatização, a proposta de aquisição, pela *Air Canada*, da *Canadian Airlines* (em estado pré-falimentar), gerou um dos maiores casos analisados pelas autoridades governamentais de defesa da concorrência canadenses. Isso porque as duas empresas aéreas, à época da proposta de consolidação, eram líderes do mercado doméstico canadense, com participação de aproximadamente 80% do segmento.

A despeito da concentração envolvida, o governo canadense houve por bem aprovar a fusão das companhias. Para tanto, determinou a suspensão do *Competition Act*, conforme permitia a legislação canadense de transportes, impondo, em contrapartida, uma série de restrições para impedir a utilização abusiva, por parte da empresa resultante, do poder econômico. A fusão foi aprovada no final de 1999.

Antes, porém, de abordar as restrições impostas, é importante notar que, ao apresentar parecer sobre a operação, o órgão de defesa da concorrência canadense, *Bureau of Competition*, ressaltou diversos aspectos negativos do setor, entre os quais: (i) a presença de condições desfavoráveis para a entrada de novas empresas, em virtude de barreiras à entrada; (ii) a limitação de participação estrangeira nos mercados doméstico, estabelecida no patamar máximo de 25%; (iii) a ausência de concorrentes efetivos; e (iv) o histórico de comportamento predatório no setor; além de outros.

Mas a notória condição precária das companhias aéreas levou a comissão antitruste canadense à conclusão de que os efeitos da fusão, de certo modo, equivaleriam aos efeitos de uma possível falência da *Canadian Airlines*, razão por que aquele órgão governamental de concorrência não se opôs à aquisição, sugerindo, como paliativo à sua aprovação, a adoção de medidas reestruturais, bem como mudanças regulatórias e legislativas²⁶.

Nesse sentido, foram impostas, como restrições à operação, a disponibilização de espaços para decolagens e aterrissagens em aeroportos (*slots*), bem como o compartilhamento de instalações nos aeroportos para novas empresas, além de restrições aos programas de descontos em rotas anteriormente não exploradas por *low-fares*, de forma a impedir e/ou prevenir condutas predatórias. Ainda como restrição à operação, foi determinada a venda de uma subsidiária da *Air Canada*.

Logo após a fusão, a comissão canadense iniciou investigação sobre supostas condutas anticompetitivas que estariam sendo praticadas pela *Air Canada*. Em resumo, a alegada conduta praticada pela *Air Canada* envolveria a prática de descontos em rotas operadas também por companhias aéreas *low-fare*, com o suposto objetivo de retirá-las do mercado²⁷. Além disso, há informações de que a situação tanto da *Air Canada*²⁸, como de outras companhias menores do mercado canadense, continua precária²⁹.

²⁶ Para verificar detalhes da análise sobre a operação, vide a *press release* da Comissão Antitruste Canadense intitulada "Competition Bureau Announces it will not oppose Acquisition of Canadian Airlines", de 21/12/1999, disponível em <http://cb-bc.gc.ca/epic/internet/incb.bc.nsf/vwGeneratedInterE/ct01670e.html>, que foi encaminhada ao ministério dos transportes canadense.

²⁷ Maiores detalhes a respeito da investigação levada a cabo pela comissão canadense podem ser verificados no *press release* daquele órgão intitulada "Competition Bureau Seeks Order Against Anticompetitive Practices by Air Canada", datada de 05.03.2001, disponível em <http://cb-bc.gc.ca/epic/internet/incb-bc.nsf/vwGeneratedInterE/ct02136e.html>

²⁸ Conforme anota a notícia "Air Canada prorroga concordata até setembro", publicada no jornal O Globo, de 22 de maio de 2004, no caderno de Economia, a *Air Canada* continua com dívidas que atingem US\$9,5 bilhões, permanecendo com resultados negativos. A título de exemplo, o prejuízo no primeiro semestre deste ano remonta a US\$ 220 milhões.

²⁹ Conforme anota PRATES, Márcia et al. Crise, Concorrência e Regulação no Transporte Aéreo Doméstico Brasileiro. in A Regulação da Infra-Estrutura no Brasil – Balanços e Propostas. São Paulo: Thomson IOB. 2003. p. 296.

2.5. – México – fusão entre as companhias aéreas Aeroméxico e Mexicana

A exemplo do que havia ocorrido no Canadá, após o processo de privatização das companhias aéreas no México, as principais companhias de transporte aéreo desse país, a *Aeroméxico* e a *Mexicana*, atingiram uma situação financeira e operacional extremamente precária. Os motivos para a crise também se relacionavam a altos custos operacionais, dívidas decorrentes de erros de gestão e margem pequena de lucro. Esses motivos, entre vários outros, supostamente colocaram as companhias mexicanas numa situação de crise em meados dos anos 90³⁰.

Diante da iminente falência da *Aeroméxico* e da *Mexicana*, que abrangiam aproximadamente 70% do mercado, a comissão antitruste mexicana, a *Comisión Federal de Competencia - CFC*, autorizou que as duas empresas de transporte aéreo formassem uma *holding*. Essa *holding* temporária teria como objetivo principal possibilitar o saneamento financeiro das duas companhias aéreas. A premissa dessa decisão era que, após o restabelecimento da viabilidade operacional e financeira das companhias, elas seriam vendidas separadamente.

Ao aprovar a formação da *holding* temporária, a comissão mexicana tentou prevenir o exercício abusivo de poder de mercado, por parte da empresa resultante da operação, impondo uma série de restrições. Entre as medidas determinadas com esse propósito, as mais importantes foram a proibição da administração conjunta das empresas, bem como a determinação de venda para compradores distintos após o processo de saneamento financeiro e administrativo. Então, as duas companhias aéreas mexicanas passaram a pertencer à *holding Corporación Internacional de Aviación – CINTRA*, dando início ao processo de recuperação das empresas.

Do ponto de vista da recuperação financeira das companhias, a iniciativa foi um sucesso. Logo após a operação, restou evidente o êxito financeiro da CINTRA, que recuperou a viabilidade econômica e operacional tanto da *Aeroméxico*, como da *Mexicana*. O problema dessa operação, todavia, se encontrava nas condições de concorrência do mercado. Houve significativa deterioração da capacidade de concorrência das demais empresas que participavam do mercado doméstico mexicano.

Em 2000, os acionistas da CINTRA solicitaram à comissão de concorrência que revissem a sua determinação de venda das companhias em separado, ao manifestar interesse em vender a *Aeroméxico* e a *Mexicana* como uma companhia só integrada. A proposta apresentada pela CINTRA, no entanto, não foi aprovada pela comissão de defesa da concorrência mexicana.

Ao analisar a operação, a comissão de defesa da concorrência mexicana suscitou diversos efeitos deletérios que poderiam ocorrer caso as companhias fossem vendidas como uma só, perpetuando, por conseguinte, a fusão. Entre os motivos apresentados pela comissão, se destacaram o provável aumento substancial das tarifas e a redução do tráfego aéreo.

De modo a que as companhias aéreas *Aeroméxico* e *Mexicana* pudessem se tornar competidoras efetivas no mercado doméstico, a comissão antitruste mexicana determinou a venda separada das empresas para compradores diferentes, a fim de que permanecessem autônomas³¹. Mas nenhuma das empresas foi colocada à venda até o momento, em virtude do período de recessão econômica, bem como da crise mundial do setor aéreo. Portanto, há indícios de que as ineficientes condições concorrenciais do setor permanecem inalteradas.

III. – O Processo de Flexibilização no Brasil

3.1. – Histórico do Setor de Transporte Aéreo no Brasil

A aviação comercial brasileira começou a tomar corpo a partir da compra de excedentes de aviões americanos da Segunda Guerra Mundial, se desenvolvendo de modo impressionante até meados da década de

³⁰ Maiores informações a respeito do histórico do processo de fusão podem ser encontradas em <http://www.cfc.gob.mx>. Particularmente, vale a pena verificar os fundamentos da análise da comissão de defesa da concorrência mexicana, para recusar a possibilidade de venda conjunta das empresas.

³¹ A comissão mexicana chegou a analisar o precedente do Canadá, mas houve por bem adotar solução distinta, por considerar que a aquisição, pela *Air Canada*, da *Canadian* provocou um verdadeiro monopólio no mercado canadense. Como prova dessa asserção, a comissão mexicana apontou que as demais empresas que operam no mercado canadense não conseguem ter impacto nos preços praticados pela *Air Canada* e pela *Canadian*, por ainda terem participação de mercado insuficiente para essa finalidade.

1950. A maior prova disso se reflete no fato de que, à época, o país tinha mais de 30 empresas aéreas que, juntas, serviam um grande número de localidades; número este, aliás, muito superior ao servido atualmente.

Esse período de desenvolvimento logo se encerrou, não só porque a estrutura das empresas era precária, mas sobretudo por terem as companhias superestimado a demanda por serviços de transporte aéreo. Logo seguiram fusões de empresas e pedidos de falência. Essa tendência se agravou ainda mais na década de 1960, na medida em que a malha rodoviária brasileira se consolidou, tornando o serviço de transporte aéreo uma opção menos atrativa, sobretudo para as rotas pequenas da região Sudeste.

Motivados pela situação precária do setor, na década de sessenta, o governo brasileiro e as companhias aéreas se reuniram por meio das Conferências Nacionais de Aviação Comercial - CONAC, com a finalidade de encontrar soluções para a crise, sugerindo, para essa finalidade, o estímulo aos processos de concentração das empresas, bem como a implementação do regime de competição regulada.

Esses objetivos foram a tônica das três primeiras reuniões CONAC e, ao serem alcançados, tiveram, como um dos seus primeiros efeitos, a redução das localidades do interior servidas por transporte aéreo. Além disso, as companhias aéreas passaram a utilizar aeronaves de maior porte, o que motivou a procura por rotas de maior tráfego que as comportassem³².

Já em 1975, a política de incentivo a fusões promovida pelas primeiras CONACs gerou um mercado formado tão-somente por quatro empresas (Varig, Cruzeiro do Sul, Vasp e Transbrasil), sendo que as duas primeiras pertenciam ao mesmo grupo societário. No entanto, a estrutura regulada brasileira, com extrema intervenção estatal na entrada e nas tarifas praticadas, no início da década de 1990, se mostrou em descompasso com os processos de flexibilização verificados em diversos países do mundo.

3.2. – *Processo de Flexibilização das Variáveis Econômicas: Entrada e Preço*

A partir da V CONAC, o processo de flexibilização finalmente teve início no Brasil, seguindo a tendência mundial. Nesse sentido, a participação governamental foi marcante. Em março de 1990, foi editado o Decreto nº 99.179, estabelecendo as diretrizes do “Programa Federal de Desregulamentação”. A nova idéia governamental era manter apenas o controle mínimo sobre a atividade, deixando que o mercado se regesse pela livre concorrência, o que significava, em última análise, preço e entrada livres³³.

De modo a efetuar o processo de desregulação, diversas restrições caíram, eliminando-se, dessa forma, barreiras regulatórias à entrada e impondo-se a liberalização da indústria. Entre essas restrições, em particular vale destacar o término do impedimento de as companhias aéreas regionais operarem rotas nacionais e vice-versa, bem como o fim da regra estabelecida por ocasião da implementação dos SITAR, que previa a divisão das linhas regionais em áreas de exploração exclusiva. O fim dessas restrições permitiu o desenvolvimento de empresas regionais para o âmbito nacional, sendo os exemplos notórios desse processo a Rio Sul e a TAM³⁴.

Em relação à regulação tarifária, o processo de flexibilização também foi gradual. A partir de 1992, a regulação tarifária então vigente foi flexibilizada mediante o uso da política de preços máximos que, na realidade, funcionava como uma referência de preços, atribuindo-se às companhias aéreas a faculdade de

³² O governo reagiu à redução do serviço de transporte aéreo nas cidades do interior, criando a política de aviação regional. Para tanto, editou o Decreto n. 76.590, datado de 11/11/1975, que instituiu os Sistemas Integrados de Transporte Aéreo Regional – SITAR, cuja idéia principal era proporcionar o atendimento às localidades de médio e baixo potencial de tráfego aéreo. Mas a idéia de aviação regional não sobreviveu ao processo de flexibilização do setor, iniciado pela V CONAC. Extensamente a respeito da fase de aviação regional no Brasil, vide BNDES/FINAME-BNDESPAR. Informe Infra-Estrutura – Área de Logística, Telecomunicações e Complexo Eletrônico. Nº. 50. Novembro. 2002. p. 1 e seguintes: “O Brasil foi dividido em cinco áreas homogêneas de tráfego, cada uma formando um SITAR. Foram ainda estabelecidas cinco empresas aéreas regionais, cada qual designada a atuar em uma das cinco áreas, sob regime de exclusividade”.

³³ A esse respeito, vide ESPÍRITO SANTO JR., Respício Antônio. Concentração no Transporte Aéreo e os Possíveis Impactos sobre os Consumidores, a Sociedade e a Economia. Trabalho apresentado no XIV Congresso de Aviação da Associação Nacional de Pesquisa e Ensino em Transportes – ANPET. Gramado, RS. 2000. p 1: “Seguindo orientações do Governo Federal, uma política de flexibilização do transporte aéreo tem sido implementada pela autoridade aeronáutica desde 1990. Mais precisamente no dia 15 de março de 1990 é dado início à abertura do país por intermédio de uma política de gradual remoção da interferência do Estado na economia. Neste dia é publicado o Decreto no. 99. 179 instituindo o Programa Federal de Desregulamentação, que almejava manter apenas os controles e formalidades imprescindíveis nas mãos do Estado e deixar que a atividade econômica pudesse reger-se, basicamente, pelas regras do livre mercado”.

³⁴ PRATES. op. cit. p.287: “Até o início dos anos 90, havia uma restrição que impedia que companhias aéreas regionais operassem rotas nacionais e vice-versa, e outra que dividia as linhas regionais em cinco áreas de exploração exclusiva. A primeira restrição foi levantada em 1990 e a segunda em 1992. Ao se levantar essas restrições, permitiu-se gradualmente que companhias regionais passassem a atuar nas rotas nacionais (a exemplo da TAM); e que fossem criadas novas linhas regionais”.

conceder “descontos equivalentes a até 50% do valor de referência ou cobrar um adicional de até 32% desse preço básico”³⁵. Logo depois, mais precisamente em 1997, o percentual de desconto autorizado em relação à tarifa básica passou de 50% para 65%.

Desse modo, a política de preços de referência funcionou como um processo de transição para a liberação das tarifas aéreas, o que se deu em 2001, por meio da Resolução CONAC nº 8 e da Portaria nº. 248 de 10.08.2001, do Ministério da Fazenda. Após a liberação das tarifas, as companhias aéreas apenas e tão-somente têm que informar, em algumas rotas, as tarifas praticadas ao Departamento de Aviação Civil – DAC, órgão vinculado ao Comando da Aeronáutica, do Ministério da Defesa.

3.3. – Retomada do Processo de Regulação

Na contramão do processo de flexibilização, o Comando da Aeronáutica, órgão integrante do Ministério da Defesa, editou a Portaria nº 243/GC5, de 13 de março de 2003, portaria essa que tem por objetivo regular a adequação entre a oferta e a demanda no setor de transporte aéreo. Em poucas palavras, a portaria atribui ao DAC a competência discricionária para autorizar ou não a importação de aeronaves comerciais, mediante a comprovação de real necessidade por parte do requerente (companhia aérea).

Pouco tempo depois, mais precisamente em 31 de julho de 2003, o Comando da Aeronáutica editou a Portaria nº 731/CG5, estabelecendo as novas diretrizes para o transporte aéreo nacional. Entre as medidas assinaladas, a portaria determinava que a aprovação para a entrada de novas empresas dependerá de prévia verificação da situação econômica das companhias incumbentes. Além disso, prevê a portaria que “será evitada a superposição de linhas com proximidade de horários, resguardando-se o interesse do usuário”.

E mais recentemente, em 13 de maio de 2004, foi editada a Portaria DAC nº 447/DGAC, estabelecendo regras de funcionamento do sistema de tarifas aéreas domésticas. Basicamente, essa portaria estabelece a fixação, pelo DAC, de índices tarifários de referência, para fins de acompanhamento da evolução das tarifas praticadas pelas companhias aéreas no mercado doméstico. Determina ainda a obrigação de registro no DAC, para monitoramento, das tarifas que as empresas aéreas pretendem praticar, “no máximo até o 5º dia útil após a data de início de sua aplicação”³⁶.

Essa portaria ainda prevê que o DAC irá manter o monitoramento constante das tarifas, atribuindo àquele órgão a possibilidade de intervir no mercado e nas concessões dos serviços aéreos, “a fim de coibir atos contra a ordem econômica e assegurar o interesse dos usuários”.

Ainda é cedo para dizer se a interrupção do processo de liberação é algo momentâneo, criado em função da crise das empresas que compõem o setor aéreo doméstico nacional, ou se reflete uma tendência perene. No entanto, o fato é que as portarias mencionadas acima reintroduzem, em certa medida, a regulação das variáveis de oferta e de preço no setor.

3.4. – Processo de Fusões e Acordos de Cooperação no Mercado Brasileiro

Paralelamente ao processo de flexibilização do mercado de transporte aéreo brasileiro descrito no item anterior (recentemente seguido de um novo processo de regulação das variáveis econômicas), algumas operações de concentração e de cooperação ocorreram no país.

É o caso, por exemplo, das várias aquisições, por parte da VARIG, de empresas menores, como a Rio Sul (e, conseqüentemente, a Nordeste), sem contar com a Cruzeiro do Sul, adquirida já na década de 1960. A exemplo da VARIG, a TAM também contribuiu para esse processo de concentração, adquirindo o controle de empresas regionais, como a Brasil-Central, Helisul e Itapemirim-Regional.

Após esse primeiro período de concentrações, as empresas aéreas resolveram adotar estratégia diferente, preferindo o uso de acordos de cooperação, tendência essa já verificada mundialmente. A primeira

³⁵ Nota Técnica 123/99 Seae, de 11/10/1999.

³⁶ As tarifas promocionais que forem inferiores a 35% do valor de referência fixado pelo DAC têm um tratamento diferente. O registro dessas tarifas deve ser efetuado em até 5 dias úteis antes da data prevista para a sua vigência (artigo 5º, parágrafo único, da Portaria DAC nº 447/DGAC).

iniciativa concreta nesse sentido, no Brasil, se deu em 1998, ano em que a VASP e a Transbrasil houveram por bem firmar contrato de disponibilização recíproca de assentos (*codeshare*) em diversos vôos domésticos.

O *codeshare* entre as duas companhias aéreas durou pouco, mas deu origem a outros acordos de cooperação no Brasil. Logo em 2000, a Transbrasil e a TAM entraram em acordos de *codeshare* e *wet-lease* (disponibilização recíproca de aeronaves), para iniciar um processo de fusão entre as companhias. Por motivos estratégicos, a fusão não se concretizou. Mais recentemente, ainda como acordo de cooperação, a VARIG e a TAM desenvolveram um projeto de portal eletrônico, para comercialização de serviços auxiliares ao transporte aéreo, como, por exemplo, aluguel de carros, pacotes turísticos, além de outros. Embora aprovado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade³⁷, as companhias decidiram não levar o projeto adiante.

Diferentemente da tendência de concentração e de cooperação, houve uma aquisição, em fevereiro de 2003, pelo grupo estrangeiro *American International Group* - AIG, de 20% do capital social da GOL. Mas, logo após isso e em meio à situação de crise do setor no Brasil, a indústria continuou optando por soluções de cooperação, o que certamente se reflete no *codeshare* anunciado pela VARIG e pela TAM em meados de março do ano passado (muito embora o *codeshare* tenha sido anunciado como uma medida inicial para um processo de consolidação entre as duas empresas).

Em vista da flagrante atualidade dos processos de concentração e de cooperação, incentivados, *inter alia*, pelo processo de flexibilização e tidos pela indústria como uma das possíveis soluções para a precária situação financeira que atinge a grande maioria das empresas que compõem o setor, cabe agora descrever, de modo genérico e desligado de situações em concreto, como as operações de concentração e de cooperação são escrutinadas por órgãos de defesa da concorrência.

IV. – Processo de Fusões e de Contratos de Cooperação no Mercado de Transporte Aéreo de Passageiros

4.1. – Análise Introdutória sobre Fusões e Acordos de Cooperação

Em diversas oportunidades, os processos de fusão e de cooperação dentro do setor aéreo estão relacionados com a intermitente necessidade de reverter quadros de crises econômico-financeiras decorrentes de eventuais ineficiências regulatórias, períodos de recessão econômica, ou mesmo de má administração gerencial, tendo em vista diversos fatores conjunturais. É notório que fusões e acordos de cooperação freqüentemente surgem em períodos específicos, notadamente quando a indústria se encontra em situação precária, como se verificou no México e no Canadá.

Antes de partir para a análise concorrencial desses tipos de operação no setor de transporte aéreo, vale aqui fazer uma pequena ressalva. A rigor, os efeitos decorrentes de acordo de cooperação poderão ser em muito similares aos de uma fusão, sobretudo no caso de um *codeshare* envolvendo empresas de transporte aéreo. No entanto, uma fusão tem caráter perene, o que significa, em última análise, que será necessário examinar não só o objeto da cooperação em si, mas também, e com maior rigor, as demais conseqüências, como, por exemplo, os efeitos decorrentes de eventuais integrações verticais³⁸. Já os acordos de cooperação, em geral, têm caráter temporário, o que poderia servir de argumento para reduzir a preocupação com relação à análise dos efeitos acessórios decorrentes do objeto do acordo³⁹.

Dado o contexto, é imprescindível submeter esse processo à análise dos órgãos de defesa da concorrência. Como as operações de fusão e os acordos de cooperação podem resultar em efeitos negativos para usuários, o que se verá com maior vagar no próximo item, os órgãos de defesa da concorrência deverão seguir as etapas previstas no guia de análise de atos de concentração (Portaria Seae/SDE nº 50, de 01/08/2001), que divide a avaliação concorrencial em diversas etapas, nomeadamente, definição do mercado relevante, identificação do grau de participação de mercado e do grau de competitividade, análise de barreiras à entrada e ponderação das eficiências.

³⁷ Atualmente, o sistema brasileiro de defesa da concorrência é composto pela Secretaria de Acompanhamento Econômico – Seae, pela Secretaria de Direito Econômico – SDE e pelo Cade, sendo os dois primeiros órgãos de instrução, ao passo que o último é a instância julgadora no âmbito administrativo.

³⁸ É muito freqüente que companhias aéreas também verticalizem serviços acessórios, o que lhes auferir maior poder de mercado em determinados aeroportos. É o que se dá, por exemplo, com a verticalização de serviços de manuseio de bagagem, *catering*, entre outros.

³⁹Essa asserção, no entanto, merece ressalvas, pois os acordos de *codeshare* poderão ser utilizados como um teste para um processo final de concentração ou ter duração prolongada ou mesmo indefinida.

Com relação ao mercado relevante, a sua definição se dá caso a caso, dependendo da operação em tela. No entanto, é importante destacar a jurisprudência europeia, que delimita o mercado relevante, na sua vertente geográfica, com base no ponto de vista do consumidor (*point of origin / point of destination approach*). Essa orientação consiste basicamente na premissa de que os pares de aeroportos devem ser considerados cada qual como um mercado relevante distinto, devendo ser analisados os seus efeitos individualmente. Essa orientação impede que a análise parta da definição do mercado relevante como aquele formado pela operação inteira⁴⁰.

Depois de definidos o mercado relevante e a participação das empresas (também intrinsecamente casuística) envolvidas na operação, passa-se à análise do grau de concorrência no mercado, para que seja aferida a possibilidade de aumento unilateral ou coordenado de poder de mercado. Caso as participações de mercado presentes na operação contribuam para despertar a atenção das autoridades de defesa da concorrência para um prognóstico de alta probabilidade de exercício abusivo de poder de mercado, seja ele unilateral ou coordenado, a avaliação final dessa possibilidade passará necessariamente pelo exame das barreiras à entrada presentes na indústria⁴¹.

Inicialmente se pensou que o setor aéreo não apresentava barreiras significativas, com custos irrecuperáveis (*sunk costs*) relativamente pequenos, pois os investimentos seriam facilmente recuperáveis. Esse raciocínio levava a crer que o abuso de poder econômico seria algo inviável no setor, uma vez que a contestabilidade seria forte, pois qualquer aumento de preço mais significativo atrairia rapidamente empresas entrantes⁴². Embora os custos irrecuperáveis sejam de fato baixos no setor, ainda assim a análise de barreiras à entrada deverá continuar.

Primeiramente, há a possibilidade de as estruturas aeroportuárias representarem óbice à entrada de novas empresas aéreas. Isso porque os serviços complementares gerenciados pelo aeroporto, como, por exemplo, a alocação de espaços de tempo para decolagens e aterrissagens (*slots*) e de portões de embarque (*gates*), sistemas de controle de tráfego aéreo, instalações de movimentação de passageiros, bagagens, manutenção, (entre vários outros) podem importar em verdadeira limitação física do número de companhias que podem competir em uma determinada rota.

Além de possíveis limitações físicas de instalações, o setor pode ainda apresentar barreiras de ordem regulatória. A regulação de oferta pode efetivamente impedir a livre entrada (e, portanto, a contestabilidade) de novas empresas. Em alguns casos específicos, a incerteza regulatória decorrente da inexistência de regras claras sobre a disponibilização da infra-estrutura portuária poderá gerar barreiras à entrada e até mesmo comportamentos estratégicos anticompetitivos por parte de empresas aéreas incumbentes.

No mais, é fato que as companhias aéreas incumbentes têm evidentes vantagens competitivas frente a novas empresas, por possuírem programas de milhagem, extenso contato com agências de viagem, o que só vem a somar com a lealdade do consumidor às marcas das empresas com tradição.

Sob o ponto de vista das barreiras, portanto, o setor de transporte aéreo poderá apresentar condições não desprezíveis ao exercício abusivo de poder de mercado, seja unilateral ou coordenadamente. Aliás, em relação à possibilidade de colusão, existem outras particularidades do setor aéreo que contribuem ainda mais

⁴⁰ A Comissão Europeia utilizou essa definição de mercado relevante (*point of origin / point of destination*) no caso COMP/37.444, envolvendo as empresas aéreas SAS e Maersk, disponível em <http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust>.

⁴¹ Outros aspectos também são importantes na análise de poder de mercado, como, por exemplo, a essencialidade do produto ou serviço. Já existem diversos estudos demonstrando que a elasticidade de demanda do setor aéreo é baixa, sobretudo em rotas em que a maioria dos passageiros viaja a negócios. Como referência para essas conclusões, vide CARLSSON, Fredrik. *Private vs. Business and Rail vs. Air Passengers: willingness to pay for transport attributes*. Göteborg: Göteborg University, 1999 (*Working Papers in Economics* n° 14) e PADOVA RICERCHE. *Analysis of passenger demand for air transportation*. Padova: Padova Ricerche, 2002. (Final Report).

⁴² OCDE. *Airline Mergers and Alliances*. *OECD Journal of Competition Law and Policy*. vol. 2. n° 2. p. 162: "Indeed, at the time of deregulation in the US, it was proposed that because sunk costs were negligible in the airline industry (due to the fact that all necessary capital can be easily leased or transferred), the airline industry would be a good example of an industry that is "contestable". It was proposed that even if one airline came to dominate a route it would not be able to exercise market power due to the threat of immediate and significant new entry. It is now clear that this view is overly optimistic. Although sunk costs are low in the airline industry, they are not zero. A new entrant must invest in promotion and marketing of any new service, the cost of which cannot be recovered in the event of exit". Tradução livre do autor: De fato, à época da desregulação nos Estados Unidos, se propunha que, porque os custos irrecuperáveis seriam desprezíveis no setor aéreo (uma vez que todo o capital necessário poderia ser facilmente alugado ou transferido), a indústria aérea seria um bom exemplo de um mercado contestável. Propunha-se que, mesmo se uma companhia aérea dominasse uma rota, ainda assim não seria capaz de exercer o seu poder de mercado, por estar ameaçada por uma entrada significativa e imediata. Agora é claro que essa visão é excessivamente otimista. Embora os custos irrecuperáveis sejam pequenos na indústria aérea, eles não são iguais a zero. Uma nova entrante pode investir em promoção e marketing de qualquer serviço novo, cujo custo não poderá ser recuperado caso se retire do mercado.

para essa característica. Entre essas, se destacam o alto grau de transparência dos preços praticados e o multicontato entre as empresas aéreas dentro de uma malha.

O alto grau de transparência serve para facilitar o monitoramento e, conseqüentemente, a punição em caso de traição de um eventual cartel (*cheating*), o que incrementa a possibilidade de conduta colusiva por parte de concorrentes, envolvendo, sobretudo, tarifas e divisão de mercados. Quanto ao multicontato, investidas de empresas dissidentes em determinados mercados podem ser punidas de modo eficaz em outras rotas, onde a sua presença é mais vulnerável, o que acaba impedindo maior concorrência no setor. Esse último aspecto se dá justamente por ser o setor aéreo, em última análise, uma indústria de rede.

Autoridades de defesa da concorrência estrangeiras já se depararam com condutas anticompetitivas no setor aéreo⁴³. Aliás, as estratégias predatórias podem se tornar possíveis, com o uso indevido de diversos elementos que auferem vantagens às incumbentes. Entre diversos esquemas, incluindo-se aí a concessão de comissões preferenciais para agentes de viagem (como estratégia excludente de pequenas e/ou novas empresas), o uso indevido dos sistemas de reserva computadorizados (*computer reservation systems* – CRS) restou como um dos exemplos mais clássicos de condutas predatórias na indústria.

O problema com relação aos CRSs se verificou logo após o processo de desregulação nos Estados Unidos. Como se sabe, os sistemas de reserva pertenciam a companhias aéreas. Dessa forma, havia o incentivo para a utilização do sistema para beneficiar a própria empresa, o que acabou se verificando na prática. Por isso, em uma de suas últimas medidas, o CAB determinou que os CRSs fossem utilizados de modo não discriminatório por parte das companhias aéreas a que pertenciam, salvo se houvesse alguma justificativa baseada em custo para o tratamento diferenciado⁴⁴.

O processo de fusões e de acordos de cooperação possibilitou a concentração de poder econômico em algumas empresas aéreas. Nos Estados Unidos, em particular, esse poder econômico se encontra em empresas incumbentes dominantes em *hubs*. Nesses casos, um dos maiores problemas de ordem concorrencial está relacionado com o fato de que estratégias predatórias, por parte dessas empresas incumbentes, direcionadas a companhias que praticam tarifas baixas (*low-fare*) se mostram bastante lucrativas no longo prazo, permitindo a recuperação de eventuais perdas decorrentes do ataque predatório.

A estratégia predatória é simples e bastante racional do ponto de vista econômico⁴⁵. Ameaçadas pela entrada de empresas que praticam tarifas baixas (*low-fare*), as empresas incumbentes dominantes podem

⁴³ Recentemente, em 15/09/2004, as autoridades brasileiras de defesa da concorrência condenaram, por maioria, o primeiro caso de conduta anticompetitiva envolvendo companhias aéreas nacionais (Processo Administrativo nº 08012.000677/1999-70). Mais precisamente, o caso envolvia a cartelização de quatro empresas de transporte aéreo, nomeadamente a Varig, Tam, Vasp e Transbrasil.

⁴⁴ O'CONNOR, William E. *An Introduction to Airline Economics*. 6th. Ed. Londres: Praeger. 2001. p. 121/2: "An airline that owns a CRS has an obvious motive to favor its own flights over those of its competitors in the day-to-day operation of that CRS. This has been a chronic complaint of other airlines and of some agents and consumers. Moreover, it is likely that bias in the treatment of new airlines by CRS was a factor in the demise of so many of them in the late 1980s, as discussed in chapter 3 [...]. Before the demise of CAB, that agency conducted an investigation of CRSs. In August 1984, it issued an order requiring host carriers to list flights on a nondiscriminatory basis. It also required that the fees charged by the host carrier to other airlines for carrying their flight information and processing their reservations on its system must be the same for all airlines unless there is a cost justification for a difference. Tradução livre do autor: Uma companhia aérea que possui um CRS tem um motivo óbvio para favorecer os seus próprios vôos em detrimento daqueles dos seus concorrentes no serviço diário dos CRS. Isso tem sido uma reclamação crônica de outras companhias aéreas e de alguns agentes de viagem e consumidores. Além disso, é provável que o tratamento diferenciado para novas companhias aéreas pelos CRS tenha sido um fator que causou a morte de muitas delas no final da década de 80, como discutido no capítulo 3 (...). Antes do fim do CAB, aquela agência conduziu uma investigação sobre os CRS. Em agosto de 1984, ela emitiu uma ordem determinando que as companhias aéreas verticalizadas, que dispunham e processavam informações de outras companhias aéreas no seu sistema, deveriam cobrar as mesmas tarifas do CRS para todas as companhias aéreas, a não ser que houvesse uma justificativa baseada em custo para a diferença.

⁴⁵ Vide, a esse respeito, STRONG, John S. et al. *Predatory Practices in the U.S. Airline Industry*, disponível em <http://ostpxweb.dot.gov/aviation/domestic-competition/predpractices.pdf>. p. 28: "the airline industry also has special characteristics that make predation both a rational and an attractive business strategy. The key point is that information about entry and pricing is widely and quickly available. The widespread use of yield management systems not only allows airlines to offer a variety of fares through price discrimination, but also provide significant and timely information about actions by actual and potential competitors. Computer reservation systems make available on almost a real-time basis much more precise information on other airlines' actions, supply, and even (to a more limited extent) availability – all of which reduce the cost of predation. The most obvious means through which this occurs is that a new entrant's services are clearly seen in advance [...]. Yield management systems allow a response to such entry in a targeted way so that other carriers will not view the action as the beginning of a general price war (which would lead to fare reductions on other routes and thus increase of costs of predatory response)". Tradução livre do autor: A indústria aérea também tem características especiais que tornam condutas predatórias racionais e atrativas do ponto de vista de estratégia corporativa. O ponto central é que informação sobre entrada e preço é fácil e rapidamente disponível. O uso abundante do sistema de gerenciamento de resultados não só permite às companhias aéreas ofertarem uma variedade de tarifas, por meio de discriminação de preços, mas também fornece informações significativas e oportunas sobre ações de competidores reais e potenciais. Sistemas computadorizados de reservas tornam disponíveis quase que imediatamente informações

aumentar a quantidade de vôos disponíveis, incrementando a competição por assentos destinados a passageiros de lazer (turistas), ao igualar, em parte dos assentos que oferece, as tarifas praticadas pelas companhias *low-fare*. A estratégia predatória poderá ser deletéria ao mercado, na medida em que previne a entrada de novas empresas no mercado, facilitando a possibilidade de exercício abusivo de poder de mercado.

Essa prática reiterada poderá gerar uma nova barreira à entrada, conhecida como a barreira de reputação predatória⁴⁶. Justamente em função da reputação predatória, as empresas incumbentes não necessitam se engajar em estratégias anticompetitivas com freqüência. A barreira artificial criada por ataques anteriores (histórico predatório) seria o suficiente para evitar a entrada de novos concorrentes. Isso ocorre quando as empresas que praticam tarifas baixas não são adquiridas pela incumbente; uma outra estratégia freqüentemente utilizada para eliminar concorrência.

Assim, o processo de concentração e/ou cooperação, que muitas vezes ocorreu à revelia das autoridades antitruste (ao menos nos Estados Unidos), pode de fato causar um incremento substancial na capacidade das empresas aéreas em armar esquemas de colusão, diminuir tráfego aéreo e impor tarifas mais altas, na medida em que se deixou aumentar o poder de mercado da empresa resultante. Diante do que uma empresa aérea pode fazer detendo poder de mercado, a análise de uma fusão e/ou acordo de cooperação se torna bastante sensível.

Necessário, portanto, analisar com maior vagar os possíveis efeitos anticompetitivos decorrentes de uma fusão ou de um acordo de cooperação no mercado de serviços de transporte aéreo, o que se fará a seguir.

4.2. – Efeitos Positivos e Negativos Decorrentes da Concentração e/ou Cooperação entre Empresas do Setor de Transporte Aéreo

A descrição histórica nos tópicos anteriores deste articulado deixa clara a opção das companhias aéreas no sentido dos processos de fusão e/ou de cooperação. Portanto, presumindo-se que há nexos causal entre a operação e as eficiências por meio dela pretendidas, resta estabelecer as premissas para que essa solução possa ser analisada como boa ou má, tanto do ponto de vista das companhias aéreas, como dos consumidores do serviço que elas prestam.

Do ponto de vista das empresas, em tese o que se busca é a diminuição dos custos operacionais, por meio de economias de rede, tendo em vista a racionalização das malhas que cada companhia dispõe. Além disso, por meio de fusões e acordos de cooperação, as companhias aéreas procuram aumentar a oferta de pontos servidos sem escala ou com apenas uma escala, o que também se dá a partir da racionalização da sua malha⁴⁷.

Ao se atingir os objetivos colimados por meio das fusões e dos acordos de cooperação (ou seja, a redução de custos), as companhias aéreas podem justamente atender justamente ao que o consumidor almeja: melhoria do nível e da qualidade do serviço e preços menores. É importante dizer que, no que se refere à qualidade do serviço de transporte aéreo, primordialmente o consumidor deseja maior disponibilidade de

sobre ações, oferta e até mesmo (mais limitadamente) disponibilidade de outras companhias aéreas, informações essas que reduzem o custo de predação. O meio mais óbvio de se verificar isso se dá quando os serviços de uma nova entrante são facilmente vistos com antecedência. Sistemas de gerenciamento de resultados permitem uma reposta a essa entrada de uma maneira focada, de modo a que outras companhias aéreas não vejam a ação como o começo de uma guerra de preços (que levaria a uma redução de tarifas em outras rotas, aumentando os preços de resposta predatória).

⁴⁶ Não é novidade que as empresas aéreas americanas incumbentes são suspeitas de praticar esse tipo de conduta anticompetitiva. Além dos diversos exemplos citados ao longo deste trabalho, é oportuno notar que o DOT vem recebendo diversas denúncias nesse sentido, conforme relata STRONG, op. cit. p. 1: “The Department of Transportation received 32 informal complaints about unfair competitive practices between 1993 and 1999. Half of these complaints involved allegations of unfair pricing and capacity responses – the dumping of low-fare capacity in the city-pair market, and in some cases the adding of flights. Others involved allegedly unfair uses of marketing and airport handling relationships, such as higher travel agent commissions”. Tradução livre do autor: O Departamento de Transportes recebeu 32 denúncias informais sobre práticas anticompetitivas entre 1993 e 1999. Metade dessas reclamações envolveu alegações sobre respostas de preço e de capacidade – a venda de tarifas baixas em mercados de pares de cidades e, em alguns casos, o acréscimo de vôos. Outras envolveram o suposto uso indevido de marketing e de serviços de apoio aeroportuário, como comissões altas para agentes de viagem.

⁴⁷ A diminuição dos custos e a expansão da malha bem se adequa ao sistema *hub-and-spoke*, explicitado em item anterior deste estudo. Vide, nesse sentido, OCDE. op. cit. p. 132. “There are strong incentives for mergers and alliances between airlines. Depending on the nature of competition between the networks prior to the merger, a merger or alliance can allow the merged airline to lower costs and enhance demand for its services by rationalising hub-and-spoke structure (s), achieving greater cost efficiencies and offering a greater range of seamless connections”. Tradução livre do autor: Há fortes incentivos para fusões e alianças entre empresas aéreas. Dependendo da natureza da concorrência entre as malhas antes da fusão, uma fusão ou aliança poderá permitir à companhia resultante reduzir custos e incrementar a demanda para os seus serviços, ao racionalizar a estrutura de gerenciamento de resultados, alcançando maiores eficiências de custo e oferecendo uma gama maior de conexões sem escala.

horários (saídas) e conexões entre vôos de uma mesma companhia (*seamless connections*), este porque confere maior segurança em caso de atrasos e/ou perda de bagagem.

No entanto, ao lado dos benefícios que um acordo de cooperação ou uma fusão podem trazer para o mercado e/ou para os consumidores, os mesmos podem reduzir o nível de competitividade do mercado e aumentar poder de mercado, o que torna necessária a ponderação entre as eficiências e os efeitos deletérios ao mercado advindos de uma fusão ou de uma aliança. Fato é que a doutrina já enumerou os potenciais efeitos positivos e negativos que podem decorrer de uma operação de *codeshare*, lembrando sempre que estes são muito similares aos que resultam de uma fusão. Assim, o presente artigo reproduz lista de efeitos decorrentes de um acordo de cooperação, primeiro com relação ao usuário e o segundo com relação à sociedade e aos aeroportos⁴⁸.

“Quadro 1: Acordos de *Code-Share* e Possíveis Impactos Sobre os Usuários

Vantagens Competitivas para as Empresas Aéreas	Possíveis Impactos para os Usuários (P) Positivos e (N) Negativos
Presença em ligações antes não oferecidas, além de possibilitar o aumento da frequência nas já servidas.	(P) Aumento na rede de localidades servidas; (N) Redução da competição por novas linhas; (N) Pouca ou nenhuma diferenciação de preços e serviços.
Agregar tráfego de ligações secundárias e terciárias (<i>feeder traffic</i>) de localidades não servidas, além de ampliar a rede.	(P) Integração de programas de fidelidade; (P) Possível redução do tempo total de viagem; (N) Redução na competição de novas linhas; (N) Pouca ou nenhuma diferenciação no serviço oferecido.
Redução dos custos operacionais em ligações de baixa demanda e nas outras ligações cobertas pelo acordo.	(P) Possibilidade de redução no preço da passagem nestas ligações; (N) Falta de interesse em explorar novos nichos de mercado e/ou em planejar para potencializar ligações de baixa demanda; (N) Não obter o serviço desejado (preferência por uma companhia).
Proteger a sua posição no mercado.	(N) Concentração das incumbentes; (N) Maiores barreiras para a entrada de novas empresas na ligação e/ou no mercado; (N) Aumento do preço das tarifas.
Obter posição mais favorável nos Sistemas de Reserva por Computador (CRSs).	(N) Influência das incumbentes nas reservas feitas pelos agentes de viagem; (N) Redução do espaço informativo das concorrentes.
Redução dos custos de informação, comercialização e <i>check-in</i> .	(P) Possibilidade de redução no preço das passagens; (P) Menor complexidade para reservas e <i>check-in</i> ; (N) Ao contrário, congestionamento no atendimento de reservas e <i>check-in</i> ; (N) Pouca ou nenhuma diferenciação no serviço oferecido.
Redução de custos nos serviços de rampa, <i>handling</i> e áreas portuárias (balcões e salas VIP, por exemplo).	(P) Possibilidade de redução no preço das passagens; (N) Pouca ou nenhuma diferenciação no serviço oferecido (balcões e salas VIP); (N) Não obter o serviço desejado (<i>idem</i>).

Fontes: U.S.GAO (1992,1993 e 1998); ICAO (1997); e Watts (2000).

Quadro 2: Acordos de *Code-Share* e os Possíveis Impactos Sobre Aeroportos e a Sociedade em Geral

Vantagens Competitivas para as Empresas Aéreas	Possíveis Impactos Além dos Usuários (P) Positivos e (N) Negativos
Presença em ligações antes não oferecidas, além de possibilitar o aumento da frequência nas já servidas.	(P) Possibilidade de aumento na oferta de empregos (em terra); (P) Possibilidade de maior dinamização da economia das localidades antes servidas por apenas uma empresa; (N) Falta de

⁴⁸ Ambos os quadros constam do artigo de ESPÍRITO SANTO JR. op. cit. p. 6 e 7.

	interesse em potencializar a demanda destas localidades podem levar a reduzir os recursos a serem aplicados nos seus respectivos aeroportos.
Obter tráfego de ligações secundárias e terciárias (<i>feeder traffic</i>) de localidades não servidas.	(P) Mesmos dois casos anteriores; (N) Falta de interesse em potencializar a demanda destas localidades podem levar a reduzir os recursos a serem aplicados nos seus respectivos aeroportos.
Redução dos custos operacionais em ligações de baixa demanda e nas outras ligações cobertas pelo acordo	(P) Possível redução no preço das passagens; (N) Possibilidade de redução nos postos de trabalho de diversas categorias, fruto do encolhimento das operações (<i>downsizing</i>); (N) Sobrecarga de trabalho/acúmulo de funções de alguns cargos; (N) Dificil integração de culturas diferentes de trabalho; (N) Possíveis problemas por ocasião de indenizações de natureza trabalhista (funcionário de uma empresa desempenhando atividade-fim em mais de uma empresa, mas apenas um contrato de trabalho).
Proteger a sua posição no mercado.	(N) Entrada de novas empresas na ligação e/ou no mercado comprometida, levando a um menor movimento nos aeroportos e assim a menores receitas destes;(N) Possível elevação do frete aéreo (carga) em decorrência da falta de competição direta.
Obter posição mais favorável nos Sistemas de Reserva por Computador (CRSs)	(N) Integração dos CRSs ou Websites podem levar à redução das equipes de comercialização das empresas; (N) Possível redução dos postos de trabalho para agentes de viagem; (N) Redução dos postos de trabalho nas concorrentes.
Redução dos custos de informação, comercialização e <i>check-in</i> .	(N) Redução nos postos de trabalho nas áreas citadas; (N) Maior carga de trabalho para os remanescentes; (N) Possível necessidade de integração das culturas de trabalho/prestação de serviço entre as empresas; (N) Menor número de pessoal empregado nos aeroportos, contribuindo para a redução das receitas destes.
Redução de custos nos serviços de rampa, <i>handling</i> e áreas aeroportuárias (balcões e salas VIP, por exemplo)	(N) Redução nos postos de trabalho nas áreas citadas; (N) Maior carga de trabalho para os remanescentes; (N) Possível necessidade de integração nas culturas de trabalho/prestação de serviço entre as empresas; (N) Menos pessoal empregado nos aeroportos.

Fontes: U.S. GAO (1993, 1997 e 1998); e ICAO (1997)⁴⁹

Em que medida os benefícios ou efeitos deletérios irão incidir sobre um dado mercado depende de diversos aspectos, entre os quais se incluem os elementos retratados na análise de um ato de concentração (cujas etapas foram descritas em tópico anterior deste articulado), avaliando-se a possibilidade de aumento unilateral e/ou coordenado do poder de mercado das empresas envolvidas. No entanto, há dois fatores característicos que especificamente aumentam a possibilidade de efeitos deletérios, quais sejam, a redução nas frequências e o alto grau de coincidência nas rotas operadas pelas companhias envolvidas na transação⁴⁹.

Quanto maior o grau de coincidência das rotas das empresas envolvidas na operação, maior a possibilidade de efeitos deletérios e menores os benefícios. Por exemplo, em casos de *codeshare* em que as rotas não são coincidentes, mas sim complementares, a operação gera benefícios para o consumidor, pois resulta na

⁴⁹ É bom frisar que os efeitos de uma fusão ou de um acordo de cooperação podem, sim, ser pró-competitivos mesmo nessas circunstâncias. É o caso, por exemplo, de transações desse gênero envolvendo pequenas companhias aéreas que, sozinhas, não teriam condição de competir no mercado, hipótese em que há aumento, e não redução, de tráfego aéreo.

extensão da malha, sem necessariamente importar em redução de tráfego aéreo ou em aumento de preços⁵⁰. Já em rotas coincidentes, não há extensão da malha, mas em geral há redução dos vôos oferecidos pelas empresas, bem como aumento nas tarifas⁵¹.

Conclusão

Sem sombra de dúvida, o processo de flexibilização trouxe diversos benefícios ao mercado de transporte aéreo nos países que escolheram essa opção. Entre os benefícios, como se viu ao longo deste estudo, se destacam a criação de malhas racionalizadas e sistemas de gerenciamento de resultados, o que indica uma evolução do setor em direção a uma estrutura mais eficiente.

Além disso, a flexibilização trouxe ainda um novo contexto para o setor aéreo, influenciando, direta ou indiretamente, a adoção de processos de concentração e de acordos de cooperação. Após a implementação da flexibilização das variáveis econômicas de preço e de entrada (o que aconteceu em maior ou menor medida, dependendo do país), em diversos países se verificou a tendência de companhias aéreas se fusionarem ou entrarem em alianças (da quais o exemplo mais clássico é o acordo de disponibilização recíproca de assentos, mais conhecido como *codeshare*).

Independentemente de essa solução ser a mais apropriada ou não para os intermitentes períodos de crise da indústria, o fato é que, do ponto de vista concorrencial, atos de concentração e de cooperação no setor de transporte aéreo representam grandes desafios para as autoridades de defesa da concorrência, em virtude da complexidade dos possíveis efeitos advindos dessas operações para o usuário. Aliás, a possibilidade real de danos ao mercado é um dos principais motivos a justificar a pronta atuação de órgãos de defesa no escrutínio dessas operações.

Por essa razão, os órgãos de defesa da concorrência deverão bem avaliar os efeitos anticompetitivos e benéficos decorrentes de uma operação desse gênero, que não raro envolve empresas de transporte aéreo de grande porte. Na hipótese de aprovação de uma fusão e/ou de um acordo de cooperação potencialmente lesivo ao mercado, os órgãos de defesa da concorrência, ao arbitrar os remédios necessários à compensação dos efeitos deletérios à concorrência, deverão levar em conta o histórico colusivo e a capacidade predatória que o setor apresenta⁵². E isso obviamente não é tudo. A imposição de remédios deverá ser seguida de um monitoramento contínuo das práticas de mercado das empresas envolvidas, impedindo-se o exercício abusivo do poder econômico formado, sob o risco de tornar as restrições impostas pelos órgãos de defesa da concorrência inúteis.

⁵⁰Há diversos estudos destacando os efeitos positivos decorrentes de uma aliança em rotas complementares. A título de exemplo a esse respeito, vale conferir: BRUECKNER, Jan K. *The economics of international codesharing: an analysis of airline alliances*. *International Journal of Industrial Organization*, v. 19, n. 10, p. 1475-1498, Dez/2001 e BRUECKNER, Jan K. e WHALEN, W. Tom. *The Pros and Cons of Airline Alliances. Policy Forum*, v. 12, n. 1, 2000.

⁵¹Inúmeros os artigos destacando que alianças em rotas sobrepostas geram efeitos deletérios à concorrência. Vale enunciar, entre esses, PARK, J.H., *The Effects of Airline Alliances on Markets and Economic Welfare, Transportation Research Part E: Logistics and Transportation Review*, v. 33, n. 3, pag. 181-95, set/1997; BRUECKNER, Jan K.; WHALEN, W. Tom. *The Pros and Cons of Airline Alliances. Policy Forum*, v. 12, n. 1, 2000 e HASSIN, Orit; SHY, Oz. *Code-Sharing agreements, Frequency of Flights, and Profits in the Airline Industry*, mimeo, 2000, além de outros. No entanto, para fins ilustrativos, ressalta-se os seguintes trechos do trabalho sobre fusões e alianças elaborado pela OCDE (já anteriormente citado), *in verbis*: “A study by Kim and Singal of all airline mergers in the United States between 1985 and 1989 found that on non-overlapping routes which share a common hub, the efficiency effect dominates: a merger of two solvent firms serving those routes leads to a decline in prices of 11 percent on such routes [...]. More difficult still are those cases in which the two networks overlap. In this case the efficiency benefits of the merger can be significant due to rationalization of the hub-and-spoke system. However, the merger can also reduce competition in many markets. These mergers present the greatest problems for competition authorities. The Kim and Singal study found that in the 1985-1989 period on average the market power effect dominates. Prices rose by an average of almost four percent on overlapping routes. Interestingly, the Kim and Singal study also found that prices rose on non-overlapping routes, due, perhaps to a reduction in potential competition, or an increase in multi-market contact as discussed earlier”. Tradução livre do autor: O estudo de Kim e Singal de todos os atos de concentração nos Estados Unidos entre 1985 e 1989 concluiu que, em rotas não sobrepostas que compartilham um mesmo centro, a eficiência predomina: uma fusão de duas empresas servindo essas rotas leva a uma redução nos preços de 11 por cento nessas rotas (...). Mais difícil ainda são aqueles casos em que as duas malhas são sobrepostas. Nesse caso, as eficiências podem ser significativas devido à racionalização do sistema de gerenciamento de resultados. No entanto, a fusão pode também reduzir a concorrência em muitos mercados. Essas fusões apresentam os maiores problemas para as autoridades de defesa da concorrência. O estudo de Kim e Singal indica que, no período de 1985-1989, no geral o efeito de poder de mercado domina. Os preços aumentaram, em média, quase 4 por cento em rotas sobrepostas. O estudo de Kim e Singal ainda concluiu que os preços subiram nas rotas não sobrepostas talvez em função da redução na concorrência potencial, ou do aumento do contato multimercado, como discutido anteriormente.

⁵²Entre os remédios utilizados por agências de defesa da concorrência estrangeiras se incluem as cessões de espaços de tempo para aterrissagens e decolagens (*slots*), a garantia de acesso aos sistemas computadorizados de reserva e o uso compartilhado dos programas de fidelidade.

Sem isso, a efetividade de restrições e/ou condições à aprovação de uma fusão e/ou acordo de cooperação de grande porte é, no mínimo, duvidosa. As operações ocorridas no Canadá e no México, que resultaram em posicionamentos diametralmente opostos por parte dos respectivos órgãos de concorrência, refletem situações em que a concentração não reverteu inteiramente o quadro ineficiente do setor. Pelo menos até o momento, os remédios impostos têm sido ineficazes para garantir um mercado saudável.

É importante ter em mente que o processo de concentração e/ou de cooperação não deverá provocar prejuízos substanciais ao consumidor. O ponto de vista de recuperação das empresas, embora importante, não deve ser a única perspectiva, sobretudo ao se levar em consideração a magnitude dos efeitos a serem experimentados pelo usuário de serviços de transporte aéreo. Ambas as perspectivas devem ser analisadas com propriedade pelos órgãos de defesa da concorrência.

Bibliografia

(i) Artigos e Livros

- BRUECKNER, Jan K. *The economics of international codesharing: an analysis of airline alliances*. *International Journal of Industrial Organization*, v. 19, n. 10. Dez/2001. p. 1475-1498.
- CARLSSON, Fredrik. *Private vs. Business and Rail vs. Air Passengers: willingness to pay for transport attributes*. Göteborg: Göteborg University, 1999.
- ESPÍRITO SANTO JR., Respício Antônio. Concentração no Transporte Aéreo e os Possíveis Impactos sobre os Consumidores, a Sociedade e a Economia. Trabalho apresentado no XIV Congresso de Aviação da Associação Nacional de Pesquisa e Ensino em Transportes – ANPET. Gramado, RS. 2000.
- HASSIN, Orit; SHY, Oz. *Code-Sharing agreements, Frequency of Flights, and Profits in the Airline Industry*, mimeo, 2000.
- KLINGAMAN, Russel A. *Predatory Pricing and Other Exclusionary Conduct in the Airline Industry: Is Antitrust Law the Solution?* 4 DePaul Bus. 1992. p. 282.
- NEID, Raymond E. *Can the Aviation Industry Shield Itself from Business Cycles*. 13-SPG Air & Space Law. 3 *Air and Space Lawyer Spring*. 1999. p.1/7.
- O'CONNOR, William E. *An Introduction on Airline Economics*. 6a. Ed. Londres: Praeger. 2001.
- PADOVA RICERCHE. *Analysis of passenger demand for air transportation*. Padova: Padova Ricerche, 2002.
- PARK, J.H., *The Effects of Airline Alliances on Markets and Economic Welfare*, *Transportation Research Part E: Logistics and Transportation Review*, v. 33, n. 3, pag., 181-95, set/1997.
- PRATES, Márcia. Crise, Concorrência e Regulação no Transporte Aéreo Doméstico Brasileiro. A Regulação da Infra-Estrutura no Brasil – Balanços e Propostas. Thomson IOB. 2003.
- RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Airlines Industry and Yield Management – A New Standard for Predatory Behavior*, in Revista do IBRAC. São Paulo: IBRAC, vol. 10, nº 5. p. 163/177. 2003.
- RODRIGUES, Rodrigo Augusto. O Mercado de Aviação Doméstica no Brasil: O Processo de Desregulação Comparado com a Experiência Norte-Americana, sob o Enfoque da Teoria Política Positiva da Regulação. UNB. Brasília. *Mimeo*.
- RUBINFELD, Daniel L. *Antitrust Enforcement in Dynamic Network Industries*, in *The Antitrust Bulletin / Fall-Winter*. 1998.
- SCHNELL, Mirko C.A. *Regulating the Domestic Air Travel in India: an Empire's Game*. *Journal of Air Transport Management* 7. 2001.
- CHWARTZ, Louis B. et al.. *Government Regulation – Free Enterprise and Economic Organization*. 6^o Ed. Nova York: *The Foundation Press*. 1982.
- STRONG, John S.. *Predatory Practices in the US Airline Industry*. 2001, disponível em <http://ostpxweb.dot.gov/aviation/domestic-competition/predpractices.pdf>.
- THIERER, Adam D. *20th Anniversary of Airline Deregulation. The Heritage Foundation. Backgrounder Executive Summary*. April 22. 1998.
- VISCUSI, W. Kip. Et al. *Economics of Regulation and Antitrust*. 3rd. Ed. Londres: *The MIT Press*. 2000.
- WHALEN, W. Tom e BRUECKNER, Jan K.. *The Pros and Cons of Airline Alliances*. *Policy Forum*, v. 12, n. 1, 2000.
- WISTON, Clifford. et al. *The Evolution of the Airline Industry*. *The Brookings Institution*. Washington DC. 1995.

(ii) Trabalhos Governamentais

- OCDE, *Airline, Mergers And Alliances*. *OECD Journal of Competition Law and Policy*. Vol. 2. N.º. 2.
- BND/ES/FINAME-BNDESPAR – Informe Infraestrutura – Área de Projetos de Infra-Estrutura n.º 42, Março, 2001.
- Informe Infraestrutura – Área de Logística, Telecomunicações e Complexo Eletrônico. n.º. 50. Novembro. 2002.
- DEPARTMENT OF TRANSPORTATION, *Dominated Hub Fares*. Janeiro de 2001.

NEW TRENDS IN MERGER ANALYSIS IN BRAZIL AND ABROAD⁵³

Por: Lucia Helena Salgado
E-mail : lhsconsult@globo.com

In recent years, merger analysis has been improved by a series of contributions from economic thinking and institutional collaboration. Among the results from these contributions, three trends are noticeable in the evolution of the merger analysis throughout the world and in Brazil:

- 1) The use of empirical and quantitative methods, mainly to deal with market definition and merger effects;
- 2) The revival of old concerns, especially with predatory practices, as unilateral effects of mergers and acquisitions; and
- 3) The growing collaboration of authorities in different jurisdictions to review mergers using similar patterns.

1) The use of empirical and quantitative methods in merger analysis

Beginning by the Brazilian experience, two recent and high profile cases leveraged discussions that indicated the need of quantitative research to enrich traditional qualitative investigation, based on the observation of market shares, replies of questionnaires to competitors and consumers, requests of several information from notifying parties, specialized press and so on. One of these cases was the merger between Antarctica and Brahma in 1999, which resulted in the creation of the company AmBev, and the other was the acquisition of Garoto, a national chocolate producer, with important expression in the market, by the Nestlé conglomerate, in 2001. The outcome of the merger between Antarctica and Brahma was the approval granted by Cade, subject to some structural and behavioral conditions, while the outcome of the purchase of Garoto by Nestlé was the simple and plain disapproval by Cade.

We have observed a clear evolution on the analysis between the two cases, as on the first one the quantitative methods were used to define relevant markets and consequently product substitutions – basically estimation of price *elasticities* – proper and crossed – and estimations of efficiencies that would result from the operation.

On the second case, the parties themselves, as well as the competitors that contested the case, presented the quantitative analysis from the beginning, even to define the relevant market – a tricky task in such a differentiated market as the chocolate one. Such analysis was used to discuss the patterns of the firms' conduct in the competitive environment (so evolving to address demand-side and supply-side questions). Finally, there was a long debate of arguments brought to the process by parties and competitors on the degree of efficiency generation, the potential of sharing them with consumers, in the terms of the Law, and simulations on price conduct after the merger.

We could quote other cases recently decided by Cade⁵⁴ and even mention the existence of new cases, those still in the pipeline of Cade's decision, indicating the strength of this trend of relying on quantitative methods to complement qualitative analysis.

As may be well known, Brazilian legislation admits the possibility of authorization by Cade of operations that reduce competition provided that some conditions are imposed to neutralize the damage to the market and/or to share the benefits of efficiency generation with consumers. These conditions usually are written on a Performance Agreement ("*Compromisso de Desempenho*"), an instrument originally inspired by the European experience of discussing and negotiating with partners alterations on operations in order to make them compatible with the rules of free market. One of the main trends we could see ahead is the evolution of techniques to clarify, using quantitative methods, the appropriate scope of their generations and, especially, simulations of scenarios of sharing those benefits with consumers, result that is intrinsically linked with the competition environment, which means the degree of rivalry that will remain after the merger or acquisitions. These tasks in Europe and the United States are already a sound reality. There, the use of empirical methods is considered to be one of the most important developments in the way merger and acquisition is evaluated.

⁵³ Thanks to Edgard Antonio Pereira, Fernando Barros and Viviane Araújo Lima for useful comments to an earlier version of the paper. Prepared to Antitrust Spring Conference, organized by the International Bar Association Antitrust Trade Law Section and Brazilian Institute of Studies on Competition, Consumer Affairs and International Trade, Copacabana Palace Hotel, Rio de Janeiro, 12-13 may 2005.

⁵⁴ Serrana/Manah (2004) among others.

Still, the theme is not something of a novelty in the American antitrust environment. As stressed by Jonathan Baker and Daniel Rubinfeld in 1999⁵⁵, empirical methods offer powerful tools for simulating the likely effects of alternative scenarios, particularly in respect of evaluating anticompetitive harms suffered by consumers and estimation of damages to the marketplace.

The use of empirical methods is considered to be one of the most important developments in merger and acquisitions evaluation in the United States. In Europe, as Lawrence Wu, Paul Hofer and Mark William point out⁵⁶ “*If the statistical and econometric methods that have been applied recently by the European Commission continue, it is likely that the same will be said for European merger enforcement*” (p. 73)

The full consequences of the incorporation of these new tools of investigation are not clear, so far, although observing recent EC merger investigations we could predict that assessing and quantifying unilateral competitive effects or non-coordinate effects, i.e., the potential for competitive harm caused by the enlarged entity, will be of particular concern. The focus is on whether the merging parties are close competitors and whether the combination will have significant effects on price.

It is worth mentioning that Nestlé-Garoto case has, in Brazil, raised this discussion on the potential for a merger to lead to higher prices once the merger is approved, following in the same pace of foreign authorities the international trend⁵⁷.

Further information regarding this rich discussion that is gaining space in Brazilian antitrust analysis may be found in the following address

<http://www.ipea.gov.br/defconc/seminario/rel200501.html>

, where can be found papers presented on a recent conference sponsored by IPEA (“*Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada*”), an economic research center, and SDE (“*Secretaria de Direito Econômico*”), the secretary of Ministry of Justice⁵⁸ in charge of merger and practice investigation, with ANPEC (Associação Nacional de Pós-Graduação em Economia), the graduation economic courses association. There one can have a clear idea of the state of the art of Brazilian discussion on the theme, as well as some contributions from guests from the United States – precisely, from the FTC – and from the European Commission.

2) The renewed interest on predatory and exclusionary practices

The second trend in merger analysis is the renewed interest in predation and exclusionary practices, as a possible result of mergers and acquisitions that concern authorities, mainly the European Commission. As noted by Massimo Motta⁵⁹, the identification of exclusionary behavior is one of the most difficult topics in competition policy, and one could add, one of the most fascinating, due to the challenge of discriminating exclusionary practices from competitive behavior that ultimately benefits consumers.

The monopolization case, as the result of predatory pricing, is present in antitrust history since its beginning⁶⁰. Years of Chicago School learning helped to convince academics and practitioners that predatory practice, in general, would be irrational, while incompatible with profit maximizing rule. Recent developments in theory have brought new insight over this old theme.

For example, Aaron Edlin and Joseph Farrell, in a very recent paper⁶¹ state that

*“Predation occurs when a firm offers consumers favorable deals, usually in the short run, that get rid of competition and thereby harm consumers in the long run.”*p. 502

⁵⁵ American Law and Economic Association Meeting.

⁵⁶ “The Increasing Use of Empirical Methods in European Merger Enforcement: Lesson from the Past and a Look Ahead” in **Economics of Antitrust: New Issues, Questions and Insights**, Dr. Lawrence Wu, Editor, NERA Economic Consulting., 2002.

⁵⁷ In Europe we could mention cases like Volvo/Scania, in 2000, when the Commission focused its attention on two markets – trucks and buses. In this case the Commission had the collaboration of an outside econometric study; the Philips/Agilent HSG (a medical imaging company), in 2001, the GE/Instrumentarium case, in 2003, where GE intended to acquire control over the company that produces anesthesia and critical care equipment.

⁵⁸ Seminar “Estudos em Métodos Quantitativos Aplicados à Defesa da Concorrência e à Regulação Econômica”, that took place in Brasília, April 25 to 28, 2005.

⁵⁹ **Competition Policy, Theory and Practice**, Cambridge University press, 2004.

⁶⁰ The leading cases were Standard Oil and American Tobacco, both of 1911, condemned by Supreme Court, simultaneously inaugurating the Rule of Reason in antitrust decisions. Frederich Sherer and David Ross describe with erudition this initial phasis of antitrust in America. In **Industrial Market Structure and Economic Performance** 3rd edition, Houghton Mifflin Co, Boston, 1990.

⁶¹ “The American Airlines Case (2001): A chance to clarify predation policy” in John Kwoka and Lawrence White, **The Antitrust Revolution – Economics, Competition and Policy**, Oxford University Press, 2004.

From this new point of view, the verification of prices below costs is no longer required to characterize a situation of predatory price, mainly if the firm is a huge conglomerate, active in many geographic and product relevant markets or if it has considerable cost advantages in relation to its competitors.

The major contribution to the renewed interest in developing economic models on predatory practices was given by the new theories on asymmetric information. In all cases, as Motta (op. cit.) stresses, the predator will try to use the entrant's imperfect knowledge, as well as the potential investors or smaller competitors, and behave in such a way to convince the rival that it will not make profits and should give up its intent of entry or investing in the market dominated by the first. Reputation, Signalling and Deep Pocket models follow this logic.

Coming back from theory to practice, a number of recent cases decided by European Commission considered this kind of danger as a result of merger and acquisition. The concern with this kind of unilateral effect was decisive in cases involving conglomerate mergers, when there is no substantial overlap in specific relevant market but some conditions like large portfolios of brands, special advantages in complementary goods – that could be sold in packages – and asymmetric financial conditions (the so called deep pocket) raised a question that led to decisions made by the European Commission imposing conditions in order to neutralize potential use of dominant position in a predatory way or even blocking such operations⁶².

One word about the Brazilian case law: so far, Cade has not dealt with this new trend, assuming that no case involving predatory and exclusionary practice adopted by dominant firms in order to exclude competition has been subject to the Council's judging. Nevertheless, as soon as cases like that reach the final authority in antitrust in Brazil, we could expect a convergence with the treatment of these cases with the international tendencies, as we see in other fields.

3) The growing cooperation among merger control authorities

Finally, one could state a third trend on antitrust enforcement worldwide. A remarkable fact was the reform of the European Commission merger control, which took place on January 2004 and led to strong convergence between the European method of analysis of horizontal mergers and the one described by the DOJ and FTC Guidelines in the United States.

For every observer or practitioner of antitrust, it is very exciting to witness the growing consensus in economic analysis, as well as the increasing number of cases that, for its impact in a considerable number of jurisdiction are being object of bi-lateral or multi-lateral cooperation. As stated by Mario Monti, in one of his last speeches as European Commissioner for Competition Policy⁶³, the reform provided a “one stop shop” for the scrutiny of large cross-border mergers, dispensing with the need for companies to file a multiplicity of national jurisdictions in the European Union. It has guaranteed that merger investigation will be completed within tight deadlines corresponding to the need of businesses

As we see, there are a lot of motives to be sanguine about the new trends in antitrust enforcement here and abroad. We hope that the unceasing efforts of Brazilian authorities towards the harmonization and rationalization of regulations will converge to this same target aimed by the European Union, of simplifying and speeding the merger control in benefit of the community of businesses and consumers.

⁶² See, for example, Boeing/McDonnell Douglas (1996); Guinness/Grand Metropolitan (1997); GE/Honeywell (2001); and Tetra Laval/Sidel (2001). Although concerns with portfolio effects and its consequences to predatory practices are present mainly in European case law, there are some cases in United States where concerns with tying – in mergers involving complementary goods – led to consent decrees, as in the acquisition of Turner Broadcasting by Time Warner (1995); the acquisition of Alias and Wave Front by Silicon Graphics 91995 and the acquisition of McCaw by AT&T (1994).

⁶³ “A reformed competition policy: achievements and challenges for the future” Center for European Reform, Brussels, 28 October 2004.

DECISIÓN 608: NÓRMAS PARA LA PROTECCIÓN Y PROMOCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA EN LA COMUNIDAD ANDINA

LA COMISION DE LA COMUNIDAD ANDINA,

VISTOS: Los Artículos 93 y 94 del Acuerdo de Cartagena, la Decisión 285 de la Comisión, el texto revisado de la Propuesta 115 de la Secretaría General y del Proyecto de Decisión aprobado con motivo de la IV Reunión de Expertos Gubernamentales en materia de libre competencia;

CONSIDERANDO: Que, con fecha 21 de marzo de 1991, la Comisión aprobó la Decisión 285, que contiene las normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas restrictivas de la libre competencia; y,

Que, la actual etapa del proceso de integración subregional, de apertura comercial y globalización imponen que el objeto de la normativa comunitaria sea la protección de la libre competencia en la Comunidad Andina, así como su promoción a nivel de los agentes económicos que operan en la Subregión, para asegurar que no se menoscaben los beneficios logrados en el marco de este proceso de integración;

DECIDE:

CAPITULO I DEFINICIONES

Artículo 1.- A los efectos de la presente Decisión, se entenderá por:

Conducta: todo acto o acuerdo;

Acto: todo comportamiento unilateral de cualquier destinatario de la norma;

Acuerdo: todo contrato, convenio, arreglo, combinación, decisión, recomendación, coordinación, concertación u otros de efectos equivalentes realizados entre agentes económicos o entidades que los agrupen;

Agente económico: toda persona natural o jurídica, de derecho público o privado, con o sin fines de lucro, que oferta o demanda bienes materiales o inmateriales, o servicios en el mercado, así como los gremios o asociaciones que los agrupen; y,

Personas vinculadas: los agentes económicos que tengan una participación accionaria mayoritaria o que ejerzan una influencia decisiva sobre las actividades de otro agente económico, sea mediante el ejercicio de los derechos de propiedad, del uso de la totalidad o parte de los activos de éste o del ejercicio de derechos o contratos que permitan determinar la composición o el resultado de las deliberaciones o las decisiones de los órganos del mismo o de sus actividades.

CAPITULO II DEL OBJETIVO, PRINCIPIOS Y ÁMBITO DE APLICACIÓN

Artículo 2.- La presente Decisión tiene como objetivo la protección y promoción de la libre competencia en el ámbito de la Comunidad Andina, buscando la eficiencia en los mercados y el bienestar de los consumidores.

Artículo 3.- La aplicación de la presente Decisión, y la legislación interna de competencia de cada uno de los Países Miembros que resulte aplicable conforme a ella, se basarán en los principios de:

- a) No discriminación, en el sentido de otorgar un trato igualitario a todas las personas naturales o jurídicas en la aplicación de las normas de libre competencia, sin distinción de ningún género;
- b) Transparencia, en el sentido de garantizar la publicidad, acceso y conocimiento de las leyes, normas y reglamentos, y de las políticas de los organismos encargados de vigilar su observancia, así como de las decisiones de los organismos o tribunales; y,
- c) Debido proceso, en el sentido de asegurar a toda persona natural o jurídica, un proceso justo que le permita plenamente ejercer su derecho de defensa respetando los derechos de las partes a presentar argumentos, alegatos y pruebas ante los organismos, entidades administrativas o tribunales competentes, en el marco de lo establecido en la presente Decisión, así como un pronunciamiento debidamente motivado.

Artículo 4.- Esta Decisión prohíbe y sanciona las conductas establecidas en los artículos 7 y 8 cuando hayan sido desarrolladas por agentes económicos.

Artículo 5.- Son objeto de la presente Decisión, aquellas conductas practicadas en:

- a) El territorio de uno o más Países Miembros y cuyos efectos reales se produzcan en uno o más Países Miembros, excepto cuando el origen y el efecto se produzcan en un único país; y,
- b) El territorio de un país no miembro de la Comunidad Andina y cuyos efectos reales se produzcan en dos o más Países Miembros.

Las demás situaciones no previstas en el presente artículo, se regirán por las legislaciones nacionales de los respectivos Países Miembros.

Artículo 6.- Los Países Miembros podrán someter a consideración de la Comisión, el establecimiento de exclusiones o excepciones al ámbito de la presente Decisión, de actividades económicas sensibles necesarias para lograr los objetivos fundamentales de su política, siempre y cuando éstas estén contempladas en la legislación nacional del país solicitante y que cumplan con las siguientes condiciones:

- a) Que reporten beneficios significativos al desarrollo de la producción, procesamiento, distribución o comercialización de bienes o servicios, o fomenten el progreso tecnológico o económico.
- b) Que signifiquen el otorgamiento de condiciones preferenciales a regiones deprimidas o actividades económicamente sensibles o, en cualquiera de los casos, en situación de emergencia;
- c) Que no conlleven a dichos agentes económicos, la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de la producción, comercialización o distribución de los bienes o servicios de que se trate; y,
- d) Que sean concordantes con el ordenamiento jurídico andino.

Las exclusiones y excepciones deberán ser aprobadas, modificadas o eliminadas mediante Decisión, previa recomendación adoptada del Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia (Comité) a que se refiere el Capítulo VI, que será el responsable de su revisión periódica.

No podrá solicitarse exclusiones o excepciones a actividades económicas que, en el momento de la solicitud, estén siendo objeto de investigación.

CAPÍTULO III

SOBRE LAS CONDUCTAS RESTRICTIVAS DE LA LIBRE COMPETENCIA

De las conductas restrictivas de la libre competencia

Artículo 7.- Se presumen que constituyen conductas restrictivas a la libre competencia, entre otros, los acuerdos que tengan el propósito o el efecto de:

- a) Fijar directa o indirectamente precios u otras condiciones de comercialización;
- b) Restringir la oferta o demanda de bienes o servicios;
- c) Repartir el mercado de bienes o servicios;
- d) Impedir o dificultar el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado; o,
- e) Establecer, concertar o coordinar posturas, abstenciones o resultados en licitaciones, concursos o subastas públicas.

Se excluyen los acuerdos intergubernamentales de carácter multilateral.

Artículo 8.- Se presumen que constituyen conductas de abuso de una posición de dominio en el mercado:

- a) La fijación de precios predatorios;
- b) La fijación, imposición o establecimiento injustificado de la distribución exclusiva de bienes o servicios;
- c) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos;
- d) La adopción de condiciones desiguales con relación a terceros contratantes de situación análoga, en el caso de prestaciones u operaciones equivalentes, colocándolos en desventaja competitiva;
- e) La negativa injustificada, a satisfacer demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación, de productos o servicios;
- f) La incitación a terceros a no aceptar la entrega de bienes o la prestación de servicios; a impedir su prestación o adquisición; o, a no vender materias primas o insumos, o prestar servicios, a otros; y,
- g) Aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a la eficiencia económica.

Artículo 9.- Se entenderá que uno o más agentes económicos tienen posición de dominio en el mercado relevante, cuando tengan la posibilidad de restringir, afectar o distorsionar, en forma sustancial, las condiciones de la oferta o demanda en dicho mercado, sin que los demás agentes económicos competidores o no, potenciales o reales, o los consumidores puedan, en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad.

CAPITULO IV
DEL PROCEDIMIENTO
De la apertura de la investigación

Artículo 10.- La Secretaría General podrá iniciar investigación de oficio o a solicitud de las autoridades nacionales competentes en materia de libre competencia o de los organismos nacionales de integración de los Países Miembros, o de las personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, organizaciones de consumidores u otras entidades cuando existan indicios de que éstos han realizado conductas que pudieran restringir de manera indebida la competencia en el mercado.

Artículo 11.- La solicitud deberá incluir la siguiente información:

- a) Los datos de identificación del solicitante, incluyendo su domicilio, números de teléfono y telefax, dirección de correo electrónico, si la tuviera y, de ser el caso, los datos de identificación de sus representantes legales;
- b) Una descripción detallada de la conducta denunciada, indicando el período aproximado de su duración o inminencia;
- c) La relación de los involucrados con la conducta denunciada;
- d) Los datos de identificación de los involucrados conocidos por el solicitante, incluyendo sus domicilios, números de teléfono y telefax, direcciones de correo electrónico, si las tuvieran y, de ser el caso, los datos de identificación de sus representantes legales;
- e) Las características de los bienes o servicios objeto de la conducta denunciada, así como de los bienes o servicios afectados; y,
- f) Los elementos de prueba que razonablemente tenga a su alcance el solicitante.

Artículo 12.- La solicitud podrá ser retirada antes de que la Secretaría General resuelva respecto de la apertura de la investigación, en cuyo caso se tendrá por no presentada. No obstante la Secretaría General podrá continuar el procedimiento de oficio o a petición de la autoridad nacional competente del agente económico denunciante.

Artículo 13.- Dentro del plazo de quince (15) días hábiles siguientes a la fecha de recepción de la solicitud, la Secretaría General determinará preliminarmente si la misma cumple con lo establecido en los artículos 5, 7 u 8, 11 y 43 de la presente Decisión.

De no cumplir la solicitud con tales requisitos, la Secretaría General informará al solicitante respecto de la información faltante y le concederá un plazo adicional de hasta quince (15) días hábiles para que la complete, pudiendo prorrogarse el referido plazo hasta por cinco (5) días hábiles adicionales. El plazo se contará a partir del día siguiente al de la fecha de recepción de la comunicación que señala que la solicitud está incompleta. Si no se proporcionara la referida información en los plazos establecidos, la Secretaría General desestimaré la solicitud y dispondrá su archivo.

De cumplir con los requisitos establecidos en los artículos 5, 7 u 8, 11 y 43 de la presente Decisión, la Secretaría General deberá pronunciarse dentro de un plazo máximo de 15 días hábiles respecto del inicio de la investigación mediante Resolución que será publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, y notificada al solicitante y al denunciado, así como a los organismos nacionales de integración, oficinas nacionales competentes en materia de libre competencia de los Países Miembros involucrados y a los miembros del Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia.

Artículo 14.- La Resolución de apertura de la investigación deberá indicar:

- a) la conducta objeto de investigación, las características de los bienes o servicios que estarían siendo objeto de la conducta, los bienes o servicios similares presuntamente afectados, la duración de la conducta, la identificación de las partes, su relación económica existente con la conducta, la relación de los elementos de prueba presentados;
- b) el plazo para que las partes presenten información, alegatos y pruebas; y,
- c) la identificación de las autoridades nacionales competentes que cooperarán con la sustanciación de acuerdo a lo previsto en el artículo 15 de la presente Decisión.

Del curso de la investigación

Artículo 15.- La Secretaría General, dentro de un plazo de cinco (5) días hábiles contados a partir de la fecha de publicación de la Resolución motivada que da inicio a la investigación, solicitará a las autoridades nacionales competentes en materia de libre competencia de los Países Miembros en donde tengan origen o realicen su actividad económica las empresas identificadas en la solicitud y, de ser el caso, donde se sucedan los efectos de

las conductas denunciadas o tengan su residencia los solicitantes, la realización de investigaciones concernientes a la determinación de la existencia de la conducta sindicada como restrictiva. La solicitud deberá acompañarse de una copia del expediente.

Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la solicitud a que hace referencia el párrafo anterior, la Secretaría General conjuntamente con las autoridades nacionales competentes a las que solicitara su cooperación, elaborarán el Plan de Investigación el cual indicará, entre otros, el tipo de acciones a ser tomadas, el cronograma sugerido, los agentes económicos a los cuales estarán dirigidas tales acciones, los elementos y características de la conducta, e información disponible de los bienes o servicios y área geográfica que pudieran estar afectados.

El Plan de Investigación será notificado a las partes interesadas.

Artículo 16.- La Secretaría General y las autoridades nacionales competentes en materia de libre competencia, en las investigaciones que se les encomiende realizar al amparo de la presente Decisión, podrán:

- a) Exigir a las personas naturales o jurídicas la exhibición de todo tipo de documentos, incluyendo los libros contables y societarios, los comprobantes de pago, la correspondencia comercial y los registros magnéticos incluyendo, en este caso, los programas que fueran necesarios para su lectura; así como solicitar información referida a la organización, los negocios, la composición accionaria y la estructura de propiedad de las empresas;
- b) Citar e interrogar, a través de los funcionarios que se designe para el efecto, a los agentes económicos materia de investigación o a sus representantes, empleados, funcionarios, asesores y a terceros, utilizando los medios técnicos que considere necesario para generar un registro completo y fidedigno de sus declaraciones, pudiendo para ello utilizar grabaciones magnetofónicas o grabaciones en video; y,
- c) Realizar inspecciones, con o sin previa notificación, en los locales de las personas naturales o jurídicas y examinar los libros, registros, documentación y bienes, pudiendo comprobar el desarrollo de procesos productivos y tomar la declaración de las personas que en ellos se encuentren. En el acto de la inspección podrá tomarse copia de los archivos físicos o magnéticos, así como de cualquier documento que se estime pertinente o tomar las fotografías o filmaciones que se consideren necesarias. Para ingresar a los locales podrá solicitarse el apoyo de la fuerza pública. De ser necesario el descerraje en el caso de locales que estuvieran cerrados será necesario contar con autorización judicial.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los literales precedentes, para realizar la investigación será aplicable la legislación nacional en materia de libre competencia del País Miembro en el que tenga lugar la acción concreta de investigación, en lo que corresponda a la determinación del procedimiento a aplicar, facultades de la autoridad, pruebas y demás actuaciones.

Artículo 17.- La investigación a cargo de la autoridad nacional competente deberá efectuarse dentro de los noventa (90) días hábiles siguientes a la fecha de notificación del Plan de investigación a que hace referencia el artículo 15. Las partes interesadas podrán presentar sus alegatos dentro de dicho plazo, culminado el cual se dará por concluido el período probatorio, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 19.

A más tardar dentro del término del plazo señalado, la autoridad nacional competente deberá remitir a la Secretaría General, todos los documentos, informes, estudios, pruebas y demás resultados de tal investigación. La Secretaría General tendrá acceso a toda la información acopiada por las autoridades nacionales en cualquier momento de la investigación.

Artículo 18.- Durante el curso de la investigación a que hace referencia el artículo anterior, la Secretaría General podrá realizar sus propias investigaciones y acopiar los elementos de prueba que considere necesarios, sin interferir con lo previsto en el Plan de Investigación a que se refiere el artículo 15.

Asimismo, las autoridades nacionales a cargo de la investigación y la Secretaría General estarán en coordinación permanente durante el período de la investigación.

Artículo 19.- Vencido el plazo a que se refiere el artículo 17, la Secretaría General dispondrá de un plazo adicional de cuarenta y cinco (45) días hábiles para realizar sus propias determinaciones, y, de considerarlo pertinente, podrá complementar la investigación solicitando información adicional a las autoridades nacionales competentes en materia de libre competencia, partes involucradas o a sus gobiernos, o verificando la información.

Las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, de los Países Miembros, a las que se les solicite información, deberán colaborar con la investigación y suministrar la información que se les requiera; o aportar nueva información, pruebas o alegatos de considerarlo necesario, dentro de dicho plazo extraordinario.

Artículo 20.- Vencido el plazo a que se refiere el artículo anterior, la Secretaría General contará con un plazo de diez (10) días hábiles para elaborar el Informe sobre los resultados de la investigación.

El Informe será remitido a los miembros del Comité, a las autoridades nacionales competentes a que se refiere el artículo 15, y a las partes interesadas.

Las partes tendrán un plazo de quince (15) días hábiles contados a partir de la fecha de remisión del Informe por la Secretaría General, para presentar sus alegatos escritos. La Secretaría General remitirá inmediatamente los referidos alegatos a los miembros del Comité.

Artículo 21.- Con el objeto de examinar el Informe y los alegatos presentados, la Secretaría General convocará a los miembros del Comité a reunión dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la remisión del Informe. El Comité deberá reunirse dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la convocatoria.

El Presidente del Comité hará llegar a la Secretaría General su informe al término de la reunión. Vencido el plazo de treinta (30) días hábiles de la fecha de la convocatoria realizada por la Secretaría General al Comité, de no haberse presentado dicho informe se entenderá que el Comité consiente en el contenido del informe técnico.

Artículo 22.- Vencido el plazo señalado en el último párrafo del artículo anterior, la Secretaría General emitirá su Resolución motivada sobre el mérito del expediente, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes.

La Secretaría General, en su motivación, dará cuenta del Informe remitido por el Comité. En caso que la Secretaría General se aparte de las conclusiones y recomendaciones de dicho Informe, deberá manifestar expresamente los motivos de la discrepancia.

De la Información

Artículo 23.- Las partes podrán examinar el expediente siempre que la información no sea confidencial, tanto en las oficinas de las autoridades nacionales competentes en la etapa establecida en el artículo 17, así como en la Secretaría General en la etapa establecida en el artículo 19.

Las autoridades nacionales competentes a que se refiere el artículo 15 podrán intercambiar información a través de la Secretaría General que será responsable de solicitar las garantías correspondientes para asegurar la confidencialidad de la información.

Artículo 24.- La Secretaría General y las autoridades nacionales competentes, según corresponda, otorgarán tratamiento confidencial a toda información que por su naturaleza deba recibir tal tratamiento y siempre que la parte que lo solicite lo justifique adecuadamente. A tal efecto, la parte deberá presentar un resumen no confidencial de la misma.

Tendrá tratamiento confidencial, toda aquella información a la cual la autoridad nacional competente responsable de la investigación a que se refiere el artículo 15 haya otorgado dicho tratamiento al amparo de su legislación nacional.

La confidencialidad cesará en cualquier momento, a solicitud del interesado que la proporcionó.

No obstante, ello no impedirá a la Secretaría General proporcionar información general, sobre los motivos en que se fundamentan las Resoluciones adoptadas en virtud de la presente Decisión o sobre los elementos de prueba en los que se apoye, en la medida en que ello sea necesario en el curso de un procedimiento judicial. Tal divulgación deberá tener en cuenta el interés de las partes en no ver revelada la información que ellos consideren confidencial.

Artículo 25.- Las autoridades nacionales competentes involucradas tendrán acceso al expediente en la etapa establecida en el artículo 17.

Los miembros del Comité tendrán, en el desempeño de sus funciones, acceso al expediente.

De la audiencia pública

Artículo 26.- Dentro del plazo a que hacen referencia los artículos 17 y 19 de la presente Decisión, la Secretaría General, de oficio o a solicitud de parte, concederá a las partes interesadas, la oportunidad de reunirse en audiencia pública, a efectos de confrontar sus alegatos. Ninguna parte estará obligada a asistir a la audiencia, y ello no irá en detrimento de su causa.

La convocatoria a la audiencia pública deberá ser comunicada con por lo menos diez (10) días hábiles a las partes, a los Organismos Nacionales de Integración y a los miembros del Comité.

Las partes que participen en la audiencia presentarán por escrito sus alegatos en un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles.

De los compromisos

Artículo 27.- Si dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la fecha de publicación de la Resolución que da inicio a la investigación, el agente económico reclamado ofrece un compromiso voluntario con arreglo al cual conviene en cesar la conducta objeto de investigación.

La Secretaría General convocará al Comité a efecto de analizar el compromiso presentado y emitir las recomendaciones pertinentes, en un plazo no mayor a 10 días hábiles, transcurridos los cuales, de no emitir su recomendación, la Secretaría General se pronunciará conforme al artículo siguiente.

Artículo 28.- La Secretaría General se pronunciará mediante Resolución motivada, aceptando o desestimando el compromiso. En caso de aceptarse el compromiso se tendrá por concluida la investigación sin el establecimiento de medidas; en caso contrario, la investigación continuará.

La Resolución a que se refiere el párrafo anterior deberá contener la identificación de las partes comprometidas y un resumen de los compromisos contraídos, los plazos y demás condiciones acordadas.

De aceptarse el compromiso, las autoridades nacionales competentes a que se refiere el artículo 15, remitirán a la Secretaría General, el expediente de lo actuado.

Artículo 29.- De aceptarse un compromiso, la Secretaría General requerirá a las partes comprometidas que suministren trimestralmente información relativa al cumplimiento del mismo y que permita la verificación de los datos pertinentes.

En caso de incumplimiento en el suministro de información o en la ejecución de los compromisos, la Secretaría General, mediante Resolución motivada, reiniciará el proceso de investigación y aplicará medidas cautelares, sobre la base de la mejor información disponible.

Artículo 30.- De cambiarse las condiciones en el mercado relevante, la empresa que ha asumido un compromiso podrá solicitar a la Secretaría General la revisión del mismo.

De las medidas cautelares

Artículo 31.- En cualquier momento del trámite o de la investigación, la parte solicitante podrá solicitar a la Secretaría General, el establecimiento de medidas cautelares. La Secretaría General podrá exigir el establecimiento de una caución, contracautela o garantía para el otorgamiento de dichas medidas.

Para ello, deberá cumplir los siguientes requisitos: demostrar interés legítimo y la inminencia de daño o de un perjuicio irreparable o de difícil reparación.

La Secretaría General podrá aplicar de oficio, medidas cautelares a fin de proteger el interés comunitario, previa opinión motivada de la autoridad nacional de competencia del país en donde la medida deba ser aplicada.

Artículo 32.- Las medidas cautelares podrán consistir, entre otras, en la suspensión provisional de la conducta presuntamente restrictiva. La Secretaría General podrá disponer en el mismo auto que determine la medida, la presentación de una caución, contracautela o garantía.

La caución será emitida en favor de la autoridad nacional competente, en función a las leyes nacionales del país en el cual tiene su residencia el solicitante.

Artículo 33.- La Secretaría General emitirá su pronunciamiento en los veinte (20) días hábiles siguientes a la fecha de recepción de la solicitud o de la fecha de apertura de la investigación, la que fuere posterior, y se basará en la información que tenga a su disposición.

De las medidas correctivas y/o sancionatorias

Artículo 34.- Si el resultado de la investigación constata una infracción a los artículos 7 u 8, la Secretaría General podrá disponer el cese inmediato de la conducta restrictiva y, de ameritarse, la aplicación de medidas correctivas y/o sancionatorias.

Las medidas correctivas podrán consistir, entre otras, en el cese de la práctica en un plazo determinado, la imposición de condiciones u obligaciones determinadas o multas, al infractor.

Para la graduación de las medidas sancionatorias deberá considerarse la gravedad de los hechos, el beneficio obtenido, la conducta procesal de las partes y el nivel de los daños causados a la libre competencia en el ámbito de la Comunidad Andina en función de la modalidad y el alcance de la competencia; la dimensión del mercado afectado; la cuota del mercado de la empresa correspondiente; el efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, las otras partes del proceso económico y los consumidores o usuarios; la duración de la restricción de la competencia; y, la reiteración de la realización de las conductas prohibidas.

La Resolución de la Secretaría General, en los casos en que establezca multas, deberá indicar el monto, la forma, oportunidad y lugar de pago. La multa será hasta un máximo del 10 por ciento del valor de los ingresos totales brutos del infractor, correspondiente al año anterior a la fecha del pronunciamiento definitivo.

De la ejecución de las medidas

Artículo 35.- La ejecución de las medidas cautelares o definitivas previstas en la presente Decisión, serán de responsabilidad de los gobiernos de los Países Miembros en donde tengan las empresas objeto de la medida, su principal centro de negocios en la Subregión o donde se sucedan los efectos de las prácticas denunciadas, conforme a su norma nacional.

El País Miembro ejecutor comunicará a la Secretaría General y, por su intermedio, a los demás Países Miembros y a los particulares que fuesen parte en el procedimiento, la ejecución de las medidas dispuestas en el marco de la presente Decisión.

CAPÍTULO V PROMOCION DE LA COMPETENCIA

Artículo 36.- En la adopción y aplicación de las políticas y medidas regulatorias de mercado, los Países Miembros no impedirán, entorpecerán ni distorsionarán la competencia en el mercado subregional. El Comité podrá elevar recomendaciones tendientes a eliminar, cuando corresponda, estos trámites y requisitos para promover el ejercicio de la libertad económica y la competencia.

Artículo 37.- Los Países Miembros establecerán mecanismos para procurar el perfeccionamiento de los instrumentos comunes y el fortalecimiento de las autoridades nacionales competentes en materia de libre competencia, mediante programas de intercambio de información y experiencias, de entrenamientos técnicos, y de recopilación de jurisprudencia y doctrina administrativa, relacionados con la defensa de la libre competencia.

CAPÍTULO VI COMITÉ ANDINO DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Artículo 38.- Se crea el Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia, el cual estará integrado por un representante de la autoridad nacional competente en materia de libre competencia de cada uno de los Países Miembros.

Artículo 39.- El Comité estará encargado de las funciones a que se refieren los artículos 6, 13, 21, 26, 27 y 36 de la presente Decisión.

Artículo 40.- Constituyen derechos y obligaciones de los miembros del Comité los siguientes:

- a) Actuar con independencia de criterio;
- b) Asistir a las reuniones del Comité a las que se les convoque;
- c) Participar en la elaboración de los informes técnicos que el Comité emita;
- d) Resguardar la confidencialidad de la información a la que tienen acceso en el desempeño de sus funciones;
- e) Abstenerse de divulgar la información contenida en el expediente;
- f) Emitir su opinión en las formas y plazos previstos en la presente Decisión;
- g) Abstenerse de conocer el expediente en caso de incurrir en causal de inhibición o recusación conforme a sus leyes nacionales; y,
- h) Abstenerse de trabajar para o asesorar a un agente económico investigado o con otro con el que se tenga vinculación accionaria u otra dentro del año siguiente a la investigación;

La vulneración de lo dispuesto en los literales anteriores generará responsabilidad funcional de acuerdo con la legislación interna del País Miembro cuyo organismo nacional represente el integrante del Comité.

Artículo 41.- El Comité estará presidido por el miembro cuyo país ejerza la Presidencia del Consejo Presidencial Andino. La rotación del cargo seguirá el orden de prelación establecido para dicho Consejo. La Secretaría Técnica del mismo estará a cargo de los funcionarios que al efecto designe la Secretaría General.

DISPOSICIONES FINALES

Artículo 42.- Los Países Miembros notificarán a la Secretaría General sus legislaciones nacionales en materia de libre competencia. Asimismo, notificarán las modificaciones o sustituciones a la misma.

Artículo 43.- Las infracciones a la libre competencia previstas en la presente Decisión prescriben en el plazo de tres (3) años de haberse realizado la conducta. En el caso de conductas continuadas, los tres años arriba citados, se empezarán a contar a partir del día siguiente a aquél en que cesó la conducta.

Artículo 44.- Una vez que la Secretaría General de la Comunidad Andina haya tenido conocimiento de una conducta denunciada o se dé inicio a una investigación, deberá realizarse un pronunciamiento dentro de los tres años siguientes, caso contrario se dará por terminada la actuación correspondiente.

Artículo 45.- Las normas sobre procedimientos administrativos contenidas en la presente Decisión se aplicarán con preferencia a las contenidas en la Decisión 425 que aprueba el Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General.

Artículo 46.- La presente Decisión sustituye a la Decisión 285 de la Comisión.

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA

Artículo 47.- Las disposiciones sobre libre competencia contenidas en otras Decisiones o Resoluciones se adecuarán a lo previsto en la presente Decisión.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Artículo 48.- Los Organismos Nacionales de Integración de los Países Miembros que cuenten a la fecha de la adopción de la presente norma con normativa interna sobre libre competencia acreditarán a los representantes titular y alterno al Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia en un plazo no mayor de tres (3) meses contados a partir de la entrada en vigencia de la presente Decisión.

Artículo 49.- Bolivia podrá aplicar lo dispuesto en la presente Decisión, en lo que resulte aplicable, para los casos que se presenten fuera del ámbito descrito en el artículo 5.

Artículo 50.- En un plazo máximo de tres (3) meses de la entrada en vigencia de la presente Decisión, Bolivia designará interinamente a la autoridad nacional que estará encargada de la ejecución de la presente Decisión.

Artículo 51.- Para Bolivia, Colombia, Perú y Venezuela, la presente Decisión entrará en vigencia a su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena; y, para Ecuador, a los dos años calendarios siguientes o, si antes de este último período se aprobase la ley nacional de competencia de este país, en la fecha de la publicación de dicha norma nacional en el Registro Oficial de Ecuador.
Dada en la ciudad de Lima, Perú, a los veintinueve días del mes de marzo del año dos mil cinco.

<http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D608.htm>

LA REFORMA DE LA NORMA DE COMPETENCIA EN LA COMUNIDAD ANDINA

Por/ Ramón García – Gallardo y M^a Dolores Domínguez Pérez*
e-mail: Dominguez.Perez@sjberwin.com

1. Introducción

El pasado día 29 de marzo de 2004, la Comisión de la Comunidad Andina de Naciones (en lo sucesivo “CAN”)¹ aprobó la Decisión n° 608² (en lo sucesivo “Decisión 608”) que recoge las nuevas normas comunitarias para la protección y promoción de la libre competencia en la sub-región andina, y que responde a la “*actual etapa del proceso de integración subregional, de apertura comercial y globalización*”³.

La aprobación de esta nueva norma es resultado de un Convenio de Cooperación firmado entre la Comunidad europea y la Secretaría General de la CAN⁴, que incluía entre sus objetivos la modificación de la actual norma de competencia⁵. Esta aprobación reviste gran importancia por cuanto en la Cumbre celebrada en Guadalajara en mayo de 2004 con ocasión de la Cumbre UE – Latinoamérica y Caribe, la Unión europea y la CAN acordaron que la celebración de un Acuerdo de Asociación, que incluye una zona de libre comercio, constituye su objetivo común estratégico, y es de esperar que en tal Acuerdo se incluya un capítulo relativo a competencia⁶.

El artículo 93 del actual Acuerdo de Cartagena⁷ establece que “*Antes del 31 de diciembre de 1971 la Comisión adoptará, a propuesta de la Secretaría General, las normas indispensables para prevenir o corregir las prácticas que puedan distorsionar la competencia dentro de la Subregión, tales como “dumping”, manipulaciones indebidas de los precios, maniobras destinadas a perturbar el abastecimiento normal de materias primas y otras de efecto equivalente*”.

La CAN dispone de organismos supranacionales, a diferencia de otras organizaciones regionales de integración en la zona, correspondiendo a la Secretaría General⁸ con sede en Lima (Perú) la aplicación de estas normas mediante la investigación administrativa de determinación de la responsabilidad, y sus Resoluciones pueden ser recurridas ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina con sede en Quito (Ecuador).

* Abogados españoles. SJ Berwin, Bruselas. SJ Berwin fue seleccionado por la Comisión europea para la prestación de Asistencia Técnica en el Proyecto de Armonización de las Reglas de Competencia en la Región Andina (ASR/B7-3110/IB/98/0099). Los autores agradecen los comentarios de Miguel Candela, Co-director del Proyecto.

¹ Los antecedentes de la Comunidad Andina se remontan al 26 de mayo de 1969, cuando seis países sudamericanos del área andina suscribieron el Acuerdo de Cartagena, también conocido como Pacto Andino, con el propósito de establecer una unión aduanera en un plazo de diez años. Los nuevos retos derivados de los cambios registrados en la economía mundial, plantearon la necesidad de introducir reformas en el Acuerdo de Cartagena, tanto de carácter institucional como programático, lo que se hizo por medio del Protocolo de Trujillo de 10 de marzo de 1996 y el Protocolo de Sucre, respectivamente. Las reformas institucionales crearon la Comunidad Andina y el Sistema Andino de Integración. Las reformas programáticas ampliaron el campo de la integración más allá de lo puramente comercial y económico. A partir del 1 de agosto de 1997 inició sus funciones la Comunidad Andina con una Secretaría General de carácter ejecutivo, cuya sede está en Lima (Perú). En la actualidad, tras la retirada de Chile en 1971, lo forman Bolivia, Perú, Ecuador, Colombia y Venezuela.

² Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena n° 1180 de 4 de abril de 2005.

³ Exposición de Motivos.

⁴ Convenio de financiación firmado el 5 de diciembre de 2000, para llevar a cabo el proyecto “Armonización de las reglas de competencia en la región andina” (ASR/B7-3110/IB/98/0099). Tal Convenio fue firmado de conformidad con el Acuerdo-Marco de Cooperación entre la Comunidad europea y el Acuerdo de Cartagena y sus países miembros, las Repúblicas de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela firmado en Copenhague con fecha de 23 de abril de 1993, y que entró en vigor en 1998. Este Acuerdo-Marco ha sido sustituido por nuevo Acuerdo de diálogo Político y de cooperación firmado en Roma el 15 de diciembre de 2003. El artículo 17 de este nuevo Acuerdo recoge la cooperación en el ámbito de la política de competencia, que “promoverá el establecimiento y la aplicación efectivos de normas de competencia, así como la divulgación de información a fin de fomentar la transparencia y la seguridad jurídica para las empresas que actúan en el mercado de la Comunidad Andina”.

⁵ Entre los otros objetivos cabe mencionar la adopción por parte de las autoridades de Bolivia y Ecuador su legislación sobre las reglas de competencia (de una manera armonizada con las reglas adoptadas a nivel regional) así como la adaptación de las normas nacionales de Colombia, Perú y Venezuela a la nueva norma de competencia regional.

⁶ Ver en este sentido el Título VII del Acuerdo de Asociación firmado con Chile en 2002. Asimismo, el Acuerdo de Asociación con MERCOSUR que está en plena negociación incluirá un capítulo relativo a competencia, que ya fue acordado con ocasión de la 12ª ronda de negociación celebrada en Buenos Aires en marzo de 2004.

⁷ Artículo 75 antes de la reforma introducida por el Protocolo de Trujillo.

⁸ Anteriormente denominada Junta del Acuerdo de Cartagena. De acuerdo con la nueva estructura institucional de la Comunidad Andina la Junta fue sustituida por una Secretaría General que tiene poderes ejecutivos y de proposición, todo ello en concordancia con el Protocolo Modificatorio de Trujillo en el Acuerdo de Cartagena.

Sobre esta base, la Comisión del Acuerdo de Cartagena aprobó en diciembre del año 1971 la Decisión n° 45, titulada “*Normas para prevenir o corregir las prácticas que puedan distorsionar la competencia dentro de la Subregión*”. Tal Decisión incluyó una lista no exhaustiva de prácticas restrictivas del comercio, señalando con especial importancia al fenómeno dumping. Posteriormente, en diciembre de 1987 se aprobó la Decisión n° 230⁹ titulada “*Normas para prevenir o corregir las prácticas que puedan distorsionar la competencia dentro de la Subregión. Sustitución de la Decisión 45*”. Tal norma establece por primera vez la necesidad de establecer una “*relación de causalidad entre las prácticas que distorsionan la competencia y el perjuicio grave o amenaza de perjuicio grave derivado de las mismas, como requisito para la aplicación de las medidas correctivas*”¹⁰. La Decisión en su artículo 1 recoge la lista de prácticas enunciadas en el Artículo 93 del Acuerdo de Cartagena (dumping, las manipulaciones indebidas de precios, las maniobras destinadas a perturbar el establecimiento normal de materias primas y otras medidas de efecto equivalente). Tal Decisión como su precedente, da un tratamiento genérico a las restricciones al comercio, sin regular de manera específica, las conductas diferentes al dumping.

Finalmente, el 21 de marzo del año 1991, se aprobó la actual norma, la Decisión n° 285¹¹ titulada “*Normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas restrictivas de la libre competencia*” (en lo sucesivo “*Decisión 285*”). Al mismo tiempo, se aprobaron las Decisiones n° 283 y 284. Con estas tres normas, se castiga por primera vez de manera separada a dumping y subsidios¹², restricciones impuestas a las exportaciones por los gobiernos de los países miembros¹³ y conductas restrictivas de la libre competencia, éstas últimas mediante la Decisión 285.

La necesidad de modificar la Decisión 285 no era nueva, sino que ya estaba en proceso de revisión y existía ya un proyecto de Decisión que modificaría a la Decisión 285, ante las deficiencias y lagunas de la citada norma. Sin embargo, esta norma no había sido aprobada por cuanto los Países miembros esperaban la aprobación previa del Arancel Externo Común aplicable a los cinco países.

Hasta el presente solo se han dado dos casos aplicando las normas comunitarias en 1996¹⁴ y 1997¹⁵, y en otros dos casos no se inició investigación¹⁶, aunque recientemente se ha iniciado otra investigación en el año 2005¹⁷, cuyo resultado se espera próximamente.

2. La nueva norma de competencia: la Decisión 608.

Como se ha señalado, la Decisión 285 ha sido sustituida por la Decisión 608, y es de aplicación desde su publicación el pasado 4 de abril de 2005¹⁸.

⁹ Gaceta Oficial Año IV - Número 26, de 18 de diciembre de 1987.

¹⁰ Considerando 4° de la Decisión n° 230.

¹¹ Gaceta Oficial Año VIII - Número 80, de 4 de abril de 1991.

¹² Decisión n° 283 de marzo de 1991 (Gaceta Oficial Año VIII - Número 80, de 4 de abril de 1991), titulada “*Normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas de dumping o subsidios*”.

¹³ Decisión n° 284 de marzo de 1991 (Gaceta Oficial Año VIII - Número 80, de 4 de abril de 1991), titulada “*Normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por restricciones a las exportaciones*”.

¹⁴ Resolución n° 420 de la Junta del Acuerdo de Cartagena de 1 de agosto de 1996 (Gaceta Oficial Año XII - Número 219, 9 de agosto de 1996), Investigación solicitada por la empresa Imezucar, por supuestas prácticas restrictivas de la libre competencia, y en concreto a las prácticas concertadas por parte de centrales azucareras venezolanas, conjuntamente con centrales colombianas.

¹⁵ Resolución n° 11 de la Secretaría General de 9 de septiembre de 1997 (Gaceta Oficial Año XIV - Número 294, 11 de setiembre de 1997), Investigación solicitada por la empresa Polipropileno del Ecuador, Cía. Ltda.. (BOPP), sobre supuestas prácticas restrictivas de la libre competencia, y en concreto al abuso de posición dominante en el mercado subregional de resina de polipropileno, en perjuicio de las exportaciones ecuatorianas de película de polipropileno.

¹⁶ Resolución n° 326 de la Junta del Acuerdo de Cartagena de 15 de octubre de 1992 (Gaceta Oficial Año IX - Número 116, 20 de octubre de 1992) sobre la solicitud de Colombia para la aplicación de la Decisión 285 a las prácticas de la empresa Pequiven de Venezuela y Resolución n° 389 de la Secretaría General de 8 de mayo de 2000 (Gaceta Oficial Año XVI - Número 562, de 9 de mayo de 2000), por la cual se declara la improcedencia de la solicitud de inicio de investigación, por supuestas distorsiones en la competencia generadas por prácticas restrictivas a la libre competencia, interpuesta por el Gobierno de Bolivia.

¹⁷ Resolución n° 892 de la Secretaría General de 14 de enero de 2005 (Gaceta Oficial Año XXII - Número 1159, de 18 de enero de 2005). Solicitud de la Confederación Nacional de Palmicultores y Empresas de Palma Aceitera del Perú y de las empresas Industrial del Espino S.A., Industrial Alpamayo S.A., Alicorp S.A. y Ucisa S.A. “... sobre aplicación de medidas para corregir perjuicios causados por prácticas restrictivas a la libre competencia”, presentada al amparo de la Decisión 285. Tal caso se refiere a la supuesta fijación de los precios de venta de los aceites crudos de palma y palmiste en Colombia, mediante la utilización de los mecanismos del Fondo de Estabilización de Precios para el Palmiste, Aceite de Palma y sus Fracciones.

¹⁸ En el caso de Ecuador, la Decisión 608 entrará en vigor una vez que la ley nacional de competencia haya sido aprobada, y como muy tarde el 4 abril de 2007. No obstante, durante este período transitorio cualquier afectado en Ecuador podrá denunciar

Como se ha afirmado, la Decisión 285 supuso un avance notable por cuanto se sanciona por primera vez con una norma específica las conductas restrictivas de la competencia. Sin embargo, la Decisión 285 contenía una serie de deficiencias, como los requisitos exigidos para poder sancionar una conducta restrictiva, el tipo de medidas que podían ser impuestas, que eran de tipo comercial. Tales deficiencias han sido subsanadas por la nueva Decisión 608.

La nueva norma establece como objetivo final “la protección y promoción de la libre competencia en el ámbito de la Comunidad Andina, buscando la eficiencia en los mercados y el bienestar de los consumidores”. Para responder a este objetivo la Decisión contiene normas relativas a la protección de la libre competencia, sancionando las conductas restrictivas de la libre competencia. Por su parte, respecto a la promoción de la libre competencia, la Decisión 608 introduce unos principios de aplicación a los países miembros, que en cierto sentido recuerdan al principio de lealtad recogido en el artículo 10 del Tratado CE. Los países miembros a la hora de adoptar y aplicar políticas y medidas regulatorias de mercado, no deben impedir, entorpecer ni distorsionar la competencia en el mercado subregional y deberán establecer mecanismos para procurar el perfeccionamiento de los instrumentos comunes y el fortalecimiento de las autoridades nacionales.

Asimismo, el nuevo Comité Andino para la Defensa de la Libre Competencia podrá elevar recomendaciones tendientes a promover el ejercicio de la libertad económica y la competencia.

Este principio de promoción de la libre competencia aunque no recogido en la Decisión 285 no era extraño en el ordenamiento jurídico comunitario, aunque estaba articulado de una manera distinta. Cabe recordar que la Decisión 323 de agosto de 1992 creó una Comisión de Alto Nivel de Competencia¹⁹, compuesta por representantes tanto de la Comunidad Andina, de la Secretaría General, y de los países miembros, que se encargaba de identificar los productos o sectores cuya producción o comercio intrasubregional podrían verse perjudicados por prácticas que distorsionasen la competencia. Para ello la Comisión propiciaba que los Gobiernos o empresas donde se originan las prácticas que distorsionen la competencia asumiesen compromisos conducentes a eliminarlas o atenuar sus efectos. De no llegarse a una solución concertada en el término de quince días, la Secretaría General sumariamente autorizaba al País Miembro afectado, a adoptar las medidas compensatorias requeridas para corregir las distorsiones derivadas de las prácticas desleales.

En las secciones posteriores se hará un breve análisis del marco institucional, el ámbito de aplicación y el procedimiento.

2.1 Marco Institucional.

En primer lugar, la nueva Decisión 608 se adecua a la nueva estructura institucional del Acuerdo de Cartagena, al hacer referencia a la Secretaría General. La Decisión 285 hacía referencia a la antigua estructura, y en particular, a la Junta.

En segundo lugar, contempla la creación de un Comité Andino de Defensa de Libre Competencia (“CADLC”), el cual estará integrado por un representante de la autoridad nacional competente en materia de libre competencia de cada uno de los países andinos. Dicho Comité tendrá un papel consultivo y emitirá recomendaciones.

2.2 Ámbito de aplicación.

(a) Ámbito de aplicación territorial

Al igual que la normativa comunitaria, y en concreto, los artículos 81 y 82 del Tratado CE, la Decisión 608 para su aplicación exige que la conducta tenga efectos en la Sub-región.

Como el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina había afirmado: *“la norma comunitaria se abstiene de colocar bajo su jurisdicción una conducta, que aunque pudiera ser calificada como restrictiva de la libre competencia y realizada por una empresa situada en uno de los Países miembros, no llega a trascender en sus efectos nocivos a otro u otros de ellos. Y expresamente, también, la norma objeto de interpretación, al*

cualquier conducta que entre en el ámbito de aplicación de la Decisión 608 si las conductas tienen origen en los otros países de la CAN.

¹⁹ Decisión n° 323 de 25 de agosto de 1992 (Gaceta Oficial Año IX - Número 114, de 27 de agosto de 1992).

considerar que esta conducta empresarial es incapaz de traspasar el ámbito del mercado nacional y por tanto, sin efectos en el comunitario, la cataloga como subordinada a “la legislación nacional respectiva”²⁰.

La Decisión establece unos criterios para considerar si la misma es de aplicación:

- conductas realizadas fuera de la Comunidad Andina: los efectos deben producirse en dos o más Países miembros.
- conductas realizadas dentro de la Comunidad Andina, se excluyen aquellas conductas que tengan origen y efectos en un único país. Para que la norma comunitaria sea aplicable es posible que la conducta tenga origen en uno o más países miembros y que los efectos se produzcan en uno o más países miembros.

Aquellas conductas que no entren en el ámbito de aplicación quedan sometidas a las legislaciones nacionales²¹. La única excepción a este principio es Bolivia, que en ausencia de legislación en la materia, podrá aplicar la Decisión 608 a conductas que solo tienen efectos en el ámbito nacional²². No existe una disposición similar para el caso de Ecuador que tampoco dispone en este momento de legislación en la materia²³.

(b) Ámbito de aplicación subjetiva

La Decisión 285 hacía referencia en su artículo 3 a las “empresas” como ámbito de aplicación subjetiva de la norma. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina había interpretado que éstas son tanto públicas como privadas: “los agentes económicos que participan en el mercado realizando actividades económicas, sobre bienes o servicios de quienes puede predicarse que llevan a cabo las referidas prácticas, entendiéndose por “empresas” no sólo las de carácter privado sino también por supuesto las públicas u oficiales (empresas industriales y comerciales del Estado y empresas de economía mixta). De lo anterior se sigue que no podrían ser objeto de calificación como prácticas restrictivas al derecho a la libre competencia las acciones que el Estado realiza por medio de sus órganos o funcionarios tendientes a desarrollar funciones de regulación o, en general, a cumplir con su función de intervención en la economía”²⁴.

El artículo 1 de la Decisión 608 define a los “agentes económicos” como “toda persona natural o jurídica, de derecho público o privado, con o sin fines de lucro, que oferta o demanda bienes materiales o inmateriales o servicios en el mercado, así como los gremios o asociaciones que los agrupan”. Esta definición, si bien se asemeja a la definición retenida en Derecho europeo, es más amplia, pues no sólo cubre la oferta de bienes o servicios sino la simple demanda, aspecto rechazado por la jurisprudencia comunitaria²⁵.

Asimismo, tampoco entrarían en el ámbito de aplicación, aquellas conductas que son impuestas por la normativa de uno de los países miembros²⁶.

(c) Ámbito de aplicación objetiva

La Decisión 608, como la Decisión 285, tiene como referencia a los artículos 81 y 82 del Tratado CE. En este sentido, se sancionan como conductas restrictivas de la competencia, tanto los acuerdos anticompetitivos como

²⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de 13 de noviembre de 2002. Proceso 87-IP-2002. Interpretación prejudicial de los artículos 1, 2, 4 literal a) y 5 literales a) y d) de la Decisión n° 285; 1, 2, 17 y 18 de la Decisión n° 439; 28, 29 y 34 de la Decisión n° 462 de la Comisión de la Comunidad Andina, así como los artículos 4, 5 y 6 de la Resolución n° 432 expedida por la Secretaría General de la misma Comunidad, solicitada por la Sala Plena de la Honorable Corte Suprema de Justicia de la República de Bolivia. Expediente Interno n° 160/2001, Contencioso Administrativo. Telefonía Celular de Bolivia S.A. – Telecel contra Superintendente General del Sistema de Regulación Sectorial, SIRESE.

²¹ Colombia, Perú y Venezuela disponen de normas de competencia desde inicios de la década de los años 90. Estos países disponen de una autoridad independiente en materia de competencia y sus decisiones pueden ser recurridas en sede judicial. Las autoridades son Superintendencia de Industria y Comercio, en el caso de Colombia, INDECOPI, en el caso de Perú y Precompetencia en el caso de Venezuela.

²² En Bolivia, actualmente la normativa de competencia está limitada al sector de las telecomunicaciones, electricidad, hidrocarburos, transportes y aguas (Titulo V Disposiciones Antimonopólicas de Defensa de la Competencia de la Ley 1600 de 28 de octubre de 2000, Ley SIRESE).

²³ En Ecuador no existe norma de competencia, aunque existe un borrador de norma.

²⁴ Proceso 87-IP-2002, antes mencionado. Proceso 87-IP-2002.

²⁵ El Tribunal de Primera Instancia en la sentencia de 4 de marzo de 2003, Fenin c. Comisión, T-319/99, ha afirmado en sus considerandos 36 y 37 que lo que caracteriza el concepto de actividad económica es la acción de ofrecer bienes o servicios en un mercado determinado y no la actividad de compra en cuanto tal.

²⁶ Ver Resolución n° 326, antes mencionada.

los abusos de posición dominante. Al igual que la Decisión 285, la Decisión 608 no contiene un sistema regional de control de concentraciones, guardando las autoridades nacionales plena jurisdicción en la materia²⁷.

(c.1) Acuerdos anticompetitivos

En primer lugar se sancionan aquellos acuerdos que son definidos como “*contrato, convenio, arreglo, combinación, decisión, recomendación, coordinación, concertación u otros de efectos equivalentes realizados entre agentes económicos o las entidades que los agrupan*”²⁸, quedando excluidos los “acuerdos intergubernamentales de carácter multilateral”. A diferencia de la Decisión 608, la Decisión 285 hacía referencia directa a “los acuerdos, actuaciones paralelas o prácticas concertadas”.

En segundo lugar, para que tales acuerdos sean sancionables éstos deben tener como propósito o efecto: fijar directa o indirectamente los precios u otras condiciones de comercialización; restringir la oferta o demanda de bienes o servicios; repartir el mercado de bienes o servicios; impedir o dificultar el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado o establecer, concertar o coordinar posturas, abstenciones o resultados en licitaciones, concursos o subastas públicas. Tal lista, en principio no exhaustiva, guarda similitudes con la de la Decisión 285²⁹.

En este segundo aspecto, la Decisión 608 introduce más modificaciones. Por una parte, desaparece de la definición que los acuerdos tengan como efecto “*restringir, impedir o falsear la competencia*”. Por otra parte, el nuevo artículo 7 se acerca más al artículo 81 del Tratado CE por cuanto se sancionan los acuerdos que tengan “objeto”, o como dice el artículo 7, “propósito” o “efecto”. Tal modificación es de vital importancia, por cuanto la Decisión 285 se limitaba a aquellos acuerdos que tuvieran un efecto anticompetitivo.

La ausencia de conductas prohibidas “per se” era una de las principales críticas a la Decisión 285, puesto que solo se podía reprimir en la medida en que se causara un perjuicio a la industria.

Asimismo, los requisitos que debían cumplirse para probar la existencia de prácticas comerciales restrictivas hacían difícil la aplicación de la Decisión 285, puesto que para concluir la existencia de una práctica restrictiva era necesario de acuerdo con el artículo 12 demostrar: (a) las prácticas restrictivas de la libre competencia; (b) amenaza de perjuicio o el perjuicio³⁰; (c) la relación de causalidad entre las prácticas y el perjuicio o amenaza del perjuicio³¹. Estos tres elementos de prueba eran cumulativos, y como la Secretaría General ha afirmado “*es necesario disponer de pruebas positivas respecto de los tres elementos antes citados, a fin de que la Secretaría General pueda autorizar la aplicación de medidas correctivas para eliminar o atenuar las eventuales distorsiones generadas*”³².

La Decisión 285 daba, por último, criterios en el artículo 13 para determinar la existencia de amenaza de perjuicio o el perjuicio y la relación de causalidad³³.

²⁷ En este sentido tanto en Venezuela, Colombia como Perú (aunque limitado a las operaciones en el sector eléctrico en este caso) se regula el control de concentraciones.

²⁸ La noción de acuerdo tal como ha sido interpretado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina coincide con la interpretación de acuerdo en el artículo 81 CE (Sentencia de 13 de noviembre de 2002 antes citada).

²⁹ El artículo 4 mencionaba a: (a) La manipulación indebida o fijación directa o indirecta de precios u otras condiciones de comercialización, en términos discriminatorios con relación a los que hubieran prevalecido en operaciones comerciales normales; (b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones. Asimismo, las limitaciones o prohibiciones de exportar, importar o competir; (c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento, en especial las maniobras destinadas a perturbar el abastecimiento normal de materias primas; (d) La aplicación en las relaciones comerciales, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros; (e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos.

³⁰ De acuerdo con el artículo 2 se entiende dentro de la amenaza de perjuicio, el retraso sensible para la creación de una producción.

³¹ Respecto a este tercer criterio, la Secretaría General ha interpretado que debe haber evidencias de que el perjuicio se ha originado exclusiva o principalmente de una supuesta práctica restrictiva (Resolución n° 420 antes indicada).

³² Resolución n° 11, antes mencionada.

³³ La determinación de la existencia de la amenaza de perjuicio o del perjuicio y de la relación de causalidad con las prácticas restrictivas de la libre competencia, podrá basarse, entre otros, en el examen de: (a) el volumen de comercio de los productos objeto de las prácticas, particularmente para determinar si se ha modificado de manera significativa, tanto en términos absolutos como en relación con la producción y consumo del País Miembro afectado; (b) los precios de los productos o servicios objeto de las prácticas, en particular para determinar si son considerablemente diferentes a los precios de los productos o servicios similares en ausencia de las prácticas; y, (c) los efectos que resulten sobre la producción o exportaciones afectadas por las prácticas, según se deduzca de las tendencias reales o virtuales de los factores económicos pertinentes, tales como: producción, ventas domésticas, exportación, distribución, participación en los mercados, utilización de la capacidad instalada, empleo, existencias y beneficios.

Ello contrasta con la situación en otros ordenamientos jurídicos, y entre ellos el de la Unión europea. Cabe señalarse, que en el caso de los acuerdos anticompetitivos, el artículo 81 sanciona aquellos acuerdos que tengan por objeto o efecto la distorsión, falseamiento de la competencia. De acuerdo con la jurisprudencia clásica del Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas, cuando un acuerdo tiene por “objeto” restringir la competencia no es necesario demostrar ni la intención de las partes de restringir la competencia o los efectos contrarios a la competencia para establecer la existencia de una infracción³⁴, por lo que no es necesario esperar a observarlos. La jurisprudencia comunitaria ha considerado que los siguientes acuerdos tienen, per se, el objeto de restringir la competencia: acuerdos horizontales de fijación de precios, repartición de mercados, limitación de producción o ventas, intercambio de información; y acuerdos verticales por los que se imponen prohibiciones de exportar, o de fijación de precios mínimos de reventa. Acuerdos de este tipo son infracciones per se del artículo 81.1, salvando siempre la reglas de minimis y la necesidad de establecer un efecto en el comercio entre Estados miembros.

Como la OCDE señala³⁵, la mayoría de los regímenes jurídicos no exigen la prueba de daño como elemento para la persecución de este tipo de cárteles para considerar la existencia de responsabilidad. Asimismo, es difícil calcular el daño.

En la investigación recientemente abierta por la Secretaría General³⁶ los denunciantes han remarcado este problema, y al tener que aportar las evidencias que permitan presumir la existencia de perjuicios ocasionados han manifestado que “... en el Derecho de la Competencia las concertaciones de precios se consideran per se anticompetitivas (...). La sola fijación concertada del precio supone en sí misma una grave vulneración al proceso competitivo y al bienestar social, en la medida en que significa una traición a la confianza de los agentes económicos en que los precios sean el resultado del libre juego entre la oferta y la demanda, presupuesto esencial de nuestras economías de mercado”, considerando además que “tal constatación debería ser suficiente para determinar el perjuicio al proceso competitivo y al bienestar social de la Comunidad Andina”.

(c.2) Abuso de posición dominante

La Decisión 608 como la 285 prohíbe el abuso de posición dominante³⁷. La posición dominante viene definida como aquella situación cuando uno o más agentes económicos puedan “restringir, afectar o distorsionar, en forma sustancial, las condiciones de la oferta o demanda en dicho mercado, sin que los demás agentes económicos competidores o no, potenciales o reales, o los consumidores puedan, en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad”, tal definición es diferente de la recogida en la Decisión 285³⁸.

Por su parte, el artículo 8, recoge una lista de conductas que se presumen que son abuso de posición dominante³⁹: fijación de precios predatorios; fijación, imposición o establecimiento injustificado de la distribución exclusiva de bienes o servicios; la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de

³⁴ Consten and Grundig c. Comisión. Asunto 56 y 58/64 [1966] Rec. 299 p. 342

³⁵ “Report on the nature and impact of hard core cartels and sanctions against cartels under national competition laws”. DAFEE/COM(2002)7. Abril 2002.

³⁶ Resolución nº 892 antes mencionada.

³⁷ El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ya ha tenido la ocasión de señalar en relación con la Decisión 285 que “el artículo 5 no define la posición de dominio, ni tampoco la prohíbe, se limita a reprimir el abuso que de ella pudiera hacerse y a definir, proscribiéndolos, los distintos mecanismos susceptibles de ser empleados para materializarlo. Resulta claro, entonces, que lo reprimible no es la existencia de una posición dominante alcanzada por una empresa sino la explotación abusiva de la misma en detrimento de la competencia, lo cual afecta el interés de los consumidores”. En la misma sentencia, el Tribunal viene a definir abuso como “la acción individual de un empresario que en virtud de haber alcanzado tal posición en el mercado, la utiliza indebidamente en detrimento de sus competidores” (Sentencia de 13 de noviembre de 2002 antes citada).

³⁸ El artículo 3 indicaba que “una o varias empresas gozan de posición de dominio cuando pueden actuar en forma independiente, sin tener en cuenta a sus competidores, compradores o proveedores debido a factores tales como la participación significativa de las empresas en los mercados respectivos, las características de la oferta y la demanda de los productos, el desarrollo tecnológico de los productos involucrados, el acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministros, así como a redes de distribución”.

³⁹ La Decisión 285 recogía entre otros: (a) La manipulación indebida o imposición directa o indirecta de precios u otras condiciones de comercialización, en términos discriminatorios con relación a los que hubieran prevalecido en operaciones comerciales normales; (b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones. Asimismo, las limitaciones o prohibiciones de exportar, importar o competir; (c) La negativa injustificada de satisfacer las demandas de compra de productos, entre otros, el no abastecimiento de insumos a empresas con las que se compite por el mercado del producto final; (d) La aplicación en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros; y (e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos.

prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos; la adopción de condiciones desiguales con relación a terceros contratantes de situación análoga, en el caso de prestaciones u operaciones equivalentes, colocándolos en desventaja competitiva; la negativa injustificada a satisfacer demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación, de productos o servicios, a impedir su prestación o adquisición, o a no vender materias primas o insumos, o prestar servicios a otros; y conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a la eficiencia económica.

(d) Procedimiento

El procedimiento se inicia mediante una “solicitud”⁴⁰ que puede ser presentada por las autoridades nacionales, personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, organizaciones de consumidores u otras entidades. En este sentido se aclara que las investigaciones pueden ser iniciadas de oficio⁴¹, y se amplía el abanico de personas que pueden presentar tal solicitud⁴².

La Decisión 608 establece por primera vez un principio de prescripción de tres años para las conductas, desde el momento de su realización.

Si la solicitud es admisible⁴³ la Secretaría General dispone de 15 días hábiles para pronunciarse respecto del inicio de la investigación mediante Resolución⁴⁴ que se publica en la Gaceta Oficial y notificada a las partes afectadas, a las autoridades nacionales y miembros del CADLC. Si la solicitud es inadmisibles será archivada.

El período de investigación, que se inicia desde la publicación de la Resolución hasta la Decisión final, tiene una duración máxima de 215 días hábiles. La Decisión alarga notablemente el período de investigación, puesto que previamente era de dos meses que podían ser prorrogados por dos más.

La Decisión 608 también establece un principio de caducidad, puesto que si han transcurrido más de tres años desde el inicio de la investigación o desde que se ha tenido conocimiento de la conducta, y no hay pronunciamiento, se dará por terminada la actuación correspondiente.

La investigación puede dividirse en las siguientes fases:

(i) Preparación de la investigación.

Una vez publicada la Resolución la Secretaría General solicita en un plazo de 5 días hábiles a las autoridades nacionales afectadas (donde tenga el origen o realicen sus actividades las empresas identificadas, tengan lugar los efectos o tengan su residencia los solicitantes) la realización de las investigaciones necesarias.

Remitida la solicitud la Secretaría General y las autoridades nacionales elaboran un Plan de Investigación en el plazo de 15 días hábiles. Tal Plan incluye entre otros: acciones a ser tomadas, cronograma sugerido, agentes económicos a los cuales estarán dirigidas tales acciones, los elementos y características de la conducta, información sobre bienes o servicios y área geográfica afectados. Tal Plan se notifica posteriormente a las partes interesadas.

⁴⁰ Tal solicitud debe incluir, de conformidad con el artículo 11, la siguiente información: (a) identificación del solicitante; (b) descripción de la conducta y duración estimada o inminencia; (c) relación de involucrados en la conducta; (d) identificación de los involucrados; (e) características de los bienes o servicios objeto de denuncia así como las de los afectados; (f) elementos de prueba a disposición.

⁴¹ Existían dudas si el procedimiento podía ser iniciado de oficio por la Secretaría General, por cuanto el artículo 93 del Acuerdo de Cartagena establece que “corresponderá a la Secretaría General velar por la aplicación de dichas normas en los casos particulares que se denuncien” (vid. CARDENAS, Manuel José, “Legislación sobre la competencia en el Acuerdo de Cartagena, ponencia presentada en el Seminario sobre Políticas de Competencia y Comercio Exterior, celebrado en Santa Fé, Bogotá, 16-17 junio de 1994; TINEO, Luis, “Políticas de competencia en la construcción del área de libre comercio de las Américas”). Sin embargo, también se ha interpretado que la Secretaría General es el “guardián del Acuerdo” y que por lo tanto, sobre la base del artículo 30 que enuncia las funciones de la Secretaría General como la de “velar por la aplicación de este Acuerdo y por el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina”, la Secretaría General puede iniciar investigaciones de oficio. El artículo 93 vendría simplemente a incluir como posibilidad que las investigaciones pudieran iniciarse a instancia de parte (vid. IBARRA PARDO, Gabriel, en “Regímenes de competencia y Políticas de competencia en América Latina, con especial referencia al Grupo Andino”).

⁴² La Decisión 285 lo circunscribía a las autoridades nacionales y a las empresas que tuvieran interés legítimo, en la medida en que lo permitan las legislaciones nacionales

⁴³ La Secretaría General dispone de 15 días para analizar si las conductas denunciadas entran en el ámbito de aplicación territorial, se inscriben dentro de la prohibición de acuerdos o de abuso de posición dominante, no han prescrito al haber transcurrido tres años desde haberse realizado la conducta y se ha incluido toda la información recogida en el artículo 11 referida a la solicitud.

⁴⁴ Tal Resolución incluye datos sobre la conducta objeto de investigación (características, mercados afectados, duración, partes, elementos de prueba presentados...), plazos para presentación de información, alegaciones y pruebas; identificación de las autoridades nacionales que colaborarán en la investigación.

(ii) Realización de la investigación.

Una vez aprobado el Plan de Investigación se inicia la fase probatoria o de investigación que tiene una duración máxima de 135 días hábiles. En esta fase existen dos etapas en la investigación, durante las cuales, las partes afectadas podrán tener acceso al expediente, siempre que la información no sea confidencial. Por el contrario, las autoridades nacionales solo tendrán acceso al expediente durante la primera fase de investigación.

Durante una primera fase de investigación que tiene una duración máxima de 90 días, las labores de investigación serán llevadas a cabo tanto por las autoridades nacionales como por la Secretaría General que estarán coordinadas en todo momento.

Los poderes de investigación de las autoridades nacionales y la Secretaría General se concretan en: solicitud de documentos; citaciones e interrogaciones a los agentes económicos sometidos a investigación; realización de inspecciones en los locales para examinar libros, procesos productivos, tomar declaraciones, hacer copia de documentos...

La Decisión 608 amplía los poderes de investigación de la Secretaría General puesto que la Decisión 285 solo reconocía a la Secretaría General la posibilidad de “pedir y acopiar pruebas e informaciones”.

En el caso de las autoridades nacionales, la legislación nacional determinará el procedimiento a aplicar, facultades de la autoridad, pruebas y demás actuaciones. No obstante, la aplicación de la legislación nacional debe respetar los siguientes principios: no discriminación, transparencia, y debido proceso.

Las autoridades nacionales pueden intercambiar entre ellas la información a través de la Secretaría General que debe asegurar en todo momento el respeto a la confidencialidad de la información⁴⁵.

Durante esta primera fase de investigación, las empresas afectadas podrán presentar sus alegaciones. Una vez concluidas las investigaciones, las autoridades nacionales remiten a la Secretaría General todos los resultados de la investigación (documentos, informes, estudios, pruebas...).

Concluida esta primera fase de investigación, la Secretaría General dispone de un plazo de 45 días hábiles para analizar la información y si lo considera necesario, puede solicitar información adicional tanto a las autoridades nacionales, partes involucradas o sus gobiernos.

Por último, cabe señalar que durante las dos fases de investigación, la Secretaría General, de oficio o a solicitud de parte, puede conceder a las partes la posibilidad de hacer alegaciones en una audiencia pública, aunque no existe obligación de asistir. Posteriormente, se pueden presentar alegaciones por escrito.

(iii) Informe sobre los resultados de la investigación

Una vez finalizadas estas dos fases de la investigación, la Secretaría General elabora en un plazo de diez días hábiles un Informe que recoge todos los resultados de la investigación. Este Informe es remitido a los miembros del CADLC, a las autoridades nacionales que han participado en la elaboración del Plan de Investigación y a las partes interesadas. Las partes podrán presentar sus alegaciones en un plazo de 15 días hábiles, que posteriormente serán remitidas a los miembros de la CADLC.

(iv) Informe técnico del CADLC

El Informe sobre los resultados técnicos de la investigación así como las alegaciones presentadas por las partes interesadas son analizados por el CADLC. Para ello, la Secretaría General convoca al CADLC en un plazo de 5 días hábiles tras la remisión del Informe. La reunión del CADLC tiene que tener lugar en los siguientes 20 días hábiles y el informe debe ser presentado en el plazo de 30 días desde la convocatoria. Si el informe técnico no es presentado en plazo, se entiende que el CADLC está de acuerdo con el Informe de la Secretaría General.

Los miembros de la CADLC tendrán acceso al expediente para la elaboración de tal Informe técnico.

(v) Decisión final.

La Decisión final es adoptada por la Secretaría General en el plazo de 10 días hábiles tras el plazo para que el CADLC se pronuncie. Si la Secretaría General se apartase de las conclusiones y recomendaciones del informe del CADLC deberá los motivos para ello.

La Decisión final puede imponer, el cese inmediato de la conducta restrictiva y alguna de las siguientes medidas: correctivas (como el cese de la práctica en un plazo determinado, la imposición de condiciones u

⁴⁵ Información confidencial es toda aquella información que por su naturaleza deba recibir tal tratamiento. En particular, será confidencial aquella información que: (i) una parte lo solicite, lo justifique adecuadamente, y aportando resumen no confidencial de la misma; (ii) las autoridades nacionales hayan otorgado tal carácter de acuerdo con la legislación nacional. El carácter confidencial cesará en el momento en que lo solicite la parte interesada.

obligaciones determinadas o multas) y/o sancionatorias. Las multas pueden tener como importe máximo un 10% de los ingresos totales brutos del infractor en el año anterior a la fecha de la Resolución final⁴⁶.

Sin duda este es uno de los aspectos más novedosos de la Decisión 608 por cuanto la Decisión 285 no permitía a la Secretaría General la imposición de sanciones a los infractores. La Secretaría General además de declarar la prohibición cuando determine la existencia de prácticas prohibidas, solo podía autorizar al gobierno del país, al que pertenece la industria afectada, reducir los aranceles a las importaciones de terceros países, respecto del bien objeto de la práctica. En otras palabras, solo se podían adoptar medidas de carácter comercial, y no se podían imponer sanciones pecuniarias.

Este aspecto era uno de los elementos más criticados de la Decisión 285, y se afirmaba que desde una óptica global, era esencial distinguir entre el derecho “anti-trust” y “anti-dumping”, sobre todo a efectos de una regulación de este estilo. El hecho de que la Decisión 285 permitía que, ante una práctica anticompetitiva, los Países miembros pudieran reaccionar con la imposición de aranceles preferenciales para los productos afectados, restaba coherencia y transparencia a esta normativa⁴⁷.

Alternativamente, la Decisión 608 recoge la posibilidad de terminación convencional del procedimiento. Esta posibilidad no es nueva por cuanto ya se recogía en la Decisión 285⁴⁸. Para ello, la parte interesada debe presentar en el plazo de 20 días hábiles tras la publicación de la Resolución de inicio de la investigación se compromete voluntariamente a cesar la conducta objeto de investigación. Este plazo coincide con la fecha máxima para la preparación del Plan de Investigación y la investigación en sí todavía no ha comenzado.

Recibido tal compromiso, la Secretaría General convoca al CADLC para que se pronuncie en el plazo de 10 días hábiles. En caso de que la CADLC no se pronuncie al respecto, la Secretaría General adoptará una Resolución motivada. En caso de que acepte los compromisos, la investigación se concluye y no se imponen medidas y las autoridades nacionales remiten a la Secretaría General el expediente de lo actuado. En la Resolución se debe indicar los compromisos contraídos, plazos y demás condiciones. No obstante, existe una obligación de información, y trimestralmente se tendrá que informar a la Secretaría General que le permite verificar el cumplimiento de los compromisos. En caso de incumplimiento, tanto de la obligación de ejecución de los compromisos como de la información trimestral, la Secretaría General reiniciará la investigación mediante Resolución motivada, y aplicará medidas cautelares. Asimismo, estos compromisos pueden ser revisados, a solicitud de la empresa comprometida, si las condiciones del mercado relevante se ven alteradas.

Por el contrario, en caso de que no se acepten los compromisos la investigación continuará.

Asimismo, la Decisión 608 recoge la posibilidad de que la Secretaría General, bien de oficio, previa opinión motivada de la autoridad nacional de competencia del país en donde la medida deba ser aplicada, o bien a solicitud de la denunciante, imponga medidas cautelares, como la suspensión provisional de la conducta en cuestión, en cualquier momento de la investigación. Para la imposición de tales medidas habrá que demostrar un interés legítimo, y la inminencia del daño o de un perjuicio irreparable o de difícil reparación. Se podrá exigir la presentación de una caución, contracautela o garantía para el otorgamiento de dichas medidas. A diferencia, la Decisión 285 solo permitía a la Secretaría General, cuando la amenaza de perjuicio o perjuicio fuese evidente, dirigir recomendaciones tendientes a hacer cesar la práctica⁴⁹.

3. Valoración general

La adopción de la Decisión 608 que viene a sustituir a la Decisión 285 debe ser aplaudida por cuanto no solo viene a acallar las críticas más importantes (ausencia de conductas per se, ausencia de sanciones) sino que introduce elementos novedosos:

1. Se amplían los poderes de investigación de tanto la Secretaría General como de las autoridades nacionales;

⁴⁶ En la graduación de la sanción debe considerarse la gravedad de los hechos, el beneficio obtenido, la conducta procesal de las partes y el nivel de los daños causados a la libre competencia, dimensión del mercado afectado, cuota de mercado de la empresa correspondiente, el efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, las otras partes del proceso económico y los consumidores o usuarios, la duración de la restricción de la competencia, y la reincidencia.

⁴⁷ CIUFFETELLI, Bruno, “*Role of Antitrust Law in Latin American Integration*”, diciembre 1998. *International Business Lawyer*, pp. 522-525.

⁴⁸ La Secretaría General podía convocar de oficio o a petición de los interesados, a reuniones con el propósito de procurar una solución directa. A este respecto la Secretaría General debía pronunciarse mediante Resolución motivada, en la cual se indicaban los compromisos asumidos y si se suspendía la investigación, o se continuaba la misma a solicitud del presunto infractor.

⁴⁹ Tales recomendaciones solo pueden ser adoptadas una vez iniciada la investigación, es decir, una vez publicada la Resolución dando inicio a la investigación Resolución n° 892 antes mencionada.

2. Las autoridades nacionales se verán asociadas en el procedimiento investigando y prestando asistencia a la Secretaría General durante la investigación, lo cual dará más eficacia;
3. Los derechos de defensa de los agentes económicos se ven protegidos al tener un acceso continuo al expediente, poder presentar alegaciones escritas en diversas ocasiones, y posibilidad de celebrar una audiencia;
4. La ausencia de legislación de competencia en Bolivia se ve compensada por la facultad de aplicar la Decisión 608 a las prácticas puramente nacionales.

Esta cooperación estrecha entre las autoridades nacionales y la Secretaría General es una novedad más que destacable por cuanto permite establecer un clima de mutua confianza entre autoridades y un intercambio de experiencias.

Bibliografía:

CABRERA, María Clara. La Política de Competencia de la Comunidad europea y la Comunidad Andina. (Boletín Latinoamericano de Competencia [...], pp. 49-60.

IBARRA PARDO, Gabriel. Regímenes de Competencia y Políticas de Competencia en América Latina, con especial referencia al Grupo Andino.

IBARRA PARDO, Gabriel. Políticas de Competencia en los Procesos de Integración en América Latina.

LAS TELECOMUNICACIONES EN COLOMBIA - UN MERCADO COMPETITIVO

Por: **Maria Clara Cabrera**¹
e-mail: mcabrera@mincomunicaciones.gov.co

1. El mercado de las telecomunicaciones en Colombia:

El mercado de las telecomunicaciones en Colombia en la actualidad se caracteriza por la apertura en la prestación del servicio y la llegada de grandes operadores internacionales lo cual presiona a los operadores nacionales a buscar alianzas estratégicas, la optimización de los canales de distribución y el mismo uso de la infraestructura con el fin de generar la prestación eficiente de los servicios con un mayor contenido.

De esta forma vemos como la competencia del sector ha permitido el crecimiento de la telefonía móvil y de los servicios de valor agregado gracias a los factores anteriormente mencionados y la diversificación de la oferta en diferentes perfiles de usuarios lo cual se dinamizó gracias al envío y recepción de mensajes de texto (SMS). En este mismo sentido, se observa como en el primer semestre del 2004 los ingresos estimados totales del sector ascendieron a los \$5,7 billones², siendo este un crecimiento nominal de 8,4% y real del 2,8% comparado con el primer semestre del año 2003³.

Es así como durante el año 2004 el sector presentó un esquema de transición enmarcado dentro de los procesos de negociación del Tratado de Libre Comercio TLC, el aumento de la sustitución entre los servicios fijos y los móviles y la rápida convergencia entre servicios y redes. De igual forma, en este período se presentó un aumento en la penetración de los servicios móviles (telefonía celular y PCS), alcanzando un 22% del mercado para diciembre del mencionado año, superando a la telefonía fija.

De otro lado es importante resaltar que la telefonía IP, la televisión digital y las aplicaciones multimedia se han desarrollado de manera determinante en Europa y Estados Unidos, lo cual influye en la proyección del mercado colombiano, generando dinámicas de consolidación e internacionalización del sector de las telecomunicaciones nacional.

Frente a las tecnologías de la información (TICs) se observa como Colombia continúa catalogada como un país de acceso medio bajo con un nivel de 0,45 por lo tanto se requiere que el país implemente una serie de políticas tendientes no solamente a desarrollar el uso de las TICs y no únicamente en la promoción o uso de las infraestructuras.

Como reto para el mercado colombiano se presenta la necesidad de masificar el uso de las tecnologías de la información a través de la banda ancha ya que Colombia continúa presentando niveles bajos de crecimiento en relación con otros países que tienen las mismas condiciones de desarrollo⁴.

¹ Asesora del despacho de la Ministra de Comunicaciones

² Es así como al estudiar la variación del PIB del tercer trimestre del 2004 en relación con el mismo trimestre del año 2003 se evidencia que las actividades económicas de transporte, almacenamiento y telecomunicaciones crecieron en un 5,04%, evidenciando así como los servicios de telecomunicaciones tienen un crecimiento superior a las demás actividades de la economía nacional.

³ Cuarto Informe Sectorial de Telecomunicaciones, Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (CRT), Febrero 2005, No. 4.

⁴ En materia de competencia y proyección de mercados tecnológicos es importante replantearse los esquemas regulatorios ya que los mismos pueden estar generando distorsiones de mercado que impiden un correcto desarrollo. Es así como se pueden analizar la presencia de algunas variables que evidencian el agotamiento de los modelos regulatorios como serían:

- *“El modelo produce todos los resultados que puede y sin embargo quedan metas por alcanzar*
- *El modelo no da respuesta a las nuevas tendencias tecnológicas y económicas que se presentan en el sector*
- *Se produce inestabilidad regulatoria y/o inseguridad jurídica*
- *La persistencia del propio modelo afecta la sostenibilidad del sector*
- *Se advierte que dentro de ese modelo no se procesan adecuadamente los cambios que se producen en los entornos de referencia”* Cuando podemos Hablar de agotamiento de los modelos regulatorios?, Oscar Battistón, Telefónica SA, Foro AHCJET de Regulación, la Paz – Bolivia, 5 a 7 de mayo de 2004.

Por otro lado, el gobierno colombiano en materia de telecomunicaciones se ha enfocado en el aumento de la cobertura nacional en los servicios de telecomunicaciones, la consolidación de la liberalización del mercado y el fomento de la inversión en el sector de telecomunicaciones a fin de profundizar la penetración, modernizar la infraestructura y diversificar la oferta de servicios a los usuarios.

2. Marco legal colombiano frente a la administración del espectro electromagnético:

Tanto las normas constitucionales como legales han establecido de manera expresa la competencia que le asiste al Ministerio de Comunicaciones para administrar el espectro electromagnético⁵. En este sentido, el artículo 75 de la Constitución determina que:

“El espectro electromagnético es un bien público inenajenable e imprescriptible, sujeto a la gestión y control del Estado, se garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso en los términos que fije la ley.” (Negrillas fuera de texto)

Por otra parte, el artículo 18 del Decreto Ley 1900 de 1990, el cual regula las actividades y servicios de telecomunicaciones, consagra:

“El espectro electromagnético es de propiedad exclusiva del Estado y como tal constituye un bien del dominio público, inajenable e imprescriptible, cuya gestión, administración y control corresponde al Ministerio de Comunicaciones de conformidad con las leyes vigentes y al presente decreto.” (Negrillas y subrayado fuera de texto)

De otro lado, el Decreto 1620 de 2003, que modifica la estructura del Ministerio de Comunicaciones, establece en el artículo 2 numeral 9 la siguiente función para este Ministerio:

“Atribuir, asignar, gestionar y controlar el espectro radioeléctrico con excepción de lo dispuesto en el artículo 76 de la Constitución Política, con el fin de evitar prácticas monopolísticas, fomentar el pluralismo informativo, sin perjuicio de las atribuciones que le corresponden a la entidad de que trata el artículo 76 de la Constitución Política.” (Negrillas fuera de texto)

En este mismo orden de ideas, y en el caso particular de la telefonía móvil celular, los artículos 13 y 14 del Decreto 741 de 1993 consagran la mencionada facultad del Ministerio y la obligatoriedad en la exigencia de autorización previa para el uso de dicho espectro⁶.

Se desprende claramente de las normas anteriormente citadas, que todas las actuaciones relacionadas con la gestión y administración del espectro electromagnético, están radicadas en cabeza de este Ministerio. Es así como el artículo 20 del ya citado Decreto Ley 1900 de 1990⁷ ordena que el uso de frecuencias radioeléctricas se

⁵ La Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la definición y alcances de la utilización del espectro electromagnético de la siguiente manera: *“El espectro electromagnético es un bien público que forma parte del territorio colombiano y que es propiedad de la nación (artículos 75, 101 y 102 de la Constitución), es imprescriptible, inenajenable e inembargable, y se encuentra sujeto a la gestión y control del Estado. De acuerdo con la Constitución, al uso del mismo tienen acceso los particulares, en igualdad de condiciones, en los términos que fije la ley. Sin embargo, es claro que para dicho acceso no se aplican, de manera absoluta, las reglas que gobiernan el sistema de libre iniciativa, en la medida en que, por tratarse de un bien de uso público, la gestión del espectro está sujeta a una especial regulación por el Estado.*

Por otra parte, el espectro electromagnético tiene una relación de conexidad de carácter esencial con los servicios públicos vinculados al desarrollo de las telecomunicaciones, como la telefonía móvil y el servicio de comunicación personal (PCS), de tal modo que su consideración no puede hacerse únicamente a la luz de las normas constitucionales que lo regulan de modo específico, sino que es necesario enmarcar el análisis dentro del concepto de servicio público y de las limitaciones que del mismo se derivan para la iniciativa privada.” (Negrillas fuera de texto). Sentencia C-815/01 expediente D- 3367, Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil.

⁶ Los artículos 13 y 14 del Decreto 741 de 1993 establecen: *“Artículo 13: El espectro radioeléctrico es de propiedad exclusiva del Estado y como tal constituye un bien de dominio público, inenajenable e imprescriptible, cuya gestión, administración y control corresponden al Ministerio de Comunicaciones, de conformidad con las leyes vigentes y el presente Decreto.*

ARTICULO 14. El uso de frecuencias radioeléctricas para la prestación del servicio de telefonía móvil celular requiere de permiso previo otorgado por el Ministerio de Comunicaciones y dará lugar al pago de los derechos que correspondan. Cualquier aplicación, extensión, renovación o modificación de las condiciones autorizadas, requiere de nuevo permiso, previo y expreso de conformidad con las normas vigentes. “

⁷ El artículo 20 del Decreto Ley 1900 de 1990 establece: *“El uso de frecuencias radioeléctricas requiere de permiso previo otorgado por el*

haga a través de permiso previo y expreso otorgado por el Ministerio de Comunicaciones, al igual que cualquiera de las ampliaciones, extensiones, renovaciones o modificaciones de las condiciones de dicho uso.

3. El mercado de los móviles:

La definición de servicios móviles empleada en Colombia es aquella fijada por la UIT en virtud del régimen de telecomunicaciones establecido en el Decreto – Ley 1900 de 1990, así:

“**S1.24** *servicio móvil: Servicio de radiocomunicación entre estaciones móviles y estaciones terrestres o entre estaciones móviles (CV).*

S1.26 *servicio móvil terrestre: Servicio móvil entre estaciones de base y estaciones móviles terrestres o entre estaciones móviles terrestres”*

Por lo tanto los servicios móviles comprenden entre otros los de telefonía móvil celular (TMC)⁸, los servicios de comunicación personal (PCS) y los servicios que se prestan a través del sistema de acceso troncalizado (trunking)

Históricamente los servicios móviles en Colombia se encontraban circunscritos a la transmisión de voz, diferenciándose de la telefonía fija únicamente por la movilidad pero las modificaciones tecnológicas que se han venido surtiendo han permitido la modificación de esta concepción tanto a nivel práctico como legislativo⁹.

En virtud de la evolución tecnológica que permite una mayor velocidad de transmisión y el envío de más información permite evidenciar que diez años después del inicio de la prestación de este tipo de servicios en Colombia, es posible que los servicios móviles se desarrollen en diferentes campos que van desde la transmisión de voz hasta el acceso a Internet y el envío de imágenes¹⁰.

La prestación de servicios móviles en Colombia comenzó en 1994 bajo las condiciones descritas en la ley 37 de 1993 y demás normas complementarias, a partir de ese momento el servicio móvil se ha potencializado y gracias al desarrollo de los contenidos de Internet a través de la movilidad, ha sido posible generar sinergias complementarias con otros sectores de la economía.

Ministerio de Comunicaciones y dará lugar al pago de los derechos que correspondan. Cualquier ampliación, extensión, renovación o modificación de las condiciones, requiere de nuevo permiso, previo y expreso.

El permiso para el uso de frecuencias radioeléctricas tendrá un plazo definido que no podrá exceder de veinte años, el cual podrá renovarse hasta por término igual al inicial. En los casos de los servicios de difusión y especiales, su duración será igual a la de la respectiva concesión o autorización.” (Negrillas fuera de texto).

En este orden de ideas, el artículo 19 del mencionado Decreto Ley 1900 de 1990 establece: “**Las facultades de gestión, administración y control del espectro electromagnético comprenden, entre otras, las actividades de planeación y coordinación, la fijación del cuadro de frecuencias, la asignación y verificación de frecuencias, el otorgamiento de permisos para su utilización, la protección y defensa del espectro radioeléctrico, la comprobación técnica de emisiones radioeléctricas, el establecimiento de condiciones técnicas de equipos terminales y redes que utilicen en cualquier forma el espectro radioeléctrico, la detección de irregularidades y perturbaciones, y la adopción de medidas tendientes a establecer el correcto y racional uso del espectro radioeléctrico, y a restablecerlo en caso de perturbación o irregularidades.**” (Negrillas fuera de texto)

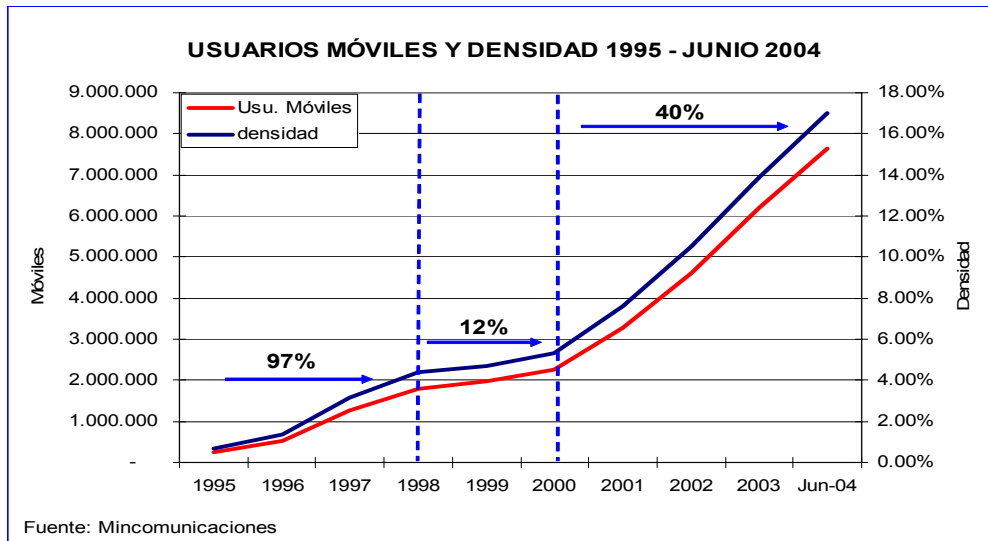
⁸ La operación celular en Colombia ya tiene 10 años en virtud de los contratos bajo los cuales se ha concesionado este servicio. Vencido el término contractual, el Ministerio de Comunicaciones otorgó una prórroga a los operadores de TMC por 10 años más, cuya formalización ocurrió en el mes de marzo de 2004; de esta forma se garantiza la operación hasta el 2014.

⁹ Es importante resaltar que en Colombia existe un esquema de títulos habilitantes para la prestación de los servicios, por lo tanto la prestación de servicios de telefonía móvil celular (TMC) se encuentra reglamentada en la ley 37 de 1993 la cual determina como este tipo de licenciamiento la prestación de voz. En este sentido y frente a los avances tecnológicos, los operadores de TMC tienen que tener una licencia de prestación de servicios de valor agregado con el fin de ofrecer el envío y transmisión de los mensajes de datos, cosa que no ocurre con los operadores de PCS quienes en virtud de la ley 555 de 2000 se encuentran autorizados para cursar comunicaciones de voz y datos.

En relación con el tema de la Voz sobre IP, esta también ha alcanzado un crecimiento continuo que ha llevado a proyectar que par el año 2008 cerca del 75% del tráfico de voz internacional se cursará a través de esta tecnología.

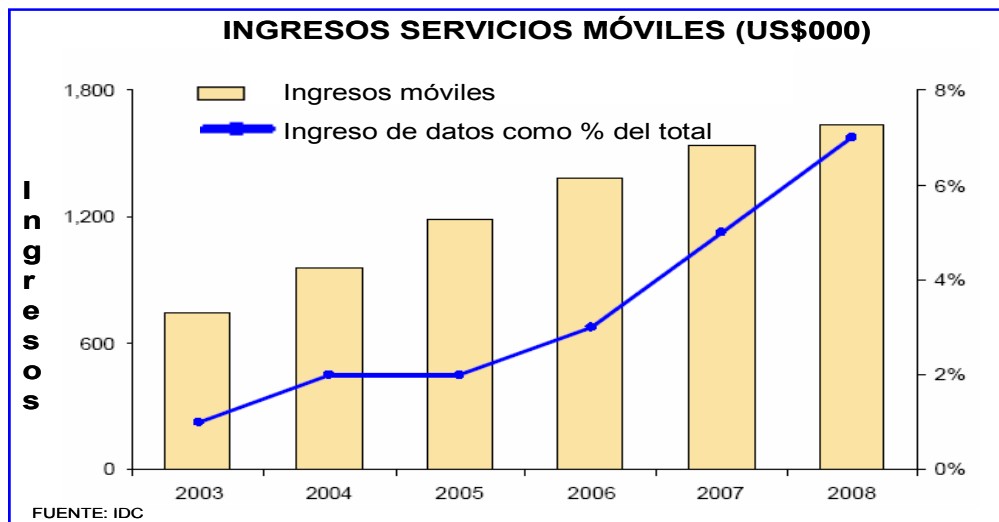
¹⁰ En este sentido es importante resaltar que para el año 2004 la telefonía móvil y los servicios de banda ancha se destacan como los aspectos de mayor desarrollo y crecimiento a nivel mundial. Es así como en Colombia para el año 2004 la penetración móvil creció un 29%, proyectando una penetración par el 2008 de 40%.

Es así como se ha evidenciado históricamente que ¹¹el crecimiento interanual de los móviles hasta 1998 supera el 95%. A partir de este año y hasta el año 2000, el crecimiento de usuarios perdió dinamismo, ubicándose en un promedio anual del 12%. En diciembre del 2.000, el país contaba con 2.2 millones de usuarios, 400 mil más que en el año 1998. En el año 2000 se expidió la reglamentación para permitir la entrada de un tercer operador móvil, lo cual le imprimió dinamismo al sector y el número de usuarios se duplicó en solo 2 años; llegando a 4.6 millones en diciembre de 2002, como se puede observar en el cuadro siguiente:



Frente a la aparición de un nuevo operador móvil PCS en el año 2003 el mercado de los móviles en Colombia sufrió una transformación ya que este se dinamizó evidenciando que los usuarios de este tipo de servicios para junio del 2004 se ubican en 7.6 millones, 3 millones más que en diciembre del 2002. Es decir que para el año 2004 se incrementaron en un 68% los abonados móviles.

Es así como los ingresos captados por la telefonía móvil celular se aumentaron casi en \$177 mil millones entre el primer semestre del 2003 al mismo período del 2004, estableciéndose en una tasa de crecimiento del 16%



¹¹ "Propuesta para el otorgamiento de espectro adicional para los operadores de telefonía móvil celular en Colombia" Ministerio de Comunicaciones, Octubre 2004.

4. Telefonía Fija y Telefonía Móvil:

La entrada del operador de PCS y la consolidación de los operadores de TMC frente a la oferta de mayores servicios con el uso de una mayor tecnología han acelerado el proceso de sustitución de tráficos de telefonía fija. Es así como en el año 2004 se mantiene la tendencia decreciente de afiliación de usuarios a este tipo de telefonía ya que a finales de dicho período se presentó una teledensidad fija de 17%, existiendo por tanto 7.4 millones de líneas sin tenencia al crecimiento.

Por lo tanto, frente a esta problemática se hace necesario replantear el esquema regulatorio que en materia del mercado fijo y la incidencia del mercado móvil en relación con la sustituibilidad. Dichas dinámicas regulatorias ya han sido iniciadas frente al planteamiento de un nuevo período regulatorio que pretende solucionar en parte las distorsiones que se presentan¹².

De igual forma es necesario que el gobierno revise el tema del costo de las llamadas fijo – móvil, cargos de acceso y reventa de servicios. Es así como la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (CRT) ha analizado el mercado relevante para las comunicaciones fijo móvil con el fin de *“identificar el estado de la competencia y establecer las acciones que deban ser llevadas a cabo por la Comisión o por la autoridad competente para promoverla.”*¹³

Por lo tanto, es claro que el mercado de las telecomunicaciones tiene un crecimiento exponencial que requiere de políticas regulatorias que se adecuen a las nuevas exigencias del mercado lo cual le exige al gobierno nacional que amplíe sus perspectivas regulatorias y propenda por la expedición de un régimen donde exista una habilitación única para la prestación de servicios y genere la convergencia de tecnologías¹⁴.

¹² *“Una de las posibles causas que comienza a explicar la paulatina sustitución entre fijos y móviles se observa al analizar los tráficos promedio por usuario. Para el año 2003 el tráfico promedio por usuario al mes era de 118 impulsos de mercados de menos de 5.000 líneas y de 371 para mercados de más de 100.000 líneas. Para el 2004 estos tráficos descienden a 107 y 358 impulsos respectivamente lo que implica reducciones del 8% y 3% respectivamente en cada uno de estos mercados.”* Cuarto Informe Sectorial de Telecomunicaciones, Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (CRT), Febrero 2005, No. 4, pag 9.

¹³ *“Análisis del mercado de las comunicaciones originadas en la red fija y terminadas en la red móvil”* Centro de Conocimiento de negocio, Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (CRT), marzo 2005, pag 4

¹⁴En materia de iniciativas legislativas se ha presentado en varias oportunidades Proyectos de Ley de Telecomunicaciones que pretenden plasmar estas inquietudes pero estas iniciativas no han podido trascender a norma general ya que se presentan serias discrepancias en materia del régimen de transición de los operadores de servicios de telecomunicaciones que tienen concesiones asignadas y en el campo de las obligaciones de servicio universal. En la actualidad se encuentra en el Congreso de la República el Proyecto 032 de 2004 de Cámara *“Por el cual se establecen normas sobre las Tecnologías de la Información y Comunicaciones”* el cual busca finalmente modificar el régimen actual.

PUBLICIDAD ENGAÑOSA: ANALISIS COMPARATIVO

Por: **Jorge Jaeckel Kovacs**¹⁵
e-mail: jjaeckel@correo.sic.gov.co

INTRODUCCION

Una de las principales características que tiene el del Derecho de la Publicidad, tiene que ver con la abundancia de normas que regulan el contenido del mensaje publicitario. En tal sentido, es normal que en la mayoría de los países existan normas jurídicas sobre competencia desleal, protección al consumidor, propiedad industrial, legislación de medios y legislaciones sanitarias, que sumadas a los códigos o estatutos de autorregulación publicitaria, regulan al mismo tiempo y en forma simultánea el contenido de los mensajes publicitarios que difunden los anunciantes en favor de la imagen y las ventas de sus productos y servicios.

Como consecuencia de lo anterior, si bien la difusión de un anuncio (aviso en medio impreso, comercial de televisión, cuña radial, valla, etc.) es un acto singular en el mercado, por ser la publicidad una actividad vigilada por diferentes normas y autoridades, el contenido de cada pieza debe estar acorde con todas y cada una de las disposiciones que rigen el mensaje, pues de lo contrario podrá ser cuestionado ante cualquiera de las autoridades encargadas de aplicar las normas y correrá el riesgo de tener que ser retirado del aire.

El estudio que acá se expone, tiene por objeto establecer los principios generales que rigen la publicidad engañosa en México, Colombia, Venezuela, Brasil, Perú, Argentina y Chile, basado en las principales normas que reglamentan la materia, para posteriormente hacer referencia breve a las diferentes particularidades de cada país.

LA NOCION DE ENGAÑO

El principio general que rige la información comercial, se centra en que aquello que se diga sobre un producto (bienes o servicios), no debe ser susceptible de inducir a engaño al consumidor. De esta forma se busca que en el mercado reine la realidad y la transparencia en la competencia, protegiendo al consumidor del engaño que podría sufrir con ocasión de la información engañosa que le es transmitida y al competidor del desvío de su clientela mediante mecanismos indebidos.

Para evitar que el consumidor sea engañado, la mayoría de las normas suelen fundamentar su reglamentaciones basadas en el "principio de veracidad", según el cual, aquellas afirmaciones que se refieran a características, cualidades, cantidades, precios etc. de los bienes o servicios que se ofrezcan al público, deben ser ciertas y comprobables.

No obstante lo anterior, el principio de veracidad mencionado debe ser entendido dentro del contexto general de transparencia que persiguen las normas que afectan la publicidad, en las que **la descalificación de una actuación se concreta en la capacidad que tiene el mensaje para engañar al destinatario del mismo y no simplemente en la de establecer la veracidad o no de una afirmación**, pues un análisis en el que la única consideración existente sea un enfrentamiento de una afirmación o una imagen con una realidad, es un análisis superficial que no tiene en cuenta la realidad de la comunicación, ni la forma como los consumidores perciben los mensajes. Como se verá, existen piezas publicitarias que siendo literalmente ciertas inducen a engaño y mensajes que a pesar de que objetivamente no pueden ser comprobados, no engañan al consumidor.

En consecuencia, **se induce a engaño al consumidor, cuando el mensaje que se difunde genera en su destinatario una representación distorsionada de la realidad que busca transmitir** y no necesariamente cuando las afirmaciones que contiene una pieza publicitaria sean literalmente falsas y por lo tanto imposibles de probar.

Así, por ejemplo, un mensaje en el que se anuncia que el precio de un producto es de \$100.00, cuando la realidad es que es de \$60.00, será un mensaje engañoso, pues generará en el consumidor una idea distorsionada del precio del producto; en oposición a lo anterior, un comercial en el que una toalla higiénica cae en una bañera y absorbe toda el agua contenida en ésta, no será engañoso, pues a pesar de que la imagen no es cierta, ésta, por su misma exageración, no engaña a ningún consumidor, pues entienden que se trata de una exageración obvia.

¹⁵ Jorge Jaeckel. Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia. Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia.

EL ENGAÑO EN LAS AFIRMACIONES OBJETIVAS

Primer paso; determinar si el mensaje es objetivo.

Como se expresó anteriormente, el principio sobre el que se soporta la reglamentación de la publicidad engañosa, consiste en establecer que aquellas afirmaciones objetivas que contenga un anuncio, deben ser ciertas, verificables y suficientes. En tal sentido, para evaluar un mensaje comercial las afirmaciones o imágenes que en éste se hagan deben ser apreciadas dentro del contexto en que se desarrolla la campaña o el anuncio y no cada una individualmente.

En este punto resulta de suma importancia tener en cuenta que el principio de veracidad aplica sólo para las afirmaciones que son objetivas, es decir, aquellas que se refieren a características propias de los productos (calidad, cantidad, precio) o a aspectos medibles del mensaje (ej. Estadísticas de consumo - más del 70% de los consumidores prefieren ...) y no a elementos puramente subjetivos como son juicios estimativos que el propio anunciante hace de su producto. Lo anterior en razón que la veracidad, sólo se puede predicar de aquello que es apreciable objetivamente y no de las opiniones, que por ser subjetivas, son personales e improbables.

Bajo estos parámetros, lo primero que se debe realizar para determinar si una pieza publicitaria es o no engañosa, es establecer cuáles son los elementos objetivos del mensaje que se transmite al consumidor. Aún cuando no se puede fijar una regla absoluta en este punto, normalmente los elementos objetivos del mensaje se traducen en la promesa que se transmite al consumidor y especialmente en los argumentos o *reason why* con los que ésta se soporta.

Ejemplo de lo anterior es un comercial en el que se afirma que el servicio de llamadas telefónicas de "XXX" es el más económico del mercado (promesa), porque ofrece las tarifas más bajas (*reason why*).

Segundo paso; determinar las características del bien o servicio anunciado, para enfrentarlas con el mensaje transmitido.

Según el Diccionario de la Lengua Española, veraz significa "que dice, usa o profesa siempre la verdad". A su turno el término verdad, significa "conformidad de las cosas con el concepto que de ellas forma la mente. – conformidad de lo que se dice, con lo que se dice, con lo que se siente o piensa. – juicio o proporción que no se puede negar racionalmente."

Uniéndolo a las definiciones arriba transcritas, con lo dispuesto por las normas sobre publicidad engañosa, se concluye que la información que se dé al consumidor acerca de los componentes y propiedades de los bienes y servicios que se ofrezcan, deberá estar conforme con la realidad que de éstos se busca transmitir.

En tal sentido, resulta indispensable conocer a fondo la realidad del producto al que se refiere la publicidad, para así poder determinar si las promesas y el *reason why* en el que éstas se soportan, son ciertos y comprobables. Si al enfrentar el mensaje con la realidad objetiva se concluye que éstas no concuerdan, se tendrá que el mensaje es literalmente falso y por regla general engañoso.

Tercer paso; determinar si la información transmitida es suficiente para el consumidor.

Uno de los requisitos que suelen contener las normas para evitar el error del consumidor, consiste en establecer que la información que se transmita al consumidor sea suficiente.

Según el Diccionario de la Lengua Española, suficiente significa "Bastante para lo que se necesita.- Apto o idóneo." A su turno bastante quiere decir "Ni mucho ni poco, ni más ni menos de lo regular, ordinario o preciso; sin sobra ni falta."

Uniéndolo a las definiciones arriba transcritas, con lo dispuesto por las normas, se concluye que la información que se dé al consumidor acerca de los componentes y propiedades de los bienes y servicios que se ofrezcan, deberá ser aquella que ordinaria o regularmente se considera necesaria o idónea, para que el consumidor se forme una opinión acerca de la oferta planteada y tome una decisión de si aceptar o rechazar la misma.

Nótese que las normas no establecen que en la información que se transmita al consumidor, se deban indicar absolutamente todos los aspectos relacionados con el producto o el servicio ofrecido, sino que dispone que la información relacionada con los componentes o las propiedades de los bienes y servicios anunciados sea suficiente, es decir, que sea bastante o la necesaria para el fin que se emplea.

Esta diferencia es de suma importancia, pues el principio de suficiencia obliga a que en cada caso particular, se deba analizar si la información transmitida es o no la información ordinaria que el consumidor necesita para conocer las características objetivas de la oferta, del producto o del servicio que se anuncia.

Es así, como para determinar si una información es suficiente, se debe tener en cuenta cuál es la experiencia o el nivel de conocimiento que los consumidores tienen frente al producto o servicio anunciado, para de esta forma determinar el nivel o la cantidad de información que debe transmitirse.

En el mercado existe una variedad de ofertas que van desde productos o servicios de consumo masivo, permanente o habitual, hasta productos nuevos o avances tecnológicos, frente a los cuales el consumidor carece de experiencia y conocimiento. Cuando el objeto de la publicidad es introducir un producto nuevo o un avance

tecnológico frente al cual el consumidor carece de experiencia, el anunciante debe proporcionarle al consumidor tantos elementos como sean necesarios para que el destinatario de la oferta se forme una idea más o menos clara del bien o servicio que se anuncia, o tome la iniciativa de profundizar en el conocimiento del producto o servicio, a través de la solicitud de información a vendedores, distribuidores o al mismo anunciante.

Cuarto paso; establecer cuál es la actitud y el entendimiento que el consumidor racional asume frente a la oferta presentada.

Cuando un anunciante realiza publicidad, busca que la información que transmite llegue a un número amplio de personas, para incentivarlos a que motivados por la misma y decidan aceptar la oferta que se les plantea. En tal sentido es posible que alguna o algunas de las personas que reciben la información, interpreten el contenido de su mensaje en una forma equivocada, irracional o absurda, pero no por ello se puede responsabilizar de dichas interpretaciones al oferente, pues forzarlo a prever todas las interpretaciones, inclusive las más irracionales y absurdas, es obligarlo a lo imposible, lo cual es lógica y jurídicamente incorrecto.

Este punto resulta de suma importancia, cuando se tiene en cuenta que la mayoría de las legislaciones son proteccionistas y permiten que cualquier consumidor presente quejas en contra de cualquier pieza publicitaria argumentando simplemente que fue engañado por la misma y correspondiéndole al anunciante demostrar no sólo la veracidad del mensaje, sino también que el mismo fue suficiente y que por tal razón no indujo a error al consumidor.

Para establecer si una pieza publicitaria es susceptible de inducir a error, es importante tener en cuenta el entendimiento racional que el consumidor común o medio le da a los mensajes publicitarios. Lo anterior se explica en razón a que si el error es generalizado, el origen del mismo se encuentra en la información; pero por el contrario, si el error es aislado, la falla en el entendimiento de la información no se encuentra en ésta, sino en los pocos individuos o casos aislados que interpretaron equivocadamente la información, por lo cual el error será atribuible a ellos y no a la comunicación ni al anunciante.

Para ilustrar lo anterior, resulta oportuno citar lo dicho por la Federal Trade Commission de los Estados Unidos de América, entidad encargada en dicho país de aplicar los mismos principios universales sobre defensa del consumidor:

"Un anunciante no puede ser acusado de ser responsable por cualquier concepción errada imaginable, o aún más por una concepción descabellada, donde las interpretaciones estarán sujetas a la ridiculez o a la debilidad mental. Algunas personas, por su ignorancia o por su incomprensión, pueden caer en error hasta por una afirmación escrupulosamente honesta. Así, si unos pocos transeúntes despistados creen, por ejemplo, que todos los "Pastelitos Daneses" son hechos en Dinamarca, es por ello sancionable como engaño anunciar "Pastelitos Daneses" cuando ellos son hechos en este país? Por supuesto que no. Una interpretación no se convierte en falsa o engañosa sólomente por el hecho de que sea malentendida irracionalmente por un segmento insignificante y no representativo de las personas a las cuales el mensaje está dirigido."¹⁶

Así las cosas, el parámetro que universalmente se utiliza para evaluar si un mensaje es o no engañoso, es el del consumidor medio o racional. Este parámetro se fundamenta en la realidad de la forma cómo los consumidores entienden la publicidad, pues parte de la base de reconocer que las personas que reciben los anuncios, realizan un examen superficial de ellos y no uno profundo y detallado.

La superficialidad en el análisis que hace el consumidor "no debe entenderse como un análisis descuidado o irresponsable, sino, por el contrario, como el reflejo del hecho de que el consumidor no hace un análisis exhaustivo y profundo del anuncio, no siendo exigible un análisis experto y detallado del mismo. Así, los anuncios deberán ser juzgados atendiendo a su contenido y al significado que el consumidor les atribuiría, al sentido común y usual de las palabras, frases y oraciones y lo que éstas sugieren o afirman sin tener que recurrir a interpretaciones alambicadas, complejas o forzadas prefiriéndose de varias interpretaciones posibles, aquella que surge más naturalmente a los ojos del consumidor."¹⁷ . (subrayado fuera del texto.)

Si se llegara a sancionar a un anunciante por cualquier interpretación absurda que hiciera una persona que observa un aviso, no se estaría protegiendo al consumidor, sino castigando al anunciante por las interpretaciones irracionales y descabelladas de unas cuantas personas que no representan el entendimiento general que los consumidores le dan a los anuncios.

¹⁶ FEDERAL TRADE COMMISSION. Deception Policy Statement. October 14, 1983. Traducción Libre.

¹⁷ Indecopi. Resolución 052-096 TRI -SDC

Una interpretación adecuada es aquella que busca entender el contenido y las afirmaciones que se hacen en los anuncios en la forma natural y obvia en la que la mayoría del público objetivo al que se dirige la publicidad lo haría. En este orden de ideas, las normas sobre publicidad engañosa buscan que los consumidores a los cuales se dirigen los anuncios, adopten una posición razonable frente a los mismos, dándole a la información que les es transmitida una interpretación natural y obvia, que sin llegar a ser profunda, científica y técnica, les permita separar los elementos puramente creativos, de aquellos objetivamente comprobables y creíbles.

En consecuencia, como lo han afirmado las Cortes Federales de los Estados Unidos de América, "Para determinar cuando la publicidad es o no engañosa ... no se deben tener en consideración aquellas distinciones o argumentos que se puedan usar como excusa, sino los efectos que podría causar razonablemente el anuncio, en el público general. El criterio importante es la impresión global que genere el anuncio en la población general."¹⁸

Con base en lo anterior, se concluye que para saber si una pieza publicitaria es o no engañosa, se debe partir por establecer si los elementos objetivos del mensaje concuerdan con la realidad del producto y si dicha información es suficiente para que un consumidor racional se forme una idea correcta del bien o servicio que se anuncia. Si la respuesta es afirmativa, el mensaje no engañará al consumidor; pero si la respuesta es negativa, se deberá concluir que la pieza publicitaria es engañosa.

ELEMENTOS PROBATORIOS

Por regla general le corresponde al anunciante probar la veracidad y suficiencia de su mensaje y que el mismo no indujo a error al consumidor.

No obstante lo anterior, cuando un competidor es quien inicia un proceso, en el terreno práctico se presenta un debate en torno a diferentes elementos probatorios que serán los que determinen la decisión que adopte el fallador.

Si bien los casos varían dependiendo del producto que se está anunciando, la discusión probatoria suele girar en torno a dos aspectos fundamentales como son: la veracidad del mensaje frente a la realidad del producto, y el entendimiento que al mensaje le da el consumidor.

Debate probatorio acerca de la veracidad del mensaje.

Existen elementos del mensaje que por su naturaleza resultan más fáciles de probar que otros. Ejemplo de lo anterior, son los anuncios sobre precios y cantidades de los productos, en los que sólo basta acudir al mercado y verificar si lo anunciado concuerda con la realidad.

Sin embargo, cuando el anuncio se refiere a cualidades o características técnicas de los productos, se suelen presentar debates difíciles de resolver, pues los resultados que soportan un anuncio varían, dependiendo de la prueba, el protocolo o la técnica que se emplee para evaluar el producto.

Así las cosas, cuando un competidor presenta un examen técnico para soportar una afirmación o una promesa publicitaria, se debe tener en cuenta la forma como el examen fue realizado (ej. cómo fueron tomadas las muestras; si éstas son representativas estadísticamente por su cantidad y especie; el método que fue seguido en el proceso de evaluación, etc.) y si la prueba realizada es en el momento de la evaluación, la adecuada para demostrar la veracidad de la promesa. Lo anterior obedece a que es posible que por avances tecnológicos existan pruebas más modernas, y fieles o protocolos diferentes que arrojen resultados distintos y más confiables que los utilizados por el competidor o por la autoridad de vigilancia, lo cual podría variar la determinación acerca de si una promesa o afirmación publicitaria es o no verdadera.

Igual sucede con las normas obligatorias sobre calidad que adoptan los Estados, las cuales suelen contener los procesos para verificar si un producto cumple o no con la calidad deseada. En no pocos casos, las normas técnicas se han convertido por el paso del tiempo en obsoletas y en otros tantos, los productos evolucionan y superan la norma, de forma tal que el nuevo producto cumple con la calidad exigida por ésta, pero no con lo anunciado. En tal sentido, si se evaluara el producto con base en la norma, éste cumpliría con los requerimientos; pero si se evaluara frente a un test más avanzado o frente a un competidor (publicidad comparativa), es posible que los resultados variaran.

Debido a lo anterior, es conveniente vigilar cuidadosamente las pruebas técnicas que se presentan, para poder determinar si existe alguna inconsistencia en el examen o si se debe aplicar un test diferente y más fidedigno.

¹⁸ 4th Circuit - Lorillard vs. FTC 185 f. 2d 52. Traducción libre.

Finalmente, en caso de pruebas encontradas, las autoridades encargadas de la decisión pueden solicitar una tercera evaluación o un dictamen pericial, el cual será determinante a la hora de adoptar un fallo.

Debate probatorio sobre el engaño al consumidor.

Las normas sobre publicidad engañosa suelen **presumir** que existe engaño, cuando quiera que las afirmaciones objetivas que se refieren al producto no son ciertas. No obstante lo anterior, por tratarse de una presunción, ésta puede ser desvirtuada, demostrando que a pesar de que el mensaje no es cierto, el consumidor no fue engañado. Ejemplo de esta situación, son aquellas afirmaciones que por exageradas no son ciertas, pero a pesar de ello no inducen a engaño a las personas a las que se dirige la pieza. En este ejemplo, el anunciante podrá demostrar que el consumidor no tomó en serio la exageración y que por conocer que no era cierta, no lo engaño.

Así mismo existen una serie de afirmaciones que a pesar de ser literalmente ciertas en su contenido, generan una imagen engañosa de la realidad que pretenden transmitir. Es el caso de las tomas en las que se distorsiona con efectos técnicos de cámara y/o edición una imagen; en las que no se exponen algunos elementos técnicos del producto; o en aquellas en las que se varían las condiciones reales de uso de un producto al realizarse una demostración. En estos ejemplos la imagen que recibe el consumidor es literalmente verdadera y así se puede comprobar; sin embargo el mensaje de superioridad, de eficiencia o de calidad, no corresponde a la realidad, bien sea por la omisión en la información, o por la distorsión en su realización.

Como consecuencia de lo anterior, para cuestionar estos anuncios, el primer paso consistirá en demostrar cuál fue el entendimiento que tuvo el consumidor al recibir la pieza, para posteriormente complementar la prueba con el examen sobre la falsedad del mensaje percibido, frente a la realidad del producto.

AFIRMACIONES SUBJETIVAS

Uno de los puntos más conflictivos que se presenta en la práctica publicitaria, hace relación a los elogios que el mismo anunciante hace de sus productos o servicios (*puffery*). Estos casos corresponden a afirmaciones que a pesar de no poder ser comprobadas y no ser ciertas, tampoco son engañosas, con lo cual se reafirma el principio según el cual lo que se debe analizar y reprimir es el engaño, más allá de la veracidad o falsedad de una afirmación.

Tradicionalmente ha sido aceptado que las afirmaciones subjetivas que de alguna forma envuelven una exageración son permitidas y no requieren ser comprobadas, toda vez que el consumidor no las percibe como engaño, sino como un simple elogio normal en la publicidad, que no es determinante ni creíble por parte del consumidor.

Ejemplo de lo anterior es el chimpancé de *PEPSI* que después de consumir el producto anunciado, aparece en una playa conduciendo un vehículo en compañía de varias modelos.

Si bien la imaginación y creatividad que se exponen en el comercial citado son claras y ningún consumidor es engañado como consecuencia de ésta pieza, en la práctica la determinación de cuándo una afirmación es subjetiva o cuándo objetiva y por lo tanto factible de ser comprobada, no es tan fácil de establecer. Algunos de los parámetros que se han adoptado para tal fin son los siguientes:

- Las afirmaciones que se refieren a características, cualidades o atributos del producto y que cumplen una función informativa tendiente a proporcionar al consumidor argumentos que lo guíen en su decisión de compra, son calificadas como objetivas, toda vez que son factibles de ser comprobadas y pueden generar engaño en el consumidor.
- Los *slogans* o juicios estimativos que se limitan a expresar la opinión del anunciante, son considerados afirmaciones subjetivas no comprobables, debido a que no se refieren a ningún hecho.
- El contexto de todo el anuncio es relevante en la determinación de cuándo una afirmación es objetiva o cuándo es subjetiva.
- Finalmente, la percepción del consumidor es esencial en la calificación, pues si éste entiende que una afirmación es comprobable y no simplemente la opinión del anunciante, la calificación resultante será que se trata de afirmaciones objetivas, sujetas de ser verificadas.

Un ejemplo de una afirmación subjetiva es la frase “el carro más seguro del mundo”; un ejemplo de una afirmación objetiva es “el carro más seguro del mercado”. En este último caso, el anunciante deberá presentar los estudios que respalden que ningún carro del mercado es más seguro que el anunciado.

Debido a que las afirmaciones subjetivas no pueden ser comprobadas, en los procesos que por estos casos se presenten deberá el demandante desvirtuar la subjetividad de la afirmación y probar que se trata de una frase objetiva, o proporcionar elementos que demuestren que a pesar de que la afirmación es subjetiva, el consumidor ha sufrido un engaño como consecuencia de la misma.

PARTICULARIDADES DE CADA PAIS

México

La publicidad engañosa en México se encuentra regulada principalmente a través de la Ley Federal de protección al Consumidor y por las normas de autorregulación compuestas por el Código de Ética Publicitaria y el Reglamento de Normatividad del Consejo de Autorregulación y Ética Publicitaria.

Si bien se trata de ordenamientos diferentes, resulta interesante el artículo cuarto del reglamento en el que se establece que "Tanto la presentación de una reclamación, así como la contestación de la misma, sea de oficio o a petición de parte, importará para los involucrados, aceptación expresa de la competencia privativa del CONAR, para conocer, investigar, resolver y sancionar las infracciones al Código de Ética Publicitaria, a los Estatutos y al presente Reglamento. Como consecuencia de lo anterior, las partes renuncian al ejercicio de cualquier acción legal, judicial o administrativa en relación al reclamo, tanto de la contraparte como del CONAR o sus integrantes."

De esta forma, existe por lo menos un compromiso moral de renunciar al acceso a las autoridades estatales, cuando quiera que las partes involucradas en un proceso de autorregulación participen en éste.

En cuanto a la noción misma de publicidad engañosa, ninguna de las normas contiene una definición expresa de la misma, lo cual no obsta para que tengan aplicación los principios desarrollados en este trabajo, pues tanto la Ley de Protección al Consumidor, como el Código de Ética, desarrollan su regulación con base en el principio de veracidad y la no inducción a error al consumidor.

Es importante tener en cuenta que en ambos casos los procesos se pueden iniciar por solicitud de cualquier persona, al igual que por iniciativa de la autoridad estatal y de la Conar.

Si bien la Ley no establece en forma expresa la obligación de probar por parte del anunciante, indirectamente esto sí sucede, pues al abrirse el proceso se le corre traslado al denunciado para que dentro de los "diez días hábiles siguientes rinda pruebas y manifieste por escrito lo que a su derecho convenga. En caso de no rendirlas, la Procuraduría resolverá conforme a los elementos de convicción de que disponga." En el terreno de la autorregulación, el Código dispone que "Las descripciones o imágenes relativas a hechos verificables, deben estar sujetas a comprobación fehaciente y con bases científicas en el momento que se requiera", lo cual implica que el anunciante debe contar en todo momento con las pruebas relacionadas con el contenido objetivo (hechos verificables) de los mensajes que difunda.

Las sanciones que establece la Ley son:

1. Ordenar al proveedor que suspenda la publicidad que viole las disposiciones de la ley;
2. Ordenar que se realice la publicidad correctiva en la forma en que se estime suficiente;
3. El cumplimiento de lo ofrecido o, cuando esto no sea posible, la reposición de los gastos necesarios que pruebe haber efectuado el adquirente y, en su caso, al pago de daños y perjuicios; y
4. Multa hasta por el equivalente de una a mil quinientas veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal.

Por su parte la autorregulación prevé como sanciones:

1. La corrección del anuncio, mensaje o campaña.
2. Suspender provisionalmente el anuncio, mensaje o campaña; o
3. Disponer definitivamente su retiro.

Finalmente, aunque la autorregulación publicitaria en México es reciente (inició su operación en 1.997), ha tenido un dinamismo interesante, lo cual hace que sus 125 afiliados cuenten con un instrumento idóneo para resolver sus diferencias.

Colombia.

La publicidad engañosa en Colombia se encuentra regulada principalmente por las normas sobre competencia desleal, el Estatuto Para la Defensa del Consumidor y el Código Colombiano de Autorregulación Publicitaria.

Al igual que en los demás casos, si bien se trata de normas diferentes que protegen intereses diversos, la noción de publicidad engañosa coincide en ellas, haciéndose un énfasis en la veracidad del contenido objetivo de los mensajes que se transmiten.

Es importante tener en cuenta que en Colombia se marca una diferencia grande entre los ámbitos éticos y jurídicos, siendo posible que un mismo caso sea presentado al mismo tiempo ante diversas autoridades. En tal sentido, las atribuciones de la autorregulación son estrictamente éticas, mientras que las de la competencia desleal son jurisdiccionales y las de defensa del consumidor corresponden a una vigilancia administrativa.

En el campo probatorio, la carga de demostrar la veracidad de las afirmaciones se encuentra en el anunciante, quien en todos los escenarios debe aportar los elementos que permitan demostrar que el contenido objetivo de su mensaje se ajusta a la realidad y no induce a engaño al consumidor.

Con excepción de los procesos judiciales por competencia desleal, los cuales se inician a petición de parte, los trámites de autorregulación y defensa del consumidor pueden ser iniciados de oficio o a petición de un consumidor.

En cuanto a las sanciones, en el régimen jurídico éstas pueden consistir en indemnizaciones de perjuicios, multas hasta por 100 salarios mínimos legales mensuales (protección al consumidor) ó 2.000 SMLM (competencia desleal), difusión de publicidad correctiva y cumplimiento de lo ofrecido.

En el régimen de autorregulación, las sanciones consisten en:

- 1 Sugerir la corrección del anuncio.
- 2 Sugerir la suspensión de la publicación del anuncio.
- 3 Amonestar en privado a quienes intervinieron en la publicación del anuncio.
- 4 Amonestar públicamente a quienes intervinieron en la publicación del anuncio.
- 5 Informar a los medios de comunicación el concepto adoptado para efectos de que éstos cuenten con elementos de juicio que les permita ejercer su responsabilidad frente a la publicación del anuncio.
- 6 Solicitar a las asociaciones o entidades adherentes al Código, la aplicación de las sanciones disciplinarias que correspondan estatutariamente a sus afiliados.
- 7 Ordenar la publicación del concepto.

Venezuela.

Venezuela reglamenta la publicidad engañosa a través de normas sobre competencia desleal, protección al consumidor y autorregulación publicitaria.

Si bien en las normas se hace referencia a la publicidad engañosa, en ninguna de ellas se presenta una definición. No obstante lo anterior, al igual que en la mayoría de las legislaciones, los parámetros que se establecen para determinar si existe o no engaño, tienen que ver con la veracidad de las informaciones objetivas que se transmitan.

Siguiendo la tendencia general, los procesos pueden ser iniciados de oficio o a petición de parte y el anunciante deberá contar con la prueba de sus afirmaciones objetivas, pues le podrán ser solicitadas por la entidad de autorregulación y por las estatales en cualquier momento. A pesar de lo anterior, el Código prevé que en todo caso se asume la inocencia del anunciante, hasta tanto sea probada su culpabilidad.

En relación con las sanciones oficiales, éstas pueden consistir en

1. Ordenar la cesación de las prácticas prohibidas en un plazo determinado;
2. Imponer condiciones u obligaciones determinadas al infractor;
3. Ordenar la supresión de los efectos de las prácticas prohibidas;
4. Ordenar publicidad correctiva, o
5. Imponer multas.

En el terreno de la autorregulación, las sanciones son:

1. Sugerir la corrección de la publicidad violatoria.
2. Sugerir el retiro de la publicidad violatoria.
3. Amonestar privadamente al Anunciante, su agencia de publicidad y/o al medio de comunicación, de acuerdo a quien corresponda.
4. Solicitar la no difusión de la publicidad violatoria.
5. Solicitar a las entidades gubernamentales o medios de Comunicación la adopción de medidas disciplinarias que los estatutos respectivos le permitan utilizar en apoyo a la decisión del Comité de Ética de la Asociación Nacional de Anunciantes (ANANDA) y la Federación Venezolana de Agencias de Publicidad (FEVAP); y
6. Amonestar públicamente al anunciante, agencia de publicidad y medio de comunicación, en caso de no cumplir con los correctivos sugeridos.

Brasil

La publicidad engañosa en Brasil, se encuentra principalmente regulada por el Código de Autorregulación y por las normas sobre protección al consumidor.

Si bien en las normas éticas no se define la publicidad engañosa, en las disposiciones sobre protección al consumidor si se hace, estableciéndose que ésta se presenta cuando la información publicitaria es completa o parcialmente falsa o de cualquier modo, inclusive por omisión, es capaz de inducir a error al consumidor

respecto de la naturaleza, características, calidad, cantidad, propiedades, origen, precio o cualquier otro dato de los productos o servicios.

En tal sentido, el engaño está referido a los aspectos objetivos del mensaje, los cuales deben coincidir con la realidad del producto, estableciéndose expresamente en las normas que la obligación de probar la veracidad de las afirmaciones le corresponde al anunciante.

Tanto en el régimen de autorregulación, como en el de defensa del consumidor, los procesos pueden ser iniciados de oficio o a petición de parte, estableciéndose sanciones tales como multas, publicidad correctiva (régimen jurídico), advertencias, corrección y suspensión del mensaje (autorregulación).

Finalmente, es de resaltar que la CONAR, entidad que aplica el régimen de autorregulación brasilero, ha tenido un gran dinamismo en los últimos años (probablemente mayor que el del resto de países de América Latina), convirtiéndose en un escenario propicio y viable para presentar los debates publicitarios.

Perú.

Una de las principales características del régimen peruano sobre publicidad engañosa, tiene que ver con la fuerte influencia que en éste ejercen las disposiciones jurídicas y en particular las decisiones de INDECOPI, organismo encargado de definir los conflictos relacionados con competencia desleal, así como los que se generen por publicidad en defensa del consumidor. Adicionalmente el INDECOPI está legalmente facultado para establecer interpretaciones obligatorias.

Es de anotar que el INDECOPI ha establecido principios claros en torno a la publicidad engañosa, desarrollando conceptos tales como el de los mensajes objetivos, los subjetivos, los juicios estimativos, la suficiencia de la información y sobre todo, el del entendimiento que un consumidor racional le da a los mensajes que recibe.

Este último concepto toma especial relevancia, pues determinará las obligaciones probatorias que afectan a las partes, estando el anunciante en el deber de probar el contenido objetivo de sus mensajes y quedando eximido de demostrar la veracidad y comprobabilidad de los elementos subjetivos del mismo.

Al igual que en los demás países, los procesos por publicidad engañosa pueden ser iniciados de oficio o a petición de un tercero, y las sanciones a las que se ve expuesto el anunciante pueden consistir en amonestaciones, multas, cesación del anuncio y rectificación publicitaria.

Argentina.

Actualmente Argentina cuenta con normas sobre competencia desleal, defensa del consumidor y autorregulación publicitaria. No obstante lo anterior, el derecho de la publicidad no ha sido muy desarrollado y los casos que se presentan son escasos. Si bien las regulaciones no hablan expresamente de la publicidad engañosa, en ellas se establece que la información que se suministre a los consumidores deberá ser veraz y suficiente, a fin de que no induzca a engaño al consumidor. Como consecuencia de lo anterior, los principios que se han expuesto son aplicables en el régimen legal argentino.

Llama la atención que en la investigación realizada, no haya sido posible encontrar normas procesales que determinen las sanciones y el sistema probatorio de la autorregulación, lo cual puede explicarse en razón a la reciente expedición del código y a las dificultades prácticas que implica reunir a medios, agencias y anunciantes en torno al sistema. Es de anotar, que según informes de prensa, existe una marcada intención por parte de la Cámara Argentina de Anunciantes por desarrollar un sistema de autorregulación que evite acudir a instancias legales en la resolución de los conflictos.

Bajo las normas legales, los procesos por competencia desleal pueden ser adelantados acudiendo a procesos judiciales, siguiendo las normas sobre propiedad industrial, especialmente el Convenio de París o mediante trámites administrativos por infracción a las leyes sobre lealtad comercial y defensa del consumidor.

Estos últimos casos pueden ser iniciados de oficio o a solicitud de parte. No obstante lo anterior, cuando se presenta una denuncia, se debe proceder en primer lugar a celebrar audiencias conciliatorias, para posteriormente seguir con el proceso investigativo y sancionatorio.

Al igual que en los demás países, una vez se abre el proceso, le corresponde al anunciante aportar las pruebas que demuestren la veracidad de sus mensajes y de no hacerlo, se podrán imponer sanciones consistentes en:

1. Apercibimiento;
2. Multa de quinientos pesos (\$500) a quinientos mil pesos (\$500.000), hasta alcanzar el triple de la ganancia o beneficio ilegal obtenido por la infracción;
3. Decomiso de las mercaderías y productos objeto de la infracción;
4. Clausura de establecimiento o suspensión del servicio afectado por un plazo de hasta treinta (30) días;
5. Suspensión de hasta cinco (5) años en los registros de proveedores que posibilitan contratar con el Estado;
6. Pérdida de concesiones, privilegios, regímenes impositivos o crediticios especiales de que gozare.

En todos los casos, se dispondrá la publicación de la resolución condenatoria, a costa del infractor en el diario de mayor circulación de la jurisdicción donde se cometió la infracción.

Chile.

La regulación chilena relacionada con publicidad engañosa, está conformada principalmente por las normas sobre protección al consumidor y autorregulación publicitaria.

Al igual que en el resto de legislaciones, las normas chilenas sancionan la publicidad engañosa, en la medida que ésta contenga indicaciones o afirmaciones falsas respecto de las características objetivas de los bienes o servicios que anuncian. Es importante tener en cuenta que las normas sobre protección al consumidor establecen la posibilidad de ordenar la suspensión preventiva del anuncio realizado, "cuando la gravedad de los hechos y los antecedentes acompañados lo ameriten. Podrá, asimismo, exigir al anunciante que, a su propia costa, realice la publicidad correctiva que resulte apropiada para enmendar errores o falsedades."

A diferencia de los otros países, Chile tiene un régimen jurisdiccional de defensa al consumidor, donde el Servicio Nacional del Consumidor cumple únicamente labores de verificación de la calidad de los productos y sirve de mediador frente a las quejas de los consumidores.

No obstante lo anterior, en materia probatoria, el anunciante debe demostrar la veracidad de su mensaje, pues la carga de la prueba fue invertida.

Finalmente, las sanciones que se pueden imponer, dependen de la pretensión que se exponga en la demanda, a la cual podrá el juez agregar una multa de hasta 50 unidades tributarias mensuales.

NUEVA LEGISLACION DE COMPETENCIA EN EL SALVADOR

DECRETO 528 – LEY DE COMPETENCIA

TITULO I, CAPITULO ÚNICO,
DISPOSICIONES GENERALES (1-2)

TITULO II

CAPITULO I DE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPETENCIA (3-14)

CAPITULO II DEL PERSONAL (15-19)

CAPITULO III DEL PATRIMONIO PRESUPUESTARIO (20-24)

TITULO III DE LAS PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS

CAPITULO I DE LOS ACUERDOS ENTRE COMPETIDORES (25)

CAPITULO II DE LAS PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS ENTRE NO COMPETIDORES (26-29)

CAPITULO III DEL ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE (30)

CAPITULO IV DE LAS CONCENTRACIONES (31-36)

TITULO IV INFRACCIONES, SANCIONES, PROCEDIMIENTOS Y RECURSOS

CAPITULO I DE LAS INFRACCIONES Y SANCIONES (37-39)

CAPITULO II DE LOS PROCEDIMIENTOS Y RECURSOS (40-49)

TITULO V, CAPITULO ÚNICO,

DISPOSICIONES FINALES, TRANSITORIAS, DEROGATORIAS Y VIGENCIA (50-58)

DECRETO No. 528

LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR,

CONSIDERANDO:

- I. Que el Artículo 101 de la Constitución de la República, exige al Estado la promoción del desarrollo económico y social, mediante el incremento de la producción, la productividad, la racional utilización de los recursos, así como la defensa del interés de los consumidores;
- II. Que el Artículo 102 de la Constitución de la República, garantiza la libertad económica, en lo que no se oponga al interés social, fomentando y protegiendo la iniciativa privada dentro de las condiciones que acrecienten la riqueza nacional, pero que aseguren sus beneficios al mayor número de habitantes del país;
- III. Que el Artículo 110 de la Constitución de la República, establece que no podrán autorizarse monopolios, sino a favor del Estado o de los Municipios, cuando el interés social lo haga imprescindible; y que se prohíben las prácticas monopolísticas para garantizar la libertad empresarial y proteger el interés de los consumidores;
- IV. Que para poner en práctica las normas constitucionales anteriores y en reconocimiento a la necesidad de lograr una economía más competitiva y eficiente, promoviendo su transparencia y accesibilidad, fomentando el dinamismo y el crecimiento de la misma para beneficiar al consumidor, es necesario dictar las disposiciones legales correspondientes:

POR TANTO: en uso de sus facultades constitucionales y a iniciativa de los diputados Juan Miguel Bolaños, Manuel Vicente Menjívar, Roberto José d'Aubuisson, Julio Antonio Gamero, Ernesto Iraheta, Mario Marroquín Mejía, Olga Ortiz, Orlando Arévalo, Alejandro Dagoberto Marroquín y Noé Orlando González.

DECRETA, la siguiente:

LEY DE COMPETENCIA

TITULO I - CAPITULO ÚNICO DISPOSICIONES GENERALES

Art. 1.- El objeto de la presente ley es el de promover, proteger y garantizar la competencia, mediante la prevención y eliminación de prácticas anticompetitivas que, manifestadas bajo cualquier forma limiten o restrinjan la competencia o impidan el acceso al mercado a cualquier agente económico, a efecto de incrementar la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores.

Se prohíben los acuerdos, pactos, convenios, contratos entre competidores y no competidores, así como los actos entre competidores y no competidores cuyo objeto sea limitar o restringir la competencia o impedir el acceso al mercado a cualquier agente económico, en los términos y condiciones establecidos en la presente ley.

Art. 2.- Quedan sujetos a las disposiciones de esta ley todos los agentes económicos, sean personas naturales, jurídicas, entidades estatales, municipales, empresas de participación estatal, asociaciones cooperativas, o cualquier otro organismo que tenga participación en las actividades económicas.

No obstante lo anterior, esta Ley no aplicará a las actividades económicas que la Constitución y las leyes reserven exclusivamente al Estado y los Municipios. En lo que no concierne a tales actividades, las instituciones y dependencias del Estado y los Municipios están obligados a acatar las disposiciones contenidas en la presente Ley.

Para los efectos de esta ley se considera agente económico toda persona natural o jurídica, pública o privada, dedicada directa o indirectamente a una actividad económica lucrativa o no.

TITULO II

CAPITULO I, DE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPETENCIA

Art. 3.- Créase la Superintendencia de Competencia como una Institución de Derecho Público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, de carácter técnico, con autonomía administrativa y presupuestaria para el ejercicio de las atribuciones y deberes que se estipulan en la presente Ley y en las demás disposiciones aplicables.

La Superintendencia, tendrá su domicilio en la capital de la República y estará facultada para establecer oficinas en cualquier lugar del territorio nacional. La Superintendencia se relacionará con el Órgano Ejecutivo a través del Ministerio de Economía.

Art. 4.- La Superintendencia de Competencia, que en el texto de la presente Ley se denominará “la Superintendencia”, tiene como finalidad velar por el cumplimiento de la Ley de Competencia, en adelante “la Ley”, mediante un sistema de análisis técnico, jurídico y económico que deberá complementarse con los estudios de apoyo y demás pertinentes para efectuar todas estas actividades en forma óptima.

Art. 5.- La Superintendencia contará con las unidades que se establezcan en el reglamento respectivo.

Art. 6.- La máxima autoridad de la Superintendencia será el Consejo Directivo, que en lo sucesivo podrá denominarse “el Consejo”, el cual estará conformado por el Superintendente y dos Directores, nombrados por el Presidente de la República.

El Superintendente presidirá el Consejo.

Habrán tres Directores suplentes designados en la misma forma que los propietarios, quienes asistirán al Consejo Directivo con voz pero sin voto, salvo cuando actúen en sustitución de los Directores propietarios.

En cualquier caso que por excusa o recusación no pudiese conocer ni el Superintendente propietario ni su respectivo suplente, los Directores llamarán al resto de los suplentes para conformar Consejo; el Consejo así integrado designará mediante resolución, a uno de los Directores propietario o suplente para conocer del asunto de que se trate, en defecto del Superintendente.

Para que las sesiones del Consejo se consideren válidas será necesaria la asistencia de los tres miembros propietarios o de quienes hagan sus veces.

Las resoluciones de la Superintendencia, serán tomadas por la mayoría de sus miembros.

El Consejo Directivo se reunirá al menos una vez al mes o cuando las circunstancias lo hagan necesario, previa convocatoria del Superintendente o de quien haga sus veces.

Con excepción del Superintendente, los miembros propietarios y suplentes que asistan a las sesiones tendrán derecho a percibir las dietas fijadas para tal efecto.

Art. 7.- El Superintendente será un funcionario a tiempo completo y no podrá ejercer ninguna actividad profesional a excepción de la docencia universitaria, siempre y cuando ésta no vaya en menoscabo del desarrollo de sus funciones.

Corresponderá al Superintendente la Representación Legal de la Superintendencia y estará a cargo de la Dirección superior y la supervisión de las actividades de la Superintendencia.

El Superintendente podrá otorgar los poderes que sean necesarios con la previa autorización del Consejo.

Art. 8.- El Superintendente y los directores durarán cinco años en sus funciones y podrán ser reelectos en sus cargos.

Art. 9.- El Superintendente y los Directores deberán ser salvadoreños, mayores de treinta años de edad, con grado universitario en economía, derecho, administración de empresas u otras profesiones afines, de reconocida honorabilidad, probidad notoria, con conocimientos y experiencias en las materias relacionadas con sus atribuciones y estar en posesión de los derechos de ciudadano y no haberlos perdido en los cinco años anteriores al nombramiento. Los Directores no podrán tener entre sí vínculos de parentesco dentro del cuarto grado de consanguinidad ni segundo de afinidad.

Art. 10.- Son inhábiles para ser miembros del Consejo:

- a) Los que fueren legalmente incapaces;
- b) Los funcionarios mencionados en el Art. 236 de la Constitución de la República, así como sus cónyuges y parientes dentro del segundo grado de consanguinidad y primero de afinidad;
- c) Los insolventes, o con juicios pendientes en materia de quiebra o concurso y los quebrados, mientras no hayan sido rehabilitados;
- d) Los que hubieren sido condenados por delitos dolosos; y
- e) Los Directores, funcionarios, administradores, apoderados y demás representantes legales de los agentes económicos sujetos a las disposiciones de esta Ley.

Art. 11.- Son causales de remoción de los miembros del Consejo, las siguientes:

- a) Incurrir en causal de incompatibilidad en el ejercicio del cargo después de su nombramiento;
- b) Incumplimiento grave de las obligaciones y funciones inherentes al cargo, incluyendo el incumplimiento del plazo señalado en el caso del Art. 35 inciso primero de la presente ley;
- c) Negligencia o impericia en sus actuaciones, debidamente comprobadas;
- d) Cuando por su conducta pueda comprometer la seriedad e imparcialidad del ejercicio de la Superintendencia;
- e) Incapacidad física o mental que imposibilite el ejercicio del cargo; y
- f) Cuando por causa no justificada, dejase de asistir a cuatro sesiones consecutivas.

Cuando exista o sobrevenga alguna de las causales de remoción mencionadas, caducará la gestión del respectivo miembro del Consejo, y se procederá a su reemplazo. Corresponderá al Presidente de la República, de oficio o a petición de cualquier interesado, previa audiencia del afectado, y siguiendo el debido proceso de

conformidad al Art. 11 de la Constitución, declarar la suspensión en el cargo y proceder sin dilación alguna con expresión de causa a calificar o declarar la remoción y sustitución del mismo.

Los actos autorizados por el miembro del Consejo, no se invalidarán con respecto a la institución y a terceros, excepto en el caso de incapacidad mental o cuando la causal de remoción se origine en un acto que beneficie directa o indirectamente al funcionario.

Art. 12.- Los miembros del Consejo y el personal a su cargo deberán excusarse de conocer en aquellos asuntos en los que puedan obtener un beneficio directo o indirecto. Se entenderá que existe interés respecto de un asunto, cuando se tenga una vinculación personal, la tenga su cónyuge o se derive de un nexo de parentesco comprendido dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, con personas relacionadas con el mencionado asunto.

Los funcionarios de la Superintendencia podrán ser recusados mediante escrito motivado, en cualquier estado de los procedimientos establecidos en esta Ley.

Desde la fecha en que se presente el escrito de recusación, dicho funcionario no podrá intervenir ni en la decisión del incidente ni en el procedimiento de que se trate, pero serán válidos los actos realizados con anterioridad.

El conocimiento y decisión sobre la procedencia de la recusación corresponderá al Consejo.

Art. 13.- Son atribuciones del Superintendente:

- a) Conocer de oficio o por denuncia, aquellas situaciones en que pueda ser afectada la competencia en el mercado, realizando las investigaciones y ordenando la instrucción del expediente que corresponda en su caso;
- b) Declarar la admisibilidad, inadmisibilidad o improcedencia de las denuncias presentadas;
- c) Ordenar y contratar la realización de estudios de mercado y consultorías específicas sobre aspectos técnicos que sean necesarios para cumplir con el objetivo de la presente ley;
- d) Coordinar el trabajo de la Superintendencia;
- e) Mantener un archivo de todos los documentos oficiales de la Superintendencia;
- f) Proteger la confidencialidad de la información empresarial, comercial u oficial contenida en el archivo de la Superintendencia;
- g) Solicitar a cualquier autoridad del país o del extranjero la información necesaria para investigar posibles violaciones a la ley;
- h) Nombrar y remover al personal de la Superintendencia, incluyendo los Intendentes que se establezcan en el Reglamento Interno de Trabajo, en quienes podrá delegar las atribuciones que le confiere esta Ley;
- i) Tramitar las denuncias por violaciones a la ley;
- j) Compilar las resoluciones y publicarlas;
- k) Publicar un informe anual de los resultados de su gestión;
- l) Establecer los mecanismos de coordinación con los Entes Reguladores para prevenir y combatir las prácticas anticompetitivas a que se refiere la Ley;
- m) Participar en la negociación y discusión de Tratados o Convenios Internacionales en materia de Políticas de Competencia;
- n) Llevar a cabo un programa de educación pública para promover la cultura de la competencia;
- o) Informar y solicitar la intervención del Fiscal General de la República, según el caso, cuando la situación lo amerite;
- p) Representar al país ante Organismos Internacionales relacionados con Políticas de Competencia;
- q) Elaborar el Proyecto de Presupuesto Anual de Gastos de Funcionamiento, para la aprobación del Consejo; y
- r) Ejercer las demás funciones y facultades que le corresponden de acuerdo a la Ley y demás disposiciones aplicables.

Art. 14.- Son atribuciones del Consejo:

- a) Imponer sanciones conforme a esta Ley;
- b) Ordenar y contratar la realización de estudios de mercado y consultorías específicas sobre aspectos técnicos que sean necesarios para cumplir con el objetivo de la presente ley, siempre y cuando dichos estudios sirvan para ampliar o suplir los realizados por el Superintendente durante la instrucción de los expedientes;
- c) Instruir al Superintendente para que inicie investigaciones de oficio;
- d) Ordenar el cese de las prácticas anticompetitivas de conformidad a los términos establecidos en esta ley;
- e) Autorizar, denegar o condicionar las solicitudes de concentración económica de conformidad a la Ley;
- f) Conocer y resolver sobre el recurso de revisión interpuesto contra sus resoluciones de conformidad a esta Ley;
- g) Resolver los casos de su competencia y aplicar las sanciones correspondientes;
- h) Informar a los Entes Reguladores, cuando producto de la investigación de una práctica anticompetitiva se determine que la causa o el problema tenga su origen en las regulaciones de dichos entes, a efecto que tomen las medidas correspondientes;
- i) Estudiar y someter a consideración del Órgano Ejecutivo, a través del Ramo de Economía, propuestas de reformas a la Ley, reglamentos y demás normativa aplicable;
- j) Emitir un glosario de términos utilizados para la aplicación de la Ley; y
- k) Aprobar el Presupuesto Anual de Gastos de Funcionamiento.

CAPITULO II, DEL PERSONAL

Art. 15.- El personal de la Superintendencia se regirá por las disposiciones del Reglamento Interno de Trabajo, el cual será emitido por el Superintendente.

Art. 16.- No podrán ser funcionarios ni empleados de la Superintendencia el cónyuge, ni los parientes hasta dentro del cuarto de grado de consanguinidad o segundo de afinidad del Superintendente.

Art. 17.- Todo funcionario, empleado, delegado, agente, que a cualquier título preste servicios a la Superintendencia deberá declarar bajo juramento, por escrito al Superintendente, los cargos que ocupe o haya ocupado y de cualquier actividad económica o comercial en que se encuentre involucrado o se haya encontrado durante los últimos tres años.

Art. 18.- Se prohíbe a los funcionarios, empleados, delegados, peritos, agentes o personas que a cualquier título presten servicios a la Superintendencia, revelar cualquier información que hayan obtenido producto del desempeño de su cargo o aprovecharse de tal información para fines personales o de terceros, sin perjuicio de la responsabilidad penal a que hubiere lugar.

En los contratos que se celebren para la prestación de servicios deberá incluirse una cláusula de confidencialidad y penalidad por incumplimiento a la misma.

Los que infrinjan esta disposición serán destituidos de su cargo, sancionados de acuerdo a la Ley, sin perjuicio de la responsabilidad penal a que hubiere lugar.

Art. 19.- Se prohíbe a los funcionarios, empleados, delegados, peritos, agentes o personas que a cualquier título presten servicios a la Superintendencia, recibir directa o indirectamente dinero y otros efectos que en concepto de obsequio, dádiva u otra forma proceda de los agentes económicos sujetos a las disposiciones de la presente Ley, ya sean éstos sus Directores, funcionarios, administradores, apoderados, representantes legales, jefes o empleados.

CAPITULO III, DEL PATRIMONIO PRESUPUESTARIO

Art. 20.- El patrimonio de la Superintendencia estará constituido por:

- a) Los recursos que el Estado le confiera en su inicio;
- b) Las asignaciones que se le determinen en su presupuesto;
- c) Los bienes muebles e inmuebles que adquiriera para el desarrollo de sus funciones;
- d) Las subvenciones y aportes que le confiera el Estado, y previa autorización de éste, las que le otorguen entidades nacionales y extranjeras;
- e) Los ingresos provenientes de la venta de las publicaciones; y
- f) Otros ingresos que legalmente pueda obtener.

Art. 21.- La Superintendencia presentará su presupuesto y régimen de salarios al Ministerio de Hacienda por medio del Ministerio de Economía, de acuerdo a sus necesidades y objetivos, para que aquel Ministerio lo someta a la aprobación del Órgano Legislativo.

El presupuesto deberá contemplar gastos de funcionamiento y de inversión, así como la estimación de los recursos que espera obtener la Superintendencia en el correspondiente ejercicio, en razón de los ingresos a que se refiere la letra e) del Art. 20 de esta Ley.

Art. 22.- El período presupuestario de la Superintendencia estará comprendido del uno de enero al treinta y uno de diciembre de cada año.

Art. 23.- La inspección y vigilancia de las operaciones y de la contabilidad de la Superintendencia estará a cargo de un auditor interno nombrado por el Consejo Directivo, el cual deberá ser contador público autorizado para ejercer esa profesión.

Art. 24.- La Superintendencia estará sujeta a la inspección y vigilancia de una firma de auditores externos que durará un año en sus funciones, pudiendo ser designada para nuevos períodos, la cual rendirá sus informes al Consejo.

También estará sujeta a la fiscalización de la Corte de Cuentas de la República.

TITULO III, DE LAS PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS CAPITULO I, DE LOS ACUERDOS ENTRE COMPETIDORES

Art. 25.- Se prohíben las prácticas anticompetitivas realizadas entre competidores las cuales, entre otras, adopten las siguientes modalidades:

- a) Establecer acuerdos para fijar precios u otras condiciones de compra o venta bajo cualquier forma;
- b) Fijación o limitación de cantidades de producción;
- c) Fijación o limitación de precios en subastas o en cualquier otra forma de licitación pública o privada, nacional o internacional, a excepción de la oferta presentada conjuntamente por agentes económicos que claramente; sea identificada como tal en el documento presentado por los oferentes; y
- d) División del mercado, ya sea por territorio, por volumen de ventas o compras, por tipo de productos vendidos, por clientes o vendedores, o por cualquier otro medio.

CAPITULO II, DE LAS PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS ENTRE NO COMPETIDORES

Art. 26.- Siempre y cuando se comprueben los supuestos del Artículo 29 de la presente Ley, se considerarán prácticas anticompetitivas no permitidas, entre otras, las siguientes:

- a) Venta condicionada, cuando un proveedor venda un producto bajo condición que el comprador adquiera otros productos del proveedor o empresas asociadas al proveedor;
- b) La venta o la transacción sujeta a la condición de no usar, ni adquirir, ni vender ni proporcionar los bienes o servicios disponibles y normalmente ofrecidos a terceros o por terceros; y
- c) La concertación entre varios agentes económicos o la invitación a ellos para ejercer dicha práctica.

Art. 27.- Para que las prácticas a que se refiere el artículo anterior se consideren violatorias de esta Ley, deberá comprobarse:

- a) Que el infractor o infractores, actuando individual o conjuntamente, tengan una posición dominante en el mercado relevante;
- b) Que se realicen respecto de bienes o servicios que correspondan al mercado relevante de que se trate; y
- c) Que dichas prácticas han producido o pudieran producir el efecto de limitar la competencia, impedir o limitar el acceso o desplazar competidores al mercado y, en todo caso, que se ha producido un perjuicio a los intereses de los consumidores.

Art. 28.- Para la determinación del mercado relevante deberán considerarse los siguientes criterios:

- a) Las posibilidades de sustituir el bien o servicio de que se trate por otros, tanto de origen nacional como extranjero, considerando los medios tecnológicos, en qué medida los consumidores cuentan con sustitutos y el tiempo requerido para tal sustitución;
- b) Los costos de distribución del bien mismo; de sus insumos relevantes; de sus complementos y de sustitutos dentro del territorio nacional o desde el extranjero, teniendo en cuenta sus fletes, seguros, aranceles y restricciones no arancelarias, las restricciones impuestas por los agentes económicos o por sus asociaciones, así como el tiempo requerido para abastecer el mercado relevante;
- c) Los costos y las probabilidades que tienen los usuarios o consumidores para acudir a otros mercados; y
- d) Las restricciones normativas que limiten el acceso de consumidores a fuentes de abastecimiento alternativas, o el acceso de los proveedores a clientes alternativos.

Art. 29.- Para determinar si un agente económico tiene una posición dominante en el mercado relevante deberá considerarse:

- a) Su participación en dicho mercado y la posibilidad de fijar precios unilateralmente o restringir el abastecimiento en el mercado relevante sin que los agentes competidores puedan real o potencialmente contrarrestar dicho poder;
- b) La existencia de barreras a la entrada y a los elementos que previsiblemente puedan alterar tanto dichas barreras como la oferta de otros competidores;
- c) La existencia y poder de sus competidores; y
- d) Las posibilidades de acceso del agente económico y sus competidores a fuentes de insumos.

CAPITULO III, DEL ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE

Art. 30.- Se prohíben las acciones que constituyan abusos de la posición dominante de un agente económico en un mercado, entre otros, los siguientes casos:

- a) La creación de obstáculos a la entrada de competidores o a la expansión de competidores existentes;
- b) Cuando la acción tenga por finalidad limitar, impedir o desplazar en forma significativa de la competencia dentro del mercado;
- c) La disminución de precios en forma sistemática, por debajo de los costos, cuando tenga por objeto

- eliminar uno o varios competidores, o evitar la entrada o expansión de éstos; y
- d) La venta o prestación de servicios en alguna parte del territorio del país a un precio diferente a aquél al que se ofrece en otra parte del mismo territorio, cuando la intención o el efecto sea disminuir, eliminar o desplazar competencia en esa parte del país.

CAPITULO IV, DE LAS CONCENTRACIONES

Art. 31.- Para efectos de esta Ley se considera que existe concentración:

- a) Cuando agentes económicos que han sido independientes entre sí realicen entre otros: actos, contratos, acuerdos, convenios, que tengan como finalidad la fusión, adquisición, consolidación, integración o combinación de sus negocios en todo o en partes; y
- b) Cuando uno o más agentes económicos que ya controlan por lo menos otro agente económico adquieran por cualquier medio el control directo o indirecto de todo o de parte de más agentes económicos.

Art. 32.- Para los efectos de esta ley se entenderá por control, la capacidad de un agente económico de influenciar a otro a través del ejercicio de los derechos de propiedad o el derecho de uso, de la totalidad o parte de los activos del agente económico o mediante los acuerdos que confieren influencia sustancial en la composición, votación o decisiones de los organismos directivos, administrativos o representantes legales del agente económico.

Art. 33.- Las concentraciones que impliquen la combinación de activos totales que excedan a cincuenta mil salarios mínimos anuales urbanos en la industria o que los ingresos totales de las mismas excedan a sesenta mil salarios mínimos anuales urbanos en la industria deberán solicitar autorización previamente a la Superintendencia. Los agentes económicos interesados presentarán solicitud escrita ante la Superintendencia señalando los nombres, denominaciones o razones sociales de las partes involucradas, la naturaleza de la transacción que desean llevar a efecto, acompañando los estados financieros de los agentes involucrados correspondientes al último ejercicio fiscal y los demás datos que sean necesarios para conocer de la transacción.

Art. 34.- Para determinar si una concentración provocará una limitación significativa de la competencia, la Superintendencia, deberá tomar en cuenta, además de los criterios establecidos en los artículos 28 y 29 de esta Ley, los siguientes:

- a) Eficiencia económica; y
- b) Cualquier otro elemento relevante.

La Superintendencia no podrá denegar los casos de fusiones, consolidación, integración o adquisición del control de empresas que le sean sometidos a su consideración, en los términos establecidos en esta Ley, cuando los interesados demuestren que puede haber ganancias significativas en eficiencia, de manera que resulte en ahorro de costos y beneficios directos al consumidor que no puedan alcanzarse por otros medios y que se garantice que no resultará en una reducción de la oferta en el mercado.

Art. 35.- Para emitir resolución sobre una concentración, la Superintendencia contará con un plazo no mayor de noventa días calendario a partir del día siguiente al de la presentación de la solicitud.

En caso que la Superintendencia de Competencia, requiera información adicional o que considere que es insuficiente la presentada, deberá requerirla en el plazo de quince días después de presentada la solicitud. En este caso el plazo establecido en el inciso anterior comenzará a contarse a partir del día siguiente al de la presentación de la información adicional requerida.

A falta de resolución de la Superintendencia de Competencia, dentro del plazo establecido, se entenderá que la fusión puede llevarse a cabo.

Art. 36.- Cuando se trate de concentraciones que son llevadas a cabo por agentes económicos sujetos a la fiscalización de cualquiera otra entidad fiscalizadora: Superintendencia del Sistema Financiero, Superintendencia de

Pensiones, Superintendencia de Valores, Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones; Autoridad de Aviación Civil, Autoridad Marítima Portuaria, la Superintendencia, deberá emitir opinión sobre su procedencia de conformidad a esta Ley. Esta opinión tendrá carácter vinculante para el ente fiscalizador.

TITULO IV, INFRACCIONES, SANCIONES, PROCEDIMIENTOS Y RECURSOS

CAPITULO I, DE LAS INFRACCIONES Y SANCIONES

Art. 37.- Para imponer sanciones, la Superintendencia tendrá en cuenta la gravedad de la infracción, el daño causado, el efecto sobre terceros, la duración de la práctica anticompetitiva, las dimensiones del mercado y la reincidencia.

Art. 38.- Las infracciones a la presente ley serán sancionadas con multa, cuyo monto se determinará de conformidad a los criterios establecidos en el artículo anterior y que tendrá un máximo de cinco mil salarios mínimos mensuales urbanos en la industria.

La Superintendencia podrá imponer multas de hasta diez salarios mínimos mensuales urbanos en la industria por cada día de atraso, a las personas que deliberadamente o por negligencia no suministren la colaboración requerida o que haciéndolo lo hagan de manera incompleta o inexacta.

La Superintendencia podrá imponer una multa hasta por el monto que hubiera correspondido de haberse comprobado la infracción, a aquellos denunciantes cuyas peticiones hubiesen sido declaradas improcedentes por la Superintendencia y se hubiese comprobado que la intención de las mismas hubiese sido limitar la competencia, el acceso de competidores al mercado o promover la salida de él.

La Superintendencia dará aviso a las Instituciones del Estado, de las sanciones impuestas por infracciones al Art. 25 letra c) para que éstas resuelvan de conformidad al Art. 148 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública.

Art. 39.- Durante los trámites de la investigación, el Superintendente podrá ordenar la suspensión o terminación de la misma cuando el presunto infractor brinde garantías suficientes de que suspenderá o modificará la presunta práctica anticompetitiva por la cual se le investiga. En este caso no habrá imposición de sanciones. Lo anterior no será aplicable cuando el infractor sea reincidente.

CAPITULO II, DE LOS PROCEDIMIENTOS Y RECURSOS

Art. 40.- El procedimiento ante el Superintendente se iniciará de oficio o por denuncia.

Art. 41.- El Superintendente podrá efectuar, con anterioridad a la iniciación del procedimiento sancionatorio, actuaciones previas por parte de funcionarios de la Superintendencia, con facultades para investigar, averiguar, inspeccionar en materia de prácticas anticompetitivas, con el propósito de determinar con carácter preliminar la concurrencia de posibles violaciones a la Ley.

En ningún caso el resultado de las actuaciones previas podrá constituir prueba dentro del procedimiento.

Art. 42.- Cualquier persona, en el caso de las prácticas anticompetitivas a que se refiere la ley, podrá denunciar por escrito ante el Superintendente al presunto responsable indicando en qué consiste dicha práctica. El denunciante deberá expresar en su denuncia los hechos que configuran las prácticas anticompetitivas.

Art. 43.- La instrucción del procedimiento se ordenará mediante resolución motivada, en la que se indique lo siguiente:

- a) El funcionario que ordena la instrucción con expresión de lugar y fecha de resolución;

- b) Nombramiento del instructor del procedimiento que actuará por delegación y del secretario de actuaciones que tendrá asimismo las atribuciones de notificador;
- c) Exposición sucinta de los hechos que justifiquen la investigación, la clase de infracción que se constituye y la sanción a que pudiere dar lugar; y
- d) Indicación del derecho de vista de las actuaciones, de alegar e invocar las leyes y demás motivaciones jurídicas que justifiquen lo actuado por el presunto infractor, a aportar pruebas de descargo, a hacer uso de la audiencia y de las demás garantías que conforman el debido proceso legal.

Art. 44.- El Superintendente, en el ejercicio de sus atribuciones, podrá requerir los informes o documentación relevante para realizar sus investigaciones, así como citar a declarar a quienes tengan relación con los casos de que se trata.

El Superintendente podrá realizar las investigaciones necesarias para la debida aplicación de esta Ley. En el curso de las inspecciones podrá examinar, ordenar compulsas o realizar extractos de los libros, documentos, incluso de carácter contable, y si procediere a retenerlos por un plazo máximo de diez días. En sus inspecciones podrá ir acompañado de peritos en las materias en que versen las investigaciones.

Art. 45.- La resolución que ordene la investigación se notificará al presunto infractor, observando las formalidades que establece el Art. 220 inciso tercero del Código de Procedimientos Civiles. En el acto de la notificación se le entregará al presunto infractor copia del acta que al efecto se levante y de las actuaciones previas, si las hubiere. En el caso de denuncia, también se le entregará así mismo copia de la denuncia.

El presunto infractor dispondrá de un plazo de treinta días, a contar de la notificación a que se refiere el inciso anterior para aportar las alegaciones, documentos e informaciones que estimen convenientes y propondrá los medios probatorios de los que pretenda hacer valer y señalará los hechos que pretenden probar.

Precluido el período de alegaciones se abrirá a pruebas el procedimiento por el plazo de veinte días hábiles.

La prueba se evaluará conforme las reglas de la sana crítica.

Una vez integrado el expediente, el Superintendente deberá concluir sus investigaciones y remitir el mismo al Consejo Directivo, el cual deberá emitir resolución dentro de un plazo no mayor de doce meses contados a partir de iniciada la investigación o hecha la denuncia; este plazo podrá ser ampliado por resolución motivada del Consejo, hasta por un plazo no mayor a doce meses y por una sola vez, cuando las circunstancias lo ameriten.

Art. 46.- Todas las resoluciones que emita la Superintendencia en que se afecten derechos, se establezcan sanciones o que dicten sobreseimientos o suspensiones de investigación, deberán emitirse en forma razonada.

Así mismo, cuando la Superintendencia estime la ocurrencia de una nueva modalidad de prácticas prohibidas que atenten contra la competencia, distintas de las enunciadas en el Título III de las Prácticas Anticompetitivas de esta Ley, deberá motivar suficientemente la respectiva resolución y de manera especial deberá consignar en la misma, según sea el caso, el grado de incidencia o gravedad de la infracción, el daño causado, el efecto sobre terceros, la duración de la práctica anticompetitiva, las dimensiones del mercado o la reincidencia.

Art. 47.- El Superintendente podrá declarar sin lugar aquellas denuncias notoriamente improcedentes, cuando las situaciones que se invoquen no constituyan violaciones a la presente ley.

Art. 48.- El acto que resuelve definitivamente el procedimiento admitirá recurso de revisión, interpuesto en tiempo y forma, y en el mismo recurso podrán alegarse todas las ilegalidades de trámite.

Dicho recurso deberá interponerse por escrito ante el Consejo Directivo de la Superintendencia dentro del término de cinco días hábiles, contados a partir del día siguiente al de la notificación. Si transcurrido dicho plazo no se interpusiere recurso alguno, la resolución por medio del cual se dictó el acto quedará firme.

El recurso será resuelto en el plazo máximo de diez días hábiles posteriores a la admisión del mismo.

El recurso de revisión tendrá carácter optativo para efectos de la acción contencioso administrativa.

En el escrito de interposición del recurso, el recurrente deberá señalar dentro del radio urbano de San Salvador, lugar para recibir notificaciones y demás diligencias.

Art. 49.- Si el recurso no fuere presentado en tiempo y forma, será declarado inadmisibile mediante resolución razonada, contra la que no habrá recurso.

TITULO V, CAPITULO ÚNICO
DISPOSICIONES FINALES, TRANSITORIAS, DEROGATORIAS Y VIGENCIA

Art. 50.- Todos los organismos gubernamentales y demás autoridades en general, así como cualquier persona están en la obligación de dar el apoyo y colaboración necesaria a la Superintendencia, proporcionando toda clase de información y documentación requerida en la investigación por la violación a los preceptos de esta Ley.

Art. 51.- La Superintendencia deberá recopilar y publicar el texto de sus resoluciones firmes a fin de crear un registro.

Art. 52.- Las acciones y derechos conferidos por esta Ley caducarán en cinco años.

Art. 53.- El Presidente de la República emitirá los Reglamentos necesarios dentro de los noventa días siguientes a la entrada en vigencia de la presente ley.

Art. 54.- En lo no previsto en esta Ley, se sujetará a lo dispuesto por el derecho común.

Art. 55.- Los procedimientos iniciados ante las distintas autoridades con facultades para dilucidar asuntos relacionados con el objeto de esta Ley, antes de la entrada en vigencia de la misma, se tramitarán de acuerdo con las normas sustantivas y procesales antes vigentes.

Art. 56.- Las disposiciones de esta Ley, por su especialidad, prevalecerán sobre cualquiera otra que con carácter general o especial regule la misma materia. Para su derogatoria o modificación se le deberá mencionar expresamente.

Art. 57.- Deróganse las siguientes disposiciones:

- g) Los Artículos 489, 490 y el numeral III del Art. 491 del Código de Comercio;
- h) El Artículo 232 del Código Penal;
- i) Los Artículos 7 numeral 20); 10 numeral 15); 13 numeral 22);, 194 inciso 2º; 212 y 248 de la Ley General Marítima Portuaria y cualquier disposición contenida en la referida ley que contrarie la presente;
- j) Los Artículos 7 numerales 11) y 13); 11 numeral 8); 14 numeral 47); 21 inciso primero; 22; 77; 89 inciso primero;, 90 y 218 de la Ley Orgánica de Aviación Civil y cualquier disposición contenida en la referida ley que contrarie la presente;
- k) Los artículos 3 literales b), d) y g); 105- bis y 106 inciso 2º de la Ley General de Electricidad, y cualquier disposición contenida en la referida ley que contrarie la presente;
- l) El Art. 111 de la Ley de Telecomunicaciones y cualquier disposición contenida en la referida ley que contrarie la presente;
- m) El Art. 8 de la Ley Reguladora del Depósito, Transporte y Distribución de Productos de Petróleo y cualquier disposición contenida en la referida ley que contrarie la presente.

Asimismo quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior jerarquía se opongan a lo dispuesto en la presente ley.

Art. 58.- El presente Decreto entrará en vigencia el día uno enero del 2006, previa publicación en el Diario Oficial.

DADO EN EL PALACIO LEGISLATIVO: San Salvador, a los veintiséis de noviembre del dos mil cuatro

CIRO CRUZ ZEPEDA PEÑA, PRESIDENTE

JOSÉ MANUEL MELGAR HENRÍQUEZ, PRIMER VICEPRESIDENTE

JOSÉ FRANCISCO MERINO LÓPEZ, TERCER VICEPRESIDENTE

MARTA LILIAN COTO VDA. DE CUÉLLAR, PRIMERA SECRETARIA

JOSÉ ANTONIO ALMENDARIZ RIVAS TERCER SECRETARIO

ELVIA VIOLETA MENJIVAR, CUARTA SECRETARIA

