



La Política Brasileña de Protección de Datos y su Impacto en la Aplicación del Derecho de Competencia

By Vinicius Marques de Carvalho & Marcela Mattiuzzo ¹

I. Introducción

Cuatro de los diez artículos más descargados en 2018 dedicados al antimonopolio trataban sobre los retos que enfrenta la política de competencia ante la economía digital.² Mientras que este debate cuenta con múltiples frentes, la discusión en torno a la interacción entre la competencia y la protección de datos representa una de sus facetas más prominentes. En 2016 las autoridades de competencia de Francia y Alemania publicaron un artículo conjunto sobre el tema, argumentando que existe un amplio potencial para la investigación de conductas anticompetitivas basadas en el uso de datos.³ A inicios de febrero la autoridad antimonopolio de Alemania determinó que Facebook había abusado de su participación en el mercado mediante la “recolección de datos para explotación”, siendo el primer caso hasta la fecha en abarcar de manera explícita ambos temas.⁴ En Europa, la Comisionada Margrethe Vestager ha defendido por mucho tiempo la necesidad de regular a las empresas tecnológicas, argumentando que los datos pueden jugar un papel en la determinación de poder de mercado – especialmente en relación con la revisión de concentraciones.⁵ En los Estados Unidos, por otra parte, las discusiones iniciadas por la “escuela Neo-Brandeisiana” han causado un debate entre académicos sobre las posibles implicaciones de la recolección de datos para la política antimonopolios.⁶

Y aún así, el discutir sobre la protección de datos y política de competencia en Brasil significa navegar por aguas desconocidas. No existe un instrumento legal en el país que aclare de forma apropiada la interacción entre estas dos ramas de la ley. Además, la autoridad de competencia brasileña (CADE) nunca se ha enfrentado al tema directamente como parte de un caso. Aunque algunos miembros individuales de la autoridad han hecho comentarios al respecto, no existe una declaración oficial respecto al papel que pueden jugar los datos en la política de competencia – lo cual, a su vez, no significa que la autoridad no tenga interés por el tema.⁷ En Agosto de 2018 el CADE contrató a un asesor para colaborar en el Departamento de Estudios Económicos en el desarrollo de un estudio sobre los retos para la política antimonopolio en la economía digital. A inicios de febrero la autoridad anunció que reclutaría a dos asesores más para desarrollar trabajos relacionados a la competencia y la economía digital.⁸

De igual forma, hacia finales de 2018, el Tribunal del CADE abrió una indagatoria administrativa para investigar posibles faltas de competencia en el sector de sistemas de pago, relacionadas al intercambio de información. El caso se dio tras una consulta presentada por Redecard concerniente a la legalidad de una cláusula contractual que exigía a los adquirentes del servicio de pago compartir algunos datos sensibles con el operador. A pesar de que el asunto no

² Disponible en <https://leconcurrentialiste.com/2019/01/02/the-10-most-downloadedantitrust-articles-of-2018/>.

³ Disponible en inglés en:

https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Big%20Data%20Papier.html;jsessionid=94562779C7216ECF430D4C112D1E4306.1_cid371?nn=3591568

⁴ La decisión completa no se encuentra disponible aún, pero el Bundeskartellamt publicó un documento de preguntas y respuestas, así como un comunicado de prensa respecto al caso. Ambos se encuentran disponibles, en inglés, en: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.html.

⁵ Por ejemplo, uno de sus anuncios más recientes da un resumen de las opiniones presentadas https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/protecting-consumers-digital-world_en.

⁶ Wu, Tim. *The Curse of Bigness: Antitrust in the New Gilded Age*. Columbia Global Reports, 2018.

⁷ Por ejemplo, la ex-comisionada Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt ha escrito un breve artículo argumentando que el estándar de bienestar del consumidor debe considerar aspectos adicionales al precio, como la privacidad de datos. Disponible, en portugués, en: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-cristiane-alkmin/hipster-antitrust-poder-de-mercado-e-bem-estar-do-consumidor-na-era-da-informacao-28122018>.

⁸ Mientras que uno de los investigadores se dedicará a indagar sobre esta interacción en los países BRICS, el otro llevará a cabo un proceso más general para fijar parámetros internacionales respecto a la competencia y la economía digital, así como organizar un seminario y taller internacional al respecto. Más información acerca del proceso de reclutamiento está disponible en <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/concursos-e-selecoes>.

tenía una conexión explícita a temas de privacidad, al momento de dar su opinión sobre la consulta la Comisionada Paula de Azevedo resaltó cómo el caso representaba una valiosa oportunidad para evaluar la relevancia de los datos desde una perspectiva de competencia, haciendo énfasis en la relevancia para las autoridades de competencia de mantenerse vigilantes frente a lo que puede implicar la custodia de datos en términos de competencia.⁹ Podemos afirmar, por lo tanto, que aunque el CADE parece conocer los debates que rodean el tema, la autoridad aún no ha emitido una opinión oficial al respecto.

Por otra parte, aún queda la incertidumbre respecto a cómo se estructurará la política pública brasileña de protección de datos en los años que vienen. Como busca demostrar este artículo, la aplicación de las leyes de protección de datos es el punto focal en donde se definirá la interacción entre las políticas de competencia y de protección de datos en el futuro.

II. LA NUEVA LEGISLACIÓN PARA LA PROTECCIÓN DE DATOS EN BRASIL

Brasil no contaba con una Ley General de Protección de Datos (LGPD) hasta agosto de 2018. La LGPD crea un nuevo marco legal para el manejo de datos personales en Brasil, tanto en línea como medios tradicionales, en los sectores público y privado – complementando y hasta cierta medida sustituyendo el marco regulatorio previo, difuso y basado en sectores. El tema fue sujeto de una amplia discusión en el poder Legislativo, con varias propuestas de ley siendo debatidas en ambas cámaras del Congreso.

Tras su aprobación en el Congreso, las propuestas fueron sometidas a la aprobación o veto presidencial. El 14 de agosto el ex-presidente Michel Temer ejerció un veto a ciertas partes de la nueva ley, incluyendo la creación de una nueva autoridad nacional de protección de datos, argumentando que la inclusión de dicha agencia tenía errores legales.¹⁰ Se esperaba que el tema quedaría resuelto rápidamente con la creación de la autoridad mediante un instrumento distinto. A pesar que la LGPD no entrará en vigor sino hasta el año 2020, el veto de Temer despertó preocupación puesto que la autoridad sería el soporte de todo el sistema de regulación y protección de datos, ejerciendo un papel importante tanto en la estructuración de las políticas públicas como en asegurar que todo funcione adecuadamente.

Desde el mes de agosto grupos de interés, incluyendo organizaciones no-gubernamentales, académicos y representantes del sector privado han presionado al Gobierno para que promulgue la legislación complementaria a la LGPD. Además de las razones ya mencionadas, el tema ganó importancia como resultado de la transición presidencial en Brasil en 2019 – Temer dejaría el cargo en diciembre de 2018 y un nuevo gobierno tomaría el puesto el primero de enero bajo una administración que ofrecía poca claridad durante la campaña presidencial en cuanto a cómo abordaría el tema, o cual sería su compromiso con la legislación de protección de datos.

El 28 de diciembre se publicó la Orden Ejecutiva creando la Autoridad Nacional de Protección de Datos (ANPD).¹¹

La estructura de la ANPD es distinta de la planteada en la propuesta original: en lugar de adoptar un modelo de autarquía, que es la estructura utilizada por la mayoría de las agencias reguladoras del país, la ANPD fue pensada como una entidad de la administración pública federal, bajo el control de la Oficina de la Presidencia. En otras palabras, en lugar de ser autónoma la

⁹ Consultas 08700.004009/2018-41, 08700.004010/2018-76, 08700.004011/2018-11 y 08700.004012/2018-65, todas presentadas por Redecard.

¹⁰ A pesar que la propuesta que después se convertiría en la LGPD fue propuesta por el Ejecutivo, la inclusión de una autoridad de protección de datos fue llevada a cabo por un miembro del Legislativo. La Oficina de la Presidencia alega que esto constituye una violación a los Artículos 61 § 1º, II, 'e' y 37, XIX de la Constitución Brasileña.

¹¹ Las Órdenes Ejecutivas son actos legales a través de los cuales el Presidente puede crear una legislación, que entra en vigor inmediatamente, sin la aprobación del Congreso Nacional. Sin embargo, antes de ser permanente las órdenes deben ser aprobadas por el Congreso Nacional en no más de 120 días. En este sentido aún queda alguna incertidumbre cuando hablamos de la verdadera creación de la autoridad, pues el Congreso todavía puede imponer cambios al sistema que se tiene actualmente.

autoridad tendría una conexión cercana al gobierno, lo cual genera preocupación respecto al camino que seguirá la política pública de protección de datos en Brasil, especialmente en relación a la aplicación de la LGPD en el sector público.¹²

Varios expertos que discuten sobre la implementación de la LGPD ya han señalado la importancia de contar con un control centralizado, el cual aseguraría tener un foro único para debatir la regulación con las partes interesadas, asegurar la solidez técnica de las decisiones y facilitar la coordinación con otras agencias y políticas públicas afectadas por los nuevos reglamentos – eg. las secciones específicas del LGPD que tratan con los datos relacionados al cuidado de la salud, que por su naturaleza implican la participación de la Agencia Nacional de Salud.

III. PROTECCIÓN DE DATOS Y COMPETENCIA – LA INTERACCIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Si hablamos de competencia, este hecho es crucial. Como ya se ha mencionado, hasta ahora el CADE ha abordado los temas relacionados a los datos de una manera algo tímida, sopesando cuidadosamente si las acusaciones conllevan suficiente importancia para los esfuerzos antimonopolio. Sin embargo también ha sufrido la presión de algunas partes interesadas, quienes piensan que debería mostrarse más activo, adoptar más asuntos relacionados a los datos y utilizar las indagatorias ya en proceso para enviar un mensaje al sector privado. Quizá el ejemplo más significativo es el estudio realizado en 2018 por Intervezes.

Intervezes es una organización de la sociedad civil enfocada en la promoción del derecho a la comunicación en Brasil. En mayo de 2018 lanzó un estudio titulado “Monopolios Digitales: Concentración y Diversidad en el Internet” (Digital Monopolies: Concentration and Diversity on the Internet), con el ambicioso objetivo de identificar el grado de concentración y de diversidad en el internet brasileño, analizando específicamente a las aplicaciones móviles y proveedores de contenido.¹³ A pesar de sufrir algunos errores conceptuales, el estudio alienta a un mayor escrutinio antimonopolios ante los “peligros” asociados a la economía digital. Al momento de lanzar el estudio, la organización resaltó las posibles violaciones a la privacidad que podrían causar las empresas ubicadas en la economía impulsada por datos.¹⁴

La creación de una autoridad de protección de datos (APD) podría minimizar en cierta medida la presión ejercida por las partes interesadas sobre el CADE, pues los asuntos relacionados a datos tendrían un foro específico, y tenderían las partes interesadas a llevar sus quejas con esta nueva agencia. Además, la creación de una APD sería de gran ayuda en la organización y aclaramiento del papel que juega la protección de datos cuando se trata de políticas de competencia. Si el CADE persigue la misma línea de diálogo establecida con otras agencias, el acercamiento sería un elemento complementario y las agencias tenderían a trabajar juntas; el CADE también se vería inclinado a respetar las opiniones de la agencia especializada respecto a la protección de datos, pues tradicionalmente se entiende que el regulador se encuentra mejor preparado para tomar decisiones acerca de la dirección de las políticas públicas bajo su control.

Algunos podrán argumentar que, en vista de la decisión tomada recientemente por el Bundeskartellamt criticando la estrategia de recolección de datos de Facebook, estas observaciones pierden peso. La autoridad alemana decidió que los términos y condiciones de Facebook eran explotadores y equivalían a un abuso de poder de mercado, recurriendo de

¹² La LGPD aplica tanto para el sector privado como el público, aunque los reglamentos difieren en cuanto a lo que se requiere a las entidades en el manejo de datos personales.

¹³ La versión en inglés del estudio se encuentra disponible en: http://monopoliosdigitais.com.br/site/wp-content/uploads/2018/11/Monopolios_Digitais_INGL%C3%8AS.pdf.

¹⁴ El estudio también sugiere posibles prácticas anticompetitivas llevadas a cabo por los llamados monopolios digitales. Por ejemplo, en relación con Google, menciona cómo la prioridad dada a los servicios propios en los resultados de búsquedas podría representar un problema de competencia.

manera explícita a las leyes de protección de datos para decidirlo.¹⁵ Lo que es más, aun cuando miembros de la autoridad habían declarado anteriormente que el caso nunca se habría iniciado si las autoridades de protección de datos hubiesen hecho su trabajo, la autoridad de competencia resaltó que:

Las redes sociales son productos impulsados por los datos. Donde el acceso a los datos personales de los usuarios es esencial para mantener la posición de mercado de una empresa, la pregunta de cómo maneja esa empresa los datos de sus usuarios no solo es relevante para las autoridades de protección de datos, sino también para las autoridades de competencia. [...] El monitoreo de las actividades de procesamiento de datos de las empresas dominantes es, por tanto, una tarea esencial para una autoridad de competencia, la cual no puede ser realizada por funcionarios de protección de datos. En caso de haber dominio de mercado, una autoridad de competencia debe tomar en consideración los principios de protección de datos, particularmente en su evaluación de si los términos y condiciones de procesamiento de datos son adecuados. En este sentido existe una interacción entre el derecho de competencia y el de protección de datos.¹⁶

De nuevo, la decisión tomada por la autoridad aún no ha sido publicada y esperamos que la misma fortalecerá y aclarará esta declaración, pero no creemos que esto debilite nuestra aseveración que Brasil se vería beneficiado por contar con una APD robusta, y que esto ayudaría a organizar la aplicación de la ley.

Establecer un modelo para la interacción de políticas no significa que el CADE se quedaría pasivo en casos relacionados a los datos, sino que la jurisdicción de cada autoridad quedaría más claramente demarcada y, por lo tanto, habría menos presión innecesaria sobre la autoridad de competencia para tomar acciones que caen fuera de su mandato. La agencia de competencia brasileña entiende que no existe inmunidad de competencia en los sectores regulados, y que las agencias y el CADE tendrán una jurisdicción concurrente (con la posible excepción del sector financiero.)¹⁷ En estos casos, CADE suele restringir sus actividades a temas de competencia, mientras que la agencia reguladora se hace responsable de los asuntos específicos del sector.

Durante la reciente revisión al acuerdo de concentración de *AT&T-Time Warner*, por ejemplo, el Tribunal del CADE determinó que la agencia de competencia no debería detener la adquisición bajo una sección de la Ley de TV de Cable que prohíbe la integración vertical entre un proveedor de servicios de telecomunicaciones (como AT&T) y un programador de televisión (como

¹⁵ Como ya se ha dicho, la decisión en sí aún no se encuentra disponible. Sin embargo, el Bundeskartellamt ya ha declarado que “Si una empresa dominante hace que el uso de sus servicios sean condicionados a que los usuarios le otorguen a dicha empresa permisos amplios para procesar sus datos personales, esto podría ser absorbido por las autoridades de competencia como un caso de ‘términos de negocio explotadores’. De acuerdo a la jurisprudencia del Tribunal Federal de Justicia alemán, los principios de derecho civil también pueden aplicarse para determinar si los términos de negocio son explotadores. A menudo estos principios parten de la legislación sobre términos contractuales injustos, o de la Constitución de Alemania. Esto aplica a todo principio legal que busque proteger a la parte contratante que se encuentre en una posición de negociación desequilibrada. Siguiendo este camino, el Bundeskartellamt aplicó los principios de protección de datos en su evaluación de los términos y condiciones de Facebook. [...] Con base en los principios de protección de datos, particularmente bajo el Reglamento General de Protección de Datos (General Data Protection Regulation, GDPR), en vigor desde mayo de 2018, la revisión de las políticas de procesamiento de datos mostró que Facebook no cuenta con una justificación efectiva para recolectar datos de otros servicios propiedad de la empresa y de las Herramientas de Negocio de Facebook (Facebook Business Tools), o para asignar estos datos a las cuentas de Facebook de sus usuarios.”

¹⁶ Disponible en inglés en: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook_FAQs.pdf?__blob=publicationFile&v=5.

¹⁷ El tema fue abordado por primera vez en el Procedimiento Administrativo 20/1992, en el que empresas del transporte público de Belo Horizonte fueron acusadas de formar un cártel y declararon en su defensa que el CADE no podía sancionarlos, pues ya existía una agencia que supervisaba sus actividades. Para estas alturas CADE entendía que la única situación en la cual este argumento sería válido sería bajo la Doctrina de Acción del Estado, desarrollada bajo la jurisprudencia estadounidense, y que la existencia de un reglamento o agencia reguladora de ninguna manera suponía un impedimento para que el CADE actuase para poner fin a una conducta anticompetitiva. Desde entonces varios casos, especialmente en el control de conductas, han reforzado esta interpretación.

Time Warner).¹⁸ En su análisis los Comisionados dejaron en claro que el CADE debería limitarse a un acercamiento tradicional antimonopolio, aprobar la concentración, y dejar los temas regulatorios a la agencia de Telecomunicaciones, aún cuando también reconocieron explícitamente que, dada la Regulación de TV de Cable, la operación debería ser bloqueada dado que la estructuración propuesta para la empresa resultante estaría en clara violación del Artículo 5 de la legislación para el sector.¹⁹ Por lo tanto, la fusión fue aprobada por el CADE, pero aún aguarda la aprobación de la Agencia de Telecomunicaciones, la cual deberá tomar una decisión sobre el tema del Artículo 5.

De hecho, esta tendencia a separar las esferas de influencia y mantener una separación entre los mandatos de competencia y regulatorios data de los primeros años del CADE, y se ha visto reafirmada en varias ocasiones. Un ejemplo es el Procedimiento Administrativo en el que dos empresas de gas fueron acusadas de abuso en precios tras elevarlos, de acuerdo a la decisión de la agencia competente – que en aquél entonces era la encargada de fijar los precios.²⁰ En la opinión del CADE la agencia estaría siguiendo una meta clara y legítima, y las empresas únicamente obedecían sus decisiones. Puesto que no había más opción que seguir los incrementos de precio determinados, CADE decidió que las empresas no podían ser multadas, y que la regulación debía mantenerse.

Adicionalmente, el CADE ha firmado acuerdos de cooperación con varias agencias federales con tal de asegurar que tanto él como sus contrapartes reguladoras puedan mantener sus jurisdicciones separadas, mientras que a la vez colaboran para preservar su autonomía y garantizar la toma de decisiones apropiadas, considerando aspectos de competencia y regulación. Algunos ejemplos son los acuerdos firmados con el Banco Central de Brasil, la Agencia Nacional de Energía Eléctrica, y la Agencia Nacional del Petróleo, todos ellos con el objeto de atender mejor los problemas competitivos relacionados a lo previsto en la regulación.

En vista de esto, es cierto que la implementación de una APD es vital para entender cómo interactúan la competencia y la protección de datos en los años siguientes, considerando la forma del CADE de entender su jurisdicción cuando se trata de temas regulados en donde otros actores juegan un papel activo. Algunas partes de la Orden Ejecutiva refuerzan esta conclusión. El Artículo 55-J, Párrafos 2 y 3, así como el Artículo 55-K, determinan que la ANPD es la única entidad responsable de aplicar las sanciones contenidas en la LGPD, que deberá coordinar su aplicación con otros entes públicos responsables de regular sectores específicos de la economía, y que su autoridad siempre prevalecerá en temas de protección de datos en caso de enfrentarse a otras instituciones.²¹

¹⁸ El acuerdo fue revisado con la identificación 08700.001390/2017-14 y aprobada el 17 de octubre de 2017. La Agencia de Telecomunicaciones, sin embargo, no ha alcanzado una decisión.

¹⁹ El Artículo 5 de la Ley n° 12.485/2011 sostiene que los proveedores de contenido no podrán estar integrados verticalmente con proveedores de servicios de telecomunicaciones. En este caso AT&T funge como un proveedor de telecomunicaciones dentro de Brasil, representada por SKY, mientras que Time Warner ofrece contenidos dentro del país. Para ilustrar el eco que deja la normatividad reguladora en el análisis del CADE vale la pena mencionar que la opinión de la ex-comisionada Cristiane Alkmin declaró explícitamente que, bajo un lente reglamentario, el acuerdo no podría aprobarse en un principio.

²⁰ Ver Procedimiento Administrativo 08012.006207/1998-48, involucrando a Riogás S/A y Companhia Estadual de Gás do Rio de Janeiro - CEG

²¹ Artículo 55-J, § 2: La ANPD, las agencias y entidades públicas responsables de regular sectores específicos de la actividad económica y gubernamental deberán coordinar su operación en la esfera de actividades correspondiente, con el objetivo de asegurar el cumplimiento de sus responsabilidades con un máximo de eficiencia y de promover el funcionamiento adecuado de los sectores regulados de acuerdo a la legislación específica, así como de la protección de datos personales provista en esta ley. § 3: La ANPD deberá mantener un foro de comunicación permanente, incluyendo a través de acuerdos de cooperación técnica, con agencias y entes públicos encargados de regular sectores específicos de la actividad económica y gubernamental, con el objetivo de facilitar las competencias de regulación y cumplimiento de la ANPD. Artículo 55-K: La aplicación de sanciones provistas en esta Ley es exclusiva a la ANPD, cuyas otras competencias deberán prevalecer por encima de otras agencias o entes públicos cuando se encuentren enfocados en la protección de datos personales. Párrafo único: la ANPD articulará sus actividades a través del Sistema Nacional de Protección al Consumidor adscrito al Ministerio de Justicia, así como a través de otras agencias y entes públicos con competencias normativas y

No obstante, confirmar esta predicción depende en gran parte de dos factores: Primero, el éxito de la política pública de protección de datos – entendida aquí como el establecimiento efectivo de una autoridad robusta, capaz de aplicar la nueva legislación de forma coherente. Segundo, la voluntad de la APD para entablar un diálogo con otras instituciones públicas para coordinar dicha aplicación. No sólo el CADE, sino también la ANPD tendrían que comprometerse a alcanzar un equilibrio y trabajar conjuntamente para fijar los límites entre la protección de datos y la competencia, decidiendo dónde sería ventajosa la cooperación, dónde sería suficiente la acción de la APD; y dónde sería más apropiada la política antimonopolio. El éxito de esta “alianza” dependerá mucho del primer factor: es natural para una autoridad de competencia el ser deferencial ante una agencia que acoge activamente sus metas y que presenta una política coherente. En ese sentido la falta de autonomía de la APD, una pobre aplicación de la LGPD y la falta de confianza en la autoridad entre las partes interesadas podrían evitar el cumplimiento de nuestra hipótesis, además de obstaculizar el establecimiento de una dinámica similar a la existente entre el CADE y otras agencias.

Existe poca certeza respecto a cómo se verán abordados estos temas. El hecho de contar con una nueva administración en el gobierno y que la ANPD fue creada por el cuestionable método de una Orden Ejecutiva contribuyen a la poca capacidad de predicción sobre lo que vendrá. Lo que nos queda, sin embargo, es la necesidad de abordar la materia y la comprensión de que los asuntos relacionados a datos

disciplinarias relacionadas al tema de la protección de datos personales, y será la agencia central responsable de interpretar esta Ley, así como proveer normas y lineamientos para su implementación.