

Legislación antimonopolios y protección al consumidor. La experiencia brasileña

José Reinaldo de Lima Lopes (coord)
Rodrigo Ventin Sanches (asistente júnior)

Desde 1962 Brasil se ha ocupado de legislar en materia de monopolios, en la actualidad las reformas a la norma suprema en esta materia, tienen como objetivo contrarrestar los efectos de la apertura del mercado brasileño. Desde el marco legal la legislación anti-trust dio un lugar especial a la protección de los derechos del consumidor y generó organismo encargados del cumplimiento de la normatividad. El artículo analiza los factores que intervienen para la emisión de las actas en materia antimonopólica o su reforma y, las decisiones de los organismos encargados de su cumplimiento.

Since 1962, Brazil has procured to legislate over monopoly 's topics. In the present time, reforms for the superior rule in this subject have as an aim to resist the effects of Brazilian market opening. From a legal mark, the law anti-trust gave special place to the protection for the consumer 's rights and generated organisms charged of norm fulfillment. The article analyzes the factors that mediate acts emission about antimonopoly topics or their reform and, decisions of organisms charged of its performance.

Sumario: 1. Relaciones entre la ley de protección al consumidor y la ley anti-monopolio. / Disposiciones constitucionales. / Disposiciones estatutarias. / Fuentes doctrinales. / 2. Agencias gubernamentales involucradas. / Consejo antimonopolio.

1 • Relaciones entre la ley de protección al consumidor y la ley antimonopolio

Disposiciones constitucionales

Las disposiciones constitucionales respecto de la ley antimonopolio se remontan a 1946 (art. 148). Se mencionó por primera vez el abuso de poder económico. La disposición enuncia que la ley debe prohibir abusos de poder económico, incluyendo todas las formas de asociaciones cuyos propósitos sean el dominio del mercado nacional, la eliminación de la competencia o el incremento arbitrario de los beneficios. Esto se ha convertido en la disposición estándar en las siguientes constituciones (1917 y 1988).

La Constitución de 1988 conservó básicamente la misma formulación (art. 173, párrafo 4), pero la protección a

los consumidores ganó una referencia especial en el artículo de apertura de la sección dedicada al orden económico. El artículo 170 (artículo de apertura de esta sección) se refiere a la libre competencia en su subsección IV y a la protección al consumidor en la subsección V. Ambos son considerados principios o propósitos de políticas económicas. En cualquier caso, podrían ser usados como **Topoi** en la interpretación del derecho económico.

Disposiciones estatutarias

Antes de que la protección al consumidor haya tenido Status constitucional, había sido considerada como parte del derecho económico. El Acta de 1951, concerniente a delitos contra la economía popular fue claramente diseñada como un estatuto criminal para proteger algunos derechos básicos de los consumidores. El artículo 2 de **esf**



Discriminación, rechazo a las ventas, contravención a la regularización de precios, etcétera.

actia tiene una lista de delitos cuya víctima es directamente el consumidor (discriminación, rechazo a las ventas, contravención a la regulación de precios oficiales, etc.) y el artículo 3 comprende una lista de delitos que incluyen (en la subsección III) formas de cartel y asociación diseñadas **con el propósito de** evitar, suprimir o poner obstáculos a la libre competencia.

La primera acta antimonopolio introducida en Brasil (Ley 4132, de 1962) tenía un carácter claramente criminal. En la medida en que no abrogaba legislaciones previas sus disposiciones tuvieron vigencia al mismo tiempo que el Acta de 1951.

El Acta antimonopolio, vigente actualmente enuncia sus propósitos en el artículo 1: reprimir las violaciones al orden económico tal como está definido en la Constitución, como promotor de los negocios privados, la libre competencia, la función social de la propiedad, la protección al consumidor y el límite al abuso del poder económico.

Fuentes doctrinales

La mayoría de los especialistas acuerdan en que la legislación antimonopolio está directamente conectada en su origen con la protección al consumidor. De hecho, los primeros intentos para regular las prácticas de fijación de precios fueron hechos en nombre de la protección al consumidor. También fueron prohibidos los acuerdos para dominar los mercados (<**cartels**>), sobre la base de las cláusulas de salvaguarda de la "economía popular".

La legislación anti monopolística, como un cuerpo específico de derecho, es también considerada parte de la política de desarrollo, que incluye disposiciones regulatorias para fomentar la industrialización y la formación de un mercado interno de consumidores.

Tanto el derecho antimonopolios como el del consumidor son interpretados como ramas del derecho que están en estrecha relación con las políticas públicas. Generalmente son interpretadas en términos de principios y propósitos. Incluso si la doctrina (o la teoría) del derecho económico enfrenta desafíos continuos en la interpretación real en la corte, los investigadores del derecho fácilmente hablarán de su carácter instrumental.

2 • Agencias gubernamentales involucradas

La vigilancia del cumplimiento del derecho antimonopolio está bajo la jurisdicción de una agencia especial ejecutiva (**CADE-Conselho Administrativo de Defesa Económica**). Es una agencia independiente, cuyos siete miembros son designados por el presidente de Brasil y remitidos al Senado. Ejercen dicho cargo durante dos años, y pueden ser designados por un segundo periodo. Hasta hace poco tiempo los miembros designados eran abogados (especialistas en derecho); últimamente, han sido escogidos entre economistas. El Procurador General designa un miembro del Ministerio Público para actuar en todos los casos y el Consejo mismo tiene un cuerpo de abogados propio.

Dentro del Poder Ejecutivo, la Secretaría Nacional de Derecho Económico (**SDE**) es un órgano ejecutivo tradicional a cargo del cual hay dos órganos responsables de investigar las prácticas de negocios que puedan infringir la legislación **anti-trust**. Trabaja como cuerpo investigador cuyos descubrimientos son remitidos al **CADE**, la agencia de adjudicación.

El poder de policía sobre el consumidor le corresponde al Departamento de Protección al Consumidor, una subdivisión de la SDE. Esto constituye más evidencia de la conexión entre derecho del consumidor y derecho antimonopolio. Una diferencia importante es, sin embargo, que las cuestiones anti monopolísticas son problemas federales mientras que el derecho del consumidor es un asunto estatal y su jurisdicción corresponde a los órganos del Estado (tanto ejecutivo como judicial).

El CADE (Consejo Antimonopolio)

El consejo antimonopolio se ha referido constantemente a los intereses de los consumidores tanto en sus decisiones como en sus políticas. Se ha vuelto usual para el CADE invitar a los órganos de protección al consumidor (públicos y privados) para expresar sus opiniones y preocupaciones en ciertas cuestiones controversiales.

Por supuesto que hay límites a esto. El más importante es la exclusión tradicional de los consumidores del debate cuando el tema involucra bienes no directamente relacionados con éstos. Las políticas industriales son tratadas generalmente como macroeconómicas y en ciertas áreas, el interés del consumidor parece indirecto.

El CADE puede decidir casos de un modo cuasi-judicial (procesos administrativos). Los procesos administrativos pueden desembocar en penas como multas, publicación obligatoria de la decisión, prohibición de contratos con agencias de crédito del gobierno y división obligatoria (*cisao*) de la corporación o venta obligatoria de su control así como interrupción de actividades. La obligación del cumplimiento de las decisiones debe ser hecha judicialmente. ***Los consumidores (individual o colectivamente) tienen derecho a iniciar la prosecución legal de las decisiones (art. 29, ley antimonopolio).***

Todas las fusiones y transacciones de negocios que pueden conducir a un obstáculo a la competencia deben ser presentados al CADE para su aprobación. Los procedimientos en este caso caen bajo la categoría de ***Actos de Concentración*** y son parte importante de los casos de la Agencia. Al examinar la concentración, la Agencia debe considerar su impacto en los consumidores (art. 54, II). Esto se hace usualmente bajo la investigación de eficiencia. Las fusiones o asociaciones que favorecen o crean posiciones dominantes son permitidas si los acuerdos presentan un efecto de bienestar claro. Los actos de concentración pueden ser aprobados si: 1. Su propósito es conjunta o alternativamente favorecer la productividad, el desarrollo tecnológico, la eficiencia o la calidad del producto; 2. Los beneficios son igualmente compartidos por consumidores y productores; 3. Estos no eliminan sustancialmente a la competencia en el mercado relevante; 4. La operación no sobrepasa los límites para alcanzar los objetivos deseados (Salgado 1998).

3 • Conflictos con las políticas públicas y el interés a largo plazo de los consumidores

Aun cuando la protección al consumidor parece ser de gran importancia en la justificación de la legislación anti monopolística, no siempre es fácil reconciliar los posibles intereses en conflicto en esta rama del derecho.

La intervención del Estado y la planificación han sido hechas a menudo en el nombre de diferentes fines (políticas públicas) que pueden excluir el beneficio directo e inmediato de ciertos grupos de consumidores. Históricamente, algunas regulaciones gubernamentales han apoyado explícitamente las fusiones y concentración de capital para fortalecer los negocios privados. Esta contradicción aparente es fácilmente comprendida cuando el ***desarrollo nacional*** (esto es, el fortalecimiento del mercado nacional, como opuesto al capital foráneo) es lo que preocupa. Este cuadro ha cambiado en los últimos 8 años, pero los resultados de las políticas regulatorias previas aún se sienten. Desde 1963 a 1990 el CADE manejó un total de 337 casos. Sólo 117 de ellos se convirtieron finalmente en procedimientos contra los acusados, y sólo 16 de entre ellos, tuvieron como resolución penalidades de algún tipo.

La promoción de fusiones y concentración de capital también puede hacerse sin considerar el origen nacional de los capitales. En ese caso, la necesidad de negocios fuertes en ciertas áreas puede ser presentada como si fuera el interés de los consumidores a largo plazo. Este ha sido el caso del sector bancario y financiero en los últimos cuatro años. La concentración se dio bajo la supervisión del banco central aduciendo la mayor garantía para los consumidores del servicio bancario.

Finalmente, debo mencionar que los consumidores más desfavorecidos no son un pequeño grupo en un país menos desarrollado. Un conflicto permanente puede surgir entre los intereses de los consumidores menos aventajados, cuya esperanza es ser incluidos en el mercado de consumo y aquellos que están mejor, y cuya preocupación primaria puede ser un interés puntual, como tener precios más bajos en artículos de consumo de lujo. En este sentido, el derecho antimonopolio puede ser puesto —como cualquier cuerpo de derecho económico— en un problema.

Éstas son sólo algunas de las razones por las que la autoridad antimonopolio puede entrar en conflicto con otras agencias y reguladores económicos.

Un debate reciente tuvo lugar durante el proceso de privatización. La privatización de las empresas del Estado y los monopolios afectó claramente a los mercados. Los planes de privatización estuvieron en manos de un consejo especial y la agencia ejecutiva a cargo de las operaciones fue el Banco Nacional de Desarrollo (Banco

nacional de desenvolvimiento económico - BNDES). La autoridad antimonopolio produjo una decisión en un caso afirmando que los efectos del proceso de privatización estaban bajo su jurisdicción y que podría tomar los pasos necesarios, *ex officio*, si fuera necesario, para investigar los casos. Los especialistas legales han apoyado la agencia antimonopolios.

El tema del interés difuso. El concepto de bien común

Un mercado competitivo es por definición, un bien común. En este sentido, proteger un mercado competitivo es proteger un interés difuso. Las definiciones de bienes comunes pueden encontrarse en la literatura económica y política, mucha de la cual ha derivado de las teorías de la acción colectiva o la acción racional. Los bienes comunes, los bienes públicos y los bienes colectivos son a veces usados como sinónimos.

"Un bien común, colectivo o público se define aquí como cualquier bien tal que, si una persona X_i , en un grupo X_1, \dots, X_n , lo consume, no puede de forma verosímil ser ocultado a los otros miembros de ese grupo." (Olson 1971, 14). John Rawls acepta premisas similares; "La idea principal es que un bien público tiene dos rasgos característicos, indivisibilidad y publicidad. Esto es, hay muchos individuos, un público, por así decirlo, que quiere más o menos de ese bien, pero si quieren disfrutarlo por completo, cada uno debe disfrutar de la misma cantidad [...] La consecuencia de la indivisibilidad y la publicidad en estos casos es que la provisión de bienes públicos debe ser organizada a través del proceso político y no a través del mercado" (Rawls 1992, 266).

Las doctrinas legales han tratado también con intereses difusos: las reglas concernientes a la propiedad común o condominio y fondos mutuos (seguros mutuos) ofrecen importantes ejemplos de interés difuso en el razonamiento legal tradicional. Los bienes invisibles han sido conocidos por los juristas durante siglos. A pesar de esta larga tradición, dos estatutos recientes han hecho renacer el debate sobre los intereses difusos en Brasil: el Estatuto de Acción de Clase (en 1985) y el Código de Protección al Consumidor (1990).

Las acciones de clase y la defensa de los intereses difusos tienen sus costos. Como resultado, acciones de clase han sido usadas más frecuentemente como sustituto para el *litisconsorcio*, esto es, alegato concurrente voluntario. Sólo en pocas oportunidades sirven a los intereses difusos, esto es, los intereses que no pueden ser discretamente asignados directamente a miembros de un grupo. En este sentido, es claro que la ley antimonopolio es básicamente un sistema para favorecer la competencia, aun cuando sea "instrumentalmente" para otros fines, y no beneficia inmediatamente a los consumidores. Si las aso-

ciaciones de consumidores o incluso el ministerio público no son conscientes de estas diferencias, es probable que aparezcan fuertes desacuerdos y malentendidos. Exploro algunos de estos problemas básicos en otro trabajo (Lopes 1998).

La ley brasileña provee una definición de interés difuso (art. 81, único párrafo, **CDC**), como opuesto a los derechos e intereses colectivos y homogéneos. Sin embargo, desde punto de vista procedimental se ha generado cierta confusión, como si todos ellos fueran protegidos por la misma solución (acciones de clase) incluso cuando un examen cuidadoso de los estatutos conduciría a una diferenciación entre acción de clase y acción colectiva.

La ley antimonopolio en Brasil se ocupa del mercado como un bien común. Las soluciones individuales para prácticas comerciales injustas (concurrencia desleal) pueden encontrarse en varios estatutos y cubren las ofensas criminales y la responsabilidad extracontractual. La ley antimonopolio no provee soluciones individuales, pero víctimas individuales pueden presentar quejas contra los violadores del estatuto en la esfera administrativa. La decisión final del **CADE** puede hacerse cumplir por la víctima, si la agencia no la sigue.

4 • La ley antimonopolio y competencia industrial.

Aunque genera divisiones, la cuestión de la naturaleza de la ley antimonopolio se considera generalmente como parte de la política económica general. En este sentido, los especialistas en derecho tienden a pensar que la competencia no es apoyada sólo *per se*, sino también como un medio para lograr otros fines promovidos por el orden legal, tal como el desarrollo nacional, justicia social, etc. Desde esta perspectiva, los intereses de los consumidores pueden ser usados para legitimar algunas políticas antimonopolio, pero no otros.

La relación del **CADE** con las políticas generales es también discutible. Algunos creen que debería concentrar su rol en la "fuerza de policía antimonopolio" mientras que otros apoyan algunas de sus decisiones, que tienen un alcance mayor y que colaboran para reordenar la estructura del mercado.

Históricamente, por varias razones, la ley antimonopolio parece ser menos efectiva que lo que algunos pueden esperar. Además de algunos de los factores mencionados más arriba, el cumplimiento judicial de las regulaciones de **CADE** ha sido muy difícil. Los tribunales han favorecido regularmente los negocios privados por la restricción o la suspensión de las regulaciones de la agencia en nombre de derechos individuales. La larga y fuerte tradición liberal de las cortes brasileñas más que incómoda con

algunas de las soluciones provistas por la legislación antimonopólica.

Los miembros del CADE se han quejado recientemente públicamente de que la agencia carece de los recursos materiales para cumplir con sus obligaciones. Se han quejado de que su plazo debe ser un año más largo, y que las investigaciones desarrolladas por el poder ejecutivo no son tan buenas como deberían ser. Sin embargo, los casos han sido conducidos más rápidamente, aun cuando éstos se han duplicado en los últimos dos años. El CADE está tratando, también, de cambiar los procedimientos por los que sólo las prácticas anticompetitivas son investigadas. Actualmente, parece haber un número creciente de quejas contra firmas de parte de los consumidores, pero muchos son sólo un recurso adicional a juicios seguidos por leyes regulares entre partes particulares.

3 • Estudio de caso

5.7 Los informes anuales

Hemos seleccionado un número de casos decididos por el CADE y procederemos a analizar sus decisiones. Las primeras seis decisiones fueron adoptadas en procesos administrativos. Las otras decisiones fueron decisiones de los decretos de Concentración.

En 1997 hubieron 25 casos (procesos administrativos) iniciados por asociaciones de consumidores, por los fiscales de distrito o por el SDE a pedido de los consumidores. Todos, excepto uno, fueron resueltos a favor de la firma o firmas acusadas. La naturaleza de las denuncias fueron como sigue:

Naturaleza de la queja	Número	% del total iniciado por consumidores
Incremento abusivo de precios	13	52%
Incremento arbitrario de beneficios	3	12%
Dominación de mercado	2	8%
Formación de cartel	2	8%
Otros /no especificado	5	20%

Los consumidores se quejan fundamentalmente de los incrementos de precios (52%). Si se le agregan a éstos, los reclamos contra el incremento de ganancias, casi dos

terceras partes de los casos caen en esta categoría (64%). Hubo un solo caso en el que el acusado fue encontrado culpable, y se llevó la acusación contra la Unión Brasilia de Hospitales sobre la base de que intentó controlar el mercado. Los casos que hemos seleccionado fueron resueltos en 1998 pero son representativos del tipo de problema llevado ante el CADE y de la lógica de sus decisiones.

5.2 Proceso administrativo n° 46/92

Acusado: Xerox Industrial y Comercial Ltda. (Xerox de Brasil)

Cargo: Incremento abusivo de precios (cláusula de indexación unilateral)

Demandante: Fariña y Fraga Abogados (firma legal)

El demandante fue una firma de abogados que había arrendado (**leased**) una máquina de copias Xerox bajo un contrato de arrendamiento (**lease**) estándar en el cual el arrendatario había fijado una cláusula de revisión de precios unilateral. El acusado argumentó que se había utilizado un criterio perfectamente aceptable, esto es, el incremento de los costos de producción. Los demandantes reclamaban que el incremento del precio había llegado a 11,785% en 10 años, cuando el precio de equipo nuevo se había incrementado en un 8,594% y dos de los índices de inflación nacional mejor conocidos y aceptados habían indicado una tasa de 4,184% y 4,346% para el mismo periodo.

El demandante ya había presentado una demanda civil contra Xerox de Brasil ante el tribunal de San Pablo (3o. Vara de la Comarca de la Capital) y había obtenido una decisión favorable. La Corte dictaminó que la cláusula era **potestativa** y, por lo tanto, violaba la disposición del Código Civil de Brasil (art. 115) que tiene como inválido cualquier acuerdo (o cláusula) que difiere sus efectos sobre una parte a su única discreción.

En el curso de la investigación, el acusado intentó interrumpir el caso presentando una petición de compromiso (compromiso de cese de prácticas, **compromisso de cessacao depráticas**), una posibilidad legal en la ley brasileña anti-monopolio. El acuerdo no se ejecutó y el caso pasó a ser decidido.

Finalmente, el caso fue rechazado por CADE con una indicación importante de la comprensión de su rol en la defensa de los intereses de los consumidores.

El Consejo señala, primero, que potencialmente existe un tema antimonopolio en el caso. Xerox tiene una parte significativa del mercado, sino es que el monopolio. En segundo lugar, él está potencialmente dentro del alcance de las disposiciones legales que tratan sobre las firmas que tiene fuerte influencia en la determinación de precios en el mercado relevante, y éste es el caso de Xerox de Brasil. El Consejo clasifica el caso como abuso de

posición dominante por la imposición de precios. Sin embargo, la cuestión de fondo discutida en el caso era en realidad otra: la opinión principal afirma que el tema en cuestión era el uso adecuado de la inflación o los índices de costos. El demandante había realizado un acuerdo con el Fiscal de Distrito de San Pablo bajo el recientemente promulgado Código de Defensa del Consumidor. Aun así, la Consejera Salgado dijo que es perfectamente aceptable para el Consejo escuchar un caso no sobre las bases de su efecto individual sobre los consumidores involucrados, lo cual puede constituir un problema para cortes civiles regulares, pero sobre las bases del "abuso de posición dominante en el mercado" y "los efectos anticompetitivos". Los temas contractuales deben ser llevados ante el Consejo, argumentó, cuando su origen es el abuso de la posición en el mercado. Y al decidir quién tiene una posición dominante en el mercado, las reglamentaciones tradicionales de los tribunales europeos pueden ser de utilidad: para afirmar el dominio en el mercado es necesario considerar las relaciones entre todos los participantes a lo largo de todos los vínculos en la cadena de transacciones. Lo que ella asevera es, por supuesto, que el Consejo no adjudicará relaciones contractuales entre los consumidores y las firmas. El Consejo no tomará en consideración el acto aislado, sino los efectos en el mercado. En este sentido, el razonamiento es claramente "consecuencia lista", no es la infracción literal de la ley lo que preocupa. Las violaciones a las leyes civiles y criminales deben ser tratadas en los tribunales ordinarios. En este caso, ella argumenta que la existencia de una cláusula inaceptable en el acuerdo no viola, por sí misma, las disposiciones anti monopolísticas.

El examen a realizar por el Consejo debe considerar dos aspectos: *á)* Si el acusado tiene una posición tal en el mercado como para interferir en la competencia entre los agentes; *ti)* si los efectos de la práctica criticada son la eliminación real o la limitación de la competencia. De hecho, puesto en su contexto histórico, el incremento de precios es el resultado de un periodo turbulento de inestabilidad monetaria. Existieron varios índices de inflación disponibles, pero éstos no eran igualmente válidos para todos los agentes económicos. Por supuesto, el Consejo admite que la fijación de precios es el último ejemplo de dominación del mercado. Pero la fijación de precios en un periodo de inestabilidad monetaria debe ser contrapuesta respecto de cierto estándar de políticas de precios normales, lo que era virtualmente imposible para el periodo considerado. Tomaría una comparación de precios regulares y de la cadena de formación de precios (art. 21, II, Ley Antimonopolio). Esto no era posible en este caso. En general, los precios abusivos, durante los ochenta y principio de los noventa no podrían ser definidos adecuadamente.

Respecto del uso de acuerdos estándar **{contratos de adesaó}** el Consejo se negó a verlos en una perspectiva

completamente negativa. La opinión reconoce que los acuerdos estándar pueden ser el canal obvio de poder abusivo, pero también son los responsables de la obtención de mayores ganancias al reducir los costos de transacción.

El acusado fue encontrado inocente en el cargo de prácticas anticompetitivas. La importancia del caso es más en

obiter dicta que por su resolución. La resolución se basa realmente en la falta de evidencia y en la dificultad de establecer pruebas sobre el incremento abusivo o arbitrario de precios, debido al periodo hiperinflacionario en el cual sucedieron estos eventos. Sin embargo, el **dicta** presenta algunos puntos interesantes: primero, los acuerdos

privados pueden generar temas anticompetitivos y, por lo tanto, pueden ser sujetos a escrutinio por el Consejo Antimonopolio. Segundo, reconoce que los consumidores pueden individualmente tener interés en la política anti monopolística, aunque el centro del **CADE** sea considerar los efectos del caso en la industria general (o el mercado relevante).

5.3 P.A. 0011866/94-84

Demandante: Cabesp

Acusado: UNIMED

Cargo: obstáculos al establecimiento de competidores.

El caso trata sobre los servicios de salud. Cabesp es una asociación de empleados de un banco privado y prove a sus miembros con un grupo de médicos? que los atienden con precios más bajos. Los médicos entrarían en un acuerdo con Cabesp y serían acreditados por ésta: a cambio de sus precios reducidos, tendrían un mayor número de empleados del banco como pacientes. Cabesp no es una corporación de negocios, es una organización sin fines de lucro, según la ley brasileña.

En pueblos pequeños, los médicos usualmente se vuelven parte de UNIMED, un tipo de cooperativa de médicos practicantes, UNIMED no son exactamente corporaciones de negocios: son cooperativas. Pero esto también significa que, según la ley de Brasil, tienen propósitos económicos pueden legítimamente distribuir beneficios.

Cabesp presentó una demanda contra UNIMED argumentando que los médicos afiliados a Cabesp perderían su participación en UNIMED. Como resultado, considerando que UNIMED tiene una posición dominante en ciudades pequeñas, los miembros de Cabesp se quedaron sin alternativas para conseguir precios más bajos en servicios médicos. El número de asociados de Cabesp es muy pequeño en comparación con los compradores de los servicios de UNIMED: los asociados de Cabesp se limitan a los empleados del banco, mientras que UNIMED ofrece sus servicios al público en general. Por el artículo



Ciudad de Sao Paulo.

11 del estatuto de **UNIMED**, los médicos podrían ser expulsados de sus filas.

¿Es éste un caso donde el interés de los consumidores está en juego? Por supuesto, no es un consumidor aislado el que presenta la queja: es una asociación privada. Pero el carácter de la asociación, típicamente, una organización sin fines de lucro, permite suponer que existen intereses colectivos de los consumidores en el caso. Es también claro que el interés de los consumidores es la posibilidad de acceder a mayores opciones de servicios médicos a costos razonablemente moderados.

A pesar del claro interés de los consumidores en este caso, ésta no fue la justificación de la decisión. No se considera la penalización de **UNIMED** porque ésta haya afectado el interés de consumidores, sino por los aspectos anticompetitivos de su práctica. La cooperativa fue encontrada culpable de abuso de su posición dominante en el mercado de servicios médicos. El primer obstáculo que debió ser superado para alcanzar esta decisión fue el no considerar las leyes por las cuales **UNIMED** era definida como una organización sin beneficio. Para hacerlo, **CADE** consideró primero que **UNIMED** entraría en acuerdos de prepago con corporaciones o firmas de negocios para proveer a sus empleados con servicios médicos. Esto fue interpretado como una actividad económica en un mer-

cado potencialmente competitivo. En segundo lugar, **UNIMED** tenía estrechas relaciones de negocios, incluyendo una participación mayoritaria en empresas como **UNIMED Seguros** y **UNIMED Holdings**, entre otras. Finalmente, la decisión consideró que la práctica de **UNIMED** era típicamente una de las que crean dificultades para la existencia de sus competidores y esto fue la base para su condena.

5.4 RA. n° 08000.018299/96-8

Demandante: Ana Tereza Sotero Duarte

Acusado: Librería Eldorado Brasilia Ltda. & Editora Ática S/A

La demandante intentó comprar dos libros didácticos editados por Ática y fue informada por Distribuidora Eldorado de que era la representante exclusiva del editor para Brasilia. En la Distribuidora, fue informada de que el costo de los libros era de Cr\$ 4,500 por ejemplar, para una orden mínima de 12 libros. Fue entonces a la Librería Eldorado, donde podría comprar cada libro por Cr \$12,090. Entonces presentó una queja. En las investigaciones preliminares se encontró que la librería y la editora Eldorado eran parte de un mismo grupo y que su exclusividad para la venta de libros publicados por Ática era potencialmente un asunto de la ley antimonopolio.

Los acusados comenzaron sus argumentos mostrando que los libros escolares y la editorial en general es un mercado altamente competitivo. No hay allí posición dominante. Las librerías argumentaron que muchos libros publicados por Ática eran realmente llevados a Brasilia por otras librerías que los compraban en diferentes lugares. También se argumentó que las distintas librerías podían dar diferentes descuentos a sus clientes. El editor, como muchos otros, había decidido imprimir un precio sugerido en la cubierta del libro principalmente como garantía para los consumidores y también para tener una base del pago de los derechos de autor.

En la consideración del caso, el Consejo trató de encontrar aspectos anticompetitivos pero no pudo encontrar ninguno. La única práctica posiblemente anticompetitiva en el caso era el establecimiento de precio de ventas (el precio de cubierta). Pero entonces, una vez más, esta práctica tendría que ser juzgada por su impacto en el mercado, esto es, por los efectos anticompetitivos. La fijación de precios puede ser un obstáculo para la competencia entre minoristas. Sin embargo, el Consejo no encontró evidencia de esto, ya que el editor mostró evidencia de que diferentes librerías daban diferentes descuentos a sus consumidores, y al hacerlo no eran sujetas a sanciones por parte del editor, y no había ningún tipo de penas o sanciones incluidas, incluso, en los acuerdos entre el editor y los minoristas.



Centro comercial Ibirapuera.

En resumen, un consumidor individual estaba, en realidad, tratando de comprar dos libros a precios fijados para minoristas y no para consumidores finales. Obviamente, el consumidor tiene un interés en comprar los bienes al precio más bajo posible. La solución obvia y fácil al caso fue afirmar que los consumidores tienen acceso a bienes a precios del mercado de consumidores y éstos no son los mismos que en las ventas al mayoreo o para minoristas. Los consumidores son una cosa, los comerciantes son otra. Pero el Consejo trató de poner el caso en una perspectiva antimonopolio. El asunto se volvió un tema de fijación de precios. ¿Es la fijación de precios una práctica que pone obstáculos a la libre competencia entre vendedores de libros y finalmente afecta al consumidor? Puede ser así, pero los acusados tuvieron éxito al mostrar evidencia de que la fijación de precios en este caso no buscaba restringir la competencia ni, más importante todavía, tuvo el efecto real de restringirla.

5.5 RA. 08000.001504/95-48

Demandante: El Fiscal de Distrito del Estado de Sergipe
Acusado: **CRECI**, The Real Estate Brokers Council El Consejo Real de Agentes de Bienes Raíces del Estado
Cargo: Fijación de precios.

CRECI es una asociación autorizada creada para controlar las actividades profesionales de los agentes de bienes raíces. Un estatuto federal especial dispone la creación de tales asociaciones y sólo los comerciantes que se han unido a ellas pueden actuar legalmente como agentes de bienes raíces. El Fiscal de Distrito del Estado a cargo de la protección a los consumidores en el estado de

Sergipe presentó una petición solicitando una investigación sobre la legitimidad de la tabla de honorarios estándar que **CRECI** decidió establecer.

El acusado argumentó que la tabla no era un acuerdo de firmas para dominar el mercado relevante, sino la mera regulación de actividades profesionales de acuerdo con las leyes federales. También argumentó que toda profesión organizada en Brasil, incluyendo abogados, arquitectos y muchos más, habían hecho las mismas tablas indicando los valores mínimos y máximos sugeridos como honorarios profesionales. El objetivo principal de esta tabla es organizar la competencia intraprofesional, poniendo fin así a las prácticas profesionales desleales, y, en última instancia, proteger a los consumidores, quienes pueden acudir a dichas tablas para tener referencias en sus negocios y tratativas con agentes de bienes raíces.

La cuestión que surgió en el Consejo Antimonopolio **presentaba** dos interrogantes: ¿Intenta el **CRECI** dominar el mercado y cerrarlo a la competencia? ¿Afectaba esta tabla negativamente la competencia? La respuesta a las dos preguntas fue no. Al hacer la **tabla**, el **CRECI** estaba, justamente, haciendo uso de su poder reglamentario para regular una profesión. No estaba incurriendo en la práctica de fijación de precios prohibida por la ley. En cuanto a los efectos, el **CRECI** no tiene un poder real en el mercado; aun cuando propone una tabla, los agentes individuales son libres de cobrar lo que quieren.

La decisión, sin embargo, deja algunas cuestiones abiertas. Debido a su carácter público y profesional, el **CRECI** tiene poder de policía sobre sus miembros. No seguir la tabla puede hacer que un agente sea sujeto de penalidades, sanciones o castigos. Esta fuerza legalmente vinculante, aunque indirecta, no fue considerada en su totalidad. La decisión simplemente dice que "no hay evidencia del tipo de sanción que se le puede aplicar a un agente individual". Bien, incluso si la sanción no está definida en la tabla misma, **CRECI** puede invocar siempre su poder de policía y tratar de evitar la falta de cumplimiento de la tabla. Por otro lado, la decisión también afirma que el efecto competitivo no se realiza por la libre empresa no se ve afectada. La fundamentación no es del todo clara. "No podemos hablar de porcentajes estándar cargados por los agentes porque la tabla no da lugar a los efectos del Artículo 12° de la Ley Antimonopolio". El efecto que la decisión tiene en mente es la "libre empresa". Ahora la cuestión es, en un mercado profesional regulado, en el cual la autoridad regulatoria define porcentajes máximos y mínimos ¿podemos hablar de libre competencia?

Otra cuestión que surge tiene que ver con la conexión causal entre la tabla y los precios en general. El Artículo 20 de la Ley Antimonopolio considera ciertas prácticas como ilegales, (i) incluso si intentan producir efectos anti-competitivos y (ii) incluso si no concluyen realmente por producir efectos anticompetitivos. Uno puede en-

tender esta disposición de dos modos diferentes, aunque no contradictorios. Primero, en la ley antimonopolio, la culpabilidad individual (como en la ley criminal el **intencionalidad del agente**) no tiene ningún rol —es un campo de responsabilidad estricta (**responsabilité sans faute**). Segundo, las prácticas antimonopolio son ilegales incluso cuando los resultados que se buscaban no fueron alcanzados. En este sentido, las prácticas antimonopolio son similares a los **crimes de perigo** (crímenes de peligro). En este sentido, la mera existencia de una tabla, aun cuando no sea efectiva, podría ser considerada ilegal. Pero esto es exactamente lo que el Consejo no piensa. Si la tabla existe, pero realmente no se aplica, no debería ser considerada por el Consejo, dice la resolución.

6 • Comentarios generales

La protección al consumidor es un tema dominante en la regulación económica actualmente. En lo que se refiere a la ley anti-monopolio, los consumidores son sólo beneficiarios indirectos de sus disposiciones legales. El Consejo Antimonopolio está aparentemente abierto a las quejas de los consumidores y no ha rechazado el examen de acuerdo privados entre consumidores y proveedores profesionales de bienes y servicios. Sin embargo, el Consejo ha resuelto, consistentemente, que no tiene jurisdicción sobre contratos privados. Ha afirmado su jurisdicción sobre acuerdos privados cuando estos muestran efectos anti-competitivos generales sobre el mercado en su conjunto. Los consumidores también son habilitados por la ley para iniciar procedimientos judiciales después de que el Consejo Antimonopolio ha tomado una decisión pero no ha desarrollado los pasos necesarios para hacerla efectiva. Pero no pudimos encontrar ningún precedente en que este derecho haya sido realmente ejercido.

Los consumidores que presentan quejas ante el Consejo Antimonopolio están preocupados usualmente por el incremento de precios. El sistema legal antimonopolio brasileño ha hecho referencia tradicionalmente al **incremento arbitrario de beneficios**. La Ley 1990 ha conservado la misma formulación (Art. 20, III) y consideró a éste una de las cuatro prácticas anti-competitivas típicas, junto con aquellas que limitan las actividades de los competidores, la dominación de mercados relevantes y hacer uso abusivo de la posición dominante en el mercado. La ley enumera también una serie de prácticas que pueden ser consideradas como parte de la jurisdicción antimonopolio, entre ellas, la imposición de precios excesivos o el incremento de precios sin causas razonables (Art. 21, XXIV). Los abogados tienden a ver "incremento arbitrario de beneficios" como "incremento abusivo de precios". La verdad es que "incremento abusivo de precios"

fue agregado a la ley recién en 1990, mientras que los "beneficios arbitrarios" han sido parte de las disposiciones legales y constitucionales por más de 50 años. Desde el punto de vista del consumidor individual, el incremento de ganancias parece ser irrelevante y los abogados suelen esforzarse en identificar "incremento de beneficios" con "condiciones usureras" o "cláusulas injustas" (cláusulas potestativas). Hoy en día, es posible distinguir incremento de precios de beneficios, pero el tema está aún abierto en términos de precedentes y fuentes doctrinales.

^bibliografía

AMARAL JR., Alberto do et alii (1990), *Comentario ao Código*

Brasileiro do Consumidor. Sao Paulo: Saraiva. BATISTA, Paulo Nogueira - "Conclusões do Colóquio", *Revista*

de política Externa, Septiembre de 1992, vol.I, No. 2. BAPTISTA, Luiz Olavo (1994) "Impacto do Mercosul sobre o Sistema Legislativo Brasileiro", *Mercosul - Das Negocias á implantagao*, org. BAPTISTA, Luiz Olavo, CASELLA, Paulo Borba y MERCADANTE, Araminta de Azevedo. Sao Paulo: Ltr.

BARBOSA, Rubens Antonio - "A Integrado Regional e o Mercosul". *Revista de Política Externa*, Septiembre de 1992, vol. 1, No. 2.

BERGSTEN, Fred (1991) "A Economía Mundial após a Guerra Fria", *O Brasil e a Nova Ordem Internacional*, org. FGV, Rio de Janeiro: Expressao e Cultura. BIBER, León E., "Europa e América Latina: análise comparativa dos processos históricos de integrado", *Revista Brasileira de Política Internacional* 36 (1), 1993. BRALDFORD JR., Colin I. - "Integracao Regional e Estratégias de Desenvolvimento em um Contexto Democrático". *Revista de Política Externa*, septiembre de 1992, vol.I, No. 2 BUENO, Julio César do Carmo, "Normas Técnicas: um desafio á integrado", *Revista da Industria - nova serie*, Ano I, nº04- FIESP/CIESP, oct-dec, 1992. COELHO, Fábio Ulhoa (1995) *Direito antitruste brasileiro*. Sao Paulo: Saraiva.

COMITÉ MERCOSUR DE NORMALIZADO: Procedimento para elaborado de normas Mercosul, Jan.96. CASELLA, Paulo Borba - "Direito da Concorrência na CE e no Mercosul" *Mercosul -Das Negocias á Implantagao*, 1994. DELMANTO, Celso (1975) *Crimes de concorrência desleal*. Sao Paulo: EdUsp.

DUVAL, Hermano (1976) *Concorrência desleal*. Sao Paulo: Saraiva.

FILOMENO, José Geraldo Brito (1995) Lucros abusivos: conceito e identificacao. *Revista de Direito econômico*, out. dez. 95, pg. 51-63.

FONSECA, José Júlio Borges da (1996) Análise do regime jurídico do CADE. *Revista dos Tribunais*, 734, p. 48-55. FORGIONI, Paula (1998) *Os Fundamentos do antitruste*. S. Paulo: Revista dos Tribunais.

- FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga (1996) *Introdução ao direito antitruste*. Sao Paulo: Revista dos tribunais.
- , (1996) As Eficiências económicas sob o prisma jurídico. *Revista de Direito Económico*. Abr.jun-96, pg. 25-37.
- FREIRE, Marusa Vasconcelos (1996) A Atuação do Cade diante da desestatização. *Revista de Direito Económico*, abr. jun. 96, pg. 67-72.
- GOMES, Orlando, "Teoria Geral dos Contratos", 12^a ed., 4^a reimpressão, Rio de Janeiro, Forense, 1991.
- GRAU, Eros - *Elementos de Direito Económico*, Ed. Revista dos Tribunais, Sao Paulo, 1981.
- IPEA-Defesa da Concorrência: A Prática Brasileira e a experiência Internacional*, 1993.
- LOBO, Luiz Paulo Neto (1991), *Condíções Gerais dos Contratos e Cláusulas Abusivas*, Sao Paulo: Saraiva.
- Lopes, José Reinaldo de Lima, (1992) *Responsabilidade Civil do Fabricante e a Defesa do Consumidor*, Sao Paulo: Revista dos Tribunais.
- ,(1998) Social rights and the courts. Wilhelmsson, T. (ed.)
- From dissonance to Sense: privatisation and private law*. Aldershot: Dartmouth.
- LUCCA, Newton de, "A Proteção do Consumidor e o Mercosul", *Direito do Consumidor*, 12.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (1995) Mercosul-minilateralismo e metaconstitucionalismo. *Revista de Informando legislativa* . 32 (128), pg. 207-220.
- NETO, Pedro Scuro - "A Rotinização do Mercosul", *Revista Brasileira de Política Internacional* 36 (1), 1993.
- OLIVEIRA, Gesner (1996) Globalização, abertura e concorrência. *Revista de Direito Económico*, abr .jun 96, pg. 9-11.
- OLSON, Mancur (1971) *The Logic of collective Action*. Cambridge (MA): Harvard.
- PEREIRA, José Matias - "A Defesa da Concorrência no Mercosul" *Boletim de Integrando Latino Americana*, No. 15, outubro- dezembro/1994.
- PEÑA, Félix - "Pré Requisitos Políticos e Económicos da Integração" *Revista de Política Externa*, setembro de 1992, vol.I, No.2.
- RAWLS, John (1992) *A Theory of Justice*. Oxford: Oxford U. Press
- SALGADO, Lúcia Helena (1998) "Dominant position and its abuse", paper presented at the Permanent Forum for Competition.
- SCUARTZ, Luís Fernando. Poder Económico e Abuso do Poder Económico no Direito de defesa da concorrência brasileiro. *Revista de Direito Mercantil*. N. 94, pg. 13-27.
- SHTEBER, Benjamín (1966) *Abuso do poder económico*. Sao Paulo: Revista dos Tribunais.
- STIGLITZ, Rubén S. *Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguro*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, s/d.
- SUASSUNA, Ney, (1995) "O Projeto de Nova Lei de Propriedade Industrial", *Revista da ABPI*, nº15.
- Vaz, Isabel (1993) *Direito Económico da Concorrência*, Rio de Janeiro: Ed. Forense.
- VENANCIO Filho, Alberto (1968) *A Intervenção do Estado no domínio económico: o direito público no Brasil*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas.
- VIDLGAL, Geraldo (1976) *Teoria geral do direito económico*. Sao Paulo: Revista dos Tribunais.