

Guía Comparada sobre Libre Competencia: caso Brasil



Compliance
Internacional

●●○ NIVEL INTERMEDIO

El apego a la promoción y defensa de una competencia efectiva entre los agentes del mercado, ha representado en los últimos años un desafío para las empresas, las cuales deben autorregularse para cumplir con estos estándares legales. De este modo, diseñar e implementar un programa de compliance efectivo e integral se ha transformado en una verdadera necesidad para las compañías, las cuales están llamadas a promover, en toda la organización, una cultura de trabajo que rechace cualquier conducta que impida, restrinja o deforme la competencia en el mercado.

En la plataforma Compliance Latam, existe consciencia de las complejidades que traen aparejados los nuevos retos impuestos a las empresas, pero al mismo tiempo visualizan la gran oportunidad que tienen las compañías para cumplir con la legalidad, asumir un compromiso ético y, al mismo, potenciar la eficiencia de la organización, asegurando la estabilidad y sostenibilidad de la empresa al elaborar e implementar un compliance program que entienda su modelo de negocio y que tenga la virtud de adecuarse e integrase a la estructura corporativa.

En esta línea, los miembros de Compliance Latam, en julio del 2022 publicaron una “Guía Comparada sobre Compliance en Libre Competencia”, documento que recogió el estado de avance, problemáticas de ese momento, experiencias comparadas y los principales retos que tenía cada una de las diez jurisdicciones analizadas en materia de compliance de libre competencia.

A continuación te presentamos la sección dedicada a Brasil escrita por Milena Mundim, Socia área de competición en la firma DEMAREST.

Fecha	Julio 2022
Tpo. de lectura	16 min.



FUENTE: el texto de esta portadilla se elaboró a partir de la introducción de la “Guía Comparada sobre Libre Competencia” publicada por la plataforma “Compliance Legal Latam”.



DEMAREST

Autores:

Milena Mundim,
Socia del área de competición



1. ¿Cuál es el marco regulatorio aplicable en materia de libre competencia en tu jurisdicción?

La Ley N°12.529/2011 (Ley de Defensa de la Competencia) fue sancionada el 30 de noviembre de 2011 y entró en vigor el 28 de mayo de 2012, estructurando el Sistema Brasileño de Defensa de la Competencia en su triple función: preventiva, represiva y educativa.

La principal innovación aportada por la Ley N°12.529/2011 contra la anterior legislación competitiva brasileña (Ley 8.884/1994) fue en el ámbito preventivo, estableciendo el sistema de evaluación ex ante de las transacciones corporativas que, acumulativamente, *(i) produjeron efectos, directos o indirectos, actuales o potenciales en Brasil; (ii) las partes involucradas han recibido, respectivamente, ingresos iguales o superiores a R\$ 750mm y R\$ 75mm en Brasil, en el año anterior a la notificación de la operación; y (iii) constituir una Ley de Fusiones conforme a la Ley (fusiones, fusiones, fusiones, adquisiciones de capital, activos, consorcios, empresas conjuntas y contratos asociativos)*. En la ley anterior se tenía en cuenta la facturación de uno solo de los grupos económicos. CADE también consideró los criterios de participación de mercado como criterio de notificación, que fue eliminado con la ley de 2011.

En el ámbito represivo, poco ha sido modificado por la Ley N°12.529/2011, con personas jurídicas cuya conducta tiene el potencial de producir los efectos de *(i) limitar, distorsionar o de cualquier manera perjudicar la libre competencia o la libre empresa; ii) dominar el mercado de referencia de bienes o servicios; iii) aumentar arbitrariamente los beneficios; y iv) abusar de la posición dominante; siguen estando sujetos a la imposición de una multa (aunque se hayan modificado los porcentajes de multa sobre la facturación), sin perjuicio de sanciones accesorias como la prohibición de contratar con la administración pública y la división/cambio de control corporativo del infractor.*

El desempeño educativo del Sistema Brasileño de Defensa de la Competencia fue responsabilidad de la EEAS - Secretaría de Monitoreo Económico, cuyo objetivo es promover la competencia en las agencias gubernamentales, actuando de manera consultiva y opinada, con facultades de instrucción y la capacidad de proponer la revisión de leyes, reglamentos y actos normativos de la administración pública que puedan afectar la competencia en su conjunto (Frente Intensivo de Desempeño Regulatorio y Competitivo - FIARC).

2. ¿Qué tipo de conductas sanciona la normativa de libre competencia de tu jurisdicción?

La Ley N°12.529/2011 establece que cualquier práctica, independientemente de su culpa, que tenga por objeto o pueda producir los siguientes efectos será punible como violación del orden económico: *(i) limitar, distorsionar o de cualquier manera perjudicar la libre competencia o la libre iniciativa; ii) dominar el mercado de referencia de bienes o servicios; iii) aumentar arbitrariamente los beneficios; y iv) abusar de la posición dominante*. La Ley también proporciona una extensa lista de ejemplos de qué conductas pueden producir al menos uno de estos efectos en el artículo 36.3, que se reproduce a continuación.

"3º Las siguientes conductas, además de otras, en la medida en que constituyan hipótesis previstas en el capítulo de este artículo y sus ítems, caracterizan la infracción del orden económico: Yo - acepto, combino, manipulo o ajusto con el competidor en cualquier forma:

a) Los precios de los bienes o servicios ofrecidos individualmente;

b) La producción o comercialización de una cantidad restringida o limitada de mercancías o la prestación de un número, volumen o frecuencia de servicios restringidos o limitados;

c) La división de partes o segmentos de un mercado actual o potencial de bienes o servicios, mediante, entre otros, la distribución de clientes, proveedores, regiones o períodos;

d) Precios, condiciones, ventajas o abstención en la licitación pública;

II. Promover, obtener o influir en la adopción de una conducta comercial uniforme o concertada entre competidores;

III. limitar o impedir el acceso al mercado de nuevas empresas;

IV. Crear dificultades en el establecimiento, funcionamiento o desarrollo de una empresa o proveedor competidor, adquirente o financiador de bienes o servicios;

V. Impedir el acceso de la competencia a las fuentes de suministros, materias primas, equipos o tecnología, así como a los canales de distribución;

VI. Exigir u otorgar exclusividad para la difusión de publicidad en los medios de comunicación;

VII. Utilizar medios engañosos para causar fluctuaciones de precios de terceros;

VIII. Regular los mercados de bienes o servicios, estableciendo acuerdos para limitar o controlar la investigación y el desarrollo tecnológico, la producción de bienes o servicios, o para obstaculizar las inversiones para la producción de bienes o servicios o su distribución;

IX. Imponer, en el comercio de bienes o servicios, a los distribuidores, minoristas y representantes precios de reventa, descuentos, condiciones de pago, cantidades mínimas o máximas, margen de beneficio o cualquier otra condición de comercialización relacionada con sus negocios con terceros;

X. Discriminar a los adquirentes o proveedores de bienes o servicios mediante precios diferenciados, o condiciones operativas de venta o prestación de servicios;

XI. Rechazar la venta de bienes o la prestación de servicios, dentro de las condiciones normales de pago a las aduanas y aduanas comerciales;

XII. Obstaculizar o interrumpir la continuidad o el desarrollo de relaciones comerciales indeterminadas debido a la negativa de la otra parte a someterse a términos y condiciones comerciales injustificables o anticompetitivos;

XIII. Destruir, desusar o rellenar, productos intermedios o acabados, así como destruir, desusar u obstaculizar el funcionamiento de los equipos destinados a producirlos, distribuirlos o transportarlos;

XIV. Para promover o impedir la explotación de los derechos de propiedad industrial o intelectual o tecnológica;

XV. Vender bienes o prestar servicios injustificadamente por debajo del precio de costo;

XVI. Retener la producción o los bienes de consumo, excepto para asegurar la cobertura de los costos de producción;

XVII. Cesar parcial o totalmente las actividades de la empresa sin causa comprobada;

XVIII. Supeditar la venta de un inmueble a la adquisición

de otro o al uso de un servicio, o supeditar la prestación de un servicio al uso de otro o a la adquisición de un bien; y

XIX. Abuso o abuso de propiedad industrial, propiedad intelectual, tecnología o derechos de marca."

3. En caso de incurrir en alguna conducta anticompetitiva ¿Qué tipo de sanciones contempla la normativa de libre competencia en tu jurisdicción?

Al tratar con una empresa, una multa del 0,1% (una décima por ciento) al 20% (veinte por ciento) del valor de los ingresos brutos de la empresa, grupo o conglomerado obtenido en el último año anterior al establecimiento del proceso administrativo, en el área de negocio en la que se produjo la infracción. La Ley también establece que, independientemente del criterio mencionado, la multa nunca será menos ventaja económica obtenida como consecuencia de la conducta, cuando sea posible ser

Para los administradores, cuando se demuestre su culpabilidad o degradación, se aplicará una multa del 1% (uno por ciento) al 20% (veinte por ciento) de la aplicada a la empresa o a las personas jurídicas o entidades aplicables.

Al tratar con otras personas físicas o jurídicas no administradoras de derecho público o privado, así como con cualquier asociación de entidades o personas constituidas de hecho o de derecho, incluso temporalmente, con o sin personalidad jurídica, que no ejerzan actividad empresarial, no siendo posible utilizar el criterio del valor de la facturación bruta, la multa será arbitrada por un monto entre R\$ 50.000,00 (cincuenta mil reales) y R\$ 2.000.000.000,00 (dos mil millones de reales).

En todo caso, también se impondrá una doble multa en caso de reincidencia, así como otras sanciones accesorias, de conformidad con la Ley: (i) la publicación, a media página y a expensas del infractor, en un periódico indicado en la decisión, de extraer la decisión de sentencia, durante 2 (dos) días consecutivos, de 1 (una) a 3 (tres) semanas consecutivas; (ii) la prohibición de contratar con instituciones financieras oficiales y participar en licitaciones con objeto de adquisiciones, enajenaciones, realización de obras y servicios, concesión de servicios públicos, en la administración pública federal, estatal, municipal y del Distrito Federal, así como en entidades de administración indirecta, por un período no menor a cinco (5) años; (iii) inscripción del infractor en el Registro Nacional de Protección al Consumidor; iv) la recomendación a los organismos

públicos competentes de: a) que se conceda una licencia obligatoria de derechos de propiedad intelectual propiedad del infractor, cuando la infracción esté relacionada con el uso de ese derecho; b) no se otorgue al infractor la cuota de los impuestos federales adeudados por él o que se cancelen, en su totalidad o en parte, los incentivos fiscales o los subsidios públicos; v) la escisión de la sociedad, la transmisión del control corporativo, la venta de activos o el cese parcial de la actividad; vi) la prohibición del comercio en su propio nombre o como representante de una persona jurídica por un período de hasta cinco (5) años; vi) cualquier otro acto o medida necesaria para la eliminación de los efectos nocivos del orden económico.

4. ¿La institucionalidad de libre competencia de tu jurisdicción reconoce valor a los programas de compliance en esta materia?

Sí. CADE publicó una guía de mejores prácticas para programas de cumplimiento en enero de 2016 con orientación sobre la estructuración y los beneficios de la adopción de programas de cumplimiento competitivos.

5. ¿Qué elementos debe tener un programa de compliance en libre competencia en tu jurisdicción?

La Guía recomienda que todos los programas de cumplimiento competitivos incluyan (i) mecanismos de compromiso, especialmente a través de la participación de la alta gerencia; ii) Análisis de riesgos: consiste en la evaluación de los riesgos operacionales a los que la entidad está sometida habitualmente a fin de identificar posibles deficiencias y exposiciones jurídicas; (iii) Mitigación de riesgos: una vez que se han identificado los riesgos operativos, la entidad debe realizar capacitación, producir guías de mejores prácticas, monitorear su cumplimiento y establecer los castigos internos aplicables para hacer cumplir efectivamente el programa de cumplimiento; y (iv) Revisión del Programa—la Guía recomienda que el programa de cumplimiento se actualice periódicamente para monitorear el dinamismo del mercado y el desempeño de la entidad relacionada.

6. ¿En tu jurisdicción se exige contar con un oficial de cumplimiento especializado en libre competencia?

No se requiere porque la Ley 12.529/2011 no establece la obligación de un programa de cumplimiento, pero CADE lo recomienda encarecidamente, al haber requerido ya la estructuración de un programa de cumplimiento como condición para la conclusión según la autoridad.

7. ¿Cómo aporta valor a las compañías contar con un programa de compliance en libre competencia?

La Guía CADE señala los beneficios de (i) la prevención de riesgos; ii) identificación temprana de los riesgos; iii) identificación de infracciones de otras empresas; iv) beneficios para la reputación; (v) conciencia de los empleados; y vi) reducción de costos y contingencias. Además de este beneficio, la Guía establece que la existencia de un programa de cumplimiento será evaluada por la autoridad como una demostración de buena fe, habiendo sido tratada en jurisprudencia como una reducción del 1-5% en el valor de las contribuciones en efectivo al concluir un acuerdo con la autoridad, con programas de "puertas abiertas" que tienen el potencial de garantizar un descuento adicional del 5%.

8. ¿Cuáles son las primeras acciones que debería tomar una empresa que quiere incorporar un programa de compliance de libre competencia?

Además de los elementos esenciales de un programa de cumplimiento enumerados anteriormente, la Guía establece que la principal preocupación de las empresas que están estructurando programas de cumplimiento es garantizar su efectividad, que no es solo una serie de documentos no observados por los empleados de la empresa. La simulación de compromiso a través de la adopción meramente formal de un programa de cumplimiento competitivo debe ser la principal preocupación a la hora de estructurarlo. Debe adaptarse a la realidad y necesidades de la empresa para asegurar su eficacia.