

La consideración de los intereses de los consumidores por el derecho de la competencia en el derecho portugués

*María Manuel Leitao Marques
Catarina Frade*

En Portugal, es solamente a partir de 1983 que existe una legislación específica de defensa de la competencia. En 1993 fue publicado un decreto que reunía la prohibición de los monopolios, el abuso de posición dominante, el abuso de dependencia económica, el control de la concentración de las empresas, fue introducido un nuevo régimen sobre las ayudas del Estado y se agregó una parte relativa a los procedimientos. La ley se aplica a todas las actividades económicas en los sectores público, privado o cooperativo. El criterio adoptado por la legislación portuguesa es de efecto anti competencia territorial. Se crea el Instituto del Consumidor para la defensa de los derechos de los consumidores. El derecho portugués de la competencia no se refiere expresamente al consumidor sino al usuario que es una noción más amplia que la del consumidor.

In Portugal, only since 1983 exists an specific legislation for the defense of the competition. In 1993, it was published a decree that gathers the forbidding of the monopolies, the abuse of dominant positions, the abuse of economical dependence and the control of enterprises concentration. It was introduced a new regime of State help and added a relative part to procedures. The law is applied to all economical activities in the public, private and cooperative sectors. The criteria adopted for the Portuguese law is an effect of territorial anticompetition. The Consumer's Institute was created for the defense of consumer's rights. The competence Portuguese law is not referred directly to consumers but to users that is a larger notion that the one of consumer.

Sumario: El derecho de la competencia y el consumo. / Los monopolios, el abuso de posición dominante y el abuso de dependencia económica. / Los mecanismos de excepción en las prácticas anticompetencia en la legislación portuguesa. / Las operaciones nacionales de concentración. / Las ayudas del Estado. / La competencia desleal. / La noción de consumidor.

E1 derecho de la competencia y el consumo

a) En Portugal, es solamente a partir de 1983 que existe una legislación específica de defensa de la competencia (Decreto Ley 422/83 del 3 de diciembre). Las proposiciones e iniciativas anteriores no pasaron jamás del estado de proyectos o no fueron nunca aplicadas. Fue ante la perspectiva de la adhesión a la Comunidad Europea que se aceleró el proceso y que fue transformada en ley la disposición constitucional de la Constitución de la República de 1976 que estipulaba la obligación del Estado de asegurar una competencia equilibrada entre las empresas

(Art. 81 del a Constitución). En 1988, este régimen fue completado por la ley de control de las concentraciones (Decreto Ley No. 428/88 del 19 de noviembre).

En 1993 fue publicado un nuevo decreto que reunía la prohibición de los monopolios, el abuso de posición dominante, el abuso de dependencia económica, el control de la concentración de las empresas, fue introducido un nuevo régimen sobre las ayudas del Estado y se agregó una parte relativa a los procedimientos vinculados con los diferentes aspectos reglamentados (Decreto Ley N° 371/93 del 29 de octubre).

La ley de defensa de la competencia se aplica "a todas las actividades económicas, de carácter permanente u

ocasional en los sectores público, privado o cooperativo" (Art. 1). Se exceptúan las restricciones a la competencia que sufran de una ley especial y se excluye a las empresas concesionarias de servicios públicos (Art. 41, No. 2). El criterio adoptado por la legislación portuguesa es el criterio de **efecto anti competencia territorial**, según el cual están prohibidos los comportamientos anti competencia que existan en el mercado nacional o cuyos efectos se hagan sentir en éste de manera real o virtual, incluso si las empresas responsables de tal comportamiento están ubicadas fuera de nuestro territorio. (Art. 1, No. 2).

Organizar e instruir los procesos relativos a las infracciones de la competencia surge de la Dirección General de Comercio y de la Competencia, un servicio del Ministerio de Economía. Se pasa al Consejo de la Competencia, en primera instancia, la decisión sobre las prácticas restrictivas, la concesión de excepciones o la aplicación de enmiendas y emitir su opinión en materia de concentraciones, cuando la solicitud le sea formulada por el ministro responsable de comercio. Al presentar un recurso contra sus decisiones, se pasa al Tribunal Administrativo Supremo.

El Consejo está constituido por un presidente (un magistrado judicial o del ministerio público) y de cuatro a seis miembros nombrados por el Primer Ministro, de acuerdo con la propuesta de los Ministros de Justicia y Comercio.¹

b) Es igualmente en la Constitución de la República (art. 60) que reconoce el **derecho de los consumidores** como derecho económico, social y cultural, de naturaleza análoga a los derechos de las libertades y garantías, que fue publicada la ley de defensa del consumidor, Ley No. 24/96 del 31 de julio, que sucedió a la Ley 29/81 del 22 de agosto.²

La ley atribuyó al Estado un deber general de protección del consumidor; definió el consumidor y reglamenta sus derechos respectivos (derecho a la calidad de bienes y servicios; a la protección de la salud y de la seguridad física; a la formación y a la educación en materia de consumo, a la información del consumidor; a la protección de los intereses económicos; a la prevención y a la reparación de daños patrimoniales o que resulten de la violación de los intereses o de los derechos individuales homogéneos, colectivos o difusos; a la protección jurídica y a una justicia accesible y rápida; a la participación, por vía representativa, en la definición legal o administrativa de sus derechos y de sus intereses). La ley prevé, también, los derechos de las asociaciones de consumidores.

1. Ver Antonio C. SANTOS, M. Eduarda GONCLAVEZ e María Manuel L. MARQUES *Direito Económico*. Coimbra: Almedina, 3ª ed. 1998, p. 422 y ss.
2. Un Código de los Derechos del Consumo está en preparación. El mismo sistematiza las disposiciones legislativas o reglamentarias en la materia.

La misma ley crea el Instituto del Consumidor, como entidad pública responsable de la promoción de la política de defensa de los derechos de los consumidores, así como de la coordinación y de la ejecución de las medidas tomadas para su protección, su información y su educación y de la ayuda a las organizaciones de consumidores.

Están habilitados para iniciar acciones para la defensa de los derechos de los consumidores: los consumidores directamente lesionados; los consumidores y las asociaciones de consumidores incluso si no son directamente perjudicados, según los términos de la Ley No. 83/95 del 31 de agosto, relativa al derecho de acción popular; y el Ministerio Público y el Instituto del Consumidor cuando están en juego intereses individuales homogéneos, colectivos o difusos.

Otros decretos completan el derecho concerniente a la protección del consumidor. La mayoría de este derecho es el resultado de directivas comunitarias. Así es el caso en materia de publicidad,³ de crédito al consumo, de cláusulas contractuales abusivas,⁴ de compra y venta al exterior⁵, de contrato de viaje organizado,⁶ de la responsabilidad (objetiva) respecto de los productos defectuosos,⁷ del derecho de los consumidores a la protección de la salud y de la seguridad,⁸ del contrato de seguro y evidentemente del régimen de normalización.⁹

Los monopolios, el abuso de posición dominante y el abuso de dependencia económica

El régimen de las prácticas colectivas, en lo que concierne a la prohibición de los monopolios (Art. 2) es casi idéntica al régimen comunitario. Surge de la misma noción vasta de **empresa**: "toda forma de organización de recursos materiales y financieros que tiene objetivos económicos, lucrativos o no", **del acuerdo entre empresas, de las decisiones de asociaciones o de prácticas concertadas**.

3. Ver D/L No. 330/90 del 23 de octubre (Codigo da Publicidade).
4. Ver D/L No. 446/85 del 25 de octubre (Cláusulas contratuais gerais).
5. Ver D/L No. 272/87 del 3 de julio (Compra e Venda fora de estabelecimento).
6. Ver D/L No. 198/93 del 27 de mayo (Contrato de viagem organizada).
7. Ver D/L No. 383/89 del 6 de noviembre (Responsabilidade decorrente de produtos defeituosos).
8. Ver D/L No. 311/95 del 20 de noviembre (O direito dos consumidores á proteccao da saúde e da segurança), Directiva n° 92/59/CEE del 29 de junio de 1992.
9. Ver D/L No. 102/94 del 20 de abril (Contrato de Seguro) e Directivas de Terceira Geracao n°92/49/CEE del 18 de junio (para os seguros nao vida), No. 92/96/CEE del 10 de noviembre (para o seguro vida), No. 91/674/CEE del 19 de diciembre (contas anuais relativas as empresas de seguros); D/L No. 522/85 del 31 de diciembre (Contrato de seguro automóvel) e Directiva No. 4/CEE del 30 de diciembre de 1983; D/L No. 3/96 del 25 de enero (Seguro da responsabilidade civil automóvel, montantes de indemnizacao), Directiva No. 84/5/ CEE del 30 de diciembre de 1983.

Son igualmente parecidos los ejemplos de **prácticas restrictivas** enumerados en el Art. 2. Es verdad que la ley portuguesa, de manera opuesta al régimen comunitario, prohíbe expresamente la negación a vender o comprar bienes o a la prestación de servicios. Sin embargo, la enumeración no es taxativa.

Para los monopolios que reúnen las condiciones de aplicación previstas en el N° 1 del Art. 2, la sanción prevista, al igual que en el Art. 85 del Tratado de Roma, es la **nulidad**.

La ley portuguesa contiene algunas diferencias en relación al artículo 86 del Tratado concernientes a la definición de **abuso de posición dominante**. Se establecen allí los **criterios y presunciones**, para determinar cuándo hay posición dominante, individual o colectiva, lo que no existe en el derecho comunitario. Se estima que ocupa una posición dominante una empresa, que ella sola, posee en el mercado nacional respecto de un bien o un servicio una participación igual o superior al 30% (Art.3). En caso de posición colectiva, la presunción se refiere a las empresas que tienen una participación en el mercado igual o superior al 50% si se trata de 3 empresas o menos, o al 60% si se trata de cinco empresas.

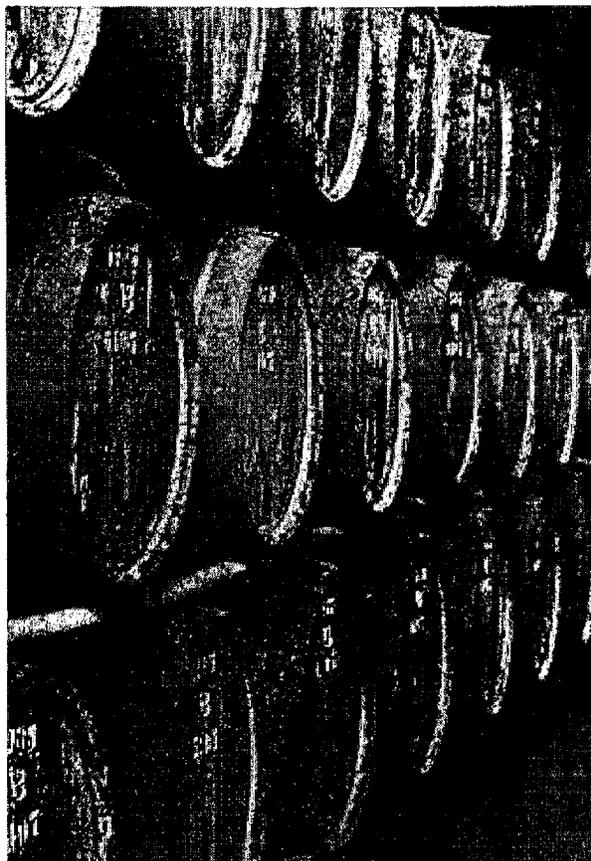
La ley de defensa de la competencia prevé también la **prohibición de la explotación abusiva**, para una empresa o más, **del estado de dependencia económica** en el cual se encuentra, en relación a ella, otra empresa, proveedora o cliente, que no dispone de otra alternativa (Art. 4).

Como en la situación anterior, es el **abuso** lo que se sanciona y no la simple libertad de elegir socios comerciales de acuerdo con las condiciones que éstos ofrecen, ni, evidentemente, la relación de dependencia entre ellos. Los comportamientos abusivos puede ser, entre otros, cualquiera de las prácticas enumeradas en el tema de los monopolios (fijación de precios, negación a vender, etc.).

Los mecanismos de excepción en las prácticas anti competencia en la legislación portuguesa

La **notificación previa** para solicitar una declaración de inaplicabilidad o de excepción está prevista en el derecho portugués sin carácter obligatorio.

Las condiciones exigidas para la concesión de **excepciones individuales**, es decir, los criterios que conducen a un balance económico positivo son muy parecidos a los del art. 85 del Tratado (Art. 5, N° 1). Se exige la promoción del "desarrollo técnico o económico", el mejoramiento de la producción o de la distribución, la reserva para los "usuarios" de esos bienes o servicios de una parte de los beneficios, que las restricciones sean indispensables y que exista un mínimo de competencia en el mercado en



Bodegas de vino de oporto.

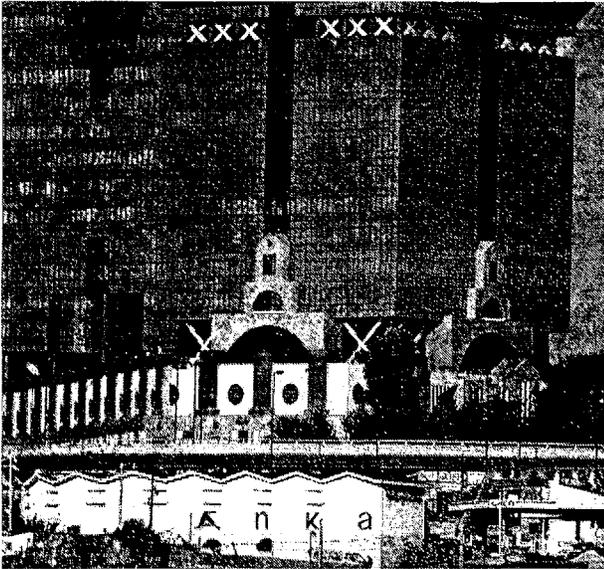
cuestión. La noción de usuario es más amplia que la de consumidor y comprende a toda persona que adquiera bienes o servicios en el mercado sea o no para su consumo.

Las orientaciones o criterios seguidos por el Consejo de la Competencia, organismo que concede la excepción, se parecen mucho a los de la Comisión. Se nota en este tema que **la carga de la prueba es del prevenido**, es decir, de aquel que le corresponde invocar o alegar la existencia de justificativos y aportar al proceso las informaciones que permiten determinar lo bien fundado de los pedidos de excepción y llevar así al Consejo a concluir a favor de un balance económico positivo.

El interés del consumidor final no es a menudo invocado por el Consejo para justificar sus decisiones. Los más corrientes son los casos ya clásicos. Por ejemplo, en la decisión "Multiópticas", una red de distribución similar a la franquicia, para la comercialización de artículos de óptica, el Consejo invocó que la red permite la modernización de los establecimientos, precios más accesibles y un mejor servicio al consumidor. Con base en este razonamiento, el Consejo autorizó algunas cláusulas restrictivas de la competencia.¹⁰

La misma argumentación fue utilizada en otras decisiones del Consejo en relación con sistemas de distribu-

10. Ver Processo No. 11/95 del Consejo de la Competencia.



Amoreiras: complejo comercial y de oficinas.

ción. Así sucedió, por ejemplo, en un caso relativo al sistema de venta de medicamentos y su relación con los subsistemas de salud. También en otro caso relativo a la distribución de un producto de higiene femenina, el Consejo consideró que, dada la naturaleza del producto, la protección de la salud del consumidor no justificaba la restricción a la competencia que provendría de la venta exclusiva en farmacias. Por el contrario, el consumidor sería beneficiado ante la mayor cantidad de lugares de distribución.

Importa, finalmente, destacar una diferencia importante en materia de excepciones que, en cierta medida, vuelve al régimen portugués más suave que el régimen comunitario.

Esta reside en el hecho de admitir que, además de los monopolios y de los abusos de dependencia económica, existen también abusos de posición dominante que pueden ser considerados "en ciertas circunstancias" como justificados.

de concentración

En el sentido de la evolución del derecho comunitario, fue instituido en 1988 un régimen de control de las concentraciones (Decreto Ley No. 428/88). La Ley de Competencia de 1993 vino a fundir en un mismo decreto la protección de la competencia y el control de las concentraciones modificando algunos aspectos del decreto anterior.

En su dominio de aplicaciones, encontramos las **concentraciones de empresas** comprendidas **como fusión** o

fusión-cesión de dos empresas o más, anteriormente independientes; la **adquisición** directa o indirecta del control del conjunto o las partes de una o varias empresas.

Son igualmente comprendidas las empresas comunes (jointventures) cada vez que correspondan a una entidad económica autónoma de carácter durable y que no tengan por objetivo la coordinación del comportamiento competitivo entre las empresas fundadoras o entre éstas y la empresa común (Art. 9).

Se excluye, sin embargo, a las instituciones de crédito, las sociedades financieras y las empresas de seguros, que son objeto de un régimen especial. Igualmente, no son consideradas como concentraciones las situaciones de adquisición de participaciones en el marco de un proceso de modificación de las empresas o para satisfacer créditos.

Sin embargo, todas las operaciones de concentración de empresas no están obligatoriamente sujetas a notificaciones previas. Solo lo están cuando se cumplen las siguientes condiciones (Art. 7, No. 1)

- a) Creación o aumento, luego de la concentración, de una cuota superior en el mercado nacional al 30% de un bien o de un servicio determinado o parte de éste;
- b) Un volumen de negocios superior a 30 mil millones de escudos netos de impuesto, realizado por el conjunto de las empresas involucradas en el transcurso del ejercicio precedente.

En principio, estarán prohibidas todas las concentraciones sujetas a notificación que creen una posición dominante en el mercado nacional, de un bien o de un servicio determinado (o de una parte substancial de éste) susceptibles de falsificar, obstaculizar o restringir la competencia.

Finalmente se admite como posible, la autorización de concentraciones restrictivas de la competencia cuando esta está basada en un balance económico positivo. Se remite a los mismos criterios que permiten la concesión de excepciones en materia de prácticas restrictivas de las competencias.

El refuerzo de la competitividad internacional de las empresas que participan en la operación de concentración, pasa a ser igualmente una causa que justifica la no aplicación de la prohibición legal. Si se considera la importancia relativa de las PME en el tejido industrial portugués, esta causa puede ser invocada frecuentemente.

Las ayudas del Estado

La ley de la competencia de 1993 introdujo el principio de prohibición de las **ayudas a las empresas**, concedidas por el Estado o por otra entidad pública susceptibles de

acarrear perjuicios a la competencia (Art. 11). Se excluyen las indemnizaciones compensatorias, que constituyen contrapartidas de un servicio público, y las subvenciones concedidas en el marco de los programas económicos para las empresas sostenidos por el gobierno o por la Asamblea de la República.

La competencia desleal

La reglamentación nacional sobre la competencia desleal figura en el **Código de la Propiedad Industrial**, de 1995, en el Art. 260.

Es presentado allí "un concepto general del acto de competencia desleal, seguido de un enunciado a título de ejemplo".

En los términos de la ley, se considera como acto de competencia desleal todo acto contrario a las normas y usos honestos de un sector cualquiera de actividad. "El legislador entendió así, crear una protección general de las empresas contra las conductas que, fuera de la protección de los derechos específicos de la propiedad industrial, puedan implicar riesgos de perjuicio e inclusión de desaparición como consecuencia de la conducta de otro en violación de la ética comercial"¹¹.

Como ejemplos de las prácticas desleales, la ley se refiere, entre otros, a los actos susceptibles de crear problemas en lo que toca a los establecimientos, los productos, los servicios o el renombre de los competidores; las invocaciones o referencia no autorizadas a un nombre, a un establecimiento o a marcas extranjeras; la apropiación, la utilización o la divulgación ilícita de secretos de industria o comercio de otro, etc.

La competencia desleal constituye un acto ilícito criminal, pasible de una pena de prisión que va hasta los tres años o de una sanción de hasta 360 días. Para esto, es necesario probar la intención del agente de ocasionar perjuicio al otro o de procurar para sí mismo o un tercero un beneficio ilegítimo.

El derecho portugués prohíbe también las prácticas individuales restrictivas del comercio (Decreto Ley No. 140/98 del 16 de mayo que ha modificado el Decreto Ley No. 370/93 del 29 de octubre). Las prácticas prohibidas son la venta a pérdida y la negación a la venta y a servicios. La aplicación de este régimen generó el problema de saber si cuando se protege la competencia leal, no se perjudicará así los intereses de los consumidores. Las grandes superficies, que son los prevenidos en este proceso, argumentaron que el recurso de venta a pérdida concede a los consumidores el acceso a bienes menos

caros. Contra esta idea, se sostiene que esta práctica reduce la competencia, lo que, a largo plazo, tendría efectos nocivos para los consumidores.

La noción de consumidor

En el derecho portugués del consumidor, se considera como consumidor, toda persona a la que le son provistos bienes o servicios o a quien le son transmitidos derechos, destinados a un uso no profesional, por una persona que ejerce profesionalmente una actividad económica que busca la obtención de beneficios. Son incluidos en el marco de la ley igualmente los bienes, servicios y derechos provistos, prestados y transmitidos por los organismos de la Administración Pública, por personas colectivas públicas, por empresas de capitales públicos o pertenecientes mayoritariamente al Estado, a las Regiones Autónomas o a las autoridades locales y por las empresas concesionarias de los servicios públicos (Art.2).

El derecho de la competencia no se aplica a las relaciones con los consumidores finales.

El Consejo de la competencia, en el informe de 1989, aclaró lo que denomina el problema de las "relaciones terminales". Para el Consejo, las prohibiciones del dere-



Consumidor: toda persona a la que le son provistos bienes o servicios.

11. Ver Miguel Pupo Correia, *Direito Comercial*. Lisboa: SPB editores, 1997, p. 376.

cho de la competencia alcanzan apenas las conductas de las empresas en sus relaciones verticales u horizontales. No abarca la esfera de las transacciones entre productores y distribuidores de un bien y sus consumidores. El consumidor es entendido aquí en la verdadera acepción de la palabra: un sujeto económico que adquiere bienes o servicios para aplicar éstos a la satisfacción de sus necesidades.

Sin embargo, esta noción de consumidor es tomada en cuenta a propósito del balance económico. Es necesario reforzar que el derecho portugués de la competencia no se refiere expresamente al consumidor sino más bien al usuario, que, como ya hemos visto, es una noción más amplia que la del consumidor.