

5to Aniversario de la Ley de Competencia Brasileña: ¿Quo Vadis?

I. Introducción

El día de ayer celebramos 5 años de la Ley 12.529/2011, la Ley Antimonopolios de Brasil¹, la cual reemplazó a la Ley 8884/1994, tras casi 18 años de vigencia. La ley 12529/2011 otorgó un nuevo marco de referencia al sistema brasileño de defensa de la competencia, dando pie a varios cambios materiales y de proceso en el marco de la competencia brasileña. La política de competencia en Brasil - y la sociedad en su conjunto - se han beneficiado por estos cambios, los cuales a su vez han despejado el camino para alinearse con las principales jurisdicciones del mundo en materia de competencia.²

II. Un vistazo a su desarrollo

Una de las innovaciones más relevantes de la “nueva” Ley de Competencia brasileña se encuentra en el área de control de concentraciones, con el país integrando un sistema de control previo, como es la práctica en la mayoría de las jurisdicciones del mundo. El tema de las fusiones prematuras o ‘gun jumping’ ha sido pieza central en las discusiones de la comunidad empresarial. Además, las empresas han comenzado a prestar mayor atención a tomar medidas prudentes con tal de evitar consumir concentraciones de manera prematura.

Uno podrá recordar las dudas que presentaban los agentes económicos frente al nuevo estatuto, mostrando su preocupación por los tiempos para el análisis y sus posibles efectos sobre la dinámica de negocios. Ésta preocupación, así como muchas otras, se ha desvanecido con la práctica. En ese sentido podemos consultar las estadísticas que recoge³ el Consejo Administrativo para la Defensa Económica (CADE) para verificar que, en términos generales, la autoridad brasileña ha logrado cumplir sin falta con los plazos legales para el análisis de concentraciones (particularmente notable en el caso de las concentraciones ‘Fast-Track’). El arduo trabajo del Departamento de Estudios Económicos (DEE) y la Superintendencia General facilitan la ejecución de las determinaciones y del análisis en casos complejos presentados ante los comisionados que conforman el Tribunal del CADE.

En el área de conductas anticompetitivas el CADE, en línea con los esfuerzos internacionales, ha dado prioridad a las herramientas destinadas a combatir a los cárteles, la más perversa de las conductas anticompetitivas, una que constantemente adquiere tonos sofisticados y que llega a causar serios efectos transnacionales. Dadas algunas investigaciones recientes que han marcado paradigmas en el ámbito nacional, existe la tendencia a encontrar una mayor interacción entre las leyes de competencia y otras áreas (eg corrupción, lavado de dinero, etc.), principalmente en investigaciones dirigidas a contratos gubernamentales y la manipulación de licitaciones.

¹ Versión disponible en inglés: <http://en.cade.gov.br/topics/legislation/laws/law-no-12529-2011-english-version-from-18-05-2012.pdf/view>. Acceso el 12 de mayo, 2017.

² El Instituto Brasileño de Estudios de Competencia, Asuntos del Consumidor y Comercio Internacional (IBRAC) ha publicado un libro en inglés para celebrar el 5to aniversario de la Ley de Competencia. Más información en: <http://www.ibrac.org.br/livros.htm>. Acceso el 12 de mayo, 2017.

³ Balance anual del CADE 2016 (portugués) disponible en : <http://www.cade.gov.br/servicos/imprensa/balancos-e-apresentacoes/apresentacao-balanco-2016.pdf>. Acceso el 12 de mayo, 2017. Datos adicionales disponibles en <http://cadenumeros.cade.gov.br/QvAJAXZfc/opedoc.htm?document=Painel%2FCADE%20em%20N%C3%BAmeros.qvw&host=QVS%40srv004q6774&anonymous=true>.

La autoridad de competencia ha invertido en desarrollar mecanismos para mejorar sus programas de Clemencia y Liquidación - Tratado de Cese de Actividades (TCC por sus siglas en portugués) – teniendo un éxito considerable,⁴ aunque aún quedan algunos puntos importantes que deberán ser perfeccionados. Sin duda, los programas mencionados han sido cruciales para permitir a la autoridad luchar contra los cárteles. Además, el CADE cuenta con técnicas de investigación modernas y medidas de monitoreo económico diseñadas para detectar y acabar con prácticas de colusión, con un énfasis en operaciones de búsqueda y obtención de evidencia.

Dado el objetivo de diseminar una cultura de competencia dentro de la sociedad brasileña y, por tanto dando pie a una (necesaria) transformación de la cultura empresarial a favor de la ética y la integridad, CADE se ha dedicado a la elaboración de lineamientos⁵ acompañados de un diálogo claro y firme frente a la comunidad, logrado mediante la consulta pública así como contribuciones de alto calibre, los cuales han permitido incrementar la predictibilidad y certeza legal. El CADE también ha emitido nuevas resoluciones y revisado ciertas interpretaciones con tal de modernizar y mejorar las discusiones.

Otra área en la cual el CADE ha dado grandes pasos es en el aspecto de forjar alianzas – tanto internacionales con otras agencias de competencia,⁶ fortaleciendo la posición de la jurisdicción brasileña en el escenario mundial (de hecho, CADE es una de las agencias más estudiadas y comentadas por sus similares), así como en el ámbito local con otras instituciones, como la Procuraduría Federal. Sin duda, éstas interacciones han permitido unir esfuerzos para el beneficio de las investigaciones.

Sobre todo, la agenda especial de la autoridad es la de diseminar las reglas de la libre competencia mediante la abogacía. Éste objetivo cobra una importancia particular cuando recordamos los antecedentes del país, marcados por una historia de fuerte intervención del estado. El papel de abogacía ha sido desempeñado con éxito, tanto por la Secretaría de Monitoreo Económico (SEAE por sus siglas en portugués) como por el CADE, la academia y organismos de la sociedad civil.

III. Haciendo un balance

Ante éstos breves antecedentes, consideramos que el gran mérito de la política de competencia brasileña se encuentra, entre algunos otros elementos, en la confianza y legitimidad alcanzados por el SBDC. Por supuesto que esto no ocurrió en aislamiento, o al azar de un día para otro. Su éxito ha sido el resultado de una dedicación y compromiso constante por parte de un grupo diverso de profesionales calificados. Bien es cierto que el intercambio de experiencias con la sociedad y la adopción de una actitud transparente han contribuido a este resultado. La autoridad de competencia es un ejemplo de una institución que se ha mostrado inmune a las presiones externas, respondiendo

⁴ Las solicitudes de clemencia han sido multitudinarias. Como referencia, entre 2015 y 2016 ha habido un incremento de aproximadamente 510% en solicitudes de acuerdos de clemencia. La Operación AutoLavado (*Operação Lava Jato*) jugó un papel importante en éste progreso, siendo observado con atención por autoridades y practicantes del extranjero. Un comentarista incluso declara que *Lava Jato* podría ser un punto de inflexión en términos de la cultura de ética corporativa en Brasil. Varios organismos y autoridades se han esforzado por incentivar la cooperación entre autoridades de competencia y la comunidad empresarial en todo el país, llevando a buenos resultados en términos de un cumplimiento genuino de las leyes.

⁵ Los lineamientos de CADE (en inglés) respecto a las concentraciones prematuras, cumplimiento con los programas de competencia, el programa de clemencia y los TCC en casos de cárteles están disponibles en http://en.cade.gov.br/cade_english/topics/publications/publications/guidelines. Acceso el 12 de mayo, 2017

⁶ Por ejemplo, puede consultar la agenda internacional del CADE para el 2016, disponible en: <http://en.cade.gov.br/international-calendar>. Acceso 12 de mayo, 2017. También puede verse algo de la cooperación bilateral que conduce la autoridad en: http://en.cade.gov.br/topics/bilateral_cooperation/. Acceso 12 de mayo, 2017.

a los retos con inteligencia y habilidad técnica. Los premios y galardones recibidos en el ámbito internacional⁷ revelan un modelo de desempeño que funciona e inspira a otras agencias.

A fin de cuentas, el balance tendría que ser la visión de una agenda positiva y multifactorial implementada por el SBDC a lo largo de 5 años. La curva de aprendizaje durante este periodo ha sido exponencial, mientras que la memoria institucional y el legado del CADE han sido importantes activos, contribuyendo al desarrollo del país. Saber cómo explorar su ‘caja de herramientas’ y utilizarla a su favor, calibrando los incentivos existentes, será la clave para asegurar un ambiente competitivo y saludable en Brasil, siempre atentos a su trayectoria y a las decisiones en términos de política pública.

IV. ¿Quo Vadis?

Mirando hacia el futuro, la regla del sentido común nos advierte que nunca se puede ser demasiado cuidadoso: El CADE deberá actuar con cuidado y sin caer en la euforia. Aún quedan muchos retos en el camino, los cuales requerirán debates de peso y profundidad para ser sorteados, incluyendo un acercamiento multidisciplinario en conjunto con otras áreas legales.

En términos generales podemos ver el surgimiento de ciertos dilemas. Por ejemplo, las estrategias para reconciliar la aplicación de acciones públicas y privadas con respecto a la acción privada; el crecimiento del ‘Big Data’ y su impacto sobre la competencia, incluyendo el mayor uso de algoritmos⁸ y sus posibles amenazas a la competencia por su capacidad de influenciar y coordinar distintas actividades. Además, cambios a la ley corporativa respecto a las inversiones minoritarias, con debates sofisticados ligados a influencias dominantes y relevantes; la interacción entre la propiedad intelectual y la competencia; la exploración de los abusos de patentes, registro de marcas y otras prácticas y su impacto sobre la innovación; áreas grises en la frontera entre la competencia y el arbitraje; remedios creíbles para las concentraciones en mercados que escapan a los parámetros tradicionales; la homologación de iniciativas institucionales entre distintos organismos del sector público; mejorar su agenda internacional en materia de investigaciones, y un largo etcétera.

En conclusión, el aplauso para el SBDC es bien merecido. Sin embargo, la autocritica es siempre una herramienta importante para evitar la parálisis – la cual, a nuestro parecer, no ha afectado en lo absoluto a la política de competencia brasileña en los últimos 5 años. Con éste contexto, esperamos que la fuerza de su trayectoria permita continuar por el camino, avanzando de manera coherente con la historia de la institución.

⁷ Como referencia, en una ceremonia celebrada en marzo de 2017 en Washington DC, bajo el marco de los premios del Global Competition Review, el CADE recibió, por tercera ocasión, el reconocimiento como mejor agencia de competencia en las Américas. Además, CADE obtuvo el primer lugar en los Premios de Escritura que promueve la revista Concurrences (Ley Blanda Más Innovadora – Prácticas Colusivas, con base a los lineamientos de TCC en casos de cártel.) CADE también ha sido mencionada como una de las autoridades de competencia más eficientes por participantes en el Foro Económico Mundial.

⁸ Ver, por ejemplo, el Antitrust Chronicle recientemente publicado por Competition Policy International, con intriganes comentarios acerca de los datos, algoritmos, inteligencia artificial y demás. Disponible en <https://www.competitionpolicyinternational.com/antitrust-chronicle-the-algorithms-have-landed/>. Acceso el 16 de mayo, 2017