



BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO
Departamento de Desarrollo
Sostenible
Fondo de Inversión Multilateral

Oficina Especial en
Europa



ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL
DESARROLLO ECONÓMICOS

División de Competencia

Derecho y Política de la Competencia en Brasil

Examen Inter-pares

El texto inglés es la versión original, siendo el texto español solamente
una traducción no oficial.

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS

De acuerdo con el Artículo 1 de la Convención firmada en París el 14 de diciembre de 1960 y que entró en vigor el 30 de septiembre de 1961, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) fomentará las políticas diseñadas para:

- alcanzar los niveles de crecimiento económico y empleo sostenibles más altos y un nivel de vida creciente para sus países miembros, manteniendo al mismo tiempo la estabilidad financiera, contribuyendo así al desarrollo de la economía mundial;
- contribuir a una sana expansión en los países miembros y no miembros en el proceso del desarrollo económico; y
- contribuir a la expansión del comercio mundial de forma multilateral, no discriminadora y de acuerdo con las obligaciones internacionales.

Los países miembros originales de la OCDE son Alemania, Austria, Bélgica, Canadá, Dinamarca, España, Estados Unidos, Francia, Grecia, Irlanda, Islandia, Italia, Luxemburgo, Noruega, los Países Bajos, Portugal, el Reino Unido, Suecia, Suiza y Turquía. Los siguientes países se adhirieron posteriormente en las fechas que se indican: Japón (28 de abril de 1964), Finlandia (28 de enero de 1969), Australia (7 de junio de 1971), Nueva Zelanda (29 de mayo de 1973), México (18 de mayo de 1994), la República Checa (21 de diciembre de 1995), Hungría (7 de mayo de 1996), Polonia (22 de noviembre de 1996), Corea (12 de diciembre de 1996) y la República Eslovaca (14 de diciembre de 2000). La Comisión de las Comunidades Europeas participa en el trabajo de la OCDE (Artículo 13 de la Convención de la OCDE).

© OECD 2005

Los permisos para reproducir partes de este trabajo para fines no comerciales o de utilización en el salón de clases deben obtenerse por medio del Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC), 20, rue des Grands-Augustins, 75006 París, Francia, Tel. (33-1) 44 07 47 70, Fax (33-1) 46 34 67 19, para todos los países excepto Estados Unidos. En Estados Unidos los permisos deben obtenerse por medio del Copyright Clearance Center, Customer Service, (508)750-8400, 222 Rosewood Drive, Danvers, MA 01923 USA, o CCC Online: <http://www.copyright.com/>. Todas las demás solicitudes de permiso para reproducir o traducir todo o parte de este libro deberán dirigirse a OECD Publications, 2, rue André-Pascal, 75775 Paris Cedex 16, Francia.

PREFACIO

El Banco Interamericano de Desarrollo y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos colaboran en el ámbito de la ley y la política de competencia para fomentar el aumento del crecimiento económico, el empleo y la eficiencia económica y la obtención de mejores niveles de vida a medio y largo plazo. Existe un consenso creciente en el sentido de que la solidez de las leyes y políticas de competencia es esencial para lograr estos objetivos.

Los exámenes inter-pares son un elemento central del trabajo de la OCDE. Aunque los mecanismos varían, estas revisiones se fundamentan en la voluntad de todos los países de la OCDE y sus asociados para someter sus leyes y políticas a cuestionamientos de fondo de parte de otros miembros. Este proceso genera perspectivas valiosas para el país analizado y fomenta la transparencia y el entendimiento mutuo para el beneficio general.

Las ventajas de este proceso son especialmente visibles en el ámbito de la ley y la política de competencia. Como resultado de las actividades del Comité de Competencia, los países de la OCDE que en algún momento tuvieron conflictos reales en el tema de la competencia, se han convertido en asociados para buscar detener la dañina formación de cárteles y la realización de fusiones a nivel internacional. El Comité también se ha convertido en un foro importante para evaluar y demostrar la utilidad de aplicar los principios de la política de competencia en los sistemas económicos y otros mecanismos regulatorios.

La cooperación del BID y la OCDE en el ámbito de las leyes y políticas de competencia se centra en la organización de reuniones anuales del Foro Latinoamericano de Competencia (FLC). Entre las reuniones del FLC tienen lugar mesas redondas importantes y revisiones paritarias de las leyes e instituciones de un país. Estas revisiones se han realizado para Chile, Perú y ahora Brasil. El BID participa y financia este trabajo como parte de sus esfuerzos por fomentar un mejor clima de negocios para la inversión en los países de América Latina y el Caribe.

Deseamos agradecer al gobierno de Brasil por ofrecerse voluntariamente para este examen inter-pares durante la tercera reunión del FLC, que se realizó en Madrid del 19 al 20 de julio de 2005. Resultó muy alentador escuchar la confirmación de la Delegación de Brasil durante la reunión en cuanto a la utilidad de las recomendaciones del informe y escuchar de delegados de otros países que esta revisión contribuyó a aumentar su comprensión de las leyes y la política de competencia en Brasil. Por último, deseamos agradecer al señor Jay Shaffer, autor del informe, y al gran número de funcionarios en el ámbito de la competencia cuyas contribuciones al Foro, sean orales o escritas, han sido tan importantes para su éxito.

Bernard J. Phillips
Jefe de la
División de Competencia
OCDE

Ricardo Santiago
Representante del BID
en Europa

TABLE OF CONTENTS

RESUMEN	7
1. LA POLÍTICA DE COMPETENCIA EN BRASIL: FUNDAMENTOS Y CONTEXTO	13
2. TEMAS DE FONDO: CONTENIDO Y APLICACIÓN E LA LEY DE COMPETENCIA	17
2.1 Conductas	17
2.2 Fusiones	28
2.3 Competencia desleal y protección del consumidor.....	45
3. TEMAS INSTITUCIONALES: ESTRUCTURAS Y PRÁCTICAS DE OBLIGACIÓN AL CUMPLIMIENTO	47
3.1 Instituciones de política de competencia	47
3.2 Obligación al cumplimiento de la ley de competencia	52
3.3 Otros métodos de obligación al cumplimiento	75
3.4 Aspectos internacionales de la obligación al cumplimiento	77
3.5 Recursos, acciones y prioridades implícitas de los organismos	81
4. LÍMITES DE LA POLÍTICA DE COMPETENCIA: EXENCIONES Y RÉGIMENES REGULATORIOS ESPECIALES	89
5. DEFENSA DE LA COMPETENCIA	99
6. CONCLUSIONES Y OPCIONES DE POLÍTICA	109
6.1 Fortalezas y debilidades en la actualidad.....	109
6.2 Recomendaciones	111
 Recuadros	
Recuadro 1. EL CÁRTEL DE AEROLÍNEAS RIO DE JANEIRO-SÃO PAULO	23
Recuadro 2. MICROSOFT	24
Recuadro 3. NESTLÉ-GAROTO.....	35

Recuadro 4.	PROCEDIMIENTOS DE REVISIÓN DE FUSIONES: MODIFICACIONES PROPUESTAS	43
Recuadro 5.	LAS TRES INSTITUCIONES JURÍDICAS QUE INCIDEN SOBRE EL CUMPLIMIENTO DE LA LEY DE COMPETENCIA: EL FISCAL PÚBLICO, EL FISCAL GENERAL Y EL MINISTERIO DE JUSTICIA.....	48
Recuadro 6.	TEMAS INSTITUCIONALES: MODIFICACIONES PROPUESTAS.....	50
Recuadro 7.	INCURSIÓN SORPRESA CONTRA EL PEDERNAL.....	55
Recuadro 8.	PROCEDIMIENTOS EN CASOS DE CONDUCTA: MODIFICACIONES PROPUESTAS	62
Recuadro 9.	MULTAS Y SANCIONES: MODIFICACIONES PROPUESTAS.....	66
Recuadro 10.	LA REVISIÓN JUDICIAL EN BRASIL	70
Recuadro 11.	PROCEDIMIENTOS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA: MODIFICACIONES PROPUESTAS	100

RESUMEN

Este informe evalúa el desarrollo y la aplicación de la ley y las políticas de competencia en Brasil a lo largo de los últimos cinco años. La evaluación es la continuación de un análisis previo de la OCDE, elaborado en 2000, en el que se analizaba el Sistema Brasileño de Defensa de la Competencia (SBDC) desde 1994, año de la entrada en vigor de la actual ley de competencia del país. El SBDC consta de tres organismos: (1) El CADE, Consejo Administrativo de Defensa Económica, un organismo autónomo que cuenta con autoridad de resolutive y de adjudicación en casos del SBDC; (2) La Secretaría de Derecho Económico (SDE), dentro del Ministerio de Justicia, que desempeña el principal papel de investigación; y (3) La Secretaría de Seguimiento Económico del Ministerio de Finanzas, que también tiene autoridad de investigación pero es principalmente responsable por el análisis económico en los procesos relacionados con el SBDC.

El Informe anterior concluyó que, aunque se habían logrado avances importantes en el esfuerzo por desarrollar una economía con mercados en pleno funcionamiento en Brasil, quedaba aún mucho por hacer. El Informe recomendaba que los organismos relacionados con el SBDC redujeran los esfuerzos dedicados a la revisión de fusiones sin consecuencias para la competencia y centraran más su atención y recursos adicionales a otros renglones, como los cárteles, la conducta anticompetitiva de las empresas recién privatizadas y las restricciones a la competencia impuestas por gobiernos estatales y locales. También se sugirieron modificaciones a las leyes para contar con mejores herramientas de obligación al cumplimiento, incluyendo el otorgamiento de autoridad al SBDC para realizar estudios en los domicilios de las empresas y establecer un programa de indulgencias. También se recomendaron algunos cambios legislativos en los requisitos de registro de notificaciones de fusión y se instó a los organismos a simplificar el método de determinación de la “fecha de activación” para las notificaciones de fusión. El Informe de 2000 también identificó tres características institucionales importantes del SBDC que requerían ser atendidas: (1) la participación de tres organismos diferentes en la obligación al cumplimiento de las disposiciones relacionadas con la competencia, lo que resulta en la duplicación de esfuerzos y otros tipos de ineficiencia; (2) lo reducido del periodo en funciones de los comisionados del CADE, lo que resultaba en una rotación acelerada y la posible disminución de la autonomía del organismo; y (3) la falta de personal profesional sobre bases permanentes en el CADE, resultando en la ausencia de conocimiento institucional.

A pesar de estas serias desventajas, el SBDC ha realizado grandes avances durante los últimos cinco años en la puesta en marcha de políticas de competencia sólidas. En particular, desde 2003 el sistema ha tratado con eficacia los problemas más serios en sus facultades de control. La mayor parte de las recomendaciones que aparecieron en el Informe de 2000 dentro del alcance del organismo han sido puestas en práctica, en especial las relacionadas

con el aumento de la eficiencia en los estudios de fusiones y la reasignación de recursos para regular la formación de cárteles. Asimismo, se observan muchas mejorías en otras áreas que no fueron tratadas en el Informe de 2000, como la eliminación de rezagos, el establecimiento de un sistema de certificación para programas de cumplimiento de defensa de la competencia, la introducción de mecanismos procesales para impedir la integración de partes en fusión durante procedimientos de análisis por parte de organismos y para la prohibición de la conducta anticompetitiva en casos no relacionados con fusiones así como el aumento de la capacidad de los organismos para realizar análisis económicos sofisticados. El CADE ha mejorado las técnicas para proteger los intereses de la política de competencia en los procesos de revisión judicial. El SBDC ha obtenido varias victorias en la defensa de la competencia contra programas y propuestas que la obstaculizan y ha ampliado vigorosamente su interacción con autoridades extranjeras de defensa de la competencia. Los tres organismos han participado en los intensos esfuerzos por aumentar el entendimiento de las leyes de competencia entre los fiscales públicos y los miembros del poder judicial, además de dedicarse activamente a fomentar el desarrollo de una cultura de la competencia en Brasil.

Sin embargo, varias de las recomendaciones realizadas en el Informe de 2000 no tuvieron seguimiento por parte del SBDC. Así, el CADE dedicó poca atención a tratar con las restricciones contra la competencia impuestas por los gobiernos estatales y locales, la obligación al cumplimiento de las leyes y la defensa de la competencia demostraron poca visibilidad en algunos sectores y el CADE no mostró la voluntad para depender únicamente del “primer documento vinculante” como circunstancia de activación en notificaciones de fusión. Otros ámbitos en los que podrían hacerse mejoras se relacionan con la transparencia de las decisiones y las recomendaciones del CADE, así como con su manera de enfocar el litigio privado de defensa de la competencia. No obstante, los renglones en los que el SBDC merece un reconocimiento exceden, tanto en número como en relevancia, a los aspectos en los que su desempeño fue de algún modo deficiente.

En el aspecto legislativo, a fines de 2000 se modificó la ley de competencia, con lo cual se otorgó a los organismos la facultad de llevar a cabo inspecciones domiciliarias y establecer programas de indulgencia. Durante los últimos dos años, el SBDC ha utilizado estos poderes con energía. Sin embargo, no se han adoptado disposiciones legales para tratar temas institucionales, crear una plantilla permanente de personal en el CADE o ajustar los requisitos de notificación para las fusiones. Recientemente, los organismos del SBDC se unieron para elaborar una propuesta común de revisiones por ley que remodele la estructura institucional y realice otros muchos cambios significativos en la ley de competencia.

Entre las fortalezas particulares del SBDC se incluye una gran dedicación institucional por alcanzar niveles altos de integridad, autonomía, solidez de políticas y justicia de los procedimientos, sin olvidar un excelente cuadro de liderazgo y una comunidad empresarial que presta un apoyo importante. Entre sus debilidades se puede mencionar su estructura institucional contraproducente y una plantilla de personal que no es suficiente en número ni cuenta con la compensación adecuada para poder retener a empleados calificados en el largo plazo. Entre las consecuencias de estas desventajas se encuentra la deficiente memoria institucional, las ineficiencias y los rezagos. También existen disposiciones legales con relación a la notificación en las fusiones y el programa de indulgencia que interfieren con

una obligación al cumplimiento eficiente y eficaz. La falta de familiaridad de los tribunales con la ley de competencia es otra fuente de dificultades.

Este Informe presenta recomendaciones diseñadas para tratar toda la gama de temas de política y leyes de competencia que afronta el SBDC. Algunas de las propuestas sugieren tomar medidas por ramas del gobierno distintas del SBDC, mientras que otras se relacionan con cambios que puede poner en práctica el CADE.

En la primera categoría, el informe recomienda que Brasil:

Consolide las funciones de investigación, enjuiciamiento y adjudicación del SBDC en un solo organismo autónomo.

Proteja la autonomía de este CADE reconstituido ampliando los periodos en funciones de los comisionados, el Director General y otros altos funcionarios a, por lo menos, cuatro años (y de preferencia cinco), y con nombramientos escalonados.

Otorgue la consideración debida a la importancia de la experiencia técnica en economía y legislación de competencia al nombrar funcionarios.

Fije el quórum de la sesión plenaria en cuatro en lugar de cinco participantes en las ocasiones en las que el número de comisionados disponibles para votar sobre un caso se reduzca a cuatro por causa de vacancia o descalificación .

Adopte leyes que creen plazas de carrera en el CADE y proporcionen los recursos adecuados para contratar y retener un número suficiente de elementos calificados entre el personal profesional.

Considere la factibilidad económica de establecer oficinas regionales del CADE.

Revisar la propuesta de ley para eliminar la asignación de procedimientos de sanción monetaria al CADE y la SEAE.

Modificar el proceso de notificación y revisión de fusiones para

- Adoptar una norma explícita para revisar las implicaciones competitivas de las transacciones de fusión.
- Establecer un sistema de notificación previo a la fusión.
- Eliminar la notificación actual de participación de mercado y adoptar umbrales basados en el volumen de ventas interno tanto de las partes mayores como de las menores en la transacción.
- Eliminar la notificación de transacciones no relacionadas con fusiones.
- Considerar la aceleración de la revisión y aprobación de transacciones que no planteen cuestionamientos relacionados con la competencia.
- Establecer una fecha límite definitiva en función de la cual el CADE debe determinar si bloqueará o no una fusión.

-- Establecer procedimientos formales de conciliación en casos de fusiones.

Modificar el programa de indulgencia para

-- eliminar la exposición de los participantes en el programa al enjuiciamiento de conformidad con leyes penales distintas de la Ley de Delitos Económicos.—Reducir la exposición de los participantes en el programa a sanciones por daño civil.

-- adoptar disposiciones que garanticen que la evidencia incriminante proporcionada por los solicitantes para el programa de indulgencia no se utilicen contra ellos si se encuentra que no cumplen las condiciones para participar en el programa.

Considerar el nombramiento de jueces especializados y paneles de apelación para resolver temas relacionados con la ley de competencia.

Limitar la Ley de Delitos Económicos a violaciones de cárteles.

Considerar limitar las demandas civiles por daños monopólicos a partes y conductas que hayan estado sujetas a una sentencia específica de ilegalidad por parte del CADE.

Adoptar las disposiciones en el proyecto de ley general para los organismos del sector que establecen procedimientos estandarizados para obligar al cumplimiento de la ley de competencia.

Adoptar las disposiciones en el proyecto de ley general para los organismos del sector que establecen procedimientos estandarizados para la participación de la SEAE en procedimientos de los organismos para promulgar normas y regulaciones.

Adoptar el proyecto de ley pendiente de aprobación para la obligación al cumplimiento de la ley de competencia en el sector bancario.

En la segunda categoría de propuestas, el Informe recomienda que el CADE:

Trate con las limitaciones contra la competencia que aplican gobiernos estatales y locales.

Funcione como defensora de la competencia con respecto a la legislación federal y los programas de regulación.

Actualice los Lineamientos Horizontales para Fusiones de 2001.

Garantice que los fallos permitan que el público compruebe la congruencia, la predictibilidad y la justicia en la aplicación de la ley de competencia.

Permita la resolución de casos de conducta mediante el consentimiento, incluso cuando el acusado admita haber mostrado conductas ilegales.

Tratar las demandas privadas que busquen la adjudicación de daños monopólicos como oportunidades para ejercer la defensa de la competencia y generar más información sobre el impacto competitivo de dicho litigio.

Continuar con los programas existentes para

-- enfocar los esfuerzos para obligar al cumplimiento de la ley en casos de cárteles

- establecer acuerdos de cooperación en el ámbito de la obligación al cumplimiento de la ley con organismos reguladores sectoriales y enjuiciar la conducta anticompetitiva de las empresas en sectores regulados
- establecer consensos con la Oficina del Procurador de Justicia que respeten el papel de los fiscales públicos asignados al CADE de conformidad con el Artículo 12 de la Ley 8884-
- fomentar el entendimiento y la apreciación de la ley de competencia entre (1) los fiscales públicos, para facilitar su cooperación en la operativa del programa de indulgencias y desalentar la coerción anticompetitiva al cumplimiento de la Ley de Delitos Económicos; y (2) los miembros del poder judicial, para aumentar la calidad del análisis que aplican los tribunales en casos que traten temas de competencia.
- aumentar el reconocimiento y la aceptación de los principios de la competencia entre la sociedad en general, como defensor del desarrollo de una cultura de competencia en Brasil.

1. LA POLÍTICA DE COMPETENCIA EN BRASIL: FUNDAMENTOS Y CONTEXTO

El presente informe evalúa el desarrollo y la aplicación de la ley y las políticas de competencia en Brasil desde el año 2000. Este volumen continúa un análisis previo de la OCDE titulado “*Competition Policy and Regulatory Reform in Brazil: A Progress Report*” (en adelante el “Informe de 2000”).¹ La evaluación comienza con una breve descripción de los antecedentes de la política de competencia en Brasil y el contexto en el que opera en la actualidad.

Luego de la Segunda Guerra Mundial, las políticas económicas de Brasil se centraban en una intervención generalizada del gobierno en las operaciones de los mercados. El Estado controlaba los precios en muchos sectores y la mayoría de las empresas más grandes del sector industrial, financiero y del transporte pertenecían al Estado o eran monopolios privados aprobados por el sector público. La ley de competencia (número 4137) aprobada en 1962 creó el Consejo Administrativo de Defensa Económica (CADE). El organismo demostró tener un impacto económico marginal, debido a que su autoridad sólo abarcaba las empresas privadas. En 1988, coincidiendo con una serie de cambios económicos significativos en Brasil, la nueva constitución estableció la competencia como elemento clave del “orden económico”. En ese contexto, se puso en marcha un programa de privatización, se redujeron las barreras al comercio internacional y el CADE aumentó su actividad.

La era moderna de la política de competencia en Brasil comenzó en 1994. En ese año, como respuesta a un periodo de hiperinflación, se puso en marcha el “Plan Real”. Entre sus principales características se encontraba la introducción de rígidas políticas fiscales y crediticias y una nueva moneda (el real), fija con respecto al dólar.² Como parte de las reformas de 1994, se aprobó una nueva ley de competencia (número 8884) con la expectativa de aplicarla para tratar con la inflación. Esta nueva ley también introdujo controles en el caso de las fusiones e importantes cambios institucionales. El CADE cambió su configuración como organismo independiente y algunos aspectos relativos a la autoridad encargada del cumplimiento, se transfirieron a dos organismos más: la Secretaría de Derecho Económico (*Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça*, SDE) del Ministerio de Justicia y la Secretaría de Seguimiento Económico (*Secretaria de Acompanhamento Econômico*, SEAE) del Ministerio de Finanzas. Juntos, los tres

organismos forman el Sistema Brasileño de Defensa de la Competencia (*Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência*, SBDC). Durante los siguientes años aumentó el ritmo de las privatizaciones; se eliminó el organismo gubernamental responsable por la administración general de los precios, y se crearon nuevos organismos reguladores independientes para los sectores de telecomunicaciones, petróleo y gas natural y electricidad.

En el Informe de 2000 (p. 184) se destacó que, en ese mismo año, el proceso de privatización había concluido prácticamente en los sectores de telecomunicaciones, aviación civil y transporte colectivo por carretera, y aún no se había completado en los renglones de electricidad, petróleo y gas, ferrocarriles, puertos y banca. Entre 2000 y 2002 se llevaron a cabo proyectos de privatización adicionales a nivel federal y estatal. Entre las medidas importantes en el periodo destaca la venta pública de acciones de Petrobrás (la empresa petrolera federal) por 4 mil millones de dólares; la venta de 60 por ciento del banco estatal de São Paulo a Banco Santander por 3.7 mil millones de dólares; y la venta de Cia. Vale do Rio Doce (CVRD, la empresa minera federal), por 1.9 mil millones de dólares. Entre otras privatizaciones destacaron las de los bancos estatales de Paraná, Goiás, Paraíba y Amazonas; las compañías estatales de suministro de energía eléctrica de Pernambuco, Maranhão y Paraíba; y la empresa estatal de suministro de agua y alcantarillado de Manaus.

Desde 2002 no se han registrado nuevas privatizaciones en el país. A 2004, el gobierno federal contaba con 128 empresas propiedad del Estado, incluyendo un interés controlador en Petrobrás. Otros sectores en los que operan las empresas del gobierno son los de generación de electricidad (incluyendo la energía nuclear), las terminales aéreas y los servicios portuarios, la banca, los servicios de salud y los sistemas de alcantarillado. La propiedad del Estado de algunas empresas refleja una decisión de política en el sentido de que el control gubernamental se considera lo apropiado para lograr objetivos estratégicos o para compensar fallas del mercado, o porque las empresas involucradas prestan servicios públicos. Los planes futuros en torno a las privatizaciones se centran en el otorgamiento de concesiones para operar ferrocarriles y carreteras.

Desde 1994, se han aprobado dos modificaciones a la ley que inciden sobre la legislación relacionada con la competencia. En enero de 1999, se estableció una cuota por fusión, cuya recaudación se asignó al CADE (Ley número 9781). En diciembre de 2000, con posterioridad al Informe de 2000, la Ley número 10149 otorgó importantes facultades de investigación, aclaró procedimientos de notificación judicial para entidades extranjeras, estableció un programa de indulgencia, aumentó la cuota cobrada por registro de fusiones y determinó la división de esta cuota entre los tres organismos relacionados con la competencia.

En la actualidad, siguen pendientes tres partes de la legislación propuesta para remodelar el sistema legal de competencia en Brasil. La primera es una revisión extensa de la Ley 8884, que uniría la SDE con el CADE; sumaría nuevos elementos institucionales a la estructura del CADE; redefiniría el papel de la SEAE en el régimen de competencia; establecería un sistema de notificación previa de fusiones; alteraría los requisitos actuales de activación para el reporte de fusiones; y realizaría otros cambios en las disposiciones sustantivas y correctivas de la ley, incluyendo los límites aplicables a las multas impuestas por conductas ilegales.³ La segunda propuesta consistiría en un proyecto general de ley para revisar y normalizar los requisitos procesales aplicables a los organismos reguladores del sector, incluyendo diversas disposiciones que afectan la relación entre los reguladores del sector y el régimen de competencia.⁴ El tercer proyecto de ley resolvería el conflicto entre los organismos de competencia y las autoridades de la regulación bancaria con respecto a la jurisdicción sobre las fusiones en el sector bancario.⁵ Las tres propuestas de ley se comentan con mayor detalle en los puntos correspondientes de este informe.

2. TEMAS DE FONDO: CONTENIDO Y APLICACIÓN DE LA LEY DE COMPETENCIA

La Constitución brasileña de 1998 establece una base explícita para la política de competencia. En el párrafo 4 del Artículo 173 se determina que “la ley reprimirá el abuso del poder económico dirigido al dominio de los mercados, la eliminación de la competencia y el aumento arbitrario de las utilidades”. De manera más general, el Artículo 170 contempla que el “orden económico” de Brasil deberá estar “fundado en la apreciación del valor del trabajo humano y en la libre empresa”, y deberá operar prestando “la atención debida” a ciertos principios, incluyendo el de la “libre competencia”, “el papel social de la propiedad”, “la protección del consumidor” y la “propiedad privada”. En línea con estas disposiciones, el Artículo 1 de la Ley 8884 determina que el objetivo de la misma reside en “establecer medidas de defensa de la competencia en congruencia con principios constitucionales como la libre empresa y la competencia abierta, el papel social de la propiedad, la protección del consumidor y la restricción de abusos de poder económico”.⁶

Las disposiciones que fundamentan la ley brasileña de competencia aparecen en los Artículos 20, 21 y 54. A diferencia de las leyes en muchos otros países que prohíben por separado los convenios anticompetitivos y la conducta abusiva de las empresas, los Artículos 20 y 21 tratan todo tipo de conducta anticompetitiva distinta de las fusiones, mientras que éstas últimas, las adquisiciones y transacciones similares se tratan en el Artículo 54. Esta discusión sigue el patrón legal que divide en dos partes (conductas y fusiones) el análisis de las prohibiciones de la ley.

2.1 Conductas

El Artículo 20 contiene lenguaje general que contempla que “cualquier acto intencionado de cualquier manera o de otro modo capaz de producir los resultados abajo listados, incluso si dichos resultados no se logran, será considerado como una violación del orden económico”. Los efectos especificados son (1) limitar, restringir o de cualquier otra forma dañar la competencia abierta o la libre empresa; (2) controlar el mercado relevante de un producto o servicio dado; (3) aumentar las utilidades de manera discrecional; y, (4) abusar del control de mercado que se ostenta. El artículo especifica que la violación de “control de mercado” descrita en el inciso (2) no incluye el control obtenido por medio de la “eficiencia competitiva”.

En una frase al cierre se contempla que se “presume” que existe control de mercado cuando una empresa o grupo de empresas posee una participación de 20 por ciento y otorga al CADE la autoridad para cambiar la presunción del 20 por ciento con respecto a sectores específicos de la economía.

El Artículo 21 contiene una lista extensa, aunque no excluyente, de los actos que se consideran ilegales si generan los resultados enumerados en el Artículo 20. Entre las prácticas contempladas se incluyen varios tipos de convenios horizontales y verticales y abusos unilaterales del poder de mercado.⁷ Con respecto a los acuerdos horizontales, la lista contempla la colusión entre competidores, incluyendo los convenios para fijar precios o condiciones de venta, dividir los mercados, “arreglar” licitaciones y limitar las actividades de investigación y desarrollo. Entre los convenios verticales destacan las limitaciones para el precio de reventa y otras restricciones que afectan las ventas a terceros (incluyendo los límites sobre volúmenes de venta y los márgenes de utilidad) al igual que la discriminación y condicionamiento de precios. En lo que respecta a las conductas unilaterales, la lista especifica una serie de medidas que excluyen o ponen en desventaja a las empresas de nuevo ingreso o a los rivales existentes, incluyendo la negativa a tratar con ellos o las limitaciones al acceso a insumos o canales de distribución. Otras prácticas unilaterales que se citan en el Artículo 21 se refieren a la imposición de términos o condiciones contractuales irracionales, “obstaculizar el uso de propiedad industrial o intelectual”, “vender productos bajo su costo irracionalmente”, descontinuar las actividades de producción u otro tipo de actividades comerciales sin una causa justificada, “afectar los precios de terceros por medios fraudulentos”⁸, acaparar o destruir materias primas y bienes intermedios o finales (incluyendo productos agrícolas), “exigir u otorgar condiciones de exclusividad en la publicidad en medios masivos”, impedir la operación de equipos de manufactura o distribución, imponer “precios abusivos” o “aumentar el precio de un producto o servicio de manera irracional”.⁹

El Informe de 2000 observó dos peculiaridades acerca de la lista de actividades anticompetitivas del Artículo 21. En primer lugar, la formulación se caracterizaba por ser “relativamente poco ortodoxa” (pág. 197), debido a que no distingue de manera expresa entre las actividades relevantes con relación a la prohibición por ley para establecer convenios restrictivos y las relacionadas con el abuso de dominio. Segundo y más importante, el Informe destacó que algunas de las prácticas enumeradas tienen una redacción ambigua o no se consideran normalmente como anticompetitivas (como la de “negar la venta de algún producto o servicio en las condiciones de pago que normalmente se aplican a las prácticas y políticas comerciales regulares”; “retener la producción de bienes de consumo, excepto con el fin de garantizar la recuperación de los costos de producción”; o “tomar posesión . . . de derechos de propiedad industrial o intelectual o de tecnología”). El Informe

añadió que, aunque estas disposiciones tenían el potencial de aplicarse de forma equivocada, el CADE había emitido lineamientos de cumplimiento que aclaraban lo contenido en los Artículos 20 y 21 que parecían “ubicar el análisis de competencia realizado en el CADE dentro de la corriente dominante” del análisis convencional de defensa de la competencia (páginas 197-98).

Los lineamientos de cumplimiento para estos artículos se emitieron en 1999 como anexos de la Resolución 20 del CADE. En esta resolución se establecen procedimientos aplicables a la presentación de un caso propuesto al Consejo por el Comisionado Relator asignado, y exige que el comisionado “verifique si el procedimiento está fundamentado” de acuerdo con los lineamientos.¹⁰ Los Anexos de esta resolución establecen un esquema analítico estandarizado para las prácticas restrictivas. El Anexo I contiene las definiciones de prácticas anticompetitivas, que se clasifican en categorías horizontales y verticales. Las prácticas horizontales se definen como las que constituyen “un intento por reducir o eliminar la competencia en el mercado, ya sea mediante el establecimiento de convenios entre competidores del mismo mercado relevante con respecto a precios u otras condiciones, o por medio de la adopción de precios depredadores (*predatory pricing*)”. En este sentido, se presentan cuatro categorías que ejemplifican este tipo de prácticas: (1) los cárteles, que involucran acuerdos entre competidores que controlan una porción sustancial del mercado relevante “con respecto a precios y cuotas de producción y distribución y división territorial, en un intento por aumentar los precios y las utilidades al mismo tiempo a niveles cercanos a los monopólicos”; (2) otros convenios horizontales, que involucran “sólo parte del mercado relevante o los esfuerzos conjuntos temporales dirigidos a lograr un mayor nivel de eficiencia, en especial en el ámbito productivo y tecnológico”; (3) prácticas ilícitas de asociaciones profesionales que se relacionan con “cualquier práctica que limite sin razón la competencia entre profesionales, sobre todo las prácticas que fijación de precios”; y (4) prácticas de *predatory pricing*, que se refieren al establecimiento de precios a “niveles inferiores al costo medio variable” para eliminar la competencia, en condiciones de mercado que permitirían que los costos del esquema de *predatory pricing* se recuperaran por medio de incrementos posteriores en los precios.¹¹

Las prácticas verticales que limitan el comercio se definen en el Anexo I como “restricciones impuestas por fabricantes o proveedores de productos y servicios en un determinado mercado (‘mercado de origen’) en mercados relacionados verticalmente, en sentido ascendente o descendente de la cadena productiva (el ‘mercado objetivo’). Se presentan seis ejemplos de esta situación: (1) mantenimiento del precio de reventa; (2) restricciones a clientes o territoriales impuestas en una cadena de distribución; (3) exclusividad; (4) rehusarse a realizar una transacción comercial; (5) condicionamiento de ventas; y (6) discriminación de precios. En el Anexo se destaca que las restricciones verticales pueden generar

impactos anticompetitivos ya sea en el mercado de origen o en el de destino, al excluir rivales o facilitar la colusión ascendente o descendente.

De acuerdo con el Anexo I, en caso de determinarse que existió ilegalidad en términos de las restricciones verticales u horizontales implica el establecimiento de “la existencia de poder de mercado en el mercado relevante de origen, al igual que de un impacto sobre una porción sustancial del mercado que es el objetivo de dichas prácticas,... En el Anexo II se profundizan estos temas con la descripción de los “criterios básicos para el análisis de las prácticas comerciales restrictivas”, mencionando los pasos específicos a seguir. Entre ellos, los siguientes:

- (1) identificar la práctica precisa objeto del análisis y garantizar que existe un fundamento evidencial adecuado para concluir que la práctica se llevó a cabo;
- (2) determinar la existencia de una posición dominante que implica (a) definir el mercado relevante en sus dimensiones geográficas y de producto, considerando la sustitución efectiva o potencial del servicio o producto por parte de los compradores; (b) determinando las participaciones de mercado y las medidas de concentración, utilizando uno o ambos de los índices siguientes: el de participación aditiva de mercado (CRx) o el de Herfindahl-Hirschman (HHI); h (c) analizar las barreras de entrada; y
- (3) ponderar las eficiencias económicas que podrían resultar de las prácticas en contra del daño competitivo efectivo o posible.

Para determinar el poder de mercado, el CADE siempre realiza análisis por caso y no ha recurrido a la “presunción de control de mercado” del 20 por ciento del Artículo 20 o ejercido el poder de alterar ese porcentaje para un mercado específico. En términos prácticos, se presume que una participación de mercado inferior a 20 por ciento refleja la ausencia de poder de mercado. Por su parte, con respecto a los cárteles, aunque los lineamientos no establecen una “regla *per-se*”, implican que estas estructuras se encontrarán bajo un escrutinio estricto, al notar que los convenios no relacionados con cárteles traen consigo menos efectos anticompetitivos y más beneficios a favor de la competencia, por lo que se requiere “una aplicación más juiciosa” de la regla de la razón. De hecho, en los casos de cárteles, el CADE supone que los efectos anticompetitivos se presentan una vez que se demuestra la existencia de poder de mercado.¹²

La ley de competencia y los lineamientos del CADE no contemplan un trato especial para las empresas pequeñas, aunque el Artículo 170 de la Constitución especifica que un principio guía del orden económico debe ser el de la “debida consideración” para el “trato preferencial a las pequeñas empresas organizadas bajo

las leyes brasileñas y cuya oficina matriz y centro administrativo se encuentren domiciliados en Brasil” Sin embargo, debido a que el CADE no aplica el análisis *per se*, incluso los convenios horizontales entre empresas pequeñas rara vez implicará el poder de mercado necesario para incumplir con la ley.

En Brasil no se utiliza la práctica analítica de dividir las faltas de conducta en cinco categorías (acuerdos horizontales *per se* y *no-per se*; acuerdos verticales *per se* y *no-per se* y conductas unilaterales que involucren la monopolización o el abuso del dominio de mercado). Como se destacó arriba, no surge la distinción entre el concepto *per se* y *no-per se*, pues el CADE requiere que exista poder de mercado en todas las faltas. Asimismo, los acuerdos verticales se eliminan de hecho como categoría, debido a que el CADE no distingue (como sí sucede en la ley de defensa de la competencia de Estados Unidos) entre el nivel ordinario de poder de mercado que se requiere para determinar violaciones verticales que involucren a empresas no dominantes, y el mayor nivel de poder que se requiere para determinar la presencia de abuso monopólico. De aquí que el CADE afirme que, desde 2000, no ha fallado casos “verticales” como tales, pues todas las prácticas de este tipo que ha tratado desde entonces han surgido en casos de abuso de dominio. Por ello, la discusión a continuación sobre la actividad de obligación al cumplimiento relacionada con faltas de conducta de conformidad con la Ley 8884, se divide en convenios horizontales y abusos de dominio. El Cuadro 1 muestra el número y disposición de casos de conducta concluidos por el CADE entre 2000 y 2004.

Cuadro 1. Fallos del CADE en casos de conducta 2000-2004

Año	Casos fallados	Sin violación	Violación		
			Horizontal	Abuso de dominio	Total
2000	39	26	2	11	13
2001	34	18	16	0	16
2002	34	22	11	1	12
2003	23	13	9	1	10
2004	42	24	16	2	18
Total	172	103	54	15	69

Fuente: SBDC, 2005

2.1.1 Convenios horizontales

El Informe de 2000 (páginas 192-193) destacó que, aunque, hasta ese punto, el CADE había considerado muy pocos casos que involucraran una actividad tradicional de “cártel”, los tres organismos estaban aplicando un nuevo enfoque para el tema.¹³ En 1999, el CADE decidió el primer caso real de cárteles de conformidad con la Ley 8884. El Consejo encontró suficiente evidencia circunstancial para

justificar la conclusión de que los fabricantes de productos de acero laminado habían establecido un convenio de fijación de precios. Los productores de acero buscaron un análisis jurídico del fallo del CADE y de las sanciones asociadas, que el CADE estableció en el mínimo por ley de 1 por ciento del volumen bruto de ventas de la empresa para el año anterior. En fechas posteriores al Informe de 2000, el tribunal de primera instancia falló a favor del CADE. Sin embargo, el fallo se sujetó a apelación de los productores de acero y se encuentra pendiente de decisión.

En una serie de casos de cártel que comenzaron en 2002, el CADE presentó cargos de fijación de precios contra asociaciones de vendedores de combustible al menudeo en Florianópolis, Goiânia, Belo Horizonte, y Recife, entre otros. En estos casos, a menudo se impusieron sanciones contra los funcionarios de la asociación y los dueños de las estaciones de servicio de forma individual, al igual que contra la asociación misma. También se revisó la utilización de listas de precios por parte de asociaciones médicas, y se fallaron casos contra grupos de profesionistas como el de los anestesiólogos en Goiás, los doctores en Piauí y los urólogos en Ceará.¹⁴ En marzo de 2005, el CADE concluyó un caso contra los cuatro periódicos más grandes de Río de Janeiro por elevar sus precios 20 por ciento de forma simultánea. El día del aumento, los cuatro periódicos publicaron notas editoriales idénticas, que intentaban justificar los aumentos y se referían a la asociación comercial de los periódicos como el elemento organizador. El CADE multó a cada periódico con 1 por ciento de su ingreso anual. Un caso de fijación de precios, que se decidió en 2004, involucró a los distribuidores de gas líquido de petróleo en la ciudad de São Sebastião, en el Distrito Federal. El CADE multó a los distribuidores participantes con 15 por ciento de sus ingresos anuales y añadió una multa contra el dueño de cada empresa equivalente a 10 por ciento de la sanción impuesta a la compañía. Como se describe en el siguiente recuadro, en 2004 se analizó un caso relacionado con un cártel de líneas aéreas.

El SBDC también ha cuestionado los convenios horizontales además de los de fijación de precios, incluyendo las cláusulas de exclusividad horizontal que imponen las “Unimed”. Las Unimed son cooperativas de médicos que se encuentran en la mayoría de los pueblos y las ciudades de Brasil que tradicionalmente han impedido que sus médicos miembros se contraten con otros planes de servicios de salud. La política de obligación al cumplimiento del CADE consiste en atacar estas cláusulas cuando es alta la participación en el mercado local de los médicos pertenecientes a las Unimed. Desde el Informe de 2000, los fallos del CADE contra las Unimed se han presentado en ciudades como São Paulo, Araguari, Uberlândia, y Macapá. En un caso de 2002 contra una Unimed en el estado de Río Grande do Sul, el CADE concluyó que las multas impuestas en casos anteriores no habían resultado eficaces para desalentar las cláusulas de exclusividad. De aquí que el CADE impusiera una multa de cerca de \$75,000 dólares, más del doble de la sanción anterior.¹⁵

RECUADRO 1. EL CÁRTEL DE AEROLÍNEAS RIO DE JANEIRO-SÃO PAULO

En agosto de 1999, varios periódicos informaron que, cinco días después de que se reunieron los presidentes de las cuatro principales aerolíneas de Brasil, los precios de los billetes para la transitada ruta entre Río de Janeiro y São Paulo habían aumentado 10 por ciento. La investigación de la SEAE concluyó que el cambio en precios no era solamente cuestión de paralelismo consciente. Además de la reunión entre los ejecutivos de las compañías, la evidencia demostró que se intercambiaron datos de precios entre las empresas por medio de su publicación en ATPCO, el sistema computarizado de datos sobre precios de las aerolíneas que mantiene la *Airline Tariff Publishing Company* (Compañía de Publicación de Tarifas Aéreas). En este sistema, una empresa podría configurar sus notificaciones de cambios en precios de forma que, durante un periodo inicial de tres días, los cambios sólo pudieran ser vistos por otras compañías aéreas y no por los usuarios o los agentes de viajes. De esta forma, la empresa que introducía la información tenía la posibilidad de suspender el cambio en caso de que los competidores no cumplieran su parte del compromiso. Esta característica del sistema de la ATPCO había sido atacado con anterioridad por el Departamento de Justicia de Estados Unidos, pero las modificaciones al sistema que surgieron con ello sólo se habían aplicado en América del Norte.

En septiembre de 2004, el CADE determinó que las cuatro aerolíneas se habían coludido para elevar los precios. Cada una debió pagar una multa de 1 por ciento del ingreso obtenido en la ruta afectada durante 1999 y se le prohibió fijar precios y publicar ajustes de precios de forma anticipada.¹⁶

En otra medida que involucró un convenio horizontal, aunque surgiera en el contexto de un caso de fusión, en marzo de 2005 el CADE ordenó la suspensión de un acuerdo mediante el cual TAM y Varig, las dos líneas aéreas más grandes de Brasil, compartían asientos en los aviones de la otra línea aérea. El CADE aprobó el convenio en marzo de 2003 como paso inicial en lo que se esperaba fuera la fusión de ambas compañías. Posteriormente, las partes cancelaron la fusión y el CADE concluyó que no se justificaba la permanencia del convenio.¹⁷

A fines de 2004, el CADE consideró un caso interesante que se relacionaba con acciones coordinadas de una asociación comercial para obtener legislación anticompetitiva. La asociación de vendedores de combustible al menudeo en Brasilia logró, con éxito, que el gobierno municipal emitiera un decreto prohibiendo la construcción de estaciones de servicio en los estacionamientos de supermercados y centros comerciales. El CADE encontró que esta conducta estaba fuera de la ley y multó a la asociación y a dos de sus miembros por un monto equivalente a 5 por ciento de sus ingresos.¹⁸ En un cargo adicional del mismo caso se mencionaba un convenio entre miembros de la asociación por medio del cual dejaban de vender

cierto tipo de combustible diesel especialmente refinado. La motivación para el arreglo fue una regulación del Departamento Nacional de Combustibles que exigía que el diesel refinado se vendiera al mismo precio que el regular en todas las estaciones en las que no hubiera existencias de diesel regular. Los vendedores aceptaron detener las ventas para evitar vender el diesel refinado al precio del diesel regular. El CADE encontró que esta conducta resultaba ilegal e impuso una multa contra la asociación.

2.1.2 Abuso de dominio

La mayor parte de los casos del SBDC se relacionan con algún tipo de conducta de exclusión para excluir o impedir la participación de competidores horizontales. Sin embargo, la decisión más reciente del CADE con respecto al abuso de dominio se centró en las restricciones que afectan la competencia en una misma marca. Este caso, que involucró a Microsoft, se describe en el recuadro siguiente.

RECUADRO 2. MICROSOFT

En agosto de 2004 el CADE sostuvo que Microsoft ilegalmente restringió la distribución de programas de su marca y de servicios de computación asociados. Microsoft había establecido un sistema de “Revendedores de Grandes Cuentas” (RGC) para atender a los clientes corporativos de gran tamaño. Los RGC estaban limitados a una zona geográfica específica, pero una misma zona podía ser atendida por varios RGC dependiendo del número de distribuidores que cumplieran los requisitos para calificar como RGC.

En el caso de la zona geográfica del Distrito Federal (Brasilia), sólo una empresa, TBA Informática (TBA) cumplía con los requisitos para ser considerada como RGC. En cartas dirigidas al gobierno federal, Microsoft afirmó que TBA era la única empresa autorizada a vender programas de Microsoft y servicios asociados a todos los organismos federales (incluyendo los ubicados fuera de Brasilia). Como resultado, se desistía de los procedimientos de licitación que normalmente se exigía que llevaran a cabo los organismos federales a favor de las adquisiciones a TBA.

Al analizar el convenio de Microsoft con TBA, el CADE concluyó que el mercado relevante de bienes consistía en la venta o la obtención de licencias de programas y servicios de computación para el gobierno federal y que el mercado geográfico relevante abarcaba todo el país. En este mercado, Microsoft encontró una participación dominante de 90 por ciento. Desde el punto de vista del CADE, la acción de Microsoft al crear esta posición exclusiva para TBA resultaba ilegal. Al eliminar los procedimientos de licitación en ventas al gobierno, se reducían los beneficios de bienestar del consumidor con relación a la competencia en una misma marca, reducción que no se compensaba con suficientes eficiencias en un mercado en el que no existía la competencia entre marcas. Los funcionarios encargados de las compras gubernamentales no tenían la oportunidad de elegir

entre proveedores que competían entre sí, no sólo en el caso de los programas de Microsoft sino también en lo relacionado con servicios informáticos.

Microsoft argumentó que podía decidir integrarse hacia delante en el ámbito de la distribución y vender directamente al gobierno federal, por lo que la imposición de TBA como distribuidor exclusivo no representaba daño económico alguno. La respuesta del CADE fue que el sistema establecido por Microsoft para las ventas al gobierno involucraba la distribución por medio de un agente exclusivo y no la venta directa por parte de Microsoft. El CADE observó que cuando un productor monopólico vende mediante un solo distribuidor, el precio final es más alto y la producción total es menor que cuando el productor monopólico vende de forma directa al cliente. El CADE concluyó que la decisión de crear un distribuidor exclusivo obligaba a Microsoft a establecer precios máximos de reventa o a mejorar de alguna otra forma el ineficiente efecto de “doble monopolio” que surgiría.

Asimismo, el CADE tampoco estaba convencido de las justificaciones en términos de eficiencia que afirmaba Microsoft. Microsoft argumentó primero que la restricción territorial estimulaba a los revendedores a invertir en un análisis detallado y en la comprensión de las necesidades del cliente en esa zona geográfica. El CADE rechazó esta justificación, destacando que, aunque TBA estaba ubicada en Brasilia, tenía la obligación de atender a los organismos federales localizados en otras zonas geográficas del país. El segundo argumento de Microsoft fue que la exclusividad impedía aprovechar los esfuerzos de comercialización sin pagar por ello (el fenómeno económico del *free-riding*) de los otros revendedores. El CADE replicó que Microsoft asumió el grueso de los esfuerzos de comercialización en Brasil y que el trabajo de TBA se había orientado a promover la marca de TBA, no la de Microsoft. Asimismo, el argumento perdía valor con el hecho de que Microsoft había autorizado a varios RGC a operar en otras zonas geográficas. El CADE concluyó que el objetivo real de Microsoft al establecer a TBA como distribuidor exclusivo en el Distrito Federal residía en evadir los procedimientos de licitación del gobierno.

La perspectiva negativa del CADE al respecto de las justificaciones de eficiencia que esgrimía Microsoft empeoró con el argumento de esta última de que la condición de exclusividad otorgada a TBA no había sido deliberada, sino que había resultado simplemente de la aplicación de normas neutrales de cualificación para ser considerado RGC. Por el contrario, el CADE encontró que Microsoft había modificado los criterios para garantizar que sólo TBA cumpliera con las condiciones requeridas. El CADE afirmó que la libertad de un productor para establecer un sistema de distribución y elegir distribuidores no contemplaba “la prerrogativa para hacerlo de manera discriminadora”.

El CADE concluyó que la conducta de Microsoft y TBA constituían una limitación de la competencia de conformidad con el Artículo 20 I, un abuso de dominio de acuerdo con el Artículo 20 IV y un convenio para asegurar una ventaja indebida en el ámbito de las adquisiciones públicas de acuerdo con el Artículo 21 VIII. Microsoft fue multada con 10 por ciento de sus ingresos derivados de venta de licencias de productos Microsoft al gobierno federal de Brasil, mientras que TBA recibió una sanción de 7 por ciento de su facturación al gobierno de productos Microsoft y servicios informáticos asociados.

En otro caso de dominio con un enfoque al interior de una misma marca, se argumentó que Matec, afiliada de Ericsson, había rehusado de forma ilegal vender partes para el Sistema Telefónico Ericsson MD110. Las empresas independientes dedicadas a prestar servicios de mantenimiento telefónico por contrato argumentaron que no podían competir de manera eficaz en el mercado de los MD110 sin tener acceso a partes de reposición. En una decisión dada a conocer en 2003, CADE definió dos mercados relevantes: los servicios de mantenimiento para el sistema telefónico MD 110 y las partes de reposición de ese sistema. En el primer mercado, Matec tenía más de 90 por ciento de la participación de mercado al momento de la violación y, en el segundo, Matec mantenía un monopolio. CADE encontró que Matec había excluido ilegalmente a la competencia en el mercado por servicios de mantenimiento de sistemas, debido a que las empresas competidoras no tenían la posibilidad de operar sin tener acceso a partes de reposición. La exclusión reducía el bienestar del consumidor debido a que los compradores afectados de este sistema telefónico estaban “encadenados” al sistema telefónico MD 100 por el alto costo de cambiarlo. La competencia entre sistemas telefónicos en el punto de venta no era suficiente para impedir una falla del mercado en el caso del gobierno federal, que era uno de los principales clientes del MD 110. Las reglas de adquisiciones del gobierno impidieron al gobierno aceptar otra oferta que no fuera la más baja, sin contemplar los costos posteriores de mantenimiento.

En contraste con el caso de Microsoft/TBA y Matec, existe otra serie de decisiones del CADE que han analizado las prácticas de exclusión orientadas directamente a los competidores horizontales. Entre ellas, destaca otro caso con Microsoft, fallado a principios de 2004. En él, el CADE encontró que no existía abuso de dominio por el hecho de que Microsoft integrara su programa “*Money*” (para la gestión financiera) con el de Microsoft Office para Pequeñas Empresas. Un vendedor del programa competidor había presentado una queja en el sentido de que la táctica de Microsoft implicaba un convenio de condicionamiento excluyente. Microsoft respondió que “*Money*” se había integrado con el paquete “*Office*” sólo de manera temporal y promocional, y que normalmente se vendía como producto aparte. El CADE concluyó que no existía un condicionamiento ilegal y cerró el caso.

También en 2004, el CADE consideró que el centro comercial Iguatemi en la ciudad de São Paulo violaba el Artículo 20 al prohibir que sus arrendatarios se ubicaran también en otros centros comerciales de la ciudad. Iguatemi contaba con una participación de 30.9 por ciento de los ingresos derivados por la renta de locales en centros comerciales dentro del mercado geográfico relevante de São Paulo y 29 por ciento del ingreso por las ventas en centros comerciales. El CADE concluyó que Iguatemi tenía suficiente poder de mercado para limitar la competencia entre centros comerciales de acuerdo con la disposición de exclusividad. Así, se impuso una

multa de 1 por ciento de los ingresos brutos de Iguatemi. A principios de 2005 se registró un caso similar, relacionado con cuestiones de exclusividad, contra Shopping Centre Norte (SCN), también situado en la ciudad de São Paulo, pero en un mercado geográfico relevante distinto. SCN, que contaba con 69.6 por ciento de participación en los ingresos por alquileres de comercios y 71.6 por ciento de los ingresos por ventas en su mercado, prohibía a sus arrendatarios que operaran en otro centro comercial a menos de mil metros de SCN. El CADE encontró que esta condición resultaba una limitación indebida y multó a SCN con 1 por ciento de sus ingresos brutos.

En 2002, el CADE se abocó al análisis de un contrato entre la corporación White Martins (WMC, antes *Liquid Carbonic Corp.*) y Ultrafertil, una empresa petroquímica. Los procesos de fabricación de Ultrafertil generaban, como subproducto, el insumo principal utilizado por WMC para la producción de bióxido de carbono (CO₂). El contacto otorgaba a WMC los derechos exclusivos durante diez años a todo el subproducto generado por Ultrafertil. Un posible nuevo participante en la producción de este gas presentó la queja en el sentido de que ese contrato era una estrategia para excluir a los participantes de nuevo ingreso. Al observar que WMC tenía poder dominante en la producción de bióxido de carbono y que no se disponía de otra fuente del insumo distinta de Ultrafertil, el CADE coincidió en que el contacto resultaba anticompetitivo. Así, fundamentó su decisión al destacar que WMC había estado liberando una porción importante del insumo en la atmósfera. WMC fue multada con 24 millones de reales (9.4 millones de dólares), un monto equivalente a 5 por ciento de sus ventas brutas durante el año que precedió a la petición del demandante.

En un caso fechado en 2003, el CADE consideró una demanda de *dumping* relacionada con la venta de tubos de vacío para recolectar muestras de sangre humana por parte de la empresa Merck y su subsidiaria brasileña. En este caso, el CADE no encontró violación alguna, ya que los precios de Merck generalmente excedían el costo medio variable y porque esta empresa no contaba con el suficiente poder de mercado para garantizar la recuperación de las pérdidas asociadas con el *dumping* que se argumentaba.¹⁹

El CADE también falló con respecto a algunos casos de abuso de dominio que involucraban la explotación, potencialmente anticompetitiva, de poder de mercado, más que la exclusión de competidores. De este modo, en un caso distinto contra la corporación White Martins, el CADE consideró argumentos de que WMC era culpable de conductas verticales abusivas, al condicionar el transporte de bióxido de carbono líquido a la venta del producto, así como por el cobro de precios discriminadores. El caso se resolvió en 2000 mediante un convenio de acuerdo

conforme al cual WMC aceptaba suspender las prácticas ofensivas. El CADE no ha considerado casos que involucren el mantenimiento de precios de reventa.

Como se describió en el Informe de 2000 (página 197), una comisión investigadora del Congreso que analizó la industria farmacéutica solicitó, en 2000, que la SDE revisara las demandas de precios de medicamentos abusivamente altos. De acuerdo con el Artículo 30 de la Ley 8884, la SDE debe iniciar un procedimiento administrativo a solicitud del Senado o la Cámara de Diputados sin realizar una investigación preliminar. Así, la SDE abrió cerca de 60 procedimientos de establecimiento de precios abusivos con relación a más de 1,500 medicamentos. Luego de que las investigaciones languidieron durante varios años, en 2003 la SDE organizó un grupo especial para realizar el proyecto, con un enfoque particular en el empleo del análisis económico para definir los mercados relevantes. Recientemente, la SDE envió 15 de estos casos al CADE, esperando que el resto concluya hacia fines de 2005.

La posición del CADE con respecto a los precios abusivos refleja el punto de vista de que la obligación a cumplir las disposiciones a favor de la competencia no deben centrarse en los precios supuestamente altos de una empresa, sino más bien en incremento ilegítimo de poder de mercado que permite aumentos de precios abusivos. En enero de 2001, el CADE consideró presentar cargos de establecimiento de precios abusivos contra dos distribuidores de gas natural en el estado de Río de Janeiro. El CADE concluyó que los distribuidores no habían actuado de manera ilegal simplemente por haber elevado sus precios, pues los aumentos se encontraban dentro de los límites permitidos por el regulador estatal de empresas prestadoras de servicios.²⁰

2.2 Fusiones

Las disposiciones de la Ley 8884 que se aplican a las fusiones aparecen en el Artículo 54, que inicia con la redacción siguiente:

Cualquier acto que pueda limitar o de otro modo restringir la competencia abierta, o que resulte en el control de los mercados relevantes de ciertos productos o servicios deberá ser sometido al CADE para su análisis.

Este requisito de notificación se aplica, en principio, a cualquier “acto”, por lo que no sólo cubre las fusiones, sino cualquier tipo de contrato. En agosto de 2001, la SDE y la SEAE emitieron en conjunto los Lineamientos para las Fusiones Horizontales, confirmando la aplicación del Artículo 54 a cualquier “transacción que pueda limitar o, de otro modo dañar la libre competencia, o resultar en el dominio de los mercados relevantes de bienes y servicios, como los convenios horizontales entre

competidores”.²¹ El Artículo 54, párrafo 4 requiere que se presente la notificación a más tardar quince días hábiles después de ocurrir la transacción, mientras que el párrafo 5 otorga al CADE el poder de sancionar la falta de cumplimiento con el requisito de registro mediante la imposición de una multa de entre 60,000 y 6 millones de unidades fiscales de referencia (entre 24,900 y 2.49 millones de dólares).²² En la práctica, la mayoría de las sanciones que se imponen por incumplimiento de la notificación referida en el Artículo 54 se relacionan con transacciones que implican algún tipo de realineación estructural entre las partes.²³

En 1999, se impuso un cobro de 15,000 reales (5,850 dólares) para las notificaciones registradas de conformidad con el Artículo 54. A partir de 2001 la cuota se incrementó a 45,000 reales (17,550 dólares).²⁴ Aunque la mayoría de las notificaciones presentadas de conformidad con el Artículo 54 se relacionan con fusiones y adquisiciones, algunas se refieren a convenios que conciernen actividades de distribución, otorgamiento de franquicias, obtención de licencias, proyectos conjuntos y consorcios.

El párrafo 3 del Artículo 54 establece umbrales de notificación especiales para actos que constituyan fusiones, afirmando que la notificación es obligatoria para “cualquier forma de concentración económica” en la que la entidad resultante “represente veinte por ciento (20 por ciento) de un mercado relevante” o en la que cualquiera de los participantes en la transacción haya tenido un volumen total de ventas de 400 millones de reales (156 millones de dólares) durante el año precedente. Como se comentará más adelante, una característica clave del Artículo 54 es que las notificaciones, aunque involucren una fusión u otro tipo de transacción, no necesitan presentarse hasta después de ocurrido el acto.

El Artículo 54 no contiene lenguaje alguno que proporcione la norma sustantiva que deba utilizarse para analizar los actos sometidos. Sin embargo, el párrafo 1 del artículo contempla que una transacción presentada para su revisión puede ser aprobada si cumple con las cuatro siguientes condiciones: (1) Que su propósito resida en “aumentar la productividad; mejorar la calidad del producto o servicio; o generar una mayor eficiencia” o “fomentar el desarrollo tecnológico o económico”. (2) Que genere beneficios asignables de forma equitativa entre las partes de la fusión y los consumidores. (3) Que no elimine “una parte sustancial del mercado relevante de un producto o servicio”. (4) Que sus términos no sean más restrictivos de lo necesario para obtener los efectos benéficos.²⁵ Los Lineamientos para Fusiones Horizontales (en el párrafo 2) establecen que “el principio fundamental en el control de las fusiones es la regla de la razón”, atribuyendo esta proposición a la exposición de motivos presentada en el Artículo 1 de la Ley 8884. Este lenguaje, en conjunto con el del Artículo 54, podría interpretarse para imponer la carga sobre las partes en la fusión en el sentido de demostrar que su transacción es

benéfica en términos económicos. Sin embargo, en la práctica, el CADE no ha impuesto un requisito tal, y sólo interviene cuando concluye que, tomando en cuenta todos los argumentos, se reduciría la competencia de forma significativa. De esta forma, se considera que el párrafo 1 del Artículo 54 establece una defensa de las eficiencias que sólo se aplica en el caso de fusiones que, de otra manera, se considerarían anticompetitivas. La propuesta de ley para revisar la legislación de competencia establece una norma sustantiva para la evaluación de las fusiones, prohibiendo las transacciones que “eliminen la competencia en una parte sustancial del mercado relevante, que creen o fortalezcan una posición dominante o que puedan dominar un mercado relevante”.²⁶

El párrafo 2 del Artículo 54 contiene una disposición especial que permite la aprobación de fusiones que satisfagan sólo tres de los cuatro atributos enumerados en el Párrafo 1, siempre y cuando la transacción “sea en el interés público o de otro modo se requiera para el beneficio de la economía brasileña, y siempre y cuando no se dañe al consumidor final”. Este tipo de disposiciones se encuentra de alguna manera en las leyes de control de fusiones de varios países, lo que permite la aprobación de fusiones que, de otra forma, se considerarían anticompetitivas con base en el predominio del interés nacional. No obstante, hasta la fecha no se ha aprobado una fusión en Brasil sobre la base de esta disposición. La legislación propuesta conserva esta redacción, además de las cuatro condiciones que aparecen en el párrafo 1 de la ley vigente.

Los Lineamientos para Fusiones Horizontales de agosto de 2001, emitidos conjuntamente por la SEAE y la SDE, describen un proceso analítico de cinco pasos que emplea conceptos encontrados en lineamientos similares de otros países. Los elementos de este proceso incluyen (1) la definición de los mercados relevantes, tanto de producto como geográfico; (2) la determinación de si la participación de mercado de la entidad fusionada es lo suficientemente grande para permitir el ejercicio del poder de mercado; (3) la evaluación de la probabilidad de que el poder de mercado sea ejercido luego de la fusión; (4) el análisis de las eficiencias generadas por la transacción; y (5) la evaluación del impacto neto de la transacción sobre el bienestar económico.

La metodología para definir los mercados relevantes en términos geográficos y de producto contenida en el primer paso de los Lineamientos, se centra en la determinación del mercado más reducido en el cual un monopolista hipotético podría imponer un aumento de precios pequeño pero significativo y no transitorio. En el segundo paso, los Lineamientos consideran dos contextos (el de la acción unilateral por parte de una sola empresa y la acción coordinada de varias compañías) en los que se consideraría que determinados niveles de concentración de mercado presentarían una posibilidad importante de contar con poder de mercado posterior a

la fusión. En el caso del poder ejercido por una sola empresa, el umbral de consideración sería una entidad fusionada con participación de mercado de, por lo menos, 20 por ciento. En el caso de la acción coordinada por parte de varias empresas, el umbral de consideración sería una razón de concentración de cuatro empresas de, por lo menos, 75 por ciento, además de una participación de mercado de la entidad fusionada de, como mínimo, 10 por ciento. Si se alcanza cualquiera de estos umbrales, el análisis procede al paso 3, realizándose una evaluación de la probabilidad de que se ejerza en efecto el poder de mercado luego de la fusión. Este ejercicio se consideraría improbable si (a) las importaciones fueran un remedio eficaz contra el ejercicio del poder de mercado; (b) la entrada de nuevos participantes es considerada “probable, oportuna y suficiente”; o (c) la rivalidad en el mercado es tal que las empresas existentes tendrían tanto la capacidad como la motivación para resistir intentos de ejercicio de poder de mercado por parte de la entidad fusionada. Si el paso 3 demuestra la posibilidad de observar efectos anticompetitivos a partir de una transacción determinada, el análisis continúa al paso 4, para considerar las eficiencias que podría generar la fusión y, en última instancia, al paso 5, para evaluar el impacto económico neto de la transacción. Una transacción se rechazará si, después de tomar en cuenta el renglón de las eficiencias, genera una reducción neta en el superávit económico. Si el superávit aumenta debido a que los efectos anticompetitivos exceden a las eficiencias, se requerirá un análisis más detallado. De acuerdo con el Artículo 54, párrafo 1 de la ley, una defensa por causa de eficiencias podrá aceptarse solamente si los beneficios económicos de la transacción se asignan de forma equitativa entre las partes fusionadas y los consumidores o usuarios finales.²⁷

Aunque el CADE no ha adoptado formalmente los Lineamientos de Fusiones en forma de una Resolución del Consejo, los trata como recomendaciones no vinculantes en la evaluación de casos de fusión y, normalmente (aunque no siempre) sus disposiciones se discuten en las decisiones formales de fusión que emite el CADE. Una rareza de los Lineamientos de Fusiones es que la parte que discute la evaluación del poder de mercado sólo se refiere a la proporción de concentración de cuatro empresas, pero no al índice de Herfindhal-Hirschman (HHI). En contraste, los Lineamientos de la Resolución 20 del CADE, emitidos dos años antes para su empleo en la evaluación de violaciones de conducta de conformidad con los Artículos 20 y 21, se refieren a ambos métodos de medición de la concentración de mercado. Los organismos afirman que, de hecho, calculan el HHI siempre que sea posible para evaluar fusiones, aunque destacan que los mercados brasileños podrían considerarse no concentrados a los niveles que el HHI generarían preocupación en Estados Unidos. Otra característica de los lineamientos es la ausencia de referencias a fusiones que involucren empresas en quiebra, aunque el CADE analizó y rechazó la defensa de una compañía en quiebra en el caso Mahle-Metal, un procedimiento

que data de 1996 y que se relacionaba con la adquisición de un fabricante de autopartes. En esta decisión, el CADE interpretó la defensa de acuerdo con la formulación desarrollada en Estados Unidos, enfoque que se mantuvo posteriormente. El CADE ha rechazado la defensa en otros casos desde Metal Leve, en la generalidad de los casos argumentando la falta de esfuerzos adecuados para identificar a compradores menos anticompetitivos.

Las transacciones notificadas al CADE de conformidad con el Artículo 54 se pueden decidir de tres maneras posibles: aprobación incondicional, aprobación condicionada o rechazo. Si una transacción se rechaza en primera instancia, el Artículo 54, párrafo 9 faculta al CADE a tomar cualquier medida necesaria para corregir el daño que se pueda haber causado al orden económico, incluyendo la emisión de órdenes que exijan “la disolución, separación o venta de activos, y el cese parcial de actividades”. El CADE ha rechazado por completo sólo una fusión con adquisición de activos en el caso reciente que concierne a las empresas Nestlé y Garoto y que se describe más adelante.

Cuando las transacciones se aprueban de manera condicional, las condiciones que se imponen pueden entrar en una de dos categorías, dependiendo de la disposición legal que se invoque. Las condiciones que requieren actos únicos (como la venta de activos o la eliminación de una cláusula de no competencia en el contrato de adquisición) se imponen en función del ejercicio de la autoridad intrínseca del CADE para revisar transacciones de conformidad con el Artículo 54. Las condiciones que requieren actos continuos pero limitados en el tiempo (como la obligación temporal de la empresa adquirente de otorgar licencias para el uso de una marca registrada o mantener un programa de reubicación para los empleados despedidos) se imponen de acuerdo con el Artículo 58. Este artículo faculta al CADE a exigir que una o más partes de una transacción cumplan con restricciones o requisitos temporales de conducta, llamados “compromisos de desempeño” por la ley.²⁸

En los últimos cinco años, el CADE ha analizado los méritos de 2802 transacciones de conformidad con el Artículo 54, rechazando tres y aprobando condicionalmente otras 88. Siete de los casos de aprobación condicionada se relacionaban con compromisos de desempeño. Por ejemplo, la adquisición por parte de Aerolíneas Varig de un servicio computarizado de reservación resultó, en 2003, en un compromiso de desempeño que requería que Varig tratara a todas las aerolíneas de la misma manera durante tres años en lo relacionado con la operación del sistema de reservaciones. De manera similar, un compromiso de desempeño impuesto en 2004 requería que CTBC Telecom, una compañía de líneas telefónicas terrestres que había adquirido a un prestador de servicios de Internet por marcación, ofreciera el mismo trato a los demás prestadores de estos servicios durante tres años.

Otro compromiso de desempeño fijado en 2004 surgió con la transferencia, por parte de Pepsico, de los activos y licencias para la producción y distribución de la bebida isotónica “Gatorade” a AmBev, subsidiaria de la empresa Companhia Brasileira de Bebidas. El CADE requirió que AmBev vendiera la marca registrada de “Marathon”, su bebida isotónica vigente. Para contribuir a garantizar que Marathon sobreviviera en el mercado, se requirió que AmBev ofreciera al comprador de la marca una opción para adquirir los activos de producción de Marathon y una opción para utilizar la red de distribución de AmBev durante seis meses.

Para fines del análisis, resulta útil estudiar las condiciones de aprobación en función de su impacto sobre la disposición de los activos propiedad de las partes. Las condiciones y compromisos impuestos por el CADE pueden entonces clasificarse de acuerdo a si eran (1) “estructurales” (definido como las condiciones que requieren la venta o liquidación de activos); o (2) “accesorias” (definido como todas las demás condiciones). Las condiciones accesorias incluyen a la mayoría de los compromisos de desempeño, al igual que a las disposiciones que requieren la modificación o eliminación de las cláusulas de no competencia en los convenios de fusión.

El cuadro a continuación resume la actividad del CADE en el terreno de las revisiones de fusión entre 2000 y 2004, mostrando la proporción de casos en los que se impusieron condiciones “estructurales” o “accesorias”.

Cuadro 2. Fallos del CADE en casos de fusión 2000-2005

Año	Transacciones Reviewed ¹	Aprobadas sin condiciones	Aprobadas condicionadas			Rechazadas	
			Estructurales	Porcentaje de transacciones revisadas	Accesorias		Porcentaje de transacciones revisadas
2004	618	574	2	0.32	41	6.63	1 (0.16%)
2003	491	484	1	0.20	6	1.22	0
2002	485	474	0	0.0	11	2.27	0
2001	571	559	0	0.0	12	2.10	0
2000	507	490	1	0.20	14	2.76	2 (0.39%)
Total	2672	2581	4	0.15	84	3.14	3 (0.11%)

Fuente: SBDC, 2005

1. Esta cifra es neta de registros que no fueron revisados por el CADE debido a que la transacción no cumplía con los umbrales de registro de notificación o porque las partes retiraron la notificación.

Aunque el CADE ha impuesto condiciones en cerca de 3.4 por ciento de las transacciones, sólo en cuatro instancias (muy por debajo de la décima parte de todos los casos condicionados) se impusieron requisitos estructurales que ordenan la disposición o utilización de activos.²⁹ El caso estructural de 2000 que se cita en el cuadro fue el de la fusión de AmBev, en el que el CADE requirió la liquidación de una marca de cerveza y cinco fábricas de cerveza. El caso estructural de 2003 consistió en la adquisición de la cadena de supermercados G. Barbosa por parte del

Grupo Ahold (propietario de Bompreço, la cadena de supermercados más grande de la región noreste de Brasil). El CADE ordenó que Ahold liquidara 16 de las 32 tiendas G. Barbosa. Uno de los casos de 2004 fue el de otra fusión de supermercados, que involucró la liquidación de una tienda. El segundo fue el de Pepsico-Gatorade que se describió arriba, en el cual se requirió que AmBev liquidara su marca de bebida isotónica.³⁰

Un ejemplo de condiciones accesorias es el caso de la adquisición de Biobrás por parte de Novo Nordisk. Nordisk era un importador sustancial de insulina hacia Brasil. Por su parte, Biobrás, una compañía farmacéutica, era el único fabricante nacional de insulina. Nordisk propuso estructurar la transacción transfiriendo los activos de producción de insulina de Biobrás hacia Biommm, una nueva compañía. El CADE aprobó la transacción, pero eliminó una disposición contractual que especificaba que, durante tres años, Biommm no podría exportar insulina a Brasil desde sus instalaciones productivas en el extranjero. El alto número de casos aprobados con condiciones accesorias en 2004 se explica por las cerca de 25 adquisiciones de empresas locales de servicio a elevadores que llevó a cabo una sola compañía en diferentes mercados geográficos. En cada caso, el convenio de adquisición prohibía al vendedor dedicarse a prestar servicios de mantenimiento durante años, por lo que el CADE impuso condiciones que requirieran la restricción de las cláusulas de no competencia sólo al mercado de elevadores (y excluyendo al de las escaleras eléctricas) o que se limitara geográficamente.

La mayoría de las transacciones (96.6 por ciento) se aprobaron sin condiciones. En 2001, el CADE consideró una fusión internacional que involucraba las subsidiarias brasileñas de dos empresas de maquinaria agrícola, New Holland (afiliada holandesa de Fiat) y Case Corporation (una compañía estadounidense). A pesar de que algunos submercados de maquinaria se encontraban relativamente concentrados en Brasil, el CADE aprobó la transacción sin condiciones. Desde el punto de vista del Consejo, cualquier intento de la empresa por incrementar sus precios después de la fusión sería de hecho limitado por la presencia de otros fabricantes brasileños que operaban plantas de propósitos múltiples capaces de fabricar los productos afectados. El CADE destacó que, al evaluar la misma fusión, los organismos de defensa de la competencias en Europa y Estados Unidos habían requerido la liquidación de varias plantas manufactureras en sus jurisdicciones geográficas respectivas. La situación brasileña difería en el sentido de que la demanda de mercado era mucho mayor en el extranjero, con la consecuencia de que podían construirse (y se construyeron) plantas altamente eficientes de un solo producto. En contraste, todas las plantas brasileñas eran operaciones de productos múltiples.

Es raro observar el rechazo absoluto de transacciones notificadas. En este sentido, el CADE bloqueó dos proyectos conjuntos en 2000 que involucraron distintas características de una sola operación. Un grupo de empresas que fabricaba combustible de alcohol a partir de azúcar formó un organismo colectivo para vender la producción de sus miembros. El CADE concluyó que los aspectos anticompetitivos de las propuestas superaban cualquier ganancia en eficiencia. En febrero de 2004, por primera vez en su historia, el CADE tomó la decisión de rechazar, por completo, una fusión mediante adquisición de activos, oponiéndose a la adquisición de Chocolates Garoto por parte de Nestlé Brasil.

RECUADRO 3. NESTLÉ-GAROTO

Nestlé Brasil, la subsidiaria brasileña del grupo suizo Nestlé, produce alimentos y bebidas, incluyendo chocolates, así como artículos de higiene y medicamentos. Chocolates Garoto, empresa brasileña del sector de productos alimenticios, es un importante fabricante de dulces y chocolates. Garoto era la tercera empresa en importancia en el mercado general de productos de chocolate, mientras que Nestlé y Kraft Foods (Lacta) alternaban en su liderazgo. La fusión aumentaba de manera importante la concentración horizontal del mercado general de chocolates, como se muestra en el cuadro a continuación.

Participaciones de mercado (%) todos los chocolates

Compañía	1998	1999	2000	2001
Nestlé (a)	35.26	34.60	30.95	33.94
Garoto (b)	22.13	24.69	28.55	24.47
(a+b)	57.39	59.29	59.50	58.41
Lacta	33.73	32.83	33.59	33.15
Ferrero	5.45	4.61	3.91	3.18
Arcor	3.20	3.07	2.61	3.40
Otros	0.23	0.20	0.39	1.86
Total	100.0	100.0	100.0	100.0

Fuente: SBDC, 2005

Un tema decisivo residía en si los chocolates en general constituían el mercado correcto a analizar. Asimismo, existían otros candidatos, incluyendo las cajas de chocolates, las tabletas, los bocadillos, las barras de dulce y los huevos de Pascua de chocolate, aunque la concentración también era generalmente alta en esos mercados. Kraft y las partes de la fusión presentaron estudios de definición de mercado divergentes, empleando modelos de elasticidad precio para estimar las reacciones de los consumidores a los precios relativos entre diferentes presentaciones y marcas de chocolates. Las empresas participantes en la fusión también incluyeron estimaciones econométricas basados en datos de Nielsen a fin de aclarar más el grado de rivalidad competitiva.

Por primera vez en un caso de fusión en Brasil, las partes presentaron simulaciones, que Kraft contrarrestó con estudios propios. Estas simulaciones, diseñadas para predecir el impacto posterior a la fusión sobre precios y cantidades, también pretendían estimar la reducción en los costos marginales que se requería para compensar el aumento en el poder de mercado de la compañía producto de la fusión. Las diferencias tan radicales en los resultados obtenidos por los distintos estudios obligó al CADE a considerar toda una serie de asuntos metodológicos relacionados con los modelos de simulación, incluyendo la identificación de la función de demanda relevante, la evaluación de la incertidumbre estadística asociada con las estimaciones de elasticidad de la demanda, y el análisis de los defectos potenciales en el modelo de productos diferenciados de Bertrand-Nash que empleaban las simulaciones.

También se cuestionaron otros temas además del mercado relevante, como las barreras a la entrada y las perspectivas de expansión de marcas rivales como Mars y Hershey. Como otra primicia en un caso de fusiones en Brasil, los solicitantes presentaron un estudio detallado de las eficiencias que generaría la fusión, elaborado por una compañía auditora independiente.

El 4 de febrero de 2004, la mayoría del Consejo votó a favor de impedir la operación, determinando que Nestlé debía vender Chocolates Garoto a un competidor con menos de 20 por ciento de participación en el mercado relevante. Desde el punto de vista del CADE, los estudios econométricos demostraron una alta elasticidad cruzada de la demanda entre los diversos segmentos del mercado de chocolates y entre las distintas marcas, llevando a la conclusión de que el mercado relevante era el de los chocolates en todas sus formas (excluyendo los productos caseros) del mercado interno brasileño. El CADE también subrayó que las importaciones no eran un factor importante en el mercado y que existían barreras de entrada debido a las dificultades para asegurar la distribución al mayoreo. El CADE concluyó que la transacción debía rechazarse debido a que (1) ni la reducción esperada en los costos variables ni el nivel de rivalidad que sobreviviría en el mercado eran suficientes para prevenir los incrementos de precios; y (2) no existían remedios estructurales para disminuir los efectos negativos de una mayor concentración.

Las partes presentaron mociones ante el CADE para que se reconsiderara y aclarara el fallo, que el CADE denegó el 3 de febrero de 2005. Las empresas apelaron de nuevo ante el CADE, proponiendo liquidaciones parciales de activos, lo cual fue rechazado por el CADE el 27 de abril de 2005. En la actualidad, sigue pendiente la revisión judicial.

La decisión generó una controversia política considerable. Los representantes en el Congreso de un estado brasileño abogaron vigorosamente por la aprobación de la transacción, en vista de la propuesta de Nestlé para ampliar una planta de producción de Garoto ubicada en esa región. En julio de 2004, terminó la gestión de un comisionado del CADE que había apoyado la decisión. El Presidente nominó al comisionado para un segundo periodo con la aprobación del comité de Asuntos Económicos del Senado y puesto a consideración del pleno senatorial. Sin embargo, el Senado retrasó su decisión debido al disgusto de algunos de sus miembros por la decisión sobre Nestlé.³¹ El comisionado terminó por retirar su nominación.

En abril de 2005, el CADE aprobó la adquisición del fabricante de tractores Valtra por parte de la empresa estadounidense AGCO. El caso es importante debido a que fue la primera vez en la que el CADE consideró simulaciones econométricas que habían sido realizadas por la SDE y la SEAE, en lugar de por las partes en la fusión. Las simulaciones fueron diseñadas para estudiar temas de definición de mercado y trataban con las elasticidades cruzadas en diversos submercados definidos por el intervalo de caballos de fuerza de los motores en los tractores. En algunos submercados, la participación de mercado posterior a la fusión alcanzaba 85 por ciento o más. No obstante, el CADE aprobó la transacción debido a una inminente nueva entrada que crearía la suficiente capacidad para prevenir aumentos de precios en cualquiera de los mercados.³²

De conformidad con la Resolución 15 del CADE, fechada en 1998, la defensa en un caso de fusión puede buscar la reconsideración de la decisión del Consejo si demuestra que ésta se basó en errores factuales o que ha surgido nueva información fundamental para la decisión. Entre 2000 y 2004, el CADE evaluó 13 solicitudes de reconsideración, otorgando seis, de forma plena o parcial, negando cinco con base en los méritos y rechazando dos como infundadas. En el caso de la fusión entre Nestlé y Garoto, el Consejo rechazó la solicitud para reducir la participación de mercado atribuida a Nestlé, concluyendo que el cambio no tendría un impacto crucial en la decisión del Consejo de no aprobar la adquisición. La ley contempla que el CADE tiene la facultad de revocar la aprobación de una transacción “en caso de incumplimiento con las obligaciones asumidas [por las partes], o si los beneficios pretendidos no se han logrado” (Art. 55). También se permite la revocación, aunque se impongan condiciones o compromisos de desempeño, si la aprobación se basó en información falsa o equívoca proporcionada por los solicitantes. Cabe apuntar que no han surgido casos de revocación al amparo del Artículo 55.

Como se comentó en párrafos anteriores, el párrafo 3 del Artículo 54 requiere que se notifiquen las fusiones que generen ya sea una entidad con 20 por ciento de un mercado relevante o que involucren a un participante con un volumen total de ventas de 400 millones de reales (156 millones de dólares). Hasta hace poco tiempo, el umbral de 400 millones de reales se aplicaba al volumen mundial de ventas. Esta interpretación fue muy criticada por los profesionistas y la comunidad de negocios de Brasil. El Informe de 2000 analizó este asunto y concluyó que la interpretación que contemplaba el volumen mundial de ventas aumentaba la probabilidad de que se observara un exceso de notificaciones de fusiones que no tenían importancia en términos de competitividad. El Informe sugirió (página 213) que el umbral debería limitarse al volumen de ventas en Brasil (subrayando, sin embargo, que la adopción de un cambio así haría “necesario determinar si 400 millones de reales sería acaso demasiado alto”). El Informe de 2000 también recomendó (1) que se estableciera un

umbral mínimo de ingresos para la parte de menor tamaño en la fusión, con base en que el esquema existente requería notificar cualquier adquisición llevada a cabo por empresas de gran tamaño, sin importar la pequeñez de la compañía comprada y lo trivial de las implicaciones en términos de competencia; (2) que se considerara la posibilidad de eliminar la prueba de participación de mercado, pues introducía un elemento subjetivo en lo que debería ser un esquema de notificación sin ambigüedad; y (3) que también se contemplara la eliminación de la aplicación del requisito de notificación para actos no relacionados con fusiones, ya que los sistemas de notificación amplios no generan normalmente beneficios que justifiquen los costos impuestos (páginas 213-14).

En una importante decisión emitida en enero de 2005, el CADE determinó que el volumen anual de ventas sería medido, en adelante, con referencia a las ventas brasileñas y no las mundiales.³³ De acuerdo con el SBDC, de 161 notificaciones analizadas a partir de la nueva interpretación, 68 (42 por ciento) podían ser rechazadas al no cumplir con las condiciones de volumen de ventas ni la prueba de participación de mercado. La pregunta planteada en el Informe de 2000 (si acaso la adopción del volumen de ventas brasileño debería implicar una reducción del umbral de 400 millones de reales) se convirtió en cuestión de gran interés para el SBDC, no sólo por las implicaciones sobre el registro de recibo de cuotas. La legislación propuesta para remodelar la ley de competencia resuelve este problema, así como la cuestión de la imposición de un umbral para la parte más pequeña al establecer que se requiere notificación si (1) al menos una de las partes en la transacción tiene un volumen total de ventas en Brasil de 150 millones de reales; y (2) por lo menos otro participante en la transacción obtuvo un volumen total de ventas de 30 millones de reales. La legislación propuesta también trata los otros temas que tocó el Informe de 2000 al eliminar las pruebas de participación de mercado y restringir expresamente el requisito de notificación a las “fusiones”, definidas como transacciones en las que (1) dos empresas se fusionan; (2) una compañía adquiere control de las acciones o activos de otra; o (3) se lleva a cabo un proyecto conjunto que implica la formación de una entidad económica independiente.

Como se destacó en párrafos anteriores, una característica importante del esquema de notificación de fusiones en Brasil reside en que la notificación, aunque obligatoria, no necesita ser registrada antes de consumarse la transacción. El párrafo 4 del Artículo 54 sólo requiere que la notificación se presente “a más tardar quince días hábiles después de ocurrir” la transacción. La Resolución 15 del CADE, que es la disposición implementadora del control de fusiones, emitida en 1998, especifica la “fecha de activación” que da inicio al plazo de 15 días. De acuerdo con la Resolución, el plazo comienza a transcurrir cuando (1) las partes realizan la “firma el primer documento vinculante” o (2) cuando se presenta “una modificación en las

relaciones de competencia entre las partes solicitantes o entre, por lo menos, una de ellas y un tercero” (Art. 2).

El hecho de que las partes tengan la libertad de consumir la fusión antes o después de presentar una notificación plantea un problema evidente para el CADE, en el sentido de cómo tratar las transacciones que se encuentra que son anticompetitivas. Debido a que el impacto adverso de una transacción de este tipo puede comenzar a acumularse de inmediato y por la gran dificultad que representa deshacer una fusión consumada, el CADE tiene importantes incentivos para interpretar y hacer cumplir el plazo de la notificación de manera que deba registrarse tan pronto en el proceso como sea posible. El Informe de 2000 destacó (en la página 207) que el CADE había sido vigoroso en su imposición de multas contra participantes en fusiones por no presentar sus notificaciones a tiempo, añadiendo que la interpretación del CADE acerca de la “fecha de activación” generaba controversia debido a las ambigüedades para determinar cuándo ocurre una “modificación de las relaciones de competencia” entre las partes. Aunque el Informe de 2000 (página 212) sugirió que el CADE considerara abandonar esa parte de la formulación de la “fecha de activación” y se basara únicamente en la norma del “primer documento vinculante”, el CADE ha mantenido la política expresada en la Resolución 15.

En los últimos cinco años, debido a que el CADE ha seguido tomando una posición estricta con respecto a los registros fuera de tiempo, con el consecuente aumento en el cumplimiento y la reducción de la incidencia de notificaciones a destiempo. El cuadro a continuación muestra la experiencia con notificaciones fuera de tiempo entre 2000 y 2004.³⁴

Cuadro 3. Notificaciones de conformidad con el Artículo 54 fuera de tiempo, 2000-2004

	2000	2001	2002	2003	2004
Transacciones evaluadas	523	584	518	526	651
Notificaciones fuera de tiempo (número)	107	57	39	16	18
Notificaciones fuera de tiempo (% del total evaluado)	20.5	9.8	7.5	3.0	2.7
Imposición de multas (millones de reales)	16.3	9.9	7.9	2.2	3.0

Fuente: SBDC, 2005

Las dificultades asociadas con la anulación de fusiones consumadas ha llevado al CADE a buscar otros medios para evitar la integración completa de entidades mientras se realiza la evaluación. Aunque ninguna disposición de la Ley 8884 trata este tema, el Artículo 83 aplica, en los procedimientos, el Código de Procedimientos Civiles de Brasil y algunos estatutos procesales relacionados, con lo que el CADE tiene la facultad de imponer un requerimiento de acuerdo con las normas aplicables al

desagravio temporal de acuerdo con la ley del país.³⁵ El Informe de 2000, en su página 206, describió dos casos de fusión presentados a fines de los años 90 (AmBev y WorldCom/Sprint) en los que el CADE emitió órdenes de suspensión al amparo de procedimientos relacionados con la ley civil para impedir la combinación o el cierre de plantas productivas, prohibir el intercambio de información comercialmente sensible y requerir que las acciones se mantuvieran en cuentas separadas.

Con el objeto de formalizar los mecanismos mediante los cuales se puede suspender la consumación de transacciones de fusión durante la evaluación de sus méritos, en agosto de 2002 el CADE emitió la Resolución 28. De conformidad con el Artículo 2 de la Resolución, el Consejo o el Comisionado Relator con la posterior ratificación del Consejo, pueden otorgar una “orden precautoria” de acuerdo con los principios de la ley civil (Art. 7). Dicha orden puede ser emitida ya sea *ex officio* o como respuesta a una petición de la SEAE, la SDE, el Procurador General del CADE o “cualquier tercero interesado en el acto de concentración que está siendo evaluado”. La Resolución establece un procedimiento mediante el cual se notifica a las partes que se fusionan que cuentan con cinco días antes de la ejecución de una orden de suspensión y se les otorga la oportunidad para presentar argumentos opuestos a los del CADE (Art. 4).³⁶ De otorgarse, este tipo de órdenes se sujeta a evaluación en los tribunales. La Resolución 28 también crea (en el Artículo 8) un segundo mecanismo, llamado “Acuerdo para Conservar la Posibilidad de Revertir una Transacción” (APRO, por sus siglas en portugués). Como su nombre lo indica, un APRO lleva implícito un acuerdo consensual entre el CADE y las partes en una fusión y está diseñado para lograr el mismo resultado que una orden precautoria.

Entre 2002 y 2004, el CADE emitió una orden precautoria (en 2004) y nueve APRO (cuatro en 2002, uno en 2003 y cuatro en 2004). La orden precautoria surgió durante la revisión de la adquisición de los activos del servicio de TV satelital de Hughes Electronics por parte de News Corporation, prohibiendo que las dos partes en la transacción establecieran nuevos contratos que otorgaban la distribución exclusiva de programación televisiva en Brasil. De los nueve APRO, tres pertenecieron al sector de telecomunicaciones (como el de Hughes Electronics) y otros tres se relacionaron con fusiones de cadenas de supermercados. Los tres casos restantes se refirieron a instancias descritas en páginas previas: (1) la transferencia de activos por parte de Pepsico para la producción de Gatorade; (2) la adquisición de Chocolates Garoto por Nestlé; y (3) la adquisición de un fabricante brasileño de insulina por parte de Novo Nordisk. Normalmente, las órdenes precautorias y los APRO imponen restricciones o condiciones a la libertad de la compañía adquirente para integrar actividades, cerrar comercios o plantas, despedir empleados³⁷, cancelar marcas o líneas de producto, alterar los planes de comercialización, inversión o investigación, o liquidar activos. Tanto una como el otro incluyen disposiciones que especifican multas diarias por incumplir las restricciones impuestas.

El Informe de 2000 no recomendó de manera directa que Brasil cambiara hacia un sistema de notificación previa a la fusión. Desde entonces, se ha llegado al consenso en Brasil de que el sistema actual, de notificación posterior a la fusión, es poco manejable e ineficiente, tanto para los organismos relacionados con la competencia como para la comunidad empresarial. La legislación propuesta establece un sistema de notificación antes de la fusión contemplando que las partes de esta transacción deben mantener “las condiciones de competencia” entre ellas y no tienen la facultad para ejecutar una transacción notificada sino hasta que haya sido evaluada por el CADE.

Los procedimientos establecidos de acuerdo con la ley actual para revisar transacciones notificadas aparecen en el Artículo 54. La notificación se presenta ante la SDE, que proporciona copias de inmediato a la SEAE y el CADE (párrafo 4). A diferencia de los casos de conducta procesados al amparo del Artículo 38, la SEAE no tiene opción para determinar si opinará en transacciones de fusión. Más bien, el Artículo 54 requiere que la SEAE proporcione a la SDE un informe técnico dentro de un plazo de 30 días. A su vez, la SDE debe presentar una recomendación al CADE dentro de los 30 días de haber recibido el informe de la SEAE. En ese momento, se transfieren los archivos del caso al CADE, que deberá evaluar la recomendación y emitir un fallo dentro de un plazo de 60 días (párrafo 6). El CADE no está obligado de manera alguna por las recomendaciones de la SEAE o la SDE, y será responsable por la adjudicación imparcial de los casos en disputa.³⁸ Si la SEAE o la SDE no cumplen con los plazos respectivos no habrá consecuencias legales. Sin embargo, si el CADE no emite un fallo dentro de su plazo de 60 días, se considera aprobada la fusión (párrafo 7). Suponiendo que los tres organismos cumplen con sus plazos límite, el máximo periodo legal para la revisión de fusiones sería de 120 días, de acuerdo con el Artículo 54. No obstante, cada uno de los tres organismos también tiene la facultad de emitir una o más solicitudes de información adicional, en cuya circunstancia se suspende el transcurso del plazo legal a partir del momento de la solicitud y hasta que se proporcione la información (párrafo 8). Aunque ni el Artículo 54 ni las disposiciones del CADE establecen mecanismos formales para resolver casos de fusión por consenso, a partir de negociaciones con las partes y el SBDC pueden generarse aprobaciones condicionadas.

La Resolución 15 del CADE, que es la disposición de implementación de las fusiones, fue adoptada en 1998 como parte de un esfuerzo para racionalizar, al interior del CADE, el proceso de revisión de las fusiones. La Resolución estableció un proceso de “dos etapas” con un formato de notificación inicial (adjunto a la Resolución como Anexo I) que era la versión simplificada y recortada del formato anterior. Un segundo formato (Anexo II), que requería mucha más información, fue diseñado para emitirse a las partes en la fusión si el Comisionado Relator determinaba

que era necesario investigar más. De hecho, con la práctica obtenida, nunca se ha utilizado la segunda forma. Si una fusión es lo suficientemente compleja para ameritar una “segunda solicitud” de información, la SDE o la SEAE elaborará preguntas que tratan en particular la transacción que está en revisión. De igual manera, si el CADE decide que una fusión presentada por la SDE y la SEAE requiere aún más datos, la investigación adicional será llevada a cabo por el Comisionado Relator y se centrará en los temas específicos identificados para su análisis.

Al observar que la conclusión de la revisión de fusiones simples que no parecían presentar problemas de competencia podía llevar seis meses o más al SBDC, el Informe de 2000 instó a los organismos a “encontrar maneras de simplificar y acelerar la revisión de entre 90 y 95 por ciento de todas las fusiones que son benignas en términos de competencia (página 211). A partir de 2002, de manera informal, la SDE y la SEAE desarrollaron un procedimiento simplificado para casos sencillos, en los cuales la SEAE elaboraría un informe en formato corto dentro de los 15 posteriores a la recepción de la notificación y, por su parte, la SDE elaboraría también un informe en formato corto dentro de los 15 días siguientes a la recepción del informe de la SEAE. En febrero de 2003, ambos organismos formalizaron este procedimiento con la emisión de la Disposición Conjunta No. 1, que establece un “Procedimiento Acelerado” aplicable a las transacciones relacionadas con (1) la compra de franquicias por sus franquiciantes; (2) proyectos conjuntos de cooperación creados para ingresar a un nuevo mercado; (3) reestructuraciones corporativas con un solo grupo empresarial que no impliquen cambios en el control; (4) la adquisición de una compañía extranjera por parte de una brasileña que no tenga intereses comerciales (o que estos intereses sean insignificantes) en Brasil; (6) la sustitución de un agente económico en el que la compañía adquirente no participara de forma sustancial en el pasado en el mercado objetivo o en mercados relacionados verticalmente; y (7) la adquisición de una empresa con participación de mercado lo suficientemente reducida para que no se cuestione su relevancia con respecto a la competencia.³⁹ En enero de 2004, la SEAE y la SDE instituyeron un “Procedimiento conjunto para revisión de fusiones” que ha acelerado aún más el análisis de estas transacciones. De acuerdo con este procedimiento, ambas secretarías comienzan a revisar una notificación inmediatamente después de recibirla y envían una recomendación conjunta al CADE, con lo que se evita el retraso inherente en la remisión de un caso a la SEAE para esperar que sea analizado antes de que la SDE empiece a trabajar. La SEAE y la SDE informan que cerca de 60 por ciento de las notificaciones de fusión cumplen las condiciones para el “Procedimiento Acelerado” y que normalmente procesan estos casos para su transmisión al CADE en cerca de 30 días. La aplicación del sistema ha reducido a la mitad el tiempo promedio total de revisión de ambos organismos (de cerca de seis meses a 86 días). Después de hacer ajustes por los

retrasos generados por las solicitudes de información adicional, ambos organismos cumplen con el plazo legal determinado para la conclusión de su trabajo.⁴⁰

El CADE también ha diseñado algunos procedimientos para contribuir a acelerar la revisión. Las fusiones tratadas con el “Procedimiento Acelerado” preceden a todas las demás en la agenda del CADE, y este organismo también ha continuado con la práctica de adoptar como suyo el informe emitido por la SDE y la SEAE, en lugar de elaborar una decisión aparte. No obstante, el tiempo promedio para la revisión de fusión en el CADE (con base en el número de días que transcurre entre la recepción del expediente y la emisión de la decisión por parte de este organismo) no ha cambiado mucho durante los últimos años, excepto por un incremento en 2004.

Cuadro 4. Plazo promedio de análisis de fusiones en el CADE

	2001	2002	2003	2004	2005
Transacciones evaluadas	584	518	526	651	202
Plazo promedio de evaluación (días)	85	80	83	125	75

Fuente: SBDC, 2005

El CADE ha hecho notar que el aumento inusual de 2004 respondió a que la SDE eliminó los rezagos de años anteriores, incluyendo algunos casos complejos que los recursos del CADE se vieron imposibilitados para tratar. Después de hacer ajustes por los retrasos generados por las solicitudes de información adicional, el CADE también resuelve casos de fusiones dentro del plazo legal de 60 días que se le estableció. En caso de que este organismo no cumpliera con el plazo estipulado, se aprobaría la fusión por omisión, de acuerdo con lo establecido en el Artículo 54 párrafo 7.

**RECUADRO 4. PROCEDIMIENTOS DE REVISIÓN DE FUSIONES:
MODIFICACIONES PROPUESTAS**

Como se describió arriba, la propuesta de ley para modificar la Ley 8884 presenta numerosos cambios al sistema actual de revisión de fusiones, al establecer un plazo máximo de notificación previo a la fusión, alterando los umbrales de notificación, eliminando la prueba de participación de mercado, proporcionando una norma sustantiva para evaluar las fusiones y restringiendo de manera expresa el requerimiento de notificación para una fusión. También incluye modificaciones sustanciales a los procedimientos de revisión de las fusiones. Cuando se considera concluido el proceso de notificación, dentro de los cinco días posteriores, la Dirección General (DG) debe publicar una notificación resumida de la transacción propuesta y proporcionar copia de la notificación a la SEAE. La SEAE tiene la opción, pero (hasta la fecha) no la obligación, de

opinar acerca de la fusión en cuestión. Por su parte, la solicitud de la SEAE para obtener información adicional ya no suspende el plazo máximo de respuesta del organismo. Dentro de los 20 días posteriores a la publicación de la notificación, la DG debe solicitar información adicional o aprobar la transacción. En este último caso, dentro de un plazo de 15 días, el Pleno puede decidir revisar la aprobación, pero no está obligada a hacerlo. Esta característica de la propuesta tiene el propósito de funcionar como mecanismo de “cancelación anticipada”.

Si se solicita información adicional, la DG debe formular una recomendación sobre la ejecución del caso dentro de un plazo de sesenta días después de recibirla. Nuevamente, la aprobación de la DG está sujeta a revisión discrecional del Pleno. Si la DG recomienda ya sea el rechazo o la aprobación condicionada, el asunto se asigna de inmediato a un Comisionado Relator y los solicitantes tienen 30 días para presentar su defensa. A la recepción de la defensa, en un plazo de 20 días el Comisionado Relator debe decidir si agenda el caso para su fallo o solicitar que las partes presenten información adicional. Una vez que se presenta la información, la DG y el solicitante cuentan con diez días para presentar resúmenes por escrito. Dentro de los 20 días posteriores al plazo para presentar los resúmenes, el Comisionado Relator debe programar el caso para ser juzgado por el Pleno.⁴¹ No existe un plazo límite dentro del cual el Pleno deba resolver el caso. En los procedimientos ante el Pleno, la carga de la prueba se impone sobre la DG, para demostrar que la transacción daña la competencia.

Una nueva disposición permite apelar contra una decisión de la Dirección General para aprobar una fusión. Estos recursos pueden ser presentados (dentro de un plazo de 20 días luego de publicarse el fallo aprobatorio) por terceros interesados, por la SEAE y por los organismos reguladores sectoriales. El recurso de apelación se deposita en primer término en la DG, que cuenta con cinco días para revertir su decisión o remitir el recurso al Pleno. Si se remite, el Comisionado Relator determina (sujeto a revisión por parte del Pleno) si se “admite” el recurso. En caso de admitirse, el solicitante toma el papel que desempeñaría la Dirección General. No obstante, la DG mantiene autoridad total para intervenir como parte y defender su postura. En caso de que se admita un recurso de apelación de un agente privado y que, en última instancia, sea rechazado, el Pleno debe imponer una multa a la parte que va desde 5,000 hasta 5 millones de reales (entre 1,950 y 1.95 millones de dólares). El monto impuesto se determinará considerando las condiciones económicas de la parte que presenta el recurso de apelación, su desempeño en los procedimientos, su buena fe y el impacto del retraso sobre la transacción.

El proyecto de ley también contempla un mecanismo formal para resolver casos de fusiones mediante un arreglo conciliatorio. En cualquier momento antes de que el asunto haya sido depositado con el Pleno como transacción en disputa, la Dirección General (con la participación obligatoria del Comisionado Relator) tiene facultades para negociar un acuerdo conciliatorio para una fusión notificada. Una vez negociado, el arreglo deberá publicarse durante, por lo menos, diez días para recibir observaciones al respecto, luego de lo cual la DG puede elegir renegociar la propuesta antes de transmitirla al Pleno para su proceso final.

De acuerdo con el proyecto de ley, se asignan al CADE dos terceras partes de las cuotas cobradas por el registro de notificaciones de fusión y una tercera parte a la SEAE. La multa impuesta con anterioridad al amparo del párrafo 5 del Artículo 54 por incumplimiento con el requisito de presentación de la notificación luego de consumarse la fusión dentro del plazo estipulado, se aplica a la consumación de una transacción que debería ser notificada antes de su aprobación.⁴² Una nueva disposición permite la imposición de multas que van desde 60,000 hasta 6 millones de reales (entre 23,400 y 2.34 millones de dólares) por la entrega de información falsa que lleve a una aprobación errónea de la transacción.

2.3 Competencia desleal y protección del consumidor

El tema de la “competencia desleal” que daña a las empresas que compiten entre sí no se trata en la Ley 8884, sino en otro estatuto que proporciona la base para procesos penales y demandas civiles privadas. La Ley de Propiedad Industrial (No. 9279/96) define el delito de “competencia desleal” como aquél que contempla la denigración comercial, el falseo de marcas, el desvío fraudulento del comercio, la publicidad diseñada para cuasar confusión de marcas, la violación de los derechos de marca registrada, el cohecho comercial, la apropiación ilegítima o la revelación de secretos comerciales y la falsa reivindicación de patentes (Art. 195). La pena establecida es de entre tres y 12 meses de prisión o la imposición de una multa. Los fiscales públicos pueden presentar cargos criminales al amparo de la ley sólo como respuesta a quejas registradas por agentes privados (Art. 199). Las víctimas de la competencia desleal también pueden invocar la ley como base para buscar resarcir daños o la suspensión de actividades en una demanda civil.

La Ley de Defensa del Consumidor de Brasil (Ley 8078), vigente desde 1990, regula prácticas de comercialización como la publicidad fraudulenta, las garantías falsas, las ventas de puerta en puerta, el *telemarketing* y los aumentos abusivos de precios, además de los contratos para el consumidor en general. La ley establece que el “Sistema Nacional de Defensa del Consumidor” que está integrado por (1) el Departamento de Protección y Defensa del Consumidor (DPDC) de la SDE⁴³; (2) los organismos locales y estatales de protección al consumidor (llamados “Procons”); y (3) las organizaciones no gubernamentales de consumidores (ONGC). El DPDC es responsable por la coordinación general del sistema y, además, tiene diversas obligaciones específicas. El departamento emplea a 29 personas (entre puestos administrativos y ejecutivos) que se distribuyen entre la oficina del Director y las tres Divisiones Generales (Asuntos Jurídicos, Política del Consumidor y Supervisión de Comercialización). El Departamento también administra un Centro de Información Telefónica que responde a preguntas de los consumidores, ofrece la información que se le solicite y remite las quejas a los Procons locales.

Los Procons se ubican en los 26 estados del país y en el Distrito Federal (Brasilia), además de en 670 municipios y proporciona orientación a los consumidores, analiza sus preguntas, quejas y sugerencias y participa en litigios colectivos en pro del consumidor. También asisten a los consumidores y proveedores en la resolución de disputas por acuerdo entre las partes. Entre las ONGC se cuentan tres a nivel nacional y más de 40 organizaciones estatales y regionales. Estas instituciones son muy activas en el litigio colectivo por cuenta de los consumidores, publican revistas informativas, realizan funciones de educación para el consumo y otras actividades (como ensayos comparativos de productos).

La Ley de Defensa del Consumidor contempla que las quejas de consumidores que buscan el resarcimiento de daños deben presentarse ante el tribunal por el consumidor interesado o por un grupo con una demanda común. En el último caso, las demandas también pueden ser presentadas por los Procons o las oficinas de los fiscales y, asimismo, las ONGC pueden iniciar acciones legales en su nombre o a nombre de un grupo de víctimas. Además de autorizar las demandas por daños, la ley contempla procedimientos judiciales y civiles. Las demandas penales, que pueden llevar a la imposición de multas o a la prisión, pueden ser presentadas por fiscales del gobierno en tribunales federales y locales. Por su parte, las demandas civiles, federales y locales, que pueden llevar a órdenes de suspensión y penas monetarias de resarcimiento para el consumidor, pueden ser presentadas por abogados demandantes, ONG y (dependiendo del tribunal de que se trate) ya sea el DPDC o un Procons.

El DPDC también desempeña una función educativa, que pone en práctica mediante su sitio en Internet, llevando a cabo capacitaciones para personal de ONGC, publicando folletos de información al consumidor y elaborando materiales educativos para planes de estudio escolares. Debido a que el DPDC es el organismo hermano del departamento defensa de la competencias de la SDE, existen oportunidades de sinergias entre el fomento de la competencia y las funciones de educación del consumidor, como se describe en la sección de defensa del consumidor de este informe. Del mismo modo, se presentan intercambios de referencias de casos y se consultan sobre temas de defensa del consumidor que tienen un componente de protección del consumidor.

3. TEMAS INSTITUCIONALES: ESTRUCTURAS Y PRÁCTICAS DE OBLIGACIÓN AL CUMPLIMIENTO

3.1 Instituciones de política de competencia

3.1.1 CADE

La Ley 8884 establece el CADE como un “organismo federal independiente” asociado con el Ministerio de Justicia para fines presupuestarios (Art. 3). El papel del CADE en la obligación al cumplimiento de la ley de competencia reside en juzgar una presunta violación de la ley e imponer las sanciones y correcciones que procedan. El Consejo está integrado por un Presidente y seis miembros del Consejo (o comisionados) nombrados por el Presidente de la República y aprobados por el Senado por plazos de dos años (Art. 4). Los comisionados deben ser ciudadanos de más de 30 años de edad y contar con “reputación por sus conocimientos legales o económicos”. Los comisionados pueden ser nombrados por dos años más, y sólo podrán ser separados de su puesto por haber cometido delitos penales u otras faltas de conducta especificadas en la ley (Art. 5). Durante la vigencia de su nombramiento, los miembros del CADE no pueden tener empleo externo (excepto por las actividades académicas) o dedicarse a las actividades políticas. De los seis Comisionados actuales, dos (incluyendo al Presidente) son catedráticos de economía, y un tercero es economista que se desempeñó como subsecretario de la SEAE. Los tres comisionados restantes son abogados, incluyendo entre ellos un catedrático de ley de competencia, un abogado especializado en ley bancaria del gobierno federal y un abogado penalista del gobierno estatal. La perspectiva en la comunidad de defensa de la competencia de Brasil es que las nominaciones a los puestos de comisionado en el CADE algunas veces han reflejado consideraciones políticas, más que un enfoque en la experiencia técnica. Algunos profesionales instan a que los comisionados pertenecientes al gremio de los abogados tengan experiencia específica en la ley de competencia o educación en economía.

La Ley 8884 también prevé la participación de dos funcionarios independientes en las actividades del CADE. El primero es el Procurador General del CADE, nombrado por el Ministro de Justicia y comisionado por el Presidente de la República luego de su aprobación en el Senado. Con respecto a la vigencia de las funciones, la preparación, la reelección y la separación del cargo, el Procurador General presta sus

servicios en las mismas condiciones que los Comisionados (Art. 11), por lo que no está sujeto a ser separado del cargo por el Consejo Directivo. Las obligaciones del Procurador General consisten en prestar asesoría jurídica al CADE, presentar opiniones sobre casos pendientes de juicio por parte del CADE, defender al organismo en los tribunales, supervisar la ejecución jurídica de sus decisiones y (con la aprobación previa del CADE) conciliar casos vigentes en los tribunales (Art. 10).⁴⁴

EL segundo funcionario es representante del Fiscal General federal. El Artículo 12 prevé que el Procurador General nombre un miembro de la Oficina del Fiscal General “para llevar” los casos sometidos para revisión al CADE. El Artículo añade que el CADE tiene la facultad de solicitar que el Fiscal General haga cumplir las decisiones del CADE en el tribunal y tome otras medidas judiciales a favor de las obligaciones del Procurador a fin de proteger el orden económico. A continuación se describe el papel del Fiscal Público y su relación con otros organismos jurídicos de Brasil.

RECUADRO 5. LAS TRES INSTITUCIONES JURÍDICAS QUE INCIDEN SOBRE EL CUMPLIMIENTO DE LA LEY DE COMPETENCIA: EL FISCAL PÚBLICO, EL FISCAL GENERAL Y EL MINISTERIO DE JUSTICIA

La Oficina del Fiscal Público Federal fue creada por la Constitución brasileña (Art. 128) como una rama totalmente independiente del gobierno. Como su nombre lo indica, una de sus funciones más importantes es la de procesar las violaciones a la ley penal. Asimismo, la Oficina tiene la responsabilidad de proteger el interés público general, incluyendo intereses particularmente “difusos” que no cuentan con un grupo político naturalmente fuerte para defenderlos. Dos ejemplos de estos intereses difusos son el orden económico y el medio ambiente. La Oficina del Fiscal también tiene como responsabilidad vigilar los excesos de otras ramas del gobierno. De esta manera, cumple una función especial en el procesamiento de acciones de corrupción por parte de funcionarios gubernamentales y cuenta con autoridad específica para cuestionar la constitucionalidad de medidas tomadas por el Congreso o por organismos gubernamentales.

El Fiscal Público difiere de la Oficina del Procurador General Federal y del Ministerio de Justicia en que los últimos dos son ministerios de línea en el Poder Ejecutivo. El papel de la Oficina del Procurador General consiste en representar al gobierno como tal, por lo que proporciona asesoría legal a los organismos federales y los representa en los tribunales. Si la SDE o la SEAE son parte en un proceso judicial, serán representadas por abogados de la Oficina del Procurador General. Algunos organismos autónomos, incluyendo al CADE, cuentan con su propio Procurador General.⁴⁵

El Ministerio de Justicia funge como el brazo del gobierno para cuestiones administrativas relacionadas con el cumplimiento de la ley. Las secretarías que integran al Ministerio, como la SDE, son responsables por una serie de elementos de la misión del Ministerio, pero no litigan directamente en los tribunales (que es la jurisdicción del Procurador General).

El verbo *oficiar* en portugués, que se utiliza en el Artículo 12 (traducido aquí como “manejar”) es un verbo ambiguo que no deja claro el papel preciso del fiscal designado en los procedimientos en los que participa el CADE. Es posible que su misión se relacione con ser un vigilante contra las conductas fraudulentas en las operaciones del CADE. En la actualidad, el Fiscal General tiene dos representantes que trabajan en el CADE, encargados de elaborar opiniones escritas sobre asuntos presentados ante el Pleno del CADE para su fallo. Si los representantes concluyen que una acción contemplada por el CADE tiene defectos en términos legales, pueden presentar sus argumentos al Consejo y cuestionar la acción en el tribunal federal. Dada la responsabilidad del fiscal en la protección del interés de la sociedad en términos del orden económico, la ocasión más propicia para una demanda sería aquella en la que el fiscal concluyera que el CADE, incorrectamente, se ha negado a sancionar una violación.

La experiencia del CADE con el Fiscal Público ha estado marcada por los altibajos. El nombramiento de los representantes del Fiscal en el CADE normalmente tiene una vigencia de dos años. Durante algunos periodos, el puesto ha estado vacante. En cambio, el Fiscal en funciones entre 2003 y 2004 adoptó una postura bastante agresiva, llevando a los tribunales varias demandas contra el CADE argumentando errores de procedimiento.⁴⁶ A últimas fechas, el CADE y la Oficina del Fiscal Público han abierto consultas para establecer una interpretación común para el lenguaje legal que describe la función del fiscal en el CADE.⁴⁷

Como se comentó arriba, una cláusula aparte en el Artículo 12 contempla que el CADE puede solicitar al Fiscal Federal que busque hacer cumplir las decisiones del CADE por la vía judicial. Tradicionalmente, los abogados de la oficina del Procurador General del CADE han representado a este organismo en las acciones de cumplimiento por la vía judicial que se han presentado en Brasilia. Recientemente, los representantes del Fiscal en el CADE han prestado su ayuda en estos procedimientos. Cuando se presentan acciones de obligación al cumplimiento fuera de Brasilia, el CADE recurre a la Oficina del Procurador Federal en el estado que corresponda, pero también ha recibido ayuda de los fiscales federales y estatales en estos casos.

El Artículo 3 define al CADE como un organismo “independiente”, y el Artículo 50 contempla que las decisiones del CADE no están sujetas a revisión alguna por parte del Poder Ejecutivo del gobierno. La comunidad relacionada con la defensa de la competencia considera que el CADE es un organismo genuinamente autónomo, aunque muchos profesionales del gremio expresan su inquietud acerca de la disposición del Artículo 4 conforme a la cual los Comisionados pueden ser nombrados para un segundo periodo de dos años. Se considera que esto crea un incentivo para

que los Comisionados en funciones ajusten sus decisiones por razones políticas a fin de ser nombrados de nuevo. Sea o no esto cierto, la opción de repetir en el cargo sin duda alguna presenta una oportunidad de maniobras políticas para el Senado, como sucedió en el caso de la fusión Nestlé-Garoto. La propuesta para modificar la Ley 8884 amplía a cuatro años el periodo en funciones de los Comisionados del CADE, sin posibilidad de repetición inmediata.

RECUADRO 6. TEMAS INSTITUCIONALES: MODIFICACIONES PROPUESTAS

Todos los participantes en la comunidad brasileña de defensa de la competencia, incluyendo los organismos del SBDC, los miembros de la comunidad académica y los profesionistas del medio, concuerdan en que la estructura tripartita actual para hacer cumplir la ley de competencia es ineficiente. El Informe de 2000 indicaba lo mismo (página 214), aunque no hizo recomendaciones específicas de arreglos institucionales. El Informe de 2000 instaba a lograr una mayor integración de las funciones de investigación y adjudicación y a aumentar los esfuerzos para eliminar la duplicación de tareas entre los organismos (página 214).

Más allá del problema de ineficiencia estructural, el Informe de 2000 también destacó dos características institucionales del SBDC que ponen en riesgo la autonomía del CADE. En primer lugar, debido a que los casos de obligación al cumplimiento de la ley sólo pueden ser iniciado por la SDE, el CADE carece de capacidad para controlar la dirección de la obligación al cumplimiento de la ley de competencia (página 215). En segundo lugar, los periodos de dos años de los comisionados del CADE y el hecho de que no estén escalonados, significa que todos los miembros del Consejo pueden ser sustituidos en un plazo corto (como ya ha sucedido) al vencer su gestión en una sucesión acelerada. Este hecho no sólo amenaza la independencia del CADE del control político, sino que resulta en una pérdida de continuidad institucional (página 215). En el Informe se recomendaban periodos más largos y escalonados, de entre cinco y siete años, para resolver estos problemas (página 215).

Entre otros temas, las modificaciones propuestas a la Ley 8884 incluyen la duración y secuencia de la gestión de los comisionados y su relación con la integración institucional. Además de convertir al “consejo” del CADE en “tribunal administrativo”, la propuesta amplía de dos a cuatro la vigencia de sus miembros y escalona los plazos para evitar vacantes simultáneas.⁴⁸ El proceso de nombramiento de los comisionados también se modifica ligeramente, de forma que el nominado del Presidente de la República para la presidencia del CADE será recomendado de manera conjunta por los Ministros de Finanzas y de Justicia, y los nominados para los puestos de miembro del Consejo Directivo serán recomendados de forma alternada por ambos Ministros. Aún se requerirá la aprobación de estas nominaciones en el Senado.

Los cambios institucionales más serios afectarían a la SDE y a la SEAE. En este sentido, desaparecería el Departamento de Protección y Defensa Económica (DPDE) de la SDE, y sus responsabilidades de investigación y obligación preliminar al cumplimiento se transferirían a una nueva Dirección General del CADE, compuesta de un Director General

(DG) y cinco directores. El Director General, nombrado por el Presidente de la República por recomendación conjunta de los Ministros de Finanzas y de Justicia y aprobado por el Senado, tendría una gestión de dos años, con posibilidad de renovarlo durante dos años más. La DG estaría sujeta a las mismas condiciones que se aplican a los Comisionados con respecto a su separación del cargo, por lo que no pueden ser despedidos a voluntad del Pleno. Los cinco directores son nombrados también por el Presidente de la República, previa nominación del Director General y su plazo en funciones depende del DG.

También se crearía un Departamento de Estudios Económicos dentro del CADE, con un Economista en Jefe nombrado por el Presidente de la República por recomendación del Ministro de Finanzas y aprobado por el Senado. El Economista en Jefe prestaría sus servicios en las mismas condiciones que los Comisionados con respecto a la vigencia de las funciones, la preparación, la reelección y la separación del cargo. El Departamento sería responsable de llevar a cabo estudios económicos e informes técnicos para colaborar en el análisis de casos en el CADE, a solicitud del Comisionado Relator o del Director General.

El papel y la autoridad del Procurador General del CADE en el suministro de asesoría legal y la representación en procesos judiciales prácticamente no cambia. Sin embargo, ya no se requeriría que el Procurador General opinara sobre cada caso que se presentara para su fallo en el Pleno. Más bien, el Comisionado Relator de un caso tendría discreción acerca de si fuera necesario solicitar una opinión del Procurador General.

Por su parte, la función de la SEAE cambia de manera importante, para enfocarse sobre todo en la defensa de la competencia, los estudios de mercado y los asuntos relacionados con sectores regulados de la economía. En el contexto de la obligación al cumplimiento de la ley, la SEAE ya no poseería sus propias herramientas de investigación. Aún se le informaría al inicio de los procedimientos administrativos y recibiría copias de todas las notificaciones de fusión, pero no estaría obligada a proporcionar una opinión técnica en cada caso de fusión. Más bien, la SEAE proporcionaría opiniones sobre casos de conducta o fusión sólo por su voluntad o cuando se lo solicitaran ya sea la Dirección General o el Comisionado Relator sobre algún asunto específico. Una nueva disposición específica que la SDE sería responsable por la evaluación de las quejas que reciba de agentes privados y por remitir a la DG las que así lo ameriten para dar inicio a una investigación administrativa. La SEAE también podría recomendar que el CADE emita una orden de desistimiento durante un proceso administrativo cuando la SEAE concluya que la conducta del demandado podría causar daños irreparables a un mercado o dejar sin efecto el procedimiento.

Fuera del ámbito de la obligación al cumplimiento de la ley, la SEAE sería responsable por el fomento de la competencia ante otros organismos del gobierno y la sociedad civil en general, de consultar con otros organismos reguladores y opinar sobre las regulaciones propuestas, llevar a cabo estudios de mercado y analizar y proponer revisiones a las leyes y regulaciones que afectan la competencia. Para cumplir con sus diversas misiones, la SEAE podría solicitar la entrega voluntaria de información tanto a individuos como a entidades públicas o privadas. La SEAE también tendría facultades para acceder a archivos de casos que lleva el CADE y otros cuerpos públicos y organismos de obligación al cumplimiento de la ley y podría solicitar al Director General del CADE que realice exámenes e inspecciones y buscar la autoridad judicial por cuenta y orden de la SEAE en procedimientos de cateo.

3.1.2 *La SDE*

De conformidad con la Ley 8884, las funciones de investigación y algunas de obligación preliminar al cumplimiento, son realizadas por la SDE (Art. 14). La SDE se divide en dos departamentos, uno con responsabilidades relacionadas con la ley de competencia (el Departamento de Protección y Defensa Económica, DPDE) y el otro responsable de la ley de protección al consumidor (el Departamento de Protección y Defensa del Consumidor, DPDC) y a cargo de ella existe un secretario nombrado por el Ministro de Justicia. Cada departamento tiene un director nombrado por el secretario. A pesar de que la SDE no fue creada como organismo independiente, la Ley 8884 contempla que las decisiones del secretario “no pueden apelarse en niveles superiores” del Ministerio de Justicia (Art. 41). El Ministerio no ha interferido normalmente en las actividades de la SDE.

3.1.3 *La SEAE*

El funcionamiento de la SEAE es responsabilidad de un Secretario que nombra el Ministro de Finanzas, para cumplir tres encargos: (1) realizar ciertas funciones de investigación y asesoría relacionadas con la ley de competencia; (2) proporcionar análisis económico para los programas económicos regulativos (incluyendo análisis de precios); y (3) dar seguimiento a las condiciones de los mercados en Brasil. Al amparo de la Ley 8884, la SDE debe informar a la SEAE cuando la primera comience un procedimiento administrativo en un caso de conducta y la SEAE podrá entonces proporcionar a la SDE una opinión sobre el asunto (Art. 38). En los casos de fusiones, el Artículo 54 requiere que la SEAE proporcione un informe de análisis técnico a la SDE sobre todas las transacciones para las cuales se presenta notificación (Art. 54). Las modificaciones realizadas en 2000 a la Ley 8884 otorgaron autoridad a la SEAE para emplear todos los poderes de investigación con que cuenta la SDE (Art. 35-A §1).⁴⁹ Sin embargo, la SEAE no cuenta con facultades de adjudicación o de obligación al cumplimiento al amparo de la ley de competencia.

3.2 **Obligación al cumplimiento de la ley de competencia**

La Ley 8884 confiere a la SDE con la principal responsabilidad por dar seguimiento a los mercados e identificar posibles violaciones (Art. 14). El Secretario de la SDE puede iniciar una “investigación preliminar” ya sea *ex officio* o con base en una queja o solicitud de una parte interesada (incluyendo el CADE y la SEAE), cuando la evidencia disponible no justifique la apertura de un “procedimiento administrativo” más formal (Art. 30).⁵⁰ Dentro de los 60 días siguientes (periodo que puede extenderse debido a las solicitudes de información), el Secretario deberá decidir si cierra la investigación preliminar o da inicio a un procedimiento administrativo (Art. 31).⁵¹ La decisión de cerrar la investigación debe ser aprobada

por el CADE.⁵² El “procedimiento administrativo” que, en esencia, es un proceso para desarrollar un registro formal de evidencias, debe instituirse dentro de los ocho días posteriores al cierre de la investigación preliminar o de la recepción de una queja suficientemente fundada (Art. 32).⁵³ La SEAE recibe notificación cuando se inicia el procedimiento y puede entonces decidir si proporciona su opinión sobre el asunto a la SDE (Art. 38). La parte demandada recibe notificación formal de la naturaleza de la presunta violación y se le convoca a presentar su defensa dentro de quince días (Art. 33). Luego de presentar su defensa, inicia un plazo de 45 días, durante el cual el demandado puede presentar información adicional y solicitar audiencia ante la SDE de hasta tres testigos (Art. 37). Dentro de los cinco días posteriores al cierre de la fase de descubrimiento, el demandado presenta sus argumentos finales y el Secretario de la SDE elabora un informe por escrito que contiene las conclusiones y una recomendación al Pleno ya sea para desechar el caso o encontrar una violación de la ley (Art. 39).⁵⁴ A continuación, se transfiere el expediente del caso, incluyendo cualquier recomendación realizada por la SEAE, para ejecución en el CADE.⁵⁵

Todas las facultades de recolección de información de la SDE pueden ser invocadas durante la investigación preliminar y el procedimiento administrativo formal (Art. 35 §1). Antes de las modificaciones de diciembre de 2000, estos poderes sólo implicaban que la autoridad tenía la facultad de obligar a la presentación de documentos (con el debido respeto a la protección de la información confidencial) y a la presentación de la declaración oral de los testigos (Art. 35). El Informe de 2000 recomendó aumentar los poderes y técnicas de investigación disponibles para los organismos del SBDC, a fin de hacer posible un enjuiciamiento más eficaz de los cárteles (página 207). Entre las mejorías sugeridas destaca el otorgamiento de facultades a los organismos para catear los locales comerciales sin notificación previa y a ofrecer amnistía a los participantes de cárteles con respecto a sanciones y penas a cambio de su cooperación. Las modificaciones de 2000 hicieron realidad estas recomendaciones, autorizando a los organismos a emitir órdenes de cateo notificadas con 24 horas de anticipación (Art. 35 §2), facultando a la SDE y la SEAE para solicitar que el Fiscal General obtenga una orden judicial para ejecutar órdenes de cateo sin previo aviso (“incursiones sorpresa”) (Art. 35-A), otorgando a la SEAE todos los poderes de investigación al alcance de la SDE (Art. 35-A, §1). Asimismo, el Artículo 35-B autoriza a la SDE a establecer convenios de indulgencia de acuerdo con los que, tanto personas como corporaciones son excusadas de parte o todas las penas por conductas ilegales al amparo de la Ley 8884 a cambio de su cooperación en el procesamiento de un caso. La disposición de indulgencia se complementa con el nuevo Artículo 35-C, que contempla que el establecimiento exitoso de un convenio de indulgencia también protegerá a las partes que cooperen de demandas penales de conformidad con la ley de delitos económicos de Brasil (Ley 8137/90).

Los esfuerzos del SBDC para explotar las facultades legales creadas con las modificaciones de 2000 no comenzaron sino hasta 2003. En este año, la SDE se reestructuró para enfocar cada vez más atención al cumplimiento de las disposiciones contra los cárteles, creando un departamento de técnicas cuantitativas y econométricas para realizar análisis en investigaciones de conducta (aunque también en casos de fusiones). En conjunto con la Policía Federal y la Oficina del Fiscal Público, la SDE también estableció un “centro de inteligencia” para investigaciones sobre cárteles, a fin de avanzar en los esfuerzos de cooperación en las investigaciones penales y civiles que se realizan conjuntamente en torno a los cárteles. Esta iniciativa recibió ayuda con la aprobación de una legislación en mayo de 2002 (la Ley 10446) de acuerdo con la cual la Policía Federal estaba autorizada para contribuir en investigaciones de cárteles que contengan aspectos interestatales o internacionales. Desde 2003 hasta fines de 2004, la SEAE también aumentó sustancialmente sus actividades con respecto a los cárteles, realizando investigaciones en mercados como los de aviación civil, cemento, gas LP, gasolina y otros, con un enfoque especial en el uso de análisis económico para identificar conductas con estructura de cártel. En gran medida, el despliegue de recursos de la SEAE y la SDE hacia las investigaciones relacionadas con cárteles fue posible gracias a sus esfuerzos intensivos para simplificar y acelerar el proceso de revisión de fusiones. Ambos organismos también han buscado incrementar su eficiencia mediante la asignación de asuntos particulares entre ellos, a fin de evitar la duplicación de investigaciones de conducta.

Desde julio de 2003, la SDE ha realizado más de 15 de estas incursiones sorpresa. Esta actividad no sólo ha mejorado notablemente el perfil de la obligación al cumplimiento de la ley de competencia, sino que ha generado evidencias que los fiscales penales han utilizado para apoyar solicitudes judiciales de contar con la autoridad de intervenir comunicaciones.⁵⁶

Desde 2003, la SDE también ha aplicado su programa de indulgencia, como lo autoriza el Artículo 35-B.⁵⁷ De acuerdo con esta disposición, es posible ejecutar un convenio de indulgencia si se cumplen todas las condiciones siguientes: (1) la empresa o persona es la primera en informar con respecto a las prácticas anticompetitivas bajo investigación; (2) la empresa o persona suspende por completo su participación en la práctica anticompetitiva a partir de la fecha en la que se propone el convenio; (3) la SDE no posee aún evidencia suficiente para condenar a la compañía o la persona cuando se propone el convenio; y (4) la empresa o la persona confiesan haber participado en la práctica ilegal y coopera de manera eficaz con las investigaciones del gobierno (Art. 35-B, §2). Las empresas o personas que instigaron la conducta ilegal no pueden acceder a los convenios de indulgencia (Art. 35-B, §1).

RECUADRO 7. INCURSIÓN SORPRESA CONTRA EL PEDERNAL

La primera “incursión al amanecer” en defensa de la competencia en la historia de Brasil fue llevada a cabo por la SDE en julio de 2003. La operación ocurrió en las oficinas de la Asociación de Industrias del Pedernal del Estado de São Paulo (Sindipedras). Los investigadores buscaron evidencias de colusión en el mercado de piedra triturada, materia prima esencial para la industria de la construcción civil. Las 21 compañías participantes en la Asociación sumaban 70 por ciento de la roca triturada que se producía en São Paulo, y se argumentaba que habían estado operando un cártel durante los dos últimos años.

Un análisis de los materiales consignados durante la incursión llevó a la SDE a iniciar un procedimiento administrativo para investigar la posibilidad de fijación de precios, segmentación del mercado, restricción de la producción y arreglo de licitaciones. En noviembre de 2004, la SDE completó su investigación y recomendó que el CADE pronunciara un fallo de colusión ilegal para Sindipedras y 18 de las 21 empresas miembro. La SDE basó su recomendación en evidencia de que las compañías (a) mantenían datos de precios y cifras de ventas diarias en un archivo central de computadora en Sindipedras; (b) se reunían en las instalaciones de la asociación para establecer las políticas del cártel; (c) cobraban multas por incumplimiento de las decisiones del grupo (d) dividían a los clientes y asignaban cuotas de ventas (incluyendo las surgidas de licitaciones presentadas en concursos públicos); y (e) cobraban un suplemento sobre las ventas realizadas a clientes asignados a otras compañías. El CADE emitió su fallo en julio de 2005, apoyando el análisis de la SDE y multando a las empresas demandadas con montos de entre 15 y 20 por ciento de sus ingresos brutos de 2001, dependiendo del grado de su participación en la administración del cártel.

La SDE también proporcionó la evidencia que había confiscado a las autoridades penales, lo que llevó a que, conjuntamente, la SDE y la policía realizaran entrevistas con testigos y, en última instancia, a acusaciones penales que se encuentran en proceso en el tribunal penal.

El grado de indulgencia que se otorga a una parte que coopera depende de si la SDE tenía conocimiento previo de la conducta ilegal de que se trata. Si la SDE no estaba enterada, la parte tiene derecho a estar exenta de cualquier pena que resulte del procedimiento correspondiente en el CADE. En cambio, si la SDE tenía conocimiento previo, el CADE está autorizado para reducir la pena aplicable en entre una y dos terceras partes, dependiendo de la eficacia de la cooperación y la “buena fe” de la parte en el cumplimiento con el acuerdo de indulgencia (Art. 35-B, §4). En este último caso, la pena impuesta no puede, en ningún caso, ser más severa que la pena más baja impuesta a cualquiera de los demás participantes en la conducta ilegal (Art. 35-B, §5). Un convenio de indulgencia protege a los directores y administradores de la empresa que coopera siempre y cuando estas personas firmen el acuerdo y cumplan con las obligaciones requeridas (Art. 35-B, §6).⁵⁸

Hasta la fecha, la SDE ha llegado a convenios de indulgencia con dos empresas y se encuentra negociando otros tres. Uno de estos casos se relaciona con la subsidiaria brasileña de una empresa que estableció convenios de indulgencia con autoridades de defensa de la competencia en Estados Unidos y la Unión Europea con respecto al mismo cártel. Sin embargo, la SDE se ha enfrentado a una serie de obstáculos prácticos para poner en marcha el sistema de indulgencia. El intercambio de cooperación por reducción de sanciones no ha sido práctica común en Brasil, tanto en el ámbito civil como en el penal, y los abogados de las partes afectadas son cautelosos al momento de exponer a sus clientes sin contar con garantías sólidas de que se otorgarán en efecto los beneficios plenos de la indulgencia. Existen tres fuentes de incertidumbre. Primero, en cualquier caso en el que la SDE haya tenido conocimiento de conductas ilegales, la reducción de la pena no será determinada por la SDE, sino por el CADE y dependerá de cómo el CADE evalúe la cooperación y buena fe de la parte que busca la indulgencia. En segundo lugar, los participantes de un cártel están sujetos a procesos civiles por daños iniciados por las víctimas del cártel, mientras que la disposición legal con respecto a la indulgencia no toca el tema de la protección contra demandas privadas. El tercer ámbito de inquietud se relaciona con temas asociados con la protección de las demandas penales, tema con respecto al cual se pueden identificar cuatro ramificaciones.

En primer lugar, el Artículo 35-C contempla que el cumplimiento cabal de un convenio de indulgencia protegerá a la parte que coopera de las demandas penales al amparo de la ley brasileña de delitos económicos (Ley 8137/90), pero no trata otras leyes penales (como las que castigan la extorsión y la conspiración) que serían vehículos posibles para atacar a participantes de un cártel. Segundo, de acuerdo con el Artículo 35-B, los convenios de indulgencia son establecidos por la SDE “por cuenta y orden del Gobierno *Federal* de Brasil” frase que no deja claro su impacto sobre los fiscales estatales. A pesar de que la Constitución brasileña otorga al gobierno federal la facultad exclusiva para promulgar leyes penales, los fiscales de los estados tienen el poder de aplicar estas leyes, excepto en los casos que impliquen una dimensión federal. La jurisdicción de los fiscales estatales en casos de cárteles de conformidad con la ley de delitos económicos aún está en disputa. Tercero, algunos fiscales federales pueden considerar que los convenios de indulgencia de la SDE representan intrusiones impropias en su dominio. Cuarto, algunos profesionistas del sector privado dudan que el programa de la SDE esté apegado a los principios constitucionales, sobre la base de que sólo un juez tiene las facultades para extinguir la responsabilidad penal.⁵⁹ La SDE ha respondido a estas inquietudes de los fiscales mediante el establecimiento de convenios de vinculación con los fiscales locales, incluyendo como signatarios de convenios específicos a fiscales que han presentado casos penales contra otros miembros del cártel.⁶⁰

Por otro lado, en casos en los que una de las partes se acerca a la SDE para obtener indulgencia, pero se encuentra que no cumple con las condiciones para ello (tal vez porque no es el primer demandado en ofrecer su cooperación) genera un tema aparte en lo relativo a la aplicación de estos convenios. En estas circunstancias, la ley expresamente contempla que la SDE mantendrá la oferta de la parte como confidencial y no será tratada como admisión de que la parte practicó la conducta en cuestión o de que dicha conducta es ilegal (Art. 35-B, §10). No obstante, los practicantes de la profesión destacan que el personal de la SDE revisará lo declarado por la parte, y expresan su inquietud acerca del tratamiento que se dará a la información. Como respuesta a esto último, la SDE ha ofrecido compromisos con base en los cuales el personal del organismo que haya analizado una oferta fallida de indulgencia estarían impedidos de participar en casos relacionados con el sector de mercado en cuestión (con lo que se crearía una “Muralla China” para aislar la información de cualquier posibilidad de explotación indebida para fines de obligación al cumplimiento de la ley).

Como anexo innovador del programa de indulgencia, en enero de 2003 la SDE emitió el Decreto 14, que proporciona lineamientos para establecer programas corporativos de cumplimiento con los principios de la defensa de la competencia. Las compañías que cumplen con los lineamientos pueden solicitar un “Certificado de Cumplimiento” a la SDE, que es válido durante dos años y compromete a la SDE a recomendar la imposición de una pena reducida si la empresa certificada es encontrada responsable de infringir la Ley 8884 durante ese periodo de dos años. Aunque hacia fines de 2004 aún no se habían emitido Certificados de Cumplimiento, la SDE informa que un número importante de empresas han establecido contacto con la SDE para obtener respuestas acerca de la conformación de sus programas de cumplimiento con el Decreto.⁶¹

Al amparo de la Ley 8884, también se cuenta con desagravios temporales durante procedimientos que involucran a la SDE. El Secretario de la SDE, ya sea *ex officio* o a solicitud del Procurador General del CADE, tiene la facultad de emitir una orden preventiva durante un proceso administrativo si encuentra razones sólidas para creer que la conducta del demandado “causó o podría causar al mercado daños sustanciales e irreparables” o “puede inutilizar el resultado final del proceso” (Art. 52). La orden tiene vigencia inmediata, pero puede apelarse ante el CADE y, de ahí, ante los tribunales. Una vez que un caso llega al CADE, el Artículo 52 también permite que el Comisionado Relator emita una orden preventiva, de nuevo sujeta a revisión por el Consejo.

Al inicio de las investigaciones de conducta más importantes que no se relacionan con cárteles, la SDE emite una orden preventiva.⁶² Entre 2002 y 2004, el CADE falló en apelaciones sobre los méritos de nueve órdenes preventivas de la

SDE, sosteniendo seis en su totalidad y tres parcialmente. El CADE también ha emitido varias órdenes, en general en circunstancias en las que la SDE ha negado previamente una solicitud de orden de un tercero. Entre los casos recientes que involucran la emisión de una orden preventiva por parte de la SDE destaca la investigación de la Asociación Médica de Bahía con respecto a una tabla tarifaria que la asociación transmitió a los médicos miembros. La orden de la SDE prohibía a la asociación intentar obligar al cumplimiento de la tarifa. En otra orden emitida en 2004, se impedía a la Unimed de Goiânia la cancelación de la afiliación de tres hospitales de la ciudad que habían dado a conocer planes para ofrecer un plan médico alternativo y que competía con la Unimed. Las partes en ambos casos apelaron sin éxito la orden de la SDE al CADE. En un tercer caso fechado en 2004, la SDE ordenó a una asociación de fabricantes de extinguidores de fuego de Brasilia y a sus empresas miembro que rescindieran un convenio con base en el que la asociación publicaba un estado general de “costos de producción medios y fijos” y los miembros determinaban sus precios al menudeo por medio de la imposición de un incremento de 30 por ciento sobre cada rubro de costos.⁶³ Las partes prefirieron no apelar la orden.

La resolución de casos de conducta por consenso puede alcanzarse al amparo del Artículo 53 de la ley, que contempla que la SDE (con autorización del CADE) o el CADE pueden establecer un acuerdo con un demandado para resolver un procedimiento administrativo. Con base en ese acuerdo, el caso se suspende si el demandado está de acuerdo con suspender y desistirse de la conducta motivo de la disputa y ofrecer informes periódicos de cumplimiento. El acuerdo no constituye admisión de culpa o responsabilidad por parte del demandado y no implica sanción monetaria pero, en caso de violación posterior de los términos del convenio, el caso podría reabrirse y asignarse multas. El convenio está vigente durante un plazo determinado, al final del cual el caso administrativo subyacente se desecha si el convenio ha sido respetado. Las modificaciones de 2000 contemplan que estos acuerdos no serán aceptados con respecto a violaciones horizontales que involucran fijación de precios, arreglo de licitaciones, división de mercados y conductas similares (Art. 53 §5).

Las regulaciones de la SDE consideran que no es posible un arreglo al amparo del Artículo 53 si, cuando se propone, la SDE ya cuenta con evidencia suficiente para sentenciar al demandado por la violación que está siendo investigada (Decreto 849/2000 de la SDE, Art. 40). Esta política ha sido diseñada para evitar que los demandados esperen la conclusión de la investigación de la SDE antes de buscar un arreglo. El decreto de la SDE también requiere que este tipo de arreglos sean dados a conocer para comentario público 15 días antes de ser aceptados por la SDE y su transmisión para revisión al CADE (Art. 41).⁶⁴

Desde 2002, la SDE sólo ha realizado dos arreglos al amparo del Artículo 53. Un convenio de 2003 con la Compañía de Publicación de Tarifas de Aerolíneas (ATPCO, por sus siglas en inglés) se relacionó con un caso descrito en páginas anteriores sobre el proceso del cártel de aerolíneas de la ruta Río de Janeiro-São Paulo. La ATPCO ofreció, desde el inicio de la investigación de la SDE, eliminar la característica de su sistema computarizado de tarifas de aerolíneas mediante el cual una línea aérea podía publicar cambios de precios para ser vistos temporalmente sólo por otras aerolíneas. El segundo arreglo, fechado también en 2003, fue con Helibrás, el distribuidor exclusivo en Brasil de cierta marca de helicóptero. El SDE abrió una investigación sobre Helibrás con base en quejas de que la compañía se rehusaba a proporcionar manuales técnicos y partes de reposición a empresas de aviación que desearan establecer contratos de mantenimiento con compradores del helicóptero. Con base en el Artículo 52, la SDE emitió una orden precautoria que requería que Helibrás proporcionara los manuales y las partes que se requirieran. Luego de buscar infructuosamente un requerimiento de los tribunales contra la orden de la SDE, Helibrás ofreció participar en un acuerdo con base en el Artículo 53 que implicaba las mismas disposiciones que la orden. La SDE concluyó que el arreglo sería apropiado, pues no se había investigado una serie de puntos, incluyendo si los manuales podrían estar disponibles con otras fuentes o si existían razones técnicas o de seguridad para rehusar la venta de partes. El CADE aprobó el acuerdo con Helibrás en 2004 y el de ATPCO en marzo de 2005.

Cuando el CADE recibe el informe de la SDE recomendando que un asunto sea desechado, el caso se asigna de forma aleatoria a uno de los seis comisionados, quien es designado Comisionado Relator. Asimismo, se requiere al Procurador General del CADE que presente su opinión sobre el caso dentro de un plazo de 20 días (Art. 42). La opinión del Procurador General normalmente se centra en los aspectos legales del asunto, pero puede abarcar temas sustantivos también. De acuerdo con la Resolución 20 del CADE, que establece ciertas características de los procedimientos de deliberación del Pleno, dentro de los 60 días posteriores a la recepción del caso, el Comisionado Relator debe decidir si es necesario instituir una investigación adicional.⁶⁵ En caso de ser así, el CADE puede emplear las facultades de investigación del Artículo 35 para obtener la información que requiere (Art. 43).⁶⁶ Como se comentó arriba, el Relator, al igual que el Secretario de la SDE durante un procedimiento administrativo, tiene la facultad de invocar el Artículo 52 para emitir una orden precautoria de suspensión durante los procedimientos del CADE. Esta orden, emitida para evitar ocasionar daños irreparables o, de otro modo, para garantizar que el procedimiento no sea neutralizado, tiene vigencia inmediata, pero puede apelarse ante el Pleno del CADE y, de ahí, en los tribunales.

Al transcurrir el plazo de 60 días o el tiempo para la investigación adicional, el Comisionado Relator ingresa el asunto en la agenda de juicios del CADE “para ser procesado tan pronto como sea posible”.⁶⁷ El Comisionado Relator debe elaborar un informe escrito y recomendar una solución para el caso, debiendo proporcionar el informe a los demás comisionados y las partes a más tardar cinco días antes del día del juicio.⁶⁸ La decisión del Consejo se comunica en una reunión privada, durante la que el Procurador General del CADE y el demandado (pero no la SDE o la SEAE) reciben la oportunidad de expresarse (Art. 45). La asistencia mínima para que haya quórum es de cinco miembros y la decisión se toma por mayoría de los participantes (Art. 49). El Presidente es uno de los siete miembros votantes y, en caso de empate, tiene voto de calidad (Art. 8 II). En la sesión del juicio, cualquiera de los comisionados puede solicitar la oportunidad de revisar el expediente del caso en detalle y puede proponer que se realicen investigaciones adicionales. Esta investigación adicional deberá ser aprobada por el Pleno y, de ser así, realizada por el Comisionado Relator.

Como sucede en los casos de fusión, el CADE no está vinculado por las recomendaciones de la SEAE o la SDE y es responsable por la adjudicación imparcial de los casos cuestionados. Si el Consejo determina que hubo violación, el fallo debe ser emitido por escrito, con un informe detallado de la conducta del demandado, un análisis de las bases para determinar la ilegalidad, una discusión de la orden correctiva impuesta y el monto de la pena monetaria, además de la especificación de la multa diaria en caso de continuar la conducta ilegal (Art. 46). De acuerdo con el Artículo 24, el CADE tiene autoridad correctiva amplia para ordenar cualquier alteración necesaria en la estructura o conducta del demandado, incluyendo la liquidación de activos, la transferencia del control corporativo y la suspensión de actividades comerciales específicas. La orden también puede declarar al demandado descalificado para licitar contratos públicos hasta por cinco años, requerir que el demandado publique una notificación en el periódico resumiendo la decisión del CADE y ordenar el ingreso del nombre del demandado en la lista de violadores de la protección del consumidor en Brasil.⁶⁹

Los profesionistas del gremio no presentan cuestionamientos sobre el tratamiento justo en los procedimientos del SBDC.⁷⁰ Los organismos hacen énfasis en la transparencia del proceso —las partes tienen acceso total a los registros de los casos (sujeto a restricciones de confidencialidad) tanto en la SDE como en el CADE (Art. 33 ¶ 4)— y las reuniones de emisión de fallo del CADE son públicas. Por otra parte, existen quejas acerca de las restricciones de confidencialidad, que aunque se encuentran bien elaboradas en las regulaciones de los organismos,⁷¹ no se aplican con el suficiente cuidado como para evitar filtraciones.⁷² También existe cierta ansiedad acerca del tipo de información de las investigaciones que se revela a las autoridades extranjeras de defensa de la competencia. De acuerdo con los

profesionistas que participan en el proceso de revisión de fusiones, los miembros del personal de los organismos algunas veces han reconocido que la solicitud de información se había realizado principalmente con el fin de suspender el plazo legal. También existe la convicción general entre los profesionistas del gremio de las fusiones de que las solicitudes de información adicional por parte de los organismos no reflejan la sensibilidad necesaria acerca de los costos que se imponen a las empresas afectadas.

En lo relacionado con los fallos emitidos por el CADE, el consenso de la comunidad de defensa de la competencia es que la calidad del análisis ha mejorado continuamente desde 2000 y que las decisiones pueden catalogarse en la actualidad como “adecuadas” o mejores. Se han ventilado críticas en el sentido de que las decisiones del CADE no prestan suficiente atención al establecimiento de precedentes. Normalmente, se discute poco acerca de fallos en casos anteriores o de lineamientos analíticos (como la Resolución 20) que el CADE ha emitido con anterioridad. No obstante, la queja no se limita al CADE, pues los profesionistas del gremio la amplían a todo el sistema judicial brasileño.

Aún así, los retrasos en los trámites del SBDC siguen siendo un problema. Como se comentó anteriormente con respecto a las fusiones, aunque se han realizado progresos sustanciales durante los últimos años con respecto al procesamiento de las notificaciones de fusión simples, los casos más complejos requieren varios años para ser resueltos. De igual modo, los casos de conducta pueden llevar muchos años de esfuerzos. Incluso las investigaciones preliminares realizadas por la SDE al amparo del Artículo 30, que el estatuto obliga a tender concluidas en 30 días, en promedio se llevan seis meses. El cuadro a continuación muestra el horizonte temporal de cinco casos de conducta procesados en el SBDC. Dos de ellos, relacionados con periódicos y líneas aéreas se han comentado en páginas anteriores de este informe. Los otros tres se mencionaron en el Informe anterior como casos pendientes de resolución en 2000.⁷³ Todos los casos se refieren a cárteles de fijación de precios, excepto el de los medicamentos genéricos, que involucró un acuerdo entre empresas farmacéuticas para boicotear a distribuidores que vendían productos genéricos.

**RECUADRO 8. PROCEDIMIENTOS EN CASOS DE CONDUCTA:
MODIFICACIONES PROPUESTAS**

Una crítica recurrente al CADE es que los casos que se le presentan tardan demasiado tiempo en resolverse. Un enfoque para tratar con este problema sería el de reducir el número de determinaciones secundarias que debe realizar el CADE, de manera que se dedique más tiempo a los fallos en casos sustantivos. La legislación propuesta para modificar la Ley 8884 trata este tema mediante la eliminación de la revisión en el Pleno de las decisiones de la Dirección General para cerrar un caso. La propuesta también altera una serie de características adicionales de los procedimientos que son aplicables en casos de conducta (diferentes de fusiones), como se describe a continuación.

La Dirección General (DG) del CADE, como sucesora del DPDE, es responsable del seguimiento de los mercados, la identificación de posibles violaciones y de la decisión acerca de si se deben entablar trámites de obligación al cumplimiento de la ley. Estos trámites contemplan “los procedimientos preparatorios” (que sustituyen lo que se llama “investigaciones preliminares” en la ley actual), las investigaciones administrativas (que son pesquisas formales que lleva a cabo la DG) y trámites administrativos (procesos para integrar un registro formal de evidencias para ser juzgado por el Pleno). Si la Dirección General entabla un “procedimiento preparatorio”, debe concluir dentro de un plazo de 30 días, periodo reducido con respecto a los 60 días con que se contaba para realizar las investigaciones preliminares de acuerdo con la ley vigente.

Por otra parte, la “investigación administrativa” sería una nueva fase de descubrimiento que no tiene contrapartida en la ley vigente. Esta nueva investigación sería realizada por la Dirección General y tendría que concluirse en un plazo de 180 días, aunque la DG podría ampliarlo por causas justificadas.⁷⁴ La negativa de la Dirección General para abrir una investigación administrativa podría ser apelada por un demandante sólo ante la Dirección General y la decisión de esta última sobre las apelaciones (así como las decisiones para cerrar un caso al final de una investigación administrativa) sería definitiva y no estaría sujeta a revisión automática por el Pleno, como lo están en la ley vigente.

Los trámites para un procedimiento administrativo prácticamente no cambian, excepto en el caso del periodo de descubrimiento luego de que el demandado presenta su defensa, que se ampliaría a 60 días (contra 45 días en el régimen actual). Una vez que el caso se presentara ante el Pleno, el único cambio procesal reside en que el Director General o el Comisionado Relator podría permitir la participación en el caso de cualquier tercera persona que se viera afectada por la decisión del Pleno o que tenga capacidad para representar los intereses de un grupo afectado.

Los acuerdos por consenso al amparo del Artículo 53 seguirían existiendo, pero se añadiría nuevo lenguaje para contemplar expresamente la posibilidad de rechazo de un acuerdo cuando (1) exista suficiente evidencia para garantizar la condena; (2) la adopción del acuerdo no sería útil para los objetivos de la Ley 8884; o (3) las partes no pueden acordar los términos del convenio.

Cuadro 5. Horizonte temporal en cinco casos del SBDC

Caso	Inicio de la investigación	Situación en el SBDC
Aerolíneas	1999	Fallo del CADE -- 2004
Periódicos	1999	Fallo del CADE -- 2005
Lisina	1999	Investigación pendiente en la SDE
Vitaminas a granel	2000	Caso transmitido al CADE – junio de 2005
Medicamentos genéricos	2000	Caso transmitido al CADE – agosto de 2003; orden de investigación adicional por parte del CADE – febrero de 2005

Fuente: SBDC, 2005

Por su parte, la SDE ha tomado medidas recientes para acelerar el avance de casos importantes de cárteles. Por ejemplo, la investigación relacionada con el caso de la roca triturada, dio inicio en julio de 2003 y se transmitió al CADE en noviembre de 2004.⁷⁵ También es importante destacar que la SDE emite órdenes precautorias al amparo del Artículo 52 al iniciar las investigaciones de conducta más importantes que no tengan relación con cárteles, lo que ocasiona que se suspenda la conducta anticompetitiva durante el trámite. Por ejemplo, esto sucedió con respecto al caso de los medicamentos genéricos, en el cual la orden precautoria impedía a los demandados continuar el boicot. Sin embargo, la extensa duración de los trámites en el SBDC resultan en ineficiencias. La duración típicamente corta en el puesto de los investigadores del SBDC y de los comisionados del CADE significa que la acumulación del conocimiento acerca de un caso dado debe ser dominada por grupos sucesivos. Existen varias razones para el retraso que caracteriza los procedimientos del SBDC, como el de la duración del encargo que se mencionó y la deficiencia crónica del número de personal disponible. Los temas relacionados con el número del personal y su rotación se analizan en una sección posterior de este informe. En el caso de la SDE, otra fuente de retraso surge de la necesidad de coordinar las incursiones de investigación con la policía y negociar los acuerdos de indulgencia con los Fiscales Públicos.

Una vez que un caso llega al CADE, los retrasos pueden resultar de la falta de quórum, generada por una combinación de puestos vacantes y de descalificación de comisionados asistentes que reduce el número de votantes a menos de los cinco que exige la ley. Las circunstancias que requieren descalificar a un comisionado no sólo se presentan cuando éste ha trabajado antes en el sector privado, sino también cuando ha estado empleado en la SDE o la SEAE con anterioridad. También, de conformidad con los procedimientos internos del CADE, los comisionados (aparte del Comisionado Relator) reciben el informe del caso sólo cinco días antes de la

sesión en la que se emite el fallo.⁷⁶ Este sistema lleva a solicitudes de extensión del plazo para analizar casos complejos con mayor profundidad y, a menudo con base en ello, a mociones para realizar investigaciones adicionales. También puede generar retrasos el cumplimiento de la disposición reglamentaria del Artículo 42, que requiere que el Procurador General del CADE presente su opinión ante el Pleno con respecto a todos los casos.⁷⁷

Por su parte, el Artículo 50 de la Ley 8884 contempla expresamente que, una vez emitidos, los fallos del CADE no están sujetos a revisión por ninguna otra instancia del Ejecutivo, y que dichos fallos “deberán ejecutarse a la brevedad”. Sin embargo, como se comentará más adelante, todos los fallos del CADE están sujetos a revisiones del Poder Judicial, a instancias de las partes afectadas. El Procurador General del CADE es responsable por tomar la medida jurídica adecuada para garantizar la ejecución del fallo del Pleno. Como se requiere por ley, las órdenes del CADE imponen una multa por la violación determinada, y también especifican una sanción diaria que se acumula en caso de que el demandado no cumpla con ninguna de las prohibiciones de conducta o los requerimientos establecidos en el fallo.

Para los casos relacionados con conductas violatorias del Artículo 20 (es decir, casos de conducta indebida no referentes a fusiones), la sanción mínima que se establece en la ley es de 1 por ciento de los ingresos brutos antes de impuestos obtenidos durante el año precedente, siempre y cuando el monto impuesto no sea menor que la ganancia realizada por la violación (Art. 23 I). El estatuto no especifica si los ingresos brutos deberán determinarse con referencia a los ingresos mundiales del demandado o sólo con respecto a los generados por ventas en el mercado brasileño afectado por la falta. Normalmente, el CADE se ha referido a las ventas mundiales, aunque su fallo de septiembre de 2004 acerca del cártel de aerolíneas en la ruta Río de Janeiro-São Paulo se basó en las ventas brasileñas. La sanción máxima para las faltas al amparo del Artículo 20 es de 30 por ciento del ingreso bruto antes de impuestos obtenidos en el año precedente (Art. 23 I). Los ejecutivos responsables por conductas corporativas ilegales pueden enfrentarse a una multa de entre 10 y 50 por ciento de la sanción corporativa (Art. 23 II). Las asociaciones y otras entidades que no realicen actividades comerciales o para las que el ingreso bruto no es relevante, pueden recibir una sanción de entre 3,000 y 6 millones de unidades fiscales de referencia (entre 2,460 y 2.46 millones de dólares) (Art. 23 III). Por su parte, se duplica la sanción en el caso de faltas recurrentes (Art. 23, párrafo único).

El incumplimiento con una orden correctiva del CADE, una medida precautoria, un compromiso de suspensión y desistimiento, o un compromiso de desempeño, puede generar la imposición de una sanción diaria de entre 5,000 hasta 100,000 unidades fiscales de referencia (UFIR) (entre 2,050 y 41,000 dólares) (Art.

25), que se acumulan hasta por 90 días.⁷⁸ Como se subrayó en la sección referente a las notificaciones de fusión, el Artículo 54, párrafo 5, faculta al CADE a imponer multas de entre 60,000 y 6 millones de UFIR (entre 22,800 y 2.28 millones de dólares) por incumplimiento con el plazo máximo de notificación de fusiones. En mayo de 2004, el CADE emitió la Resolución 36, que establece un conjunto detallado de lineamientos para determinar el monto de la sanción que se impondrá por una notificación fuera de tiempo. Además de estas sanciones por registro tardío, no se impone otro tipo de castigo por la proposición de una fusión que el CADE no apruebe o que apruebe con condiciones, a menos que el demandado viole posteriormente la orden correctiva del CADE.

La falta de presentación o alteración de documentos solicitados durante una investigación puede generar una multa de entre 5,000 y 100,000 UFIR (entre 2,050 y 41,000 dólares) acumulable hasta por 90 días (Art. 26). De conformidad con las modificaciones de 2000, la falta de presentación de una persona a un examen oral genera una multa de entre 500 hasta 10,700 reales (entre 195 y 4,175 dólares) (Art. 26 ¶5). Estas sanciones pueden ser impuestas por la SDE, la SEAE o el CADE, dependiendo del organismo que emita la demanda de investigación. De manera similar, el Artículo 26-A autoriza la imposición de una sanción que va desde 21,200 hasta 425,700 reales (entre 8,270 y 166,000 dólares) por impedir una investigación en el domicilio de la empresa, de conformidad con el Artículo 35 §2.

La Ley 8884 contempla que, al imponer sanciones, el CADE debe considerar varios factores, incluyendo el impacto de la falta en el mercado y el daño causado, el beneficio para quien cometió la falta, su buena fe y sus recursos económicos (Art. 27). El Artículo 84 requiere que todas las sanciones recaudadas se remitan al Fondo para la Defensa de los Derechos Difusos (*Fundo Gestor de Defesa dos Direitos Difusos* o CFDD). El CFDD es administrado por un Consejo integrado por representantes del gobierno y el público. El fondo eroga recursos para apoyar proyectos educativos o científicos relacionados con la protección del “medio ambiente, los consumidores, el orden económico, la competencia abierta [y] el patrimonio artístico, estético, histórico, turístico y del paisaje”.

La mayor parte de las multas impuestas por el CADE corresponden a dos categorías, las relacionadas con el Artículo 23 en conjunto con una falta de conducta y las impuestas con referencia al Artículo 54, por notificación tardía de fusión. En los cuadros siguientes se presenta el historial de imposición y recaudación de estas sanciones.

RECUADRO 9. MULTAS Y SANCIONES: MODIFICACIONES PROPUESTAS

Con base en la legislación propuesta, la multa mínima (en la actualidad lo que resulte mayor de entre el 1 por ciento de los ingresos brutos o la ganancia realizada a partir de la falta) se establecería en 6,000 reales (2,340 dólares) y el nivel máximo (que actualmente asciende a 30 por ciento del ingreso bruto del año precedente) sería de 200 millones de reales (78 millones de dólares). De acuerdo con la ley vigente, los ejecutivos responsables por la conducta ilegal de una empresa están sujetos a una sanción de entre 10 y 50 por ciento de la multa impuesta a la compañía. La propuesta aplica a estos ejecutivos una multa con los mismos niveles mínimo y máximo que se imponen a las corporaciones. Las multas contra personas físicas serían más factibles, dada la reducción significativa en la sanción mínima a las empresas.

Por su parte, no cambiarían las multas por violar una orden correctiva del CADE, por no presentar documentos o no presentarse a un examen oral o impedir una investigación (excepto en el caso de su reexpresión en términos de reales en lugar de en UFIR), pero se sumaría una nueva disposición que contemplara una sanción de entre 5,000 y 5 millones de reales (entre 1,950 y 1.95 millones de dólares) por presentar documentos o testimonios falsos. Las características de la propuesta que cambian las sanciones asociadas con el proceso de revisión de fusiones se tratan en la sección correspondiente a éstas.

Otro cambio importante se refiere al uso de los ingresos por concepto de multas. De acuerdo con la propuesta, los ingresos provenientes de las sanciones no se remitirían únicamente al Fondo de Defensa de los Derechos Difusos, sino que se asignan a razón de 25 por ciento al CADE y la SEAE y 50 por ciento al Fondo.

Cuadro 6. Sanciones impuestas y recaudadas en casos de conducta al amparo del Artículo 23, 2000-2004

Año	Impuesta (mill. de reales)	Recaudadas (BRL)	Porcentaje Recaudado
2002	2.8	12,770	0.45 %
2003	8.3	620,000	7.46 %
2004	5.6	0	0 %

Fuente: SBDC, 2005

Cuadro 7. Sanciones impuestas y recaudadas en casos de notificación tardía de fusión al amparo del Artículo 54, 2002-2004

Año	Impuesta (mill. de reales)	Recaudado (mill. de reales)	Porcentaje Recaudado
2000	16.3	8.7	53.4 %
2001	9.9	5.7	57.5 %
2002	7.9	4.8	60.5 %
2003	2.2	1.1	50.1 %
2004	3.0	1.4	48.8 %

Fuente: SBDC, 2005

La cantidad de sanciones por presentación de notificaciones de fusión fuera del plazo estipulado ha sido mayor que la de multas recaudadas por faltas de conducta. Esto se debe a que, al menos algunas de las partes a las que se cobra una multa por faltas en el registro de la notificación de una fusión pagan de manera voluntaria, mientras que los acusados de faltas de conducta rara vez lo hacen. Si el pago no se realiza de manera voluntaria, el Procurador General del CADE debe iniciar un proceso de recaudación de la multa ante el tribunal.⁷⁹ Normalmente, los demandados responden a tal proceso con la moción de prorrogar la sanción durante el proceso legal. La Ley 8884 contempla que la ejecución de una sanción no debe ser prorrogada a menos que se deposite en el tribunal una cantidad equivalente a la multa o un bono de garantía de pago (Art. 65).⁸⁰ El CADE invoca esta disposición de manera rutinaria y ha tenido éxito al requerir que se depositen bonos cuantiosos por parte de demandados como el Iguatemi Shopping Centre (1 millón de reales), Xerox do Brasil (2.4 millones de reales) y White Martins (38 millones de reales). En contraste, el tribunal de primera instancia en el caso del cártel del acero declinó exigir depósito alguno, lo que el CADE está impugnando en un proceso de apelación. Las órdenes del tribunal para la ejecución de las multas pueden ser ejecutadas por medio del embargo y venta de activos y por otras vías, incluyendo el nombramiento de un síndico para operar una corporación deudora (Arts. 63 y 69). Hasta la fecha, pocos fallos definitivos han sido emitidos en acciones de los tribunales que modifiquen la imposición de sanciones por parte del CADE en casos de conducta. Con respecto a las sanciones impuestas por registro de notificaciones de fusión fuera de tiempo, el CADE ha ganado 17 (55 por ciento) de los 31 casos en primera instancia que se han fallado a la fecha, pero ha perdido las dos decisiones que han sido presentadas por tribunales de segunda instancia. Los fallos adversos en estos casos generalmente han surgido de desacuerdos judiciales con el enfoque del CADE en lo correspondiente a la definición de la “fecha de activación” que da inicio al periodo de 15 días para notificar transacciones.

El CADE también ha impuesto algunas multas de conformidad con el Artículo 25 por falta de cumplimiento con órdenes definitivas o acuerdos de resolución en casos de conducta o con medidas preventivas mencionadas en el Artículo 52. En 2002 no se impusieron sanciones de este tipo pero, en 2003, se impuso un total de 7.3 millones de reales y 1.5 millones de reales en 2004 en multas al amparo del Artículo 25. A principios de 2005, la compañía British America Tobacco (BAT) recibió una sanción de 957,700 reales por incumplir un acuerdo de solución fechado en 2000. El acuerdo había resuelto un caso de abuso de dominio en el que BAT, que controlaba más de 50 por ciento de las ventas de cigarrillos en Brasil, fue acusada de imponer, ilegalmente, requisitos de venta exclusiva y otras condiciones de comercialización (como la exhibición exclusiva de productos) en establecimientos de venta de cigarrillos al menudeo. La mayor parte de las multas al amparo del Artículo 25 están bajo revisión judicial y no han sido cobradas.

Las únicas otras bases para imponer sanciones se relacionan con el Artículo 26 (por falta de presentación de documentos o de asistencia para examen oral en una investigación) y el Artículo 26-A (por obstrucción de un examen llevado a cabo en el domicilio de la empresa al amparo del Artículo 35 §2). En 2002, el CADE no impuso multas de conformidad con el Artículo 26, mientras que, en 2003, impuso 332,000 reales. De igual manera que las anteriores, estas sanciones están en litigio y no han sido cobradas. Por su parte, no se han presentado circunstancias que ameriten que la SDE o la SEAE impongan multas de conformidad con los Artículos 26 o 26-A.⁸¹

En lo que respecta a casos de conducta, la mayor parte de las órdenes definitivas presentadas por el CADE en estos procedimientos, requieren tanto el pago de una multa como la aplicación de medidas adicionales por parte del demandado, como la suspensión de la publicación de un cuadro de tarifas de una asociación, o la venta de partes de reposición a compañías de servicios o la publicación de una notificación en el periódico del fallo del CADE. Las órdenes con requisitos de conducta especifican una sanción diaria que se impondrá en caso de desobedecer la orden (Art. 25). El CADE trata con las faltas a las órdenes de conducta presentando una moción de recaudación para la multa diaria y una moción separada solicitando un orden del tribunal para obligar al cumplimiento del requisito de conducta.⁸² Sin embargo, a la fecha, el CADE rara vez ha entablado demandas para obligar a cumplir requisitos de conducta. Como se comentará más adelante, las empresas demandadas sujetas a órdenes de conducta normalmente buscan obstaculizar el cumplimiento de sus obligaciones mediante una moción de desagravio judicial de la decisión del CADE.

Las partes sujetas a investigaciones por parte de la SDE o la SEAE o procedimientos de adjudicación por parte del CADE no necesitan esperar los

resultados de una demanda de recaudación de multas para impugnar las acciones del organismo ante el tribunal.⁸³ De hecho, se puede solicitar desagravio judicial no sólo contra un fallo definitivo de un organismo, sino en cualquier momento durante el proceso. En el Recuadro siguiente se presenta una descripción resumida del proceso de revisión judicial en Brasil.

Como asunto práctico, las partes involucradas en una investigación de la SDE normalmente no presentan mociones en los tribunales para revisar fallos de la SDE, debido a que las determinaciones de este organismo pueden apelarse ante el CADE. Desde 2000 se han observado pocas excepciones. En 2003 se solicitaron dos requerimientos judiciales por parte de los demandados para impedir que la SDE emitiera su opinión definitiva en la investigación de un cártel de productos de acero (vergalhões). Los tribunales rechazaron ambas peticiones. Por otro lado, en el caso de Helibrás (comentado en páginas anteriores con respecto a los acuerdos de solución al amparo del Artículo 53), Helibrás buscó, sin éxito, un requerimiento del tribunal contra una orden precautoria de la SDE de conformidad con el Artículo 52 que requería que se pusieran manuales y partes a disposición de las compañías que buscaban prestar servicios de mantenimiento a compradores de helicópteros.⁸⁴ No se han iniciado más demandas contra la SDE, como tampoco contra la SEAE. Cabe apuntar que, en cualquier moción que se presente, en su calidad de organismos del Poder Ejecutivo, la SDE y la SEAE están representadas por la Oficina del Procurador General Federal.

En cambio, se han registrado muchas mociones que buscan la intervención judicial durante la vigencia de los procedimientos administrativos del CADE. Los demandados en el caso del cártel de productos de acero (vergalhões), argumentando que se les había negado una oportunidad adecuada para presentar evidencia en su descargo, lograron obtener una orden aplazando la reunión del CADE para presentar un fallo definitivo sobre su conducta. De igual manera, está pendiente una apelación del CADE. Por su parte, en los casos del cártel de venta al menudeo de combustible y de Microsoft/TBA, las peticiones interlocutorias a los tribunales plantearon la cuestión de si los demandados en un procedimiento del CADE pueden insistir en resolver el asunto por medio de un compromiso de suspensión y desistimiento con base en el Artículo 53. Con respecto a este tema, en un inicio, el CADE hubo de enfrentar varios fallos adversos del tribunal. Recientemente, sin embargo (y en el caso de Microsoft) ha logrado argumentar que la oportunidad de establecer un arreglo conciliatorio no es un derecho legal, sino una cuestión de mutuo acuerdo entre el CADE y el demandado. También, como se describió anteriormente en la sección correspondiente a las relaciones entre el CADE y el Fiscal Público, entre 2003 y 2004 el Fiscal Público del CADE presentó varias peticiones interlocutorias. En el proceso de fusión de Nestlé-Garoto, por ejemplo, el Fiscal afirmó que el

Procurador General del CADE debería estar impedido para presentar su opinión porque era la sobrina de un abogado que había asesorado a Nestlé. Otra medida del Fiscal en el mismo caso se relacionó con una reclamación en torno a que el Pleno había determinado equivocadamente al comisionado que debía fungir como Presidente en funciones. Una tercera moción apoyaba la petición de Microsoft en el caso de TBA que buscaba la aceptación obligatoria de un compromiso de cese y desistimiento. Las tres peticiones del Fiscal fracasaron.

RECUADRO 10. LA REVISIÓN JUDICIAL EN BRASIL

Las peticiones de entidades privadas de revisión de las medidas tomadas por un organismo del gobierno son tramitadas por los tribunales federales de primera instancia. Por ley, las impugnaciones de las decisiones de los tres organismos del SBDC deben presentarse ante el tribunal ubicado en Brasilia. El juez de primera instancia tiene la autoridad de adjudicar la mayor parte de las demandas (incluyendo las relacionadas con un estatuto aplicado de forma inconstitucional, pero excluyendo los reclamos de inconstitucionalidad en la redacción de una ley), y también pueden llevar a cabo procedimientos de presentación de evidencias para complementar el registro factual.

Las apelaciones de la parte privada o del organismo con respecto al fallo de un juez de primera instancia se realizan en el Tribunal de Apelaciones de la región geográfica en la que se otorgó la decisión judicial inicial. En Brasil existen cinco regiones, y cada una cuenta con un tribunal de apelaciones regional con múltiples miembros. Las apelaciones son escuchadas primero por un “panel” del tribunal y después, pueden apelarse ante una “sección” del tribunal. El número de jueces que integra un panel o sección es fijado por las reglas internas de cada tribunal regional.⁸⁵ Las apelaciones de los tribunales regionales pasan al Tribunal Superior de Justicia (TSJ), donde son escuchadas también primero por un panel y después por una sección.⁸⁶

En los casos que involucran demandas de aplicación inconstitucional de leyes se puede apelar a una instancia más allá del TSJ, el Supremo Tribunal Federal (STF), un cuerpo de 11 jueces que sólo trata cuestiones constitucionales. Algunas partes designadas, entre las que se encuentran los Fiscales Públicos, tienen autorización para presentar ciertas demandas constitucionales (incluyendo las que alegan que una ley es inconstitucional de acuerdo con su redacción) de manera directa ante el STF, sin proceder antes a un tribunal inferior. En el STF, las apelaciones que provienen de tribunales inferiores son escuchados primero por un panel y, luego, si existe apelación ulterior o son certificados por el panel asignado, son adjudicados por los 11 jueces en sesión plenaria. Los casos presentados directamente ante el STF son escuchados en primera instancia por los 11 jueces.

El fallo definitivo que emitió el CADE al final del procedimiento administrativo es, por supuesto, un acto del organismo sujeto a revisión judicial. Como se comentó en párrafos anteriores, en la experiencia del CADE, las partes normalmente no apelan decisiones que imponen multas por la presentación de una notificación de fusión extemporánea, como tampoco (las pocas) decisiones en casos de conducta que implican una sanción pero no imponen requisitos o restricciones en la conducta futura del demandado. En estas instancias, las partes pagan de manera voluntaria o esperan la demanda de recaudación para presentar su defensa. Las partes normalmente no buscan la revisión judicial de las decisiones del CADE que imponen condiciones a las fusiones, debido a que las condiciones habían sido negociadas con antelación o no se consideran suficientemente onerosas para justificar la resistencia. En otro sentido, las partes normalmente apelan las decisiones de conducta del CADE que implican más que la imposición de una multa.

La postura del CADE acerca de la revisión judicial es que los tribunales deberían limitarse a analizar la conveniencia legal de los procedimientos del organismo y deberían contemplar cualquier problema contra la competencia como un asunto sometido a la discreción del CADE. A pesar de que algunos tribunales han aceptado esta perspectiva, otros han analizado y revertido fallos del CADE en defensa de la competencia. Existe un considerable desacuerdo dentro del poder judicial al respecto de cómo revisar los casos del CADE. La ley de competencia es un tema relativamente nuevo en el sistema judicial brasileño, y algunos jueces que concluyen que es apropiada una revisión judicial de los problemas con la defensa de la competencia se centran, sin embargo, en puntos procesales para evitar tratar con asuntos con los que no están familiarizados. En cualquier caso, la revisión judicial añade años de litigio antes de que se pueda concluir de forma definitiva un caso del CADE. Por ejemplo, el CADE emitió su fallo acerca del caso del cártel del acero en 1999, pero el tribunal de primera instancia no dio a conocer su decisión hasta 2003. En la actualidad, el fallo está siendo considerado en el tribunal de segunda instancia. Las agendas de los tribunales brasileños normalmente están desbordadas, y la complejidad de la jurisprudencia en defensa de la competencia retrasa la resolución acelerada de casos del CADE.⁸⁷ Como se describe en mayor detalle en la sección de defensa de la competencia de este informe, el SBDC recientemente puso en marcha una serie de iniciativas para fomentar la comprensión de la ley de competencia entre los miembros del poder judicial.

Normalmente, cuando las partes demandan en busca de revisar un fallo del CADE que impone restricciones o requisitos de conducta, también presentan de inmediato una petición al tribunal para aplazar la aplicación de la orden del CADE. La experiencia del CADE ha sido que este tipo de mociones de aplazamiento inmediato con frecuencia se otorgan en el tribunal de primera instancia, para luego

revertirse en la apelación. El Procurador General del CADE apunta dos razones por las que los demandados han tenido éxito en la etapa inicial. En primer lugar, las peticiones de desagravio inmediato a menudo son escuchadas por jueces recién ingresados, que tienden a ser susceptibles a afirmaciones de agentes privados en el sentido de que están en peligro inminente de enfrentar daños irreparables infligidos por un organismo del gobierno. En segundo término, los solicitantes han aparecido *ex parte* ante el tribunal (sin la presencia de representantes legales del gobierno), con lo que cuentan con la ventaja de presentar su reclamo mientras que el interés del gobierno sólo tiene representación por escrito. Recientemente, el CADE ha establecido con éxito su derecho —de acuerdo con los principios aplicables del procedimiento civil— de aparecer ante el tribunal y presentar argumentos acerca de este tipo de mociones de emergencia.⁸⁸

En los casos de conducta, la revisión judicial de los fallos definitivos del CADE presenta resultados mixtos. De siete casos resueltos en segunda instancia y relativos a fallos de conducta, el CADE ganó una apelación (del cártel del acero, en la que se revirtió el rechazo del tribunal de primera instancia para ordenar el depósito de las multas aplicadas por el CADE)⁸⁹ y cuatro apelaciones en casos de exclusividad de Unimed. Por su parte, el CADE perdió dos apelaciones en casos que involucraron tablas de tarifas de servicios médicos. En ambos casos, los tribunales adoptaron el puntos de vista de que (1) las tablas de tarifas eran meramente sugerencias de precios y no representaban un acuerdo, y (2) de cualquier manera, la ley de competencia no era aplicable a la profesión médica. En el caso del cártel del acero, aunque el tribunal de primera instancia sostuvo la determinación del CADE en el sentido de la conducta ilegal, lo hizo sobre bases menos satisfactorias. El tribunal concluyó que, en ausencia de una explicación económica, la sola fijación paralela de precios bastaba para encontrar una falta. En opinión del tribunal, la prueba de colusión no era esencial, por lo que el CADE había recurrido de forma innecesaria a estos “factores adicionales”, como las reuniones entre los demandados, para comprobar la ocurrencia de colusión. Tanto la decisión relacionada con el cártel del acero como la de las Unimed y la de las tarifas para asociaciones médicas, están siendo objeto de apelación adicional.

Un conjunto aparte de casos apelados ha probado si debe pagarse en su totalidad la cuota por presentación de notificación de fusión en casos en los que la transacción sea analizada por ANATEL (el organismo regulador del sector de telecomunicaciones) en lugar de por la SDE o la SEAE. Las partes en la fusión afirmaron que deberían pagar sólo la tercera parte de la cuota de registro destinada al CADE y no las correspondientes a las cuentas de la SDE y la SEAE. Hasta la fecha, siete decisiones judiciales se han dividido a razón de cinco a dos a favor de la postura del CADE de que debe imponerse la totalidad de la cuota.

En otro tema, sólo un caso relacionado con la constitucionalidad de la Ley 8884 ha sido considerado por el Tribunal Federal Supremo. El caso en cuestión fue presentado por la Confederación Nacional de la Industria, una asociación profesional que, de acuerdo con la Constitución brasileña, tiene el rango necesario para presentar demandas de inconstitucionalidad de un estatuto directamente ante el Tribunal Supremo.⁹⁰ La queja afirma que varias disposiciones de la Ley 8884 son inconstitucionales, incluyendo, en especial, la prohibición sustantiva de conductas que aparece en los Artículos 20 y 21 XXIV que se relacionan con la fijación de precios abusivos y las sanciones asociadas. Con una votación de cinco a dos, se rechazó una moción de la Confederación para obtener un requerimiento preliminar de desagravio. Sin embargo, las demandas subyacentes siguen pendientes ante el Tribunal.

El volumen de litigios en tribunales que enfrenta el CADE es formidable. En una investigación realizada por el Procurador General del CADE en noviembre de 2004, se registraron 728 casos pendientes en los que el CADE participaba como demandante, demandado o mediador. De este total, 129 fueron procedimientos de ejecución de multas, mientras que 279 eran casos en el tribunal de primera instancia que involucraban algún aspecto de la obligación al cumplimiento de la ley distinto de la ejecución de multas. Por otra parte, 253 casos se encontraban en los tribunales de apelación: 240 en los tribunales de segunda instancia, 12 en el Tribunal Superior de Justicia y uno en el Tribunal Federal Supremo.⁹¹ Un último conjunto de 67 casos se relacionaron con asuntos varios, como litigios con empleados, procesos en el tribunal de instancia, etcétera.

Además del procesamiento de procedimientos administrativos formales y revisiones judiciales, el CADE ofrece un mecanismo alternativo para las partes interesadas en obtener el punto de vista del CADE sobre una conducta específica. De acuerdo con un procedimiento establecido en 1998 por la Resolución 18, cualquier persona, entidad comercial u organismo público puede solicitar una opinión no vinculatoria del CADE o realizar “consultas” sobre cualquier tema de su competencia.⁹² El solicitante deberá presentar información acerca de la conducta referida (que podría incluir propuestas de fusión) y el CADE le aconsejará si considera que la actividad constituye una falta a la Ley 8884. La solicitud deberá referirse a una actividad hipotética o contemplada. Si la solicitud trata de una actividad en curso, el CADE requerirá que se presente una notificación si el asunto se refiere a una fusión que ha evolucionado más allá de la “fecha de activación” y transferirá las consultas acerca de la validez de las conductas para su investigación en la SDE. El solicitante de una consulta deberá pagar una cuota de 5,000 reales (cerca de 2,000 dólares).

En el Informe de 2000 (página 195) se destacaba que se habían emitido 24 opiniones al amparo de la Resolución 18 desde su adopción a fines de 1998 hasta mediados de 2000. Estas opiniones se referían a temas como propuestas de acuerdos horizontales y limitaciones a la competencia impuestas por gobiernos locales o estatales. Desde 2000, la actividad al amparo de la Resolución 18 ha disminuido de manera significativa. De aquí que, en 2000, se hayan registrado 19 solicitudes, seguidas por seis en 2001 y otras seis en 2002, luego dos en 2003 y dos en 2004. De las 16 solicitudes presentadas durante los últimos cuatro años, cinco se relacionaban con transacciones consumadas que el CADE convirtió en procedimientos de revisión de fusiones al amparo del Artículo 54. Siete más fueron cerradas sin acción alguna. Las opiniones que emitió el CADE en los cuatro casos restantes (1) desaprobaban la propuesta de una asociación comercial para utilizar una lista de precios sugeridos; (2) aprobaban un plan de un fabricante del sector farmacéutico para publicar precios sugeridos al menudeo para medicamentos en su sitio Internet; (3) aprobaban la creación de una asociación civil sin fines de lucro para administrar un código de ética para desarrolladores de proyectos de bienes raíces (sujeta a la condición de eliminar ciertas disposiciones de exclusión en la propuesta del código); y (4) concluían que no se requería notificación alguna con relación al Artículo 54 para ciertas adquisiciones relativas a torres de telecomunicaciones. El CADE no conoce razones específicas para que el número de solicitudes al amparo de la Resolución 18 haya disminuido.

Un aspecto adicional de las prácticas de obligación al cumplimiento del SBDC merece ser mencionado aquí. En la actualidad, los organismos del SBDC están llevando a cabo un ambicioso estudio en colaboración con el Instituto Brasileño de Investigación Económica Aplicada (IPEA, por sus siglas en portugués) para desarrollar métodos que empleen técnicas cuantitativas y econométricas en el análisis de casos que atenten contra la competencia. Los temas analizados por los equipos de investigación del proyecto incluyen métodos para definir el mercado relevante; para especificar y estimar las funciones de demanda y costos; y probar escenarios posteriores a fusiones mediante el uso de técnicas de diseño de modelos. Asimismo, se está estudiando la creación de protocolos para evaluar la colusión tácita, la conducta de cártel, los precios de *dumping*, la integración vertical y las limitaciones a la distribución vertical. En un seminario que se llevó a cabo en Brasilia a fines de abril de 2005 se presentaron artículos analizando la literatura más reciente sobre estos temas y que proponían adiciones o modificaciones a los métodos analíticos actuales. Los participantes en el seminario, entre los que asistieron miembros de la comunidad académica, abogados, economistas y miembros de organismos reguladores, ofrecieron comentarios sobre los artículos, que están siendo revisados y preparados para su publicación a fines de 2005.

3.3 Otros métodos de obligación al cumplimiento

Los estados brasileños no cuentan con sus propias leyes de competencia civil y no existen otros organismos que los pertenecientes al SBDC con autoridad para hacer cumplir la Ley 8884. Sin embargo, la conducta que atente contra la competencia se atiene a ser procesada penalmente al amparo de la Ley federal de Delitos Económicos (Número 8137/90). El Artículo 4 de esta ley define que la conducta delictiva incluye lo siguiente:

- (1) acuerdos entre competidores diseñados para fijar precios o cantidades, dividir mercados o controlar canales de oferta o distribución;
- (2) el abuso del poder económico, el dominio de mercados o la eliminación de la competencia por medio de convenios entre empresas (incluyendo las fusiones, adquisiciones, la suspensión de actividades económicas y la obstaculización de competidores);
- (3) la explotación del poder monopólico mediante el incremento de precios sin justificación alguna;
- (4) la realización de ventas a precios inferiores a su costo para obstaculizar la competencia;
- (5) la discriminación de precios, mediante acuerdo o por otras vías, para perjudicar a un competidor o a un vendedor de un insumo, o para crear un monopolio o eliminar la competencia; y
- (6) la destrucción de equipo de fabricación, a fin de crear un monopolio o eliminar la competencia.

La ley sólo se aplica a personas y no a entidades corporativas o comerciales. Las violaciones de la misma se castigan mediante una multa y el encarcelamiento durante dos a cinco años. La pena puede endurecerse entre una tercer parte y la mitad si el delito causa daños serios a los consumidores, es cometido por un servidor público o se relaciona con un mercado esencial para la vida o la salud.

Todas las leyes penales de Brasil tienen alcance federal, así que no existen leyes estatales que determinen delitos económicos. En la práctica, la obligación al cumplimiento de la Ley 8137 es responsabilidad de los fiscales federales y de los estados, sistema que, hasta cierto punto, presenta ambigüedades legales con respecto a la división de la jurisdicción estatal y federal. Los organismos del SBDC no tienen autoridad para obligar al cumplimiento de la Ley 8137, pero tienen la obligación de remitir cualquier evidencia de conducta delictiva a las autoridades competentes.

Durante los últimos dos años, la cooperación entre el SBDC y los fiscales penales ha sido creciente con respecto a las investigaciones en defensa de la competencia. Como se comentó con anterioridad, los exámenes de la SDE y las incursiones sorpresa civiles proporcionan evidencia que puede ser utilizada por fiscales penales para obtener autorización judicial para intervenir comunicaciones. La información recabada por la SDE también puede ser utilizada por fiscales en casos penales. Los miembros del personal de la SDE también realizan investigaciones en colaboración con fiscales penales y, en esos casos, han participado en incursiones sorpresa. La SDE se beneficia de la información tomada de intervenciones a las comunicaciones que se le proporciona y de la ayuda de oficiales de policía para garantizar la seguridad física durante las incursiones sorpresa. En casos relacionados con empresas que tienen grandes bases de datos computarizadas, la SDE también ha recibido la ayuda de expertos de la policía en el aspecto legal de las tecnologías de la información. Los resultados se han reflejado en una mejoría de la calidad de la evidencia de que dispone la SDE en sus investigaciones y toda una serie de acusaciones de fijación de precios por parte de cárteles y de condenas al amparo de la Ley 8137.⁹³

El SBDC está comprometido con la expansión y la mejoría de sus relaciones de cooperación con los fiscales, no sólo para prohibir las conductas que atenten contra la competencia mediante la obligación directa al cumplimiento de la ley sino, como se destacó en párrafos anteriores, para facilitar la puesta en marcha del programa de indulgencia. En la sección de defensa de la competencia en este informe, se describen con mayor detalle las iniciativas recientes del SBDC entre fiscales públicos.

Con respecto a la obligación al cumplimiento de la defensa de la competencia en el ámbito privado, un demandante insatisfecho con un fallo del CADE no tiene derecho a apelar ante el SBDC ni a obtener revisión judicial. Sin embargo, de acuerdo con el Artículo 29 de la Ley 8884, las entidades privadas pueden presentar sus propias demandas ante el tribunal por daños surgidos de conductas que atenten contra la competencia.⁹⁴ Los agentes privados pueden también buscar el resarcimiento de daños por acciones que atenten contra la competencia presentando acciones en el tribunal al amparo de la Ley de Defensa del Consumidor (Ley 8078/90). De manera similar, algunos representantes de grupos (como los fiscales públicos, los Procons, y las organizaciones no gubernamentales de defensa del consumidor) pueden presentar acciones legales por daños en beneficio de grupos de acuerdo con la ley de Acciones Legales Públicas (Número 7347/85). No se dispone de registros acerca del número o el resultado de las demandas privadas de defensa de la competencia al amparo del Artículo 29 u otras leyes, pero el SBDC considera que se han registrado muy pocas de estas acciones buscando resarcir daños en Brasil.

Si cualquier demanda privada involucra “la aplicación de la Ley 8884”, el Artículo 89 exige que el tribunal que presida notifique al CADE y lo invite a asistir al proceso. El CADE tiene la política de aceptar este tipo de invitaciones sólo cuando la conducta de que se trate en la acción privada haya estado sujeta a un procedimiento del CADE y el organismo haya emitido un fallo definitivo sobre la legalidad de la conducta. Al año se reciben cerca de 30 notificaciones, a menudo con respecto a demandas entre empresas comerciales en las cuales una de las partes ha citado la Ley 8884 para apoyar su argumento. Los representantes del Procurador General del CADE aparecen en los casos en los que sea conveniente.

3.4 Aspectos internacionales de la obligación al cumplimiento

Las conductas que atentan contra la competencia fuera de Brasil y que afectan los mercados brasileños pertenecen al ámbito de la Ley 8884, que incorpora una prueba de “impactos extraterritoriales” (Art.2 §1). Cualquier empresa extranjera con una “sucursal, agencia, subsidiaria, oficina, un establecimiento, agente o representante” en Brasil, se considera residente de Brasil y puede entregar una orden judicial sin consideración de la situación del representante legal como agente de la entidad extranjera (Art. 2 §2).⁹⁵ En procedimientos del SBDC, las empresas extranjeras reciben el mismo trato que las nacionales.

El impacto del comercio internacional sobre los mercados brasileños se integra por completo en el análisis de defensa de la competencia que realiza el SBDC. Por ejemplo, en casos de fusiones, la SDE y la SEAE normalmente definen el mercado geográfico como internacional si las importaciones representan 30 por ciento o más del “valor de consumo aparente” (es decir, la producción interna total más las importaciones menos las exportaciones) del producto relevante.⁹⁶ En el caso en el que las importaciones no representen un porcentaje de tal tamaño, el mercado relevante se puede considerar interno, pero la fusión será aprobada si las importaciones tienen posibilidad de aumentar como respuesta a incrementos de precios pequeños pero significativos. Al evaluar las perspectivas de aumento de las importaciones, el SBDC considera los costos de transporte, las tarifas, la capacidad de producción, las condiciones locales de distribución, las barreras no tarifarias y las preferencias de los consumidores para determinar el precio al que la oferta de importaciones se convierte en elástica.⁹⁷

El SBDC ha buscado desarrollar la cooperación internacional mediante convenios bilaterales y multilaterales. A la fecha, se han establecido tres convenios bilaterales, mientras que se están negociando otros. El primer acuerdo bilateral formal de cooperación entre el SBDC y un organismo extranjero de defensa de la competencia se firmó en 1999 con Estados Unidos (representado por el Departamento de Justicia y la Comisión Federal de Comercio de Estados Unidos), y fue ratificado

por el Congreso brasileño en marzo de 2003. El convenio contempla (1) la notificación con respecto a actividades de obligación al cumplimiento en un país que afecten los intereses del otro; (2) el intercambio de información (sujeto a las restricciones de confidencialidad aplicables); (3) actividades conjuntas y coordinadas de obligación al cumplimiento; (4) la opción de que un país solicite al otro la investigación de una conducta que se presente dentro de sus fronteras y que afecte al país solicitante; y (5) diversas actividades técnicas de cooperación, incluyendo la capacitación y el intercambio de personal. En diciembre de 2001, se firmó un acuerdo bilateral similar con Rusia, que se encuentra esperando ratificación del Congreso.

Un tercer convenio bilateral, también similar al firmado con Estados Unidos, se firmó con Argentina en octubre de 2003, y también está en espera de ratificación por parte del Congreso. Este convenio refleja un esfuerzo por parte del SBDC por hacer avanzar la política de competencia y la cooperación entre los países del Mercosur. El Mercosur (Mercosul en Brasil) es un acuerdo de mercado común establecido en 1991 por Brasil, Argentina, Paraguay y Uruguay.⁹⁸ Sus elementos relacionados con la competencia datan de fines de 1996, cuando los miembros firmaron un ambicioso Convenio de Defensa de la Competencia que pedía la creación de un Comité de Defensa de la Competencia (CDC) a nivel supranacional. El CDC tendría facultades para ordenar que los organismos de obligación al cumplimiento de las leyes de competencia en cada país miembro realizaran investigaciones acerca de asuntos específicos y contaría con autoridad resolutoria para fallar en casos e imponer sanciones. El Acuerdo de 1996 también contemplaba la adopción de mecanismos de cooperación entre los miembros, incluyendo el intercambio de información, las investigaciones conjuntas, el registro de las decisiones del organismo nacional de obligación al cumplimiento y la capacitación del personal. El Acuerdo fue ratificado por Paraguay en 1997 y por Brasil en 2000, pero no por Argentina ni por Uruguay. Resulta poco probable que el Acuerdo entre en vigencia en el futuro cercano, pues algunos de los países del Mercosur aún no cuentan con leyes de competencia o con un organismo de obligación al cumplimiento. Asimismo, los miembros se han mostrado reacios a la perspectiva de un organismo supranacional de obligación al cumplimiento de la ley.

En un esfuerzo por establecer una estructura menos controvertida, el Comité Técnico sobre Competencia del Mercosur aprobó en octubre de 2003 un Memorándum de Entendimiento sobre la cooperación. El ME incluía disposiciones sobre procedimientos de notificación, intercambio de información y asistencia técnica. El Memorándum fue aprobado por Argentina en agosto de 2004, pero está pendiente en el Ministerio de Asuntos Exteriores de Brasil. Las dificultades relacionadas con la entrada en vigor de acuerdos bajo el auspicio del Mercosur han llevado al SBDC a centrarse en la firma de acuerdos bilaterales, como el estructurado con Argentina, para contar con un método práctico para facilitar la cooperación en cuestiones de política de competencia.

Los miembros del personal del SBDC, especialmente los de la SDE, a menudo están en comunicación con sus contrapartes en Estados Unidos y Argentina, a fin de intercambiar información de casos, debatir temas analíticos y discutir técnicas de investigación. Fuera del continente americano, el SBDC mantiene contacto estrecho con autoridades de defensa de la competencia en Francia, y espera establecer acuerdos formales con ese país en el futuro cercano. Por otra parte, se está negociando un convenio de cooperación técnica con Portugal, centrado en la discusión bilateral acerca de las mejores prácticas y el intercambio de personal para fines de capacitación. También se ha entablado una relación entre el SBDC y el personal de la Dirección General de Competencia de la Unión Europea, a fin de intercambiar información no confidencial acerca de las investigaciones que se están llevando a cabo de manera simultánea en las dos jurisdicciones.

El SBDC participa en una serie de organizaciones internacionales relacionadas con la política de competencia, incluyendo al Comité de Competencia de la OCDE (como observador), la Red Internacional de Competencia (RIC), la UNCTAD y el Foro Latinoamericano de Competencia. Desde 1999, la OCDE y el SBDC han participado en un proyecto de cooperación que involucra la contribución de la OCDE al desarrollo de borradores de modificaciones a la ley de competencia y la participación de representantes de la Organización en seminarios realizados en Brasil. Desde 2001, la SEAE y el CADE tienen acceso a la base de datos OLIS de la OCDE para consultas técnicas. Brasil también es miembro activo de la RIC. Entre 2003 y junio de 2005, la SEAE fungió como co-presidente del Grupo de Trabajo de Implementación de Políticas de Competencia (CPI WG por sus siglas en inglés) y co-presidente del Subgrupo 3 del CPI enfocado a la Defensa de la Competencia en Sectores Regulados. El CADE tomó estos lugares a partir de junio. La SDE es co-presidente del Subgrupo 1 del Marco General correspondiente al Grupo de Trabajo sobre Cáteles. Las actividades del SBDC en la UNCTAD (siglas en inglés de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y el Desarrollo) incluye su participación en conferencias, proyectos de asistencia técnica (como receptor y donador) y reuniones del Grupo Intergubernamental de Expertos (IGE) de la UNCTAD. El SBDC y la UNCTAD se han unido para organizar conferencias de capacitación en Brasil para fiscales públicos y personal de los organismos reguladores, al igual que un seminario sobre temas de política de competencia en conjunto con la Conferencia UNCTAD XI, que se realizó en 2004 en Sao Paulo.

En Brasil, la SEAE desempeña un papel de asesor en los procedimientos comerciales que tratan con casos de *dumping* y competencia desleal en importaciones. Las reclamaciones de agentes privados en torno a importaciones desleales son investigadas por el Departamento de Defensa Comercial (DECOM) en

el Ministerio de Desarrollo Industria y Comercio Exterior (MDIC). El DECOM elabora opiniones preliminares que se someten a comentarios de las partes y de organismos gubernamentales interesados. Posteriormente, el DECOM transmite la recomendación de decisión a la Cámara de Comercio Exterior (CAMEX) para su determinación definitiva. El MDIC preside la CAMEX, que entre sus miembros incluye a los Ministerios de Finanzas, de Asuntos Civiles, de Relaciones Exteriores, de Agricultura, Ganadería y Abasto y el de Planeación, Presupuesto y Administración.

La opinión del Ministerio de Finanzas en casos de *dumping* se formula en conjunto con la SEAE y la Secretaría de Asuntos Internacionales (SAIN). La función de la SEAE reside en analizar el grado de daño económico causado por las importaciones en cuestión y evalúa si el desagravio propuesto por el DECOM es equiparable al daño. La SEAE también puede realizar comentarios sobre la dinámica competitiva del mercado afectado y la viabilidad económica del *dumping*, temas que no toca normalmente el DECOM. Como sucede en muchos otros países, el esfuerzo por introducir análisis de política de competencia en casos de *dumping* en Brasil enfrenta grandes obstáculos legales y políticos. Sin embargo, la SEAE algunas veces logra persuadir a la CAMEX para eliminar sanciones impuestas con anterioridad, aunque sea por medios indirectos. Por ejemplo, recientemente, la investigación de la SEAE del mercado de insulina en Brasil en conexión con la adquisición de Biobrás por parte de Novo Nordisk, llevó a la eliminación de las medidas contra el *dumping* en ese mercado. La SEAE recomendó que el CADE solicitara a la CAMEX la eliminación de las medidas existentes como medio para fomentar la competencia en la industria. En marzo de 2005, el Ministerio de Comercio respondió a la solicitud del CADE mediante la suspensión de las medidas contra el *dumping* que se habían impuesto sobre la importación de insulina de Dinamarca y un programa de seguimiento de precios de las importaciones de insulina provenientes de Francia y Estados Unidos.

La interacción entre el SBDC y el MDIC no se limita a la participación de la SEAE en casos de comercio desleal. Los organismos del SBDC, con representantes del MDIC, son parte de la delegación brasileña ante el Mercosur para la negociación de un Área de Libre Comercio para las Américas (ALCA). Entre los temas tocados en las negociaciones del ALCA se encuentran las disposiciones para garantizar que las prácticas que atenten contra la competencia no limitarán el proceso de apertura comercial; los mecanismos para fomentar la cooperación y el intercambio de información entre autoridades de defensa de la competencia; y procedimientos para coordinar las políticas comerciales y de competencia, incluyendo medidas contra el *dumping*. Asimismo, el CADE y el MDIC están desarrollando en la actualidad un convenio de cooperación diseñado para facilitar el intercambio de información del sector industrial entre ambos organismos.

3.5 Recursos, acciones y prioridades implícitas de los organismos

Los recursos para financiar los tres organismos que integran el SBDC son similares, pero no idénticos. El sistema presupuestario del gobierno brasileño conlleva dos procesos distintos, uno para los recursos humanos y otro para los demás gastos. Los fondos no relacionados con salarios se erogan para investigación de contratos, equipo y material de oficina, programas de capacitación para empleados, conferencias, viáticos y funciones de apoyo contratadas externamente (como la seguridad, la limpieza y los servicios secretariales).

Una fuente de fondos no salariales para los tres organismos del SBDC es la cuota de notificación del Artículo 54. Establecida en 1999 como una cuota de 15,000 reales pagadera al CADE, su nivel aumentó a 45,000 reales con las modificaciones de 2000 a la Ley 8884, que contemplaba que lo ingresado se dividiría a partes iguales entre los tres organismos del SBDC. Así, los ingresos por cuotas comenzaron a fluir hacia la SDE en 2001 y la SEAE en 2002. Cabe apuntar que las cuotas por notificación no se depositan directamente en las cuentas de los organismos. El Ministerio de Planeación, Presupuesto y Administración (PPA) tiene autoridad sobre los límites presupuestarios de los organismos y determina qué parte de los ingresos por cuotas de notificación que corresponden a cada organismo en efecto se les asigna. Asimismo, el caso de la SDE y la SEAE, los ingresos por cuotas se canalizan a las cuentas superiores del Ministerio, para que luego los encargados del presupuesto los reasignen entre las oficinas ministeriales.

Por su parte, los fondos para los gastos no salariales del CADE provienen del cobro de cuotas⁹⁹ y de una asignación presupuestaria del gobierno. El presupuesto no salarial de los últimos años en la SDE ha consistido de la parte de las cuotas de notificación que le asigna el Ministerio de Justicia. La SEAE recibe parte de las cuotas de notificación en cumplimiento del Artículo 54 y una asignación presupuestaria aparte del Ministerio de Finanzas, al igual que lo recaudado por las cuotas cobradas a agentes privados que solicitan a la SEAE la autorización de loterías promocionales.¹⁰⁰ El cuadro a continuación muestra el monto anual total de fondos (de todas las fuentes) de que dispone cada organismo para gastos no salariales. Las cifras que presenta el CADE son más altas, pues debe pagar renta de edificio, servicios telefónicos y muchos otros servicios de apoyo que se administran de manera central en los ministerios y, por ello, no se incluyen en los presupuestos de la SDE o la SEAE.

Cuadro 8. Tendencias de los recursos asignados a la política de competencia – Fondos para gasto no salarial (millones de dólares de EE.UU.)

	2000	2001	2002	2003	2004
CADE	3.81	3.62	2.09	1.85	2.56
SDE	0.11	3.28	0.74	0.34	1.15
SEAE	0.53	1.95	2.66	3.16	3.42
Total	4.45	8.85	5.49	5.35	7.13

Fuente: SBDC, 2005

Los fondos para salarios y otros gastos asociados con los recursos humanos (como costos de jubilación y prestaciones de transporte y guarderías) son proporcionados a los organismos del SBDC por sus ministerios o por el Ministerio de Planeación, Presupuesto y Administración (PPA). Los gastos anuales en salarios del CADE se muestran a continuación.

Cuadro 9. Gasto salarial del CADE (millones de dólares de EE.UU.)

CADE	2000	2001	2002	2003	2004
Gasto salarial	1.59	1.34	1.11	1.19	0.92

Fuente: CADE, 2005

A fines de 2003, el Congreso promulgó una orden provisional permitiendo al CADE retener 28 asistentes profesionales mediante contratos temporales válidos hasta el 31 de diciembre de 2005. El CADE contrató abogados y economistas para fungir como analistas de los comisionados, a un costo de 227,400 dólares provenientes de su asignación de cuotas por notificación. Los gastos salariales regulares del CADE para 2004 ascendieron a 694,400 dólares. La SDE y la SEAE no pudieron proporcionar datos históricos de su gasto en salarios debido a que ambas son parte de grandes ministerios que no desagregan los datos de salarios para oficinas individuales de manera rutinaria. Los informes de la SDE destacan que su gasto en salarios para 2004 ascendió a 1.56 millones de dólares, mientras que la cifra comparable para la SEAE fue de 2.62 millones de dólares, lo que resulta en un total de los tres organismos de 5.1 millones de dólares para ese año.

Abajo se muestran los datos del personal que trabaja en los organismos. Por una parte, los empleados profesionales son principalmente abogados y economistas aunque también de algunas otras profesiones.

Cuadro 10. Empleados del SBDC – 2000-2004

Empleados del CADE

	2000	2001	2002	2003	2004
Profesionistas	55	32	70	68	85
Apoyo	62	89	66	54	89
Total	117	121	136	122	174

Empleados de la SDE

	2000	2001	2002	2003	2004
Profesionistas	18	33		34	35
Apoyo	10	16	16	16	20
Total	28	49	56	50	55

Empleados de la SEAE

	2000	2001	2002	2003	2004
Profesionistas	60	71	71	71	66
Apoyo	140	148	148	93	94
Total	200	219	219	164	160

Combinación de empleados del CADE, la SDE y la SEAE

	2000	2001	2002	2003	2004
Profesionistas	133	136	181	173	186
Apoyo	212	253	230	163	203
Total	345	389	411	336	389

Fuente: SBDC, 2005

Los empleados del SBDC no son ni servidores civiles de carrera (que mantienen puestos con obligaciones definidas por la ley de servicio civil de Brasil) ni servidores civiles contratados. Los empleados de carrera deben presentar un examen de oposición para obtener sus puestos, pero gozan de una serie de prestaciones para este tipo de empleados y no pueden ser despedidos libremente. Los

empleados por contrato no obtienen su puesto por oposición y su misión termina normalmente al terminar la vigencia del contrato.

Una característica crucial del sistema de personal en Brasil es que la mayoría de los empleados por contrato reciben su pago de fondos no salariales y tienen prohibido desempeñar tareas sustantivas en el organismo. Así, se les restringe a funciones como los servicios secretariales, el transporte, la seguridad y la limpieza. La principal excepción a esta regla se refiere a los empleados por contrato para los que se utiliza la figura de “DAS”¹⁰¹ que son las siglas para *Direção e Assessoramento Superior*, que se traduciría como “gerencia y asesoría de alto nivel”. La figura de DAS cuenta con siete niveles y se diseñó en un principio como mecanismo para emplear personal eventual mediante contratos para ejercer funciones gerenciales.¹⁰² Con el tiempo, los grados inferiores del DAS se han utilizado no sólo para personal eventual, sino para complementar los salarios de los empleados permanentes. Los empleados permanentes que cuentan con un puesto DAS reciben, además del salario asociado con su puesto como servidores civiles, parte del salario asociado con su nivel DAS (en la mayoría de los casos 65 por ciento). Los organismos buscan contar con puestos DAS porque los niveles altos pueden utilizarse para contratar gerentes ejecutivos y los bajos se pueden utilizar como compensación adicional para conservar personal permanente de nivel más bajo, evitando que sean reclutados por otros organismos. El Ministerio de Planeación (MPP) controla el número de plazas permanentes y por contrato de que dispone un organismo, al igual que el número y nivel de las plazas DAS. Los empleados por contrato con plazas DAS están sujetos a rescisión del mismo cuando cambia el equipo político, aunque este tipo de cambios normalmente sólo afecta a los ejecutivos de mayor nivel.

Más adelante se muestra la asignación actual entre empleados permanentes y por contrato y de plazas DAS entre los tres organismos que integran el SBDC.

Cuadro 11. El empleo en el SBDC

		CADE	SDE	SEAE	Total
Servidores civiles permanentes	DAS	27	16	50	93
	No-DAS	12	4	52	68
	Total	39	20	102	161
Servidores civiles por contrato	DAS	11	20	42	73
	No-DAS	124	15	16	155
	Total	135	35	58	228
Total		174	55	160	389

Fuente: SBDC, 2005

El trabajo sustantivo de un organismo lo llevan a cabo los servidores civiles permanentes y los empleados por contrato con plaza DAS y nivel profesional. Como lo muestra el cuadro, a fines de 2004, la fuerza laboral profesional del CADE ascendía a 85 personas, mientras que la cifra comparable para la SDE era de 35 y de 66 para la SEAE.¹⁰³ Cuando se promulgó la Ley 8884 en 1994, se requirió la creación inmediata de una plantilla de personal permanente para el CADE (Art. 81). La importancia de esta disposición se relaciona con el hecho de que los servidores civiles permanentes no pueden ser contratados más que para ocupar plazas establecidas en la ley del servicio civil. Cuando se crearon en Brasil los organismos reguladores del sector durante los años noventa, las plazas permanentes del servicio civil se diseñaron para ser ocupadas por personal profesional que desempeñara la misión sustantiva de cada organismo. Sin embargo, nunca se creó una plaza de este tipo para el CADE, lo que significa que este organismo debe utilizar empleados DAS por contrato para realizar tareas relacionadas con su misión que no corresponden a la descripción de plazas dentro de la ley del servicio civil.¹⁰⁴ Sin embargo, como se desprende del cuadro, el CADE sólo tiene 11 plazas DAS por contrato a su alcance. Asimismo, de los 39 servidores civiles permanentes en la lista del CADE, sólo 16 (12 procuradores públicos en la Oficina del Procurador General¹⁰⁵ y cuatro empleados en plazas de servicios administrativos) están de hecho asignados al CADE. De los 23 restantes, 17 son empleados permanentes de otros organismos federales (principalmente de los Ministerios de Justicia y Finanzas) y seis son empleados de gobiernos estatales.

La ausencia de plazas de carrera, de la mano con el problema generalizado de los bajos salarios gubernamentales en Brasil, enfrenta al CADE con una escasez crónica de personal con la preparación adecuada. Los candidatos interesados en obtener un empleo relacionado con la ley de competencia tienden a preferir trabajar en los ministerios, mejor establecidos y más prestigiosos. En el caso de los empleados DAS por contrato que el CADE puede tener en su lista, la rotación es de cerca de 40 por ciento al año. Los empleados en los niveles bajos de las plazas DAS ganan alrededor de 400 dólares al mes, e incluso los ubicados en el nivel DAS 4 (más alto), sólo ganan 1,600 dólares al mes. Estos salarios son insuficientes para retener personas con preparación universitaria. No obstante, el ritmo de rotación es más bajo (de cerca de 25 por ciento al año) entre los servidores civiles permanentes, cuyos salarios incluyen un suplemento DAS, aunque incluso estos empleados pueden dejar fácilmente su plaza al ser reclutados por otros organismos que ofrecen niveles DAS más altos. Como lo planteó con claridad el Informe de 2000 y es reconocido unánimemente por cualquier persona asociada con la comunidad de defensa de la competencia en Brasil, el CADE sufre de “la falta de un grupo permanente y estable de funcionarios de carrera cuya presencia conserve la ‘memoria institucional’ y aumente la experiencia en el tiempo en cuanto a la

obligación al cumplimiento” (página 207).¹⁰⁶ La falta de un personal permanente adecuado genera problemas además de los asociados con las deficiencias de la memoria institucional, entre los que se incluye buena parte de los retrasos en los trámites del CADE. El Informe de 2000 instaba a que el establecimiento de una plantilla de personal de carrera para el CADE fuera definido como “alta prioridad en el gobierno y el Congreso” (página 207). La legislación propuesta para reestructurar la ley de competencia contempla, al igual que la Ley 8884 (Art. 81), que se promulgue una “ley específica” para crear una plantilla de personal permanente de carrera para el SBDC. No obstante, el gobierno no ha emitido proyectos de ley en este sentido.

El Informe de 2000 indicaba (página 207) que la SDE, con un total de 18 profesionistas en su lista de 2000, parecía carecer del personal suficiente. El número de profesionistas aumentó a 35 en 2004, pero su carga laboral también aumentó de forma sustancial, con cerca de 800 casos pendientes en su agenda.¹⁰⁷ La perspectiva general entre la comunidad de defensa de la competencia es que la SDE carece aún del personal suficiente. El Secretario de la SDE advierte que, aunque el proceso de revisión de fusiones es más eficiente, los recursos liberados con ello se emplean en investigaciones de cárteles. Desde el punto de vista del Secretario, el personal de la SDE está trabajando a toda capacidad.

Por su parte, en la SEAE, el número de profesionistas que trabaja en temas de política y análisis de competencia pasó de 60 en 2000 a 71 entre 2001 y 2003. El número cayó a 66 en 2004, pero sólo como reflejo de una reducción temporal asociada con la disminución natural en el personal luego de una reorganización llevada a cabo en la SEAE a fines de 2004. Como se describió en el Informe de 2000 (página 188), la SEAE estaba dividida en esa época en cuatro principales elementos organizacionales, como reflejo de la división de la economía brasileña en segmentos: industria, servicios, infraestructura y agricultura. En octubre de 2004, la SEAE se reorganizó en ocho oficinas, anticipando los cambios que ocurrirían al promulgarse la propuesta de modificación a la Ley 8884. La legislación asigna al nuevo CADE la mayor parte de las actividades de obligación al cumplimiento de la ley, dejando a la SEAE principalmente como defensora de la competencia en aspectos regulatorios considerados por el gobierno o por organismos sectoriales. En consecuencia, la SEAE ha consolidado sus actividades de revisión de fusiones en una sola oficina (ubicada en Río de Janeiro), a la cual también se asigna todo el trabajo relacionado con procedimientos de tarifas y *dumping*. Asimismo, se consolidaron las investigaciones de conducta en una sola oficina, con centro en Brasilia y una pequeña representación en Río. Otras cinco oficinas de la SEAE, todas ubicadas en Brasilia, están organizadas para reflejar los ámbitos en los que la SEAE interactúa con los otros órganos del gobierno: comunicaciones y medios; agua, saneamiento y energía; seguro de salud y medicamentos; agricultura; y

transporte. La octava oficina se encarga de las responsabilidades de la SEAE por la regulación de loterías promocionales.

Por otro lado, la rotación de personal en la SDE y la SEAE, aunque menos sería que en el CADE, aún representa un problema. Debido a que la SDE y la SEAE son parte de ministerios de gran tamaño, sus empleados tienen la ventaja de contar con mejor acceso a plazas permanentes del servicio civil.¹⁰⁸ No obstante, ambos organismos deben crear incentivos para retener a sus empleados permanentes y, ofreciéndoles suplementos DAS de nivel 3 y 4, han logrado extender a cerca de seis años la duración promedio de estos empleados en sus puestos. Por otra parte, los dos organismos no han sido más exitosos que el CADE para retener al personal por contrato mediante el ofrecimiento de niveles DAS en las categorías más bajas. Este tipo de empleados normalmente permanece en su puesto entre dos y tres años.

El cuadro siguiente muestra las actividades de obligación al cumplimiento del SBDC durante los últimos cinco años. Aproximadamente 5 por ciento de los casos de conducta fueron iniciados *ex officio* por la SDE. Del resto, la mitad fueron entablados por demandantes privados y la otra mitad por organismos del gobierno (como la SEAE, los Fiscales Públicos, los Procuradores Federales, los organismos reguladores sectoriales, otros ministerios del gobierno y las Procons). La fluctuación en el número de “asuntos presentados” durante los últimos tres años (31 en 2002, 51 en 2003 y 37 en 2004) se explica por una “limpia doméstica” en la SDE realizada por el equipo entrante, que concluyó una serie de asuntos pendientes e identificó algunos casos adicionales que requerían ser desechados debido a que habían prescrito de acuerdo con la ley en este sentido.

Según el Informe de 2000 (página 208), la SEAE estimó que sus actividades de revisión de fusiones consumían hasta 70 por ciento de los recursos del organismo. En este sentido, se consideró que la proporción era menor en la SDE, pero también alta en el CADE. En la página 211, el Informe recomienda una reducción en los recursos dedicados a las fusiones y un incremento correspondiente en el esfuerzo orientado a la conducción de investigaciones. La SDE y la SEAE consideran que han aumentado de manera efectivamente la eficiencia del proceso de revisión de fusiones, con lo que se han liberado recursos para ser reasignados a las investigaciones de cárteles. La SDE estima que en la actualidad dedica cerca de 20 por ciento de sus recursos a revisiones de fusiones, mientras que el CADE afirma que no puede proporcionar una estimación de su utilización de recursos en esa función. De acuerdo con la SEAE, 65 por ciento de sus recursos relacionados con la ley de competencia se dedicaron a las fusiones, hasta la reorganización de octubre de 2004, cuando las prioridades del organismo se realinearon para centrarse en la defensa de la competencia.

Cuadro 12. Tendencias en las actividades de la política de competencia 2000-2004

	Casos de conducta¹	Fusiones²
2004:asuntos presentados al CADE	37	511
Asuntos concluidos	32	651
Total de sanciones impuestas (mill. de reales)	5.6	4.2
2003:asuntos presentados al CADE	51	511
Asuntos concluidos	22	526
Total de sanciones impuestas (mill. de reales)	8.3	2.2
	Casos de conducta¹	Fusiones²
2002:asuntos presentados	31	519
Asuntos concluidos	31	518
Total de sanciones impuestas (mill. de reales)	2.8	6.6
2001:asuntos presentados	30	621
Asuntos concluidos	34	584
Total de sanciones impuestas (mill. de reales)	No se dispone de datos	10.1
2000:asuntos presentados	32	668
Asuntos concluidos	39	523
Total de sanciones impuestas (mill. de reales)	No se dispone de datos	30.0

1. Casos de conducta transmitidos por la SDE o ANATEL al CADE al amparo del Art. 39, Ley 8884.
2. Casos de fusiones transmitidos por la SDE o ANATEL al CADE al amparo del Art. 54 ¶ 6, Ley 8884.

Fuente: SBDC, 2005

4. LÍMITES DE LA POLÍTICA DE COMPETENCIA: EXENCIONES Y RÉGIMENES REGULATORIOS ESPECIALES

En su terminología, la Ley 8884 se aplica a “personas, compañías públicas y privadas, y asociaciones individuales y corporativas” sin importar cómo estén organizadas “sin tomar en cuenta el ejercicio de actividades consideradas como monopolio legal” (Art. 15). El SBDC toma la postura de que la Ley 8884 es aplicable al gobierno federal y sus organismos, aunque nunca se ha registrado un caso que ponga a prueba esta proposición. De hecho, el SBDC interactúa con el gobierno federal en temas de competencia por medio de la defensa de la misma. Por su parte, por motivos relacionados con el federalismo, se considera que los gobiernos de los estados y sus organismos quedan fuera del ámbito de la Ley 8884.

Las empresas comerciales propiedad de los gobiernos federales o estatales están claramente contempladas, y el CADE ha participado de manera esporádica en casos de conducta y fusiones que involucran a Petrobrás, la empresa federal de hidrocarburos. Aunque el CADE no ha fallado en casos que involucren a Petrobrás desde 1999, en la actualidad la SDE está realizando una investigación acerca de aseveraciones de trato discriminatorio por parte de una compañía de tuberías de gas natural de Petrobrás. Entre los casos pendientes de fallo se encuentra el de la adquisición de estaciones de gasolina y de distribuidores de gas LP propiedad de AGIP por parte de Petrobrás y un proyecto conjunto de gasoducto entre Petrobrás y White Martins. No existen otras experiencias recientes con empresas federales, excepto por la serie de adquisiciones realizadas por el Instituto de Reaseguros Brasileño, el monopolio federal de reaseguramiento. El SBDC considera las empresas comerciales propiedad del Estado son muy pocas y no cuenta con un historial de casos en ese ámbito.

La Ley 8884 se aplica a las entidades privadas de toda la economía y, por ende, a las compañías que operan en sectores regulados. La única excepción a este principio surgió en el sector bancario, como se describe más adelante. Al aplicar la ley a las empresas reguladas, el CADE evita crear conflictos con el esquema operativo regulatorio. Así, mientras el CADE revisa fusiones y ataca la colusión horizontal en sectores regulados, no demanda a empresas por conductas unilaterales obligadas o controladas por organismos regulatorios.

El Informe de 2000 (página 209) recomendaba que los organismos del SBDC se centraran en prestar mayor atención a la obligación al cumplimiento en casos de posibles abusos de la competencia de empresas recién privatizadas, pero aún dominantes, de la industria de redes, incluyendo en especial a las de telecomunicaciones, energía y transporte. Desde 2000, en cada uno de los sectores regulados se ha realizado por lo menos alguna actividad relacionada con la obligación al cumplimiento de la ley, aunque el SBDC caracteriza el número total de casos como relativamente reducido. Esta sección del informe describe la actividad de obligación al cumplimiento del SBDC en sectores regulados, mientras que la siguiente comenta las actividades de los organismos del Sistema como defensores de la competencia con respecto a las políticas regulatorias sectoriales.

A pesar de que la mayoría de las leyes sectoriales requieren que el organismo regulador considere los principios de la competencia en sus decisiones¹⁰⁹, pocas mencionan directamente la Ley 8884. La autoridad del CADE en esos ámbitos surge entonces por implicación a partir del amplio lenguaje jurisdiccional del Artículo 15. Sin embargo, las leyes sectoriales para los hidrocarburos y las telecomunicaciones se refieren expresamente a la Ley 8884. La Ley de Hidrocarburos de 1997, que cubre los sectores de petróleo y gas natural, requiere que el organismo regulador del sector (la Agencia Nacional del Petróleo, ANP) notifique tanto a la SDE como al CADE si detecta evidencia que sugiera faltas a la ley de competencia. A su vez, el CADE debe notificar a la ANP de cualquier sanción que aplique a empresas del sector, de modo que la ANP pueda tomar las medidas legales apropiadas (como la cancelación de permisos).¹¹⁰

Con respecto al petróleo y sus derivados, incluyendo el gas licuado de petróleo (GLP), en 2002 terminó la regulación de precios para todos los eslabones de la cadena de producción. En la actualidad, los precios de extracción, refinación y distribución local flotan libremente. Por su parte, la ANP regula las redes esenciales de transporte, incluyendo ductos e instalaciones de carga en terminales marinas. Desde 2000, los procedimientos de conducta del CADE en este ámbito se centran en casos de fijación de precios contra vendedores de gasolina al menudeo y distribuidores del GLP, descritos en páginas anteriores. La ANP da seguimiento cercano a los precios de los combustibles y notifica a la SDE en caso de encontrar patrones sospechosos. Aunque en 2002 se realizaron varias reuniones entre el CADE y la ANP a fin de formular un acuerdo de cooperación para intercambiar información y puntos de vista sobre temas de competencia del sector, el proyecto nunca se concluyó. Sin embargo, el SDE ha sido más exitoso en este sentido, habiendo establecido en 2000 un convenio con la ANP para llevar a cabo investigaciones en el sector.

La jurisdicción regulatoria del gobierno federal en el sector del gas natural difiere de la de la mayoría de los sectores, debido a que sólo abarca el comercio interestatal. De acuerdo con la Constitución brasileña, a cada estado se le otorga el control sobre la distribución local. En 2002, al mismo tiempo que los precios del petróleo, se desregularon los precios del gas pero la ANP continúa regulando los gasoductos. A nivel estatal, los 26 gobiernos emplean distintos enfoques. En una serie de estados se ha continuado con la operación directa de la red de distribución, mientras que otros han privatizado el sistema y establecido un organismo regulador. En otros más, se han subastado las concesiones para operar la red. Las ventas de concesiones son transacciones que deben notificarse de acuerdo con el Artículo 54 si se alcanzan los umbrales de volumen de ventas o de participación de mercado. De igual manera, debe notificarse la formación de un consorcio para licitar una concesión. El CADE ha revisado una serie de transacciones que involucran concesiones. De este modo, en 2004, el CADE aprobó sin condiciones el otorgamiento de una concesión a Gás Natural São Paulo Sul para distribuir gas natural en la zona sur del estado de São Paulo, mientras que cobró una multa a la empresa por notificación tardía. De forma similar, el CADE aprobó las transacciones asociadas con la formación en 2004 de una empresa de distribución de gas en el estado de Goiás, de la cual la entidad retuvo una participación de 51 por ciento. Las acciones restantes se vendieron a un consorcio seleccionado por invitación pública.

Un caso fechado en 2001 referente al sector de gas natural describe el enfoque del CADE con respecto al análisis de conductas adoptadas por empresas reguladas. Antes de 1997, la distribución del gas natural en el estado de Río de Janeiro pertenecía a un monopolio del estado. En 1997, el estado dividió los activos de distribución en dos empresas que atendían dos zonas geográficas distintas, privatizó ambas compañías y estableció un organismo regulador estatal. Al siguiente año, ambas empresas elevaron sus precios de forma significativamente superior a la inflación. Los clientes se quejaron de que los distribuidores abusaban de su posición dominante. La decisión del CADE fechada en 2001, que desechaba la demanda, consideró la aplicación de la “doctrina de acción del estado” en Brasil. Esta doctrina, desarrollada como parte de la jurisprudencia de defensa de la competencia en Estados Unidos, funciona para excluir a la autoridad federal de defensa de la como cuando un estado desplaza la competencia de mercado y regula activamente la conducta privada en cuestión. El CADE concluyó que los distribuidores no habían actuado de manera ilegal, pues sus precios se encontraban dentro de los límites permitidos por el regulador estatal.

La Ley de Telecomunicaciones de 1997 es mucho más elaborada que la de Hidrocarburos, al contemplar de manera explícita la aplicación de la ley de

competencia a las empresas de telecomunicaciones y otorgando a la Agencia Nacional de Telecomunicaciones (ANATEL) un papel formal en el proceso de obligación al cumplimiento de la ley. De acuerdo con el Artículo 7 de la Ley “se aplicarán a la industria de telecomunicaciones las reglas generales que rigen la protección del orden económico [que incluye a la Ley 8884] mientras no entren en conflicto con las disposiciones de la Ley.” El Artículo 19 contempla que ANATEL tiene “la autoridad legal para controlar, evitar e impedir cualquier violación al orden económico en la industria de telecomunicaciones, sin perjuicio de las facultades otorgadas al CADE”. El impacto de estas disposiciones reside en que los casos de conducta y fusión en el sector pueden ser considerados por ANATEL, el CADE o ambos. Sin embargo, la Ley de Telecomunicaciones tiene precedencia en términos de la aplicación de los requisitos de notificación de fusiones que exige la Ley 8884. Esto se debe a que la Ley crea un régimen especial para las fusiones de telecomunicaciones, de acuerdo con el que se debe presentar notificación previa de la transacción con ANATEL (convirtiéndolo en la única circunstancia en Brasil en la que se contempla el control previo a la fusión). La jurisdicción de ANATEL sobre los casos de conducta y fusiones se limita a los “servicios de telecomunicaciones” definidos para incluir los sistemas de telefonía fija y las funciones de transmisión de las cadenas televisivas, las operaciones de la TV por satélite y las empresas de telefonía celular.

En la página 219, el Informe de 2000 destacaba que el CADE y ANATEL habían establecido un grupo de trabajo para tratar problemas potenciales al respecto del traslape de disposiciones jurisdiccionales. El CADE afirma que, desde 2000, ambos organismos han logrado desarrollar con éxito un convenio de cooperación de acuerdo con el cual ANATEL toma el papel de la SDE y la SEAE en casos de fusión que involucran a los servicios de telecomunicaciones. De acuerdo con este convenio, la ANATEL lleva a cabo la investigación y presenta una opinión técnica, mientras que el CADE presenta el fallo definitivo. En cambio, con respecto a casos de conducta, la ANATEL comparte la jurisdicción concurrente con la SDE y la SEAE, de manera que uno o los tres organismos pueden llevar a cabo investigaciones y presentar recomendaciones al CADE. Con el paso del tiempo, el CADE y la ANATEL han firmado varios convenios de cooperación escritos, cada uno de los cuales ha vencido posteriormente. El CADE informa que, hasta la fecha, ambos organismos están en vías de negociar un nuevo convenio. Sin embargo, el proyecto se suspendió cuando terminó la gestión del presidente de ANATEL. Los procedimientos de interacción entre la ANATEL y la SDE y la SEAE no están bien desarrollados, y consisten sobre todo de contactos informales entre personal de los organismos.

En los últimos cinco años, el CADE ha considerado varios casos de conducta y fusiones enviados por ANATEL. Por ejemplo, en 2001, el CADE dirigió una

demanda de abuso de dominio contra el Grupo Globo, la cadena televisiva más grande de Brasil. Globo controlaba tanto el Canal Globo, el principal canal de televisión de Brasil, como Sky TV, la compañía más importante de televisión de paga por satélite en ese país. El demandante era TVA Sistema de Televisão, dueña de la empresa competidora de TV satelital, DirectTV. TVA afirmaba que Globo se había rehusado ilegalmente a otorgar a TVA la licencia de transmisión por satélite de Canal Globo. ANATEL investigó y concluyó que no existía abuso de dominio, pues el Canal Globo no era un elemento esencial para el servicio de TV por satélite. El CADE estuvo de acuerdo y desechó el caso, observando que TVA era un competidor viable incluso sin ese canal, y que exigir que los servicios de satélite compartieran programación reduciría la competencia y retrasaría los incentivos de innovación. En un caso de fusión de 2002, el CADE aprobó sin restricciones un proyecto conjunto de Portugal Telecom y Telefónica Internacional para crear la empresa de servicios celulares Vivo.

En casos de fusión, ANATEL tiene autoridad jurídica para emitir una orden impidiendo la consumación de una transacción hasta completar su revisión. El CADE puede emitir una medida precautoria por separado o establecer un APRO al amparo de la Resolución 28 del CADE, a fin de tratar con los aspectos de una fusión que no forma parte de la jurisdicción de ANATEL. Por ejemplo, en la fusión de News Corporation y Hughes, que se describió en páginas anteriores, ANATEL emitió una orden impidiendo que las dos empresas de TV satelital consumaran la transacción subyacente, mientras que el CADE emitía una orden impidiendo que las partes establecieran nuevos contratos contemplando la distribución exclusiva de programación de televisión en Brasil.

Algunas veces, el CADE ha solicitado que la SDE o la SEAE (o ambas) presenten opiniones técnicas adicionales en casos de fusión que entran en la jurisdicción de ANATEL y en casos de conducta que no hayan investigado la SDE y la SEAE.¹¹¹ Así, el CADE buscó opiniones de la SEAE con respecto al requerimiento temporal descrito en la fusión entre News Corporation y Hughes. De igual manera, se buscaron las opiniones tanto de la SDE como de la SEAE en un caso de abuso de dominio contra Telecomunicações de São Paulo (Telesp). En ese caso, la empresa demandante, Empresa Brasileira de Telecomunicações S.A. (Embratel), afirmó que Telesp estaba cobrando tarifas discriminadoras por el acceso a su red. La SDE y la SEAE acordaron que la conducta podría en efecto ser discriminadora y el CADE emitió una orden precautoria siguiendo sus recomendaciones.

La SDE y la SEAE también realizan investigaciones en casos de fusiones y de conducta acerca de aspectos del sector de telecomunicaciones que quedan fuera de la jurisdicción de ANATEL. Las investigaciones de fusiones de los últimos años

generalmente han involucrado mercados con relación vertical con los servicios de telecomunicaciones. Las adquisiciones de prestadores de servicios de Internet por parte de compañías de telefonía fija y de empresas de TV satelital por parte de proveedoras de programación de TV han sido un punto de interés particular. Así, en 2002, la SEAE analizó otra transacción que involucró al Grupo Globo, que (además de SkyTV) también es propietario de SporTV, el principal canal de deportes en la TV brasileña de paga. La transacción involucraba la adquisición por parte de Globo de un interés de 25 por ciento en ESPN Brasil, un canal de deportes de la TV de paga que competía con SporTV. La SEAE concluyó que Globo mantenía una posición monopólica en el mercado de “canales premium de deportes para la TV de paga” y una postura monopsónica con respecto al mercado de presentaciones de eventos deportivos de categoría estelar por TV de paga. Debido a que la entrada era difícil en ambos mercados, la SEAE recomendó imponer ciertas restricciones para reducir la posibilidad de que Globo abusara de su poder de mercado. Las propuestas de la SEAE se diseñaron para impedir que Globo (1) otorgara permisos exclusivos a SkyTV por la transmisión satelital de eventos deportivos estelares; o (2) exigiera derechos exclusivos de transmisión para estos eventos. En la actualidad, el caso se encuentra pendiente en la SDE.

En el ámbito de las investigaciones de conducta que realizan la SDE y la SEAE en mercados relacionados con la jurisdicción de ANATEL pero fuera de ella, destaca un caso más contra el Grupo Globo. En su demanda por abuso de dominio, Associação Neo TV afirmó que Globo se rehusaba a otorgar licencias de SporTV a competidores de sus servicios de TV por satélite, SkyTV y NET. Las propuestas de la SEAE eran similares a las del caso de adquisición de ESPN Brasil. En la actualidad, el caso se encuentra pendiente en la SDE. En dos casos investigados por la SDE que no involucraron a Globo, el CADE falló en 2004 rechazando la existencia de prácticas de *dumping* en la venta al menudeo de teléfonos celulares por parte de Telefônica Celular, Telet Celular y Telebrasília Celular.

De igual forma que la ANP y la ANATEL, la Agencia Nacional de Energía Eléctrica (ANEEL) fue creada en 1997, y sus estatutos también requieren que se hagan efectivos los principios de la competencia cuando sea posible. La ANEEL cuenta con convenios de cooperación con tres organismos de competencia, de acuerdo con los que las partes convienen en compartir información y experiencia técnica y analizar conjuntamente la interacción entre la ley de competencia y el sistema regulativo del sector. La ANEEL proporciona informes a la SDE acerca de sospechas de violaciones a la ley de competencia y opiniones técnicas en casos de conducta y de fusiones. Desde 2000, la única actividad de obligación al cumplimiento por parte del SBDC en ese sector se ha relacionado con las fusiones, todas aprobadas por el CADE sin restricciones luego de ser analizadas dentro del procedimiento acelerado. Las transacciones han incluido adquisiciones de pequeños

productores o de productores o distribuidores regionales de energía eléctrica y la formación de consorcios para licitar permisos de distribución y concesiones para construir plantas de generación de electricidad.

El Departamento de Aviación Civil (DAC) del Ministerio de Defensa de Brasil sigue manteniendo la autoridad reguladora sobre las aerolíneas del país. Entre el DAC y los organismos de competencia no existen acuerdos formales de cooperación y la interacción entre ellos es poca. La ley de competencia se aplica plenamente a la aviación civil, y el caso más importante del SBDC desde 2000 fue la demanda contra las principales líneas aéreas por fijación de precios en la ruta entre Río de Janeiro y São Paulo.

La Agencia Nacional de Transportación Terrestre (ANTT) fue creada en 2002¹¹², con el encargo de regular los servicios de transporte ferroviario de carga y el transporte interestatal e internacional en autobús.¹¹³ En un convenio fechado en 2002 entre la SEAE y la ANTT se establece el intercambio de información, el análisis conjunto de técnicas para aplicar los principios de la competencia a temas de regulación en el sector y la discusión de metodologías para la regulación tarifaria. Existen también disposiciones que tratan con la cooperación en los procedimientos de obligación al cumplimiento de la ley de competencia (incluyendo las investigaciones conjuntas). El CADE y la ANTT adoptaron un convenio en 2003 con términos similares, pero con un enfoque particular en la cooperación para evitar conflictos entre la obligación al cumplimiento de la ley de competencia y las decisiones regulativas en el sector. Sin embargo, se ha presentado poca actividad (o ninguna) al amparo de estos dos convenios.

Con respecto a los ferrocarriles, buena parte de la actividad del CADE se ha centrado en la Companhia Vale do Rio Doce (CVRD), una compañía de gran tamaño dedicada a la minería y el acero que se privatizó en 1997. CVRD mantiene concesiones de operación para una serie de líneas ferroviarias de carga e instalaciones costeras que prestan servicios tanto a sus propias minas y centros de producción de acero como a otros clientes. Algunos de estos clientes que atienden las líneas de CVRD son competidores en el sector minero o de producción de acero, circunstancia que ha llevado a una serie de casos en los que se ha argumentado trato discriminatorio por parte de CVRD. En los casos en los que la discriminación no se relaciona con tarifas reguladas por la ANTT, la jurisdicción del CADE es la que priva. Este sería el ejemplo de un caso entre CVRD y la Samitri Mineral Company con respecto a la transportación y exportación de la producción de hierro de Samitri. El contrato impedía a Samitri la venta de su mineral en ciertos mercados extranjeros y de cualquier cantidad de su producción a precios menores que los de CVRD. En su fallo de 2004, el CADE llevó a cabo lo que, en el fondo, era un análisis de proyecto conjunto, para concluir que el convenio no era ilegal, destacando que

CVRD había realizado una gran inversión para construir una línea de ferrocarril hacia la mina de Samitri, y que CVRD tenía entonces un interés legítimo en la explotación de los activos de mineral de hierro de Samitri.

Otro caso pendiente que trata con el sector ferrocarrilero involucra una fusión, realizada en 2000, en la que CVRD adquirió compañías mineras dedicadas a la extracción de hierro y las líneas de ferrocarril asociadas en el sureste de Brasil. La SEAE y la SDE acordaron que podrían surgir efectos adversos tanto en el mercado de mineral de hierro como en el de servicios ferrocarrileros, y propuso varias condiciones correctivas al CADE. El consulta con la SDE, la ANTT invocó su propia autoridad legal para emitir una orden precautoria imponiendo ciertas restricciones a CVRD hasta que el CADE tomara una determinación. En 2005, el CADE determinó que las transacciones podrían proceder, siempre y cuando se sujetaran a condiciones diseñadas para prevenir impactos en contra de la competencia. Con respecto a la transportación en autobús, una decisión del CADE en junio de 2005 determinando la existencia de un cártel de compañías de autobuses, fue el primer caso en el sector desde 2000. En la actualidad, la SDE está realizando varias investigaciones sobre este tema. La SDE y la SEAE se encuentran realizando la revisión de una fusión entre Gontijo Participações y Viação São Geraldo, dos de las empresas de transporte en autobús más grandes de Brasil.

En cuanto a los puertos, cada uno es controlado por una Autoridad Portuaria, que otorga concesiones que autorizan a agentes privados para operar y prestar servicios de manejo de carga dentro de las instalaciones. En algunos puertos, también existen terminales independientes, de propiedad privada, justo fuera de los límites de los puertos. En un caso, conocido como THC2, sobre el que el CADE dio su fallo recientemente, se trató el tema de las cuotas de manejo de carga cobradas por operadores de la terminal contra los almacenes independientes. El caso involucraba afirmaciones de que ciertos operadores elevaban los costos de sus rivales al cobrar cantidades desproporcionadamente mayores para entregar un contenedor de carga a un almacén ubicado fuera de la terminal de lo que cobraban por entregar el mismo contenedor a un almacén dentro del puerto. El CADE encontró que los diferenciales de precios constituían abuso de dominio, pues representaban una parte significativa de los costos de almacenaje e inducían a los transportistas a utilizar el almacén del operador de la terminal, con lo que se obstaculizaba la competencia en el mercado de almacenamiento. En otro proceso relacionado con los puertos, se está realizando una investigación acerca de afirmaciones de fijación de precios por parte de operadores de remolcadores en el Puerto de Santos.

En cuanto al sector financiero, el Banco Central de Brasil (BACEN) tiene la responsabilidad regulativa de la banca y otras instituciones financieras. Así, ejerce

controles regulativos “prudenciales” sobre los nuevos estatutos de los bancos y las fusiones entre ellos; establece los requisitos de capital, reservas e inversión; e instruye acerca de los sistemas de control interno y de contabilidad. También en el Ministerio de Finanzas existen organismos reguladores separados para los sectores de seguros y valores. En la página 229 del Informe de 2000 se destaca que, aunque la banca no está exenta de la ley de competencia, “el Banco Central continúa ejerciendo la máxima autoridad en temas de competencia en el sector”. En particular, el Banco ha demandado contar con control exclusivo sobre las fusiones bancarias, argumentando que debe garantizar la disposición adecuada de los “bancos problema” y hacer cumplir los límites constitucionales de entrada para las instituciones de la banca extranjera.

En 2001, la Oficina del Procurador General Federal emitió una opinión legal concluyendo que la especificidad de la ley bancaria brasileña tomaba precedencia sobre el lenguaje más general de la Ley 8884, por lo que efectivamente otorgaba al Banco Central la jurisdicción exclusiva sobre la banca para todo fin. El CADE nunca ha accedido a esa opinión, tomando la postura de que la Ley 8884 (promulgada después de la ley bancaria), por sus términos, es aplicable a todas las empresas comerciales, y que el CADE, en tanto que organismo autónomo, no está limitado por una opinión legal emitida por el Poder Ejecutivo. Dos tribunales de primera instancia han considerado si deben notificarse las fusiones bancarias al CADE al amparo del Artículo 54. Un tribunal sostuvo que, en efecto, concluyendo que el Artículo 54 era aplicable incluso cuando la fusión había sido revisada por el Banco Central. Un segundo tribunal en un caso distinto de fusión bancaria sostuvo la opinión contraria, argumentando que la revisión del Banco Central tenía precedencia y que la opinión del Procurador General Federal se aplicaba a todo el gobierno federal, incluyendo al CADE. Ambos casos están en procesos de apelación. Durante los últimos años, el CADE no ha considerado casos de conducta relacionados con bancos, pues la SDE, como organismo del Poder Ejecutivo, está obligada por la opinión legal, por lo que no lleva a cabo investigaciones en el sector.¹¹⁴

Así, se realizaron negociaciones entre el CADE y el BACEN para resolver la controversia por consenso. En un acuerdo enviado al Congreso en 2003 y aprobado por el Comité Constitucional y de Justicia de la Cámara de Diputados en diciembre de 2004, está pendiente ante el pleno del Congreso. El proyecto contempla que el Banco Central tenga responsabilidad exclusiva por la rescisión de fusiones que involucren un riesgo para la estabilidad general del sistema financiero. En todos los demás casos de fusión, el CADE tendrá autoridad dispositiva. Por su parte, la autoridad para el manejo de casos de conducta en el sector bancario residirá exclusivamente con el SBDC. Desde tiempo atrás, el CADE y el BACEN han

mantenido un convenio de trabajo que se utiliza sobre todo como mecanismo para intercambiar información. En la actualidad, los dos organismos están negociando un acuerdo más amplio para fomentar la cooperación y un plan de trabajo conjunto para realizar revisiones de fusiones.

La capacidad de aplicación de la Ley 8884 a las actividades de fijación de precios de las empresas privadas está, por supuesto, limitada cuando el gobierno controla los precios. Aparte de la regulación de las redes de servicios públicos, los únicos controles directos de precios en Brasil hoy en día se aplican a los productos farmacéuticos. Al amparo de un programa iniciado a fines de 2000, la Cámara Reguladora del Mercado de Medicamentos (CMED) fija precios máximos para cerca de 90 por ciento de todos los productos farmacéuticos de venta restringida y libre. Los miembros de la CMED son representantes de los Ministerios de Salud, Finanzas, Justicia y Desarrollo, Industria y Comercio Exterior.¹¹⁵ La SEAE funge como delegada del Ministerio de Finanzas ante la CMED y la SDE es la representante del Ministerio de Justicia. La información acerca de su papel en las deliberaciones de la CMED aparece en la sección dedicada a la defensa de la competencia. La existencia de regulación en los precios de los medicamentos no impide al SBDC obligar al cumplimiento de la ley de competencia con respecto a fusiones y otras formas de conducta de las empresas farmacéuticas, como se demostró en los casos que involucraron un boicot a los medicamentos genéricos y la fusión de las productoras de insulina Novo Nordisk y Biobrás.

Los procedimientos normales para hacer cumplir la Ley 8884 en sectores regulados se incluyen en el proyecto de ley general (pendiente) para los organismos reguladores sectoriales. Los organismos sectoriales deben dar seguimiento a sus industrias en cuanto al cumplimiento con la ley de competencia, reportar sospechas de violación y proporcionar informes técnicos al CADE para su utilización en procedimientos de obligación al cumplimiento. El CADE, por su parte, debe notificar al organismo correspondiente las decisiones tomadas en casos de conducta y fusiones, de modo que éste tome las medidas legales necesarias.

5. DEFENSA DE LA COMPETENCIA

En cuanto a las actividades que se realizan en el seno del SBDC, la defensa de la competencia tiene dos dimensiones. La primera refleja el papel de los organismos como consultores del gobierno y de los organismos regulatorios sectoriales en lo relacionado con la legislación y las disposiciones que implican a la política de competencia. La segunda consiste en actuar en defensa de un mayor reconocimiento y aceptación pública de los principios de la competencia. En lo que respecta a la primera dimensión, una función importante de defensa reside en detener la creación de cualquier programa regulativo que vaya en contra de los principios de la competencia. Por ejemplo, en 2003, el gobierno federal estaba preocupado por el precio del gas licuado de petróleo (GLP), al ser un bien esencial para la población rural brasileña. La SEAE y la SDE participaron en un debate acerca de la posibilidad de proponer legislación que estableciera un sistema de control de precios para el GLP, argumentando con éxito que las modificaciones a las regulaciones técnicas existentes, y la obligación a cumplir los principios de la competencia lograrían mejores resultados que los controles de precios.

De manera similar, en el sector de venta de combustible al menudeo, los organismos del SBDC se han enfrentado a intentos de fiscales locales por establecer sistemas de controles de precios por orden judicial. Los fiscales buscan órdenes de tribunales para fijar precios máximos a la gasolina (cuando se considera que son demasiado altos) o, de manera alternativa, órdenes para fijar precios mínimo (cuando se consideran posibilidades de *dumping*). En muchos de estos casos, el SBDC ha logrado persuadir a los fiscales que los precios “indebidamente elevados” fueron resultado de la actuación de un cártel local, y que los precios “indebidamente bajos” simplemente fueron el resultado de la competencia legítima.

En otro frente, la SEAE ha participado en las discusiones de una propuesta del Ministerio de Cultura para establecer un nuevo programa de regulación. El Ministerio recomendó que la Agencia Nacional de Cine (ANCINE), que concentra sus esfuerzos en el fomento de la producción local de películas, se transformara en un organismo regulador de producciones audiovisuales. La SEAE representó al Ministerio de Finanzas en las discusiones intragubernamentales que culminaron en una decisión de restringir los cambios en este sector a la revisión de los incentivos fiscales que se ofrece a los cineastas en la actualidad. La SEAE está en consultas con el Ministerio de Cultura para presentar una propuesta conjunta para este estudio.

Un segundo tipo de defensa de la competencia trata con la proposición de mejoras, centradas en la competencia, a los programas existentes del gobierno que afectan las operaciones de los mercados. Por ejemplo, la SEAE está dedicada a un proyecto de reforma para el proceso de registro de pesticidas, a fin de acelerar la disponibilidad en el mercado de productos “genéricos” en este rubro. Desde 2002, no se han emitido certificaciones de pesticidas, y se tiene más de 100 solicitudes pendientes. La SEAE estima que la simplificación del procedimiento resultaría en una reducción de hasta 30 por ciento en los precios de estos productos. La SEAE también funge como defensora de la competencia para otros programas gubernamentales, entre los que destacan proyectos para estimular la producción y utilización de combustible vegetal (biodiesel) como fuente alternativa de energía, la creación de un sistema eficiente de operación de mercados para los certificados de emisiones de carbono al amparo del Protocolo de Kyoto, y un mecanismo para desarrollar una regla de límites de precios para las tarifas del servicio postal.

El tercer tipo de actividad en defensa de la competencia son los comentarios sobre las regulaciones propuestas para su adopción por los organismos reguladores del sector. Los organismos del SBDC afirman que buscan fomentar la competencia en los mercados regulados mediante el análisis de las reglas propuestas, la publicación de estudios de competencia en sectores regulados específicos y la invitación al personal de estos organismos para participar en seminarios y otros debates. No obstante, han caracterizado el impacto de sus esfuerzos como “muy limitados”.

**RECUADRO 11. PROCEDIMIENTOS DE DEFENSA DE LA
COMPETENCIA:
MODIFICACIONES PROPUESTAS**

La propuesta general para revisar los procedimientos aplicables a los organismos reguladores sectoriales incluye disposiciones que tratan con la defensa de la competencia. Los organismos reguladores tienen la obligación de solicitar una opinión de la SEAE 15 días antes de presentar sus propuestas de normas y regulaciones para comentario público. Asimismo, se requiere que, dentro de los 30 días siguientes, la SEAE registre una opinión pública sobre las implicaciones de la propuesta en términos de competencia. Debido a que la propuesta de ley sujeta las regulaciones a un periodo obligatorio de 30 días para comentarios públicos, el plazo máximo para que la SEAE comunique su opinión garantiza que las entidades reguladas y los miembros del público tendrán la posibilidad de estudiar la opinión de la SEAE y hacer comentarios al respecto antes de que venza el plazo para comentarios públicos. Los organismos reguladores tienen la obligación de responder oficialmente a comentarios realizados durante este plazo. La respuesta del organismo debe publicarse por lo menos tres días hábiles antes de que los comisionados del CADE se reúnan a discutir la propuesta.

Con respecto a las actividades de defensa de la competencia que realiza el SBDC en sectores específicos, los organismos no han reportado medidas recientes relacionadas con la regulación del petróleo, el GLP y el gas natural, aparte de una conferencia patrocinada conjuntamente por el SBDC y la OCDE en 2003. Con el título de “Taller internacional sobre la interfase entre competencia y regulación en los sectores de GLP, combustible y gas natural”(*International Workshop on the Interface between Competition and Regulation in the LPG, Fuel, and Natural Gas Sectors*) entre los asistentes se contó personal de los tres organismos del SBDC, la ANP y el Ministerio de Energía, además de una serie de participantes internacionales. Por su parte, en el renglón de las telecomunicaciones, también es escasa la interacción entre el SBDC y ANATEL en temas regulatorios. Sin embargo, varios comisionados del CADE (en funciones y del pasado) participaron en un curso de capacitación que se llevó a cabo en 2003. El curso tocó temas de competencia y fue organizado para ANATEL por el Instituto Brasileño para el Estudio de las Relaciones de Competencia y Consumo (IBRAC).¹¹⁶

En el sector de energía eléctrica, la SEAE asistió al Ministerio de Minas y Energía en el desarrollo de reglas de licitación para una entidad agrupada de ventas al mayoreo por medio de la cual las empresas de generación de electricidad podrán vender su producción. Luego de extensas pruebas de métodos de licitación, la SEAE recomendó (y el Ministerio adoptó) la imposición de ciertas restricciones diseñadas para prevenir la colusión y fomentar una identificación más precisa de las curvas de demanda de los distribuidores.

En otro tema, la industria de las aerolíneas ha recibido una atención considerable en lo relacionado con la defensa de la competencia, en especial por parte de la SEAE. Como se describió en el Informe de 2000 (página 225), la autoridad reguladora de las líneas aéreas (la DAC) nunca se ha mostrado entusiasta ante la perspectiva de abrir el mercado. Hasta 2000, cuatro aerolíneas dominaban la industria brasileña: Varig, TAM, Transbrasil y Vasp. En 2001, la devaluación del real en 1999 y el aumento en los precios de los combustibles llevó a Transbrasil a la quiebra. Vasp también dejó de operar en 2005, después de una época en declive. La propuesta de fusión entre TAM y Varig, desechada recientemente, también fue motivada por las dificultades financieras de ambas empresas. Los problemas de las aerolíneas tradicionales contrastaron notablemente con la experiencia de GOL, una nueva aerolínea de bajo costo cuya participación de mercado y oferta de rutas aumentó de forma considerable luego de su entrada al mercado en 2001.

La SEAE elaboró varios artículos técnicos en 2001 instando a una mayor liberalización de las regulaciones para las líneas aéreas, aunque sin efecto alguno en las políticas del DAC. En 2003, el DAC decidió que las aerolíneas establecidas necesitaban ayuda, imponiendo restricciones a la capacidad mediante la regulación

de la compra de aviones y la prohibición de nuevas entradas a rutas a menos que los participantes contaran con un factor de carga alto. La SEAE publicó una serie de artículos criticando estas medidas. A principios de 2004, el DAC actuó aún más agresivamente, al pretender prohibir a GOL comenzar a vender billetes de avión a precios que el DAC consideraba de *dumping*. Otro artículo de la SEAE criticó también esta medida. Sin embargo, incluso antes de que apareciera ese artículo, el Director General interino del DAC fue llamado ante un Comité del Senado y se le pidió que explicara por qué se atribuía la autoridad de obligación al cumplimiento que era facultad exclusiva del SBDC. El Director General respondió que tenía autoridad inherente para salvaguardar la industria aplicando cualquier medida que considerara necesaria. La respuesta no fue considerada satisfactoria por el Comité. Dos semanas más tarde, el gobierno instaló a un nuevo Director General y la venta de boletos de GOL siguió adelante. El Congreso está considerando promulgar legislación que establezca una autoridad civil para la regulación de las líneas aéreas de pasajeros.

Por otro lado, en los sectores de transporte ferroviario y transportación interestatal por autobús, la SEAE y la ANTT concuerdan en que se requieren mejoras en el sistema regulatorio, pero se ha hecho poco por llegar a medidas específicas. En 2003, la SEAE contrató al Instituto de Investigaciones en Economía Aplicada (IPEA, por sus siglas en portugués) para desarrollar los cambios regulatorios recomendados a los autobuses, proyecto que sigue aún pendiente. La SEAE está en consultas con la ANTT acerca de las mejoras en el sistema de licitación utilizado para otorgar concesiones para la construcción y operación de carreteras de cuota.

Con respecto a los puertos marítimos, el organismo identificado como responsable de acuerdo con el Informe de 2000 (página 227) por el desarrollo de la política general de regulación del sector (el Grupo Ejecutivo para la Modernización de los Puertos, GEMPO, por sus siglas en portugués), fue desplazado por un nuevo organismo, GT Portos. A diferencia de GEMPO, este grupo incluye al Ministerio de Finanzas entre sus miembros, y la SEAE funge como una de las entidades representantes del Ministerio. La actividad a la fecha incluye discusiones con la ANTAQ (Agencia Nacional para Puertos y Navegación) relacionadas con el aumento en la competencia en el mercado de servicios de dragado y la propuesta de mejoras en la eficiencia de los puertos para fomentar la actividad exportadora en Brasil. Por otra parte, en el sector de instituciones financieras, las discusiones entre el SBDC y el Banco Central normalmente se han centrado en temas relacionados con la división de la jurisdicción, aunque se han dedicado algunos esfuerzos para analizar las posibles mejoras a favor de la competencia en la regulación financiera.

Como se destacó en párrafos anteriores, la SEAE funge como delegada del Ministerio de Finanzas y la SDE del Ministerio de Justicia ante la Cámara Reguladora del Mercado de Medicamentos (CMED), la entidad responsable por el establecimiento de límites superiores a los precios y otro tipo de regulación del mercado para los medicamentos controlados y algunos de venta libre. La SEAE y la SDE se unieron para diseñar la metodología de determinación de ciertos factores en la fórmula legal de establecimiento de precios aplicada por la CMED, así como para tocar temas específicos de fijación de precios cuando un medicamento entra al mercado por primera vez. Los dos organismos que participan en un grupo técnico compuesto por miembros de la CMED, representantes de la industria y consumidores, creado recientemente para considerar la eliminación de controles de precios para medicamentos de venta libre. De igual manera, ambos organismos participan en un grupo establecido para considerar temas de regulación en el mercado de seguros privados de salud.

Un cuarto tipo de defensa de la competencia surge en el contexto de la privatización. Lo obtenido de las privatizaciones presenta dos oportunidades de participación para los organismos de competencia. La primera es en la etapa de planeación, cuando se diseñan los procedimientos para llevar a cabo la venta y se estructuran los paquetes de activos. En ese contexto, el organismo de competencia puede defender el establecimiento de reglas que favorezcan la competencia y desalienten la creación de monopolios privados. La segunda es en el momento de la venta misma, cuando el organismo de competencia actúa como autoridad de obligación al cumplimiento de la ley para impedir compras que atenten contra la competencia. Como se destacó al inicio de este informe, Brasil no ha realizado privatizaciones desde 2002. Los registros a disposición del SBDC no muestran si se presentó participación de organismos en la etapa de planeación para las privatizaciones que se dieron entre 2000 y 2001. Aún así, el CADE sí revisó las transacciones asociadas con la privatización de CVRD. La venta de acciones de Petrobrás se estructuró como oferta pública que no planteó problemas relacionados con la política de competencia.

Un quinto tipo de defensa de la competencia se centra en las regulaciones que la obstaculizan que adoptan los estados y los gobiernos locales. El Artículo 7 X de la Ley 8884 contempla que el CADE puede “requerir de los organismos del Poder Ejecutivo federal y de las autoridades territoriales de los estados, municipios y el Distrito Federal, tomar todas las medidas necesarias para el cumplimiento de esta Ley”. A pesar de que el CADE no puede obligar a que se acepten sus recomendaciones, el lenguaje legal otorga al CADE un estatuto para comentar acerca de los programas regulativos de los estados. Como se describió en el Informe de 2000 (página 195), hasta ese punto, el CADE había presentado tres solicitudes al

amparo del Artículo 7X, incluyendo una en 1998 para la desregulación de las tarifas de taxis en la ciudad de Brasilia. Aunque la recomendación de los taxis no fue adoptada, el municipio sí tomó medidas para reducir los niveles de tarifas de los taxis. El Informe de 2000 (página 210) recomendó que el CADE explotara su autoridad moral y política en tanto que organismo nacional de competencia empleando el Artículo 7X y el procedimiento de consulta al amparo de la Resolución 18 para tratar cualquier tipo de limitación a la competencia impuesta por los gobiernos estatales y locales.

El CADE ha informado que no tiene registros de actividad alguna al amparo del Artículo 7 X desde 2000. Sin embargo, dos procedimientos recientes, que se describen en otras secciones de este informe, han llevado a solicitudes exitosas con respecto al Artículo 7 X. En el primer caso, que involucra acciones concertadas por la asociación de vendedores de combustible al menudeo de Brasilia para obtener una orden municipal prohibiendo el establecimiento de estaciones de venta en supermercados y centros comerciales, la ciudad rehusó emitir la orden en respuesta a la recomendación del CADE. En el segundo caso, que se relacionó con la adquisición de Briobrás por parte de Novo Nordisk, el Ministerio de Comercio suspendió ciertas medidas anti-*dumping* que habían sido impuestas en relación con la importación de insulina.¹¹⁷ Aparte de la actividad del CADE con relación al Artículo 7 X, la SEAE informa estar participando en un proyecto para desarrollar lineamientos federales para la regulación local de servicios de agua y alcantarillado.

Una sexta manera de defender la competencia es mediante el estudio de la dinámica de la competencia en mercados específicos de Brasil y la publicación de informes acerca de los sectores estudiados. La SEAE publica regularmente “Artículos de Trabajo” técnicos que tratan con temas de política de competencia en determinados mercados. Desde 2000, los sectores tratados en los artículos de la SEAE han incluido el farmacéutico, el de ferrocarriles de carga, la aviación, el petróleo, las telecomunicaciones, la electricidad, los supermercados, los seguros de salud y los sistemas de alcantarillado.¹¹⁸ En 2004, la SDE comisionó al IPEA la elaboración de estudios de los sectores de servicios de salud y la banca.

Una última manera de defender la competencia es por medio de capacitación y seminarios que el SBDC ofrece a otros organismos del gobierno. A lo largo de los últimos dos años, el SBDC ha llevado a cabo una serie de iniciativas diseñadas para fomentar la comprensión y el reconocimiento de la ley de competencia, tanto entre los miembros del Poder Judicial como entre los fiscales públicos. En diciembre de 2004, el CADE se unió con la OCDE y una asociación de jueces para ofrecer a los jueces de Brasilia un taller de dos días de duración sobre tópicos de competencia. La SDE ha organizado dos conferencias para proporcionar capacitación sobre asuntos de competencia para fiscales públicos y jueces federales, y la SEAE ha

asistido a la Oficina del Fiscal Federal en la organización de un curso sobre la ley de competencia para fiscales. Los funcionarios del SBDC también han recibido invitaciones con frecuencia creciente para asistir y participar como ponentes en conferencias organizadas por jueces y fiscales.¹¹⁹ En una iniciativa aparte, el departamento de competencia de la SDE (el Departamento de Protección y Defensa Económica, DPDE) ha cooperado con el Departamento de Protección y Defensa del Consumidor (DPDC) para presentar conferencias y talleres de capacitación conjuntos acerca de la ley de competencia para organismos de defensa del consumidor en los estados brasileños. Desde principios de 2003, se han realizado cuatro conferencias y más de 20 talleres locales.

La segunda dimensión de la defensa de la competencia incluye los esfuerzos por fomentar un mayor reconocimiento y aceptación de los principios de la competencia entre la sociedad en general. Los organismos que integran el SBDC comprenden plenamente la importancia de esta dimensión. En especial, el CADE y la SEAE han desarrollado una serie de programas para aumentar la comprensión pública. Durante los últimos cinco años, los dos organismos han realizado numerosas presentaciones ante la comunidad empresarial acerca de las políticas de competencia y temas de obligación al cumplimiento de la ley de competencia. Entre los grupos que han sido objeto de estas presentaciones se encuentran las asociaciones comerciales e industriales más importantes, como la Federación de Industrias del Estado de São Paulo (FIESP), el CIESP (el Centro de Industrias del Estado de São Paulo) y la CNI (Confederación Nacional de la Industria), muchas de las cámaras de comercio que representan a las empresas internacionales y más de una docena de otras asociaciones comerciales y profesionales. Otro tipo de presentaciones que se ha llevado a cabo para grupos de profesionistas, se centró más en temas legales técnicos. Por ejemplo, cuando el procedimiento acelerado para fusiones se instituyó en 2003, se invitó a los bufetes de abogados a sesiones de la SEAE en Río de Janeiro, São Paulo y Brasilia para comentar el tipo de casos que serían revisados en el proceso simplificado. También se han realizado presentaciones sobre otros temas legales ante el comité de competencia del Colegio de Abogados de Brasil (OAB, por sus siglas en portugués); instituciones relacionadas con la ley de competencia, como el Centro de Estudios de las Sociedades de Abogados (CESA), el Grupo de Estudios de Derecho Económico (GEDECON) y el Instituto Brasileño para el Estudio de las Relaciones de Competencia y Consumo (IBRAC) y a académicos y estudiantes de varias escuelas de derecho, departamentos universitarios de leyes y economía y otras instituciones académicas. En 2003, el SDE realizó una serie de presentaciones para discutir nuevas técnicas de investigación de cárteles y fomentar el programa de certificación con el cumplimiento de los principios de la competencia. Recientemente también,

representantes de los tres organismos han presentado y explicado detalles de la legislación propuesta para revisar la Ley 8884.

Los sitios que mantiene cada uno de los organismos en Internet son medios importantes a través de los cuales el SBDC se comunica con el público.¹²⁰ Los sitios contienen legislación de defensa de la competencia, fallos de casos, resoluciones, órdenes, lineamientos de cumplimiento, comunicados de prensa, informes anuales, artículos, artículos de trabajo y vínculos con material relacionado. El sitio del CADE también tiene una sección detallada de preguntas frecuentes sobre temas de competencia y el sitio de la SDE proporciona información sobre cárteles y explica cómo presentar una demanda sobre conductas en detrimento de la competencia.¹²¹ Entre el material impreso se incluye un folleto del CADE que proporciona información básica sobre la ley de competencia y el SBDC y el Diario del CADE, que contiene fallos y resoluciones importantes del CADE, así como artículos sobre ley de competencia y temas de política escritos por personal del SBDC, abogados y economistas del sector privado y académicos. La SDE y la Agencia Nacional del Petróleo (ANP) se unieron para publicar un folleto con información sobre conductas que atentan contra la competencia en el mercado de combustible.

Otro método de defensa de la competencia que emplea el SBDC es mediante el fomento de la educación académica acerca de la ley y las políticas en este ámbito. Cada año, el CADE patrocina dos conferencias en las que se entrega un premio al mejor artículo sobre política de competencia escrito por un estudiante universitario.¹²² Los tres organismos ofrecen programas de capacitación dos veces por año para familiarizar a los estudiantes universitarios con las funciones del SBDC. Los programas, que han atraído a un número creciente de estudiantes de leyes, de economía y de escuelas de negocios, proporcionan experiencias prácticas para futuros especialistas en el tema, al igual que un conocimiento más amplio sobre el campo de la competencia para estudiantes en otras disciplinas.¹²³

Con respecto a las relaciones con los medios, cada uno de los tres organismos cuenta con un asesor de comunicaciones, y la SEAE y la SDE también cuentan con la ayuda del personal de comunicación de sus respectivos ministerios. Al tratar con los medios, los organismos hacen hincapié en maximizar la transparencia en congruencia con las restricciones que impone la confidencialidad. Cuando se van a anunciar cuestiones relacionadas con casos e iniciativas de política de competencia relevantes, se convoca a conferencias de prensa, elaborándose también comunicados de prensa con un estilo sin tecnicismos adaptado al lector general. Los periodistas que cubren la fuente del SBDC califican muy favorablemente las relaciones de los organismos con los medios, aunque son menos entusiastas con respecto a las limitaciones de confidencialidad. A medida que los periodistas amplían su conocimiento acerca del SBDC, la calidad y precisión de la cobertura ha aumentado

en proporción directa.¹²⁴ Por otra parte, los periodistas establecen contacto con funcionarios del SBDC con frecuencia creciente, como fuentes de apoyo sobre temas de regulación económica sin relación con la ley de competencia.

En este sentido, el CADE informa que ha sido objeto de interés creciente de la prensa durante los últimos años. Las estadísticas acerca del número de historias de los medios al respecto del CADE muestran un incremento de 213 notas en 2003, a 390 en 2004. La SDE estima que cerca de 150 notas por año tratan con las actividades de competencia que realiza esta dependencia. En un estudio que realizó la SDE acerca de las notas que aparecieron sobre la dependencia entre noviembre y diciembre de 2003 y julio y agosto de 2004, se observó que 59 por ciento eran favorables y 5 por ciento desfavorables. El 36 por ciento restante fue caracterizado por la SDE como meramente informativas. Por su parte, las estadísticas de la SEAE acerca del número de historias que se refieren a la dependencia son variadas, mostrando 193 notas en 2000, cayendo a 94 en 2001, para luego llegar a un máximo de 253 en 2002 y volver a descender a 155 en 2003 y 86 en 2004. Las notas acerca de la SEAE hasta el primer trimestre de 2005 alcanzaron 64, a un ritmo que, extrapolado, llegaría a las 192 al final del año. La SEAE advierte que las estadísticas sólo reflejan los artículos en los que la dependencia ha sido citada por su nombre, y que las notas acerca de la ley de competencia son erráticas acerca de las menciones específicas del organismo.

Entre los líderes empresariales y las grandes corporaciones, el conocimiento acerca del SBDC, la ley de competencia y la política de competencia ha aumentado en general de manera importante durante los últimos cinco años. Estos conocimientos también están comenzando a filtrarse entre las empresas de menor tamaño y el público en general, por lo menos en los grandes centros de población, aunque sigue siendo un obstáculo la percepción común de que se supone que la ley de competencia debería controlar los precios altos. Pasando del nivel de comprensión al de compromiso, las grandes asociaciones empresariales de Brasil apoyan notablemente la política de competencia, argumentando que su puesta en marcha fomentará la competitividad de Brasil de forma eficaz en los mercados internacionales. Aunque la comunidad empresarial no siempre concuerda con las decisiones del SBDC en casos específicos, sí apoya la legislación para consolidar las instituciones encargadas de la ley de competencia y para la introducción de un sistema de notificación previo a las fusiones.

6. CONCLUSIONES Y OPCIONES DE POLÍTICA

6.1 Fortalezas y debilidades en la actualidad

A pesar de estas serias desventajas, el SPCB ha realizado grandes avances durante los últimos cinco años en la puesta en marcha de políticas de competencia sólidas. En particular, desde 2003 el sistema ha tratado con eficacia los problemas más serios en sus facultades de control. La mayor parte de las recomendaciones que se presentaron en el Informe de 2000, sobre las que ha sido posible actuar, se han puesto en marcha. Así, se redujo de manera considerable el esfuerzo que se dedicaba a revisar fusiones que no tenían efectos adversos sobre la competencia gracias a la aplicación del procedimiento acelerado y los de revisión conjunta, y los recursos liberados se re canalizaron a la obligación a cumplir las disposiciones en contra de los cárteles. En este contexto, se reinterpretaron las normas de notificación de fusiones para limitar los requisitos de registro a las transacciones con un nexo suficientemente nacional (a pesar del impacto adverso sobre los ingresos derivados de las cuotas de notificación que reciben los organismos). Las funciones de investigación entre la SDE y la SEAE se consolidaron y se coordinaron para aumentar la eficiencia y se prestó, por lo menos, cierta atención a la obligación al cumplimiento en sectores en los que operaban en el pasado monopolios gubernamentales. En la actualidad, se cuenta con nuevas facultades legales para realizar investigaciones domiciliarias y establecer un programa de indulgencia, posibilidades que se utilizan con frecuencia.

También se han observado muchas otras mejorías en rubros que no se trataron en el Informe de 2000. Asimismo, se eliminaron los rezagos en la revisión de casos de conducta y fusiones. También se introdujo un sistema para certificar programas corporativos de cumplimiento con las disposiciones de competencia. Se desarrollaron y se aplicaron técnicas para impedir la integración de las partes en una fusión durante procedimientos de revisión realizados por los organismos, eliminando el incentivo perverso para que las partes retrasaran el proceso de revisión de las fusiones. De forma similar, se emplearon los requerimientos como herramienta para detener las conductas anticompetitivas en casos no relacionados con fusiones mientras se llevaban a cabo procedimientos de investigación. La creación de un centro de métodos cuantitativos por parte de la SDE contribuyó al avance de la

capacidad para realizar análisis económico sofisticado. Asimismo, se comisionaron estudios económicos para desarrollar mejores métodos para emplear técnicas cuantitativas y econométricas. En los tribunales, el CADE estableció su derecho a participar en audiencias de emergencia para aplazar órdenes del CADE y requirió, con éxito, que las multas impuestas se depositaran en el tribunal durante los procedimientos judiciales para aplazar la ejecución de la multa.

El SBDC amplió de forma intensa su interacción con autoridades extranjeras de defensa de la competencia y expandió su participación en organizaciones multinacionales para este fin, tanto en América del Sur como en otros países. En lo que concierne a la defensa de la competencia, los organismos del SBDC (principalmente por medio de la SEAE, aunque no de manera exclusiva) se resistieron con éxito a la aplicación de una serie de programas y propuestas de regulación que atentaban contra la competencia. Los tres organismos han participado en los intensos esfuerzos por aumentar el entendimiento de las leyes de competencia entre los fiscales públicos y los miembros del poder judicial, y la SDE ha utilizado con eficacia su departamento de protección al consumidor para contribuir a formar a las organizaciones locales de este segmento acerca de la política de competencia. Los tres organismos también participan de forma activa en el desarrollo de una cultura de competencia en Brasil. Por último, los organismos superaron añejos desacuerdos para presentar una propuesta unificada para realizar revisiones legislativas sustanciales a la ley de competencia.

Sin embargo, varias de las recomendaciones realizadas en el Informe de 2000 no tuvieron seguimiento por parte del SBDC. Así, el CADE dedicó poca atención a tratar con las restricciones contra la competencia impuestas por los gobiernos estatales y locales, la obligación al cumplimiento de las leyes y la defensa de la competencia demostraron muy poca visibilidad en algunos sectores y el CADE no mostró la voluntad para depender únicamente del “primer documento vinculante” como circunstancia de activación en notificaciones de fusión. Otros ámbitos en los que podrían hacerse mejoras se relacionan con la transparencia de las decisiones y los lineamientos del CADE, así como con su manera de enfocar el litigio privado en defensa de la competencia. No obstante, los renglones en los que el SBDC merece un reconocimiento exceden, tanto en número como en relevancia, a los aspectos en los que su desempeño fue de algún modo deficiente.

Entre las fortalezas particulares del SBDC se incluye una gran dedicación institucional por alcanzar niveles altos de integridad, autonomía, solidez de políticas y justicia de los procedimientos, sin olvidar un excelente cuadro de liderazgo y una comunidad empresarial que presta un apoyo importante. Entre sus debilidades se puede mencionar su estructura institucional contraproducente y una plantilla de personal que no es suficiente en número, ni cuenta con la compensación adecuada

para poder retener a empleados calificados en el largo plazo. Entre las consecuencias de estas desventajas se encuentra la deficiente memoria institucional, las ineficiencias y los rezagos. También existen disposiciones legales con relación a la notificación en las fusiones y el programa de indulgencia que interfieren con una obligación al cumplimiento eficiente y eficaz. La falta de familiaridad de los tribunales con la ley de competencia es otra fuente de dificultades.

Las recomendaciones que se presentan a continuación, clasificadas en dos grupos, fueron diseñadas para tratar toda la gama de temas de política y leyes de competencia que enfrenta el SBDC. El primer grupo concierne a las recomendaciones que sugieren tomar medidas por ramas del gobierno federal distintas del SBDC, mientras que las del segundo grupo se relacionan con cambios que puede poner en práctica el CADE.

6.2 Recomendaciones

Recomendaciones al gobierno federal

6.2.1 Consolidar las funciones de investigación, enjuiciamiento y adjudicación del SBDC en un solo organismo autónomo.

Existe un consenso claro en Brasil, apoyado por una década de experiencia, acerca de que la estructura actual del SBDC no sólo es ineficiente, sino contraproducente. Al combinar la SDE con el CADE y reorientar la SEAE hacia la defensa de la competencia más que la investigación de casos, la legislación propuesta consolida todas las funciones esenciales del SBDC para hacer cumplir la ley en un solo organismo autónomo. Aunque no existe un esquema organizacional correcto para los organismos de competencia, el modelo de una sola entidad ha demostrado ser exitosos en muchas jurisdicciones, y su adopción en Brasil sería un avance con respecto a la situación actual.

En la página 215 del Informe de 2000 se observaba que la independencia del CADE se veía comprometida bajo el estatuto actual, debido a que sólo la SDE (organismo del Poder Ejecutivo) tenía la facultad de iniciar casos de obligación al cumplimiento de la ley, con lo que el CADE carecía de la autoridad plena “sobre la dirección general de la política de competencia en el país (página 215). Aunque la propuesta de ley elimina la participación del Poder Ejecutivo en los procesos del CADE, la capacidad de la Plenaria para controlar la orientación de la obligación al cumplimiento se verá disminuida aún más, debido a que las decisiones del Director General para cerrar (o no abrir) investigaciones administrativas pueden ser apeladas sólo ante el Director General y no ante el Pleno.

El formato de organismo único que se refleja en la propuesta de ley implica contar con un fiscal sólido y completamente independiente del cuerpo resolutorio. Un modelo alternativo que mantuviera la separación de las funciones procesales y resolutorias pero que permitiera cierto nivel de interacción entre ambas requeriría facultar al Presidente del CADE para nombrar (y destituir) al Director General, previa aprobación del Pleno. Este modelo también ha funcionado en otras jurisdicciones, y merece ser considerado en la medida en la que Brasil desee depositar una mayor autoridad para controlar la agenda de obligación al cumplimiento de la ley en manos del Presidente y el Pleno en lugar de en manos del Director General.

6.2.2 Proteger la autonomía de este CADE reconstituido mediante la ampliación de los periodos en funciones de los comisionados, el Director General y otros altos funcionarios a, por lo menos, cuatro años (y de preferencia cinco), y con nombramientos escalonados.

Tanto la ley vigente como la propuesta establecen al CADE como entidad autónoma, libre del control del Poder Ejecutivo. Esta autonomía es totalmente apropiada dado el poder del CADE para emitir juicios e imponer penas por violaciones a la Ley 8884. Sin embargo, la autonomía no significa, por supuesto, un aislamiento total del resto del gobierno. Las decisiones del CADE están sujetas a revisión por parte de los tribunales, la integridad de sus procesos es vigilada por el Fiscal Público y tanto el Presidente como el Congreso desempeñan un papel crucial en el nombramiento de los comisionados y otros funcionarios de alto nivel del organismo.

La redacción de la ley actual (Art. 4, párrafo 1), al contemplar que los comisionados cumplan un periodo de dos años con posibilidad de ser nombrados para un segundo periodo reduce la autonomía del CADE, al crear incentivos para que los comisionados en funciones ajusten sus decisiones a fin de ser nombrados de nuevo. Incluso si ese ajuste de decisiones no ocurriera nunca, lo reducido del periodo en funciones genera la sospecha de que podría darse. De cualquier manera, un periodo de dos años es ineficientemente corto para los comisionados encargados de resolver problemas técnicos y complejos litigados en un procedimiento acusatorio. La experiencia acumulada de los comisionados es demasiado valiosa para una destitución tan prematura.

La propuesta de ley contempla periodos de cuatro años para los comisionados, el Procurador General y el Economista en Jefe, y de dos años para el Director General. Todos estos puestos son de nombramiento presidencial con aprobación del Senado, y todos (incluyendo al Director General), contemplan que la duración sea de por lo menos cuatro años, por los motivos antes expuestos. También debería

considerarse el establecimiento de periodos de cinco años, ya que los funcionarios de los organismos autónomos deberían tener nombramientos más largos que los de la entidad política que los determina. El Presidente de Brasil cumple un mandato de cuatro años, por lo que establecer los nombramientos de los organismos durante el mismo plazo significaría que cada presidente podría sustituir a todos los integrantes de un organismo.

Ya sea que los mandatos tengan una duración de cuatro o de cinco años, deberían ser escalonados, como se contempla en la propuesta. La perspectiva de que un presidente pudiera sustituir a todos los comisionados durante el curso de un mandato presidencial de cuatro años no es tan problemático en términos de autonomía como los es el reemplazo simultáneo de todos o la mayoría de los comisionados en un mismo punto en el tiempo.

6.2.3 Al realizar nombramientos, se debería otorgar la consideración debida a la importancia de la experiencia técnica en economía y legislación de competencia.

Los organismos de competencia aplican normas legales muy generales a lo que pueden ser modalidades muy complejas de actividad comercial. La experiencia técnica es un elemento importante para llegar a decisiones que distingan con precisión entre las conductas dañinas y las benéficas. La precisión en el análisis no sólo es importante por el riesgo que ello implica para las partes, sino también porque los errores de consideración al obligar a cumplir una ley de competencia pueden obstaculizar la vitalidad económica, desalentar la inversión y reducir la innovación de manera importante.

6.2.4 Fijar el quórum del Pleno en cuatro en lugar de cinco participantes en las ocasiones en las que el número de comisionados disponibles para votar sobre un caso se reduzca a cuatro por causa de vacancia o descalificación .

Ahora, la Ley, por medio del Artículo 49, requiere un quórum de cinco comisionados en toda circunstancia,. En efecto, algunas veces se retrasa la emisión de fallos debido a que no se cuenta con el número suficiente de comisionados para que haya quórum. Una excepción modesta permitiría que un quórum de cuatro miembros resolviera casos en los que el número de comisionados tuviera que reducirse a cuatro por causa de vacancia, descalificación o discapacidad.¹²⁵

6.2.5 Promulgar leyes que creen plazas de carrera en el CADE y proporcionen los recursos adecuados para contratar y retener un número suficiente de elementos calificados entre el personal profesional.

No debe esperarse que un organismo funcione durante una década utilizando personal “prestado” y temporal, en especial cuando el desempeño eficaz y eficiente de la misión del organismo depende en tan gran medida del conocimiento institucional acumulado. Sin plazas permanentes y de carrera, el CADE no será capaz de competir con eficacia contra otros organismos en lo relacionado con la contratación de personal calificado. El Informe de 2000 (página 200) concluyó que el suministro de personal para el CADE debía ser definido como “alta prioridad en el gobierno y el Congreso”, urgencia que se repite aquí enfatizando en la palabra “alta”.

Sin embargo, los problemas que enfrenta el CADE no se resolverán simplemente por medio de la creación de plazas de carrera. El número de plazas y su compensación también tiene una importancia crucial. El personal adscrito en la actualidad al CADE, incluso los 28 asistentes temporales, no basta para permitir la conclusión expedita del trabajo del organismo, con lo que se contribuye al retraso que sufren los procedimientos del CADE. Por su parte, la situación en la SDE es peor, al contar con un personal de 35 profesionistas intentando resolver 800 asuntos pendientes. De cualquier modo, si la SDE y el CADE aumentan sus esfuerzos por hacer cumplir las leyes en contra de los cárteles se justificaría el incremento de recursos para ambos organismos (como se recomienda en otras secciones de este informe). Hasta este punto, el SBDC ha hecho todo lo que está en su poder para exprimir tanta productividad como es posible de los recursos existentes. De aquí que no sea posible obtener más productividad sin personal adicional.

Asimismo, para que el CADE logre contratar y retener personal calificado es importante que tengan una compensación adecuada (incluyendo a las plazas DAS). A medida que la estancia de los empleados en sus plazas se extienda, se podría esperar que se redujeran los problemas que se pueden atribuir, por lo menos en parte, a un personal carente de experiencia y sobreexplotado, como la solicitud de información indebida y engorrosa y las revelaciones inadvertidas de información confidencial.

Sin embargo, con respecto a la Oficina del Procurador General del CADE surge otro problema con el personal. A pesar de que los abogados de esa oficina reportan al Procurador General del CADE y no al Procurador General Federal, este último determina cuántos abogados deben asignarse al CADE. El número actual es 13, de entre 18 y 20 que se mencionaban en el Informe de 2000 (página 187). Mientras tanto, el número y la complejidad de los casos pendientes en los tribunales que

involucran al CADE como parte, ha aumentado de manera considerable entre 2000 y 2004. El impacto efectivo sobre el mercado de muchos de los fallos que emite el CADE depende de su obligación al cumplimiento en el plano judicial, por lo que garantizar que el CADE tenga la representación adecuada en los tribunales es igualmente importante que contar con el personal adecuado para sus procesos. El número de abogados asignados a la Oficina del Procurador General debe aumentar.

6.2.6 Considerar el establecimiento de oficinas regionales del CADE

Como punto final en el tema de los recursos, debería considerarse la factibilidad económica de establecer oficinas regionales del CADE en diversos lugares de Brasil. Ninguna otra agencia además del CADE tiene facultades para hacer cumplir la Ley 8884 y se puede esperar que surjan muchos casos que justifiquen ser procesados en centros de población diferentes de Brasilia. Mantener una presencia local también mejoraría la relación del CADE con los fiscales públicos locales y facilitaría sus esfuerzos para fomentar la comprensión pública de la política de competencia e incrementar su apoyo.

6.2.7 Revisar la propuesta de ley para eliminar la asignación de los ingresos por multas al CADE y la SEAE.

De acuerdo con la ley actual, todos los ingresos provenientes de las multas recaudadas se remiten al Fondo para la Defensa de los Derechos Difusos (CFDD, por sus siglas en portugués). La ley propuesta asigna 25 por ciento de los ingresos por multas al CADE y un monto igual a la SEAE, con el 50 por ciento restante canalizado al Fondo. No resulta deseable dar a un organismo de obligación al cumplimiento de la ley un interés presupuestario del tamaño de las multas que imponga de forma discrecional. Incluso si el organismo no se ve influenciado por la perspectiva de ingresos por multas, no hay forma de comprobar la imparcialidad del mismo ante las compañías a las que se imponen estas multas. La mejor práctica consiste en remitir las multas a una cuenta general que no esté asociada con el organismo de obligación al cumplimiento.¹²⁶

6.2.8 Modificar el proceso de notificación y revisión de fusiones para

- Adoptar una norma explícita que revise las implicaciones competitivas de las transacciones de fusión.

La Ley 8884 no contiene en la actualidad una norma explícita a la luz de la cual evaluar la legalidad de las fusiones. Para proporcionar transparencia a las partes afectadas en una fusión y orientación al organismo de competencia, la ley de control de fusiones debería incluir una norma expresa al respecto. La legislación propuesta

incluye lenguaje que prohíbe las fusiones que “eliminan la competencia en una parte sustancial del mercado relevante, que creen o fortalezcan una posición dominante o que puedan dominar un mercado relevante.” La redacción, similar a la adoptada en 2004 por la Unión Europea, establece una base adecuada para evaluar las fusiones.

- Establecer un sistema de notificación previo a la fusión.

Tanto el SBDC como la comunidad empresarial concuerdan en que el sistema actual de notificación posterior a la fusión en Brasil es poco manejable e ineficiente. La legislación propuesta establece un sistema de notificación previo a la fusión, contemplando que las partes de esta transacción deben mantener “las condiciones de competencia” entre ellas y no tienen la facultad para ejecutar una transacción notificada sino hasta que haya sido evaluada por el CADE.

- Eliminar la notificación actual de participación de mercado y adoptar umbrales basados en el volumen de ventas interno tanto de las partes mayores como de las menores en la transacción.

La ley actual requiere que una fusión sea notificada si la entidad resultante controla 20 por ciento de un mercado relevante o si cualquiera de las compañías participantes tiene un volumen anual de ventas de 400 millones de reales. La redacción legal no especifica que el volumen de ventas deba ser medido en función de las ventas en Brasil, por lo que puede interpretarse como si se refiriera a ventas en el mercado global. Esta formulación tiene tres defectos. Primero, el defecto de restringir el volumen de ventas al mercado brasileño lleva a la red de notificaciones muchas transacciones que no tienen significancia competitiva reconocible en Brasil. La comunidad internacional de defensa de la competencia concuerda en que los países no deberían buscar mantener la jurisdicción de fusiones que carecen de nexos suficientes con el país en cuestión.¹²⁷ Recientemente, el CADE decidió que la redacción existente debería interpretarse sólo para considerar el volumen de ventas en Brasil, pero esta restricción debería incluirse en la disposición legislativa más que sometida a la interpretación del organismo de defensa de la competencia.

Segundo, una de las pruebas de notificación existentes depende de la participación de mercado. De nuevo, la comunidad de defensa de la competencia concuerda en que los requisitos sólo deberían centrarse en normas que sean cuantificables de manera objetiva, y recomienda específicamente que no se utilice el empleo de la participación de mercado como prueba.¹²⁸

Tercero, la prueba existente de volumen de ventas sólo se activa si una de las partes en la transacción la cumple, sin importar el tamaño de la otra parte. Esto

también puede generar el requerimiento de notificar fusiones que no tienen potencial anticompetitivo. La recomendación que genera consenso internacional acerca de este punto es que la notificación “no debe requerirse únicamente sobre la base de la actividad local de la empresa compradora, por ejemplo, con referencia a una prueba combinada de ventas locales o de activos que podría ser satisfecha sólo por la parte compradora, sin importar cualquier actividad local que realice la compañía que será adquirida”.¹²⁹

La propuesta de ley trata todos estos defectos al requerir notificación sólo si (1) al menos uno de los participantes en la transacción tiene un volumen de ventas total en Brasil de 150 millones de reales, y (2) por lo menos otro participante en la transacción tiene un volumen de ventas total en Brasil de 30 millones de reales. Así, el volumen de ventas se limita únicamente a las ventas en Brasil, se elimina la prueba de participación de mercado y sólo se requiere notificación si las partes mayor y menor en la fusión tienen la cantidad relevante de volumen de ventas en Brasil.

- Eliminar la notificación de transacciones no relacionadas con fusiones.

En los casos en los que los sistemas de notificación no sólo cubren las fusiones sino todos los convenios restrictivos, la experiencia común es que los costos impuestos sobre la comunidad empresarial y el organismo de obligación al cumplimiento exceden los beneficios resultantes en términos de la competencia. Al restringir expresamente el requisito de notificación a las “fusiones”, la ley propuesta elimina en efecto la redacción de la ley existente que requiere notificar las transacciones no relacionadas con fusiones.¹³⁰

- Considerar la aceleración de la revisión y aprobación de transacciones que no planteen cuestionamientos relacionados con la competencia.

La ley actual no requiere notificación previa a la consumación de transacciones, por lo que no suspende de manera automática las transacciones mientras el SBDC realiza su revisión. La propuesta establece un sistema de notificación previo a la fusión de acuerdo con el que se prohíbe la consumación de las transacciones notificadas hasta haber completado la revisión. El consenso internacional con respecto a estos sistemas de notificación “suspensivos” es que deberían incluir un mecanismo que permitiera una conclusión acelerada del periodo de espera para transacciones que no planteen temas competitivos de importancia crucial.¹³¹

De conformidad con la propuesta de ley, la Dirección General debe publicar una notificación resumida de la transacción propuesta dentro de los cinco días

siguientes a la fecha en la que se considere que la notificación ha sido completada. Dentro de los 20 días posteriores a la publicación de la notificación, la Dirección General debe solicitar información adicional o aprobar la transacción. En caso de ser aprobada, el Pleno tiene un plazo de 15 días dentro de los cuales puede publicar un anuncio de su determinación para revisar la decisión de la Dirección General. Si el Pleno no actúa durante ese plazo, la aprobación de la transacción queda confirmada y podrá entonces consumarse. Así, el sistema propuesto supone un mecanismo de conclusión acelerada de acuerdo con el cual las transacciones que no generen controversia sean aprobadas en un plazo no mayor de 40 días después de su registro (o tal vez antes si la Dirección General actúa en menos de 20 días).

- Establecer una fecha límite definitiva en función de la cual el CADE debe determinar si bloqueará o no una fusión.

De acuerdo con la ley vigente, el CADE debe emitir un fallo definitivo sobre una fusión dentro de un plazo de 60 días luego de recibir la recomendación de la SDE (sujeto a suspensión para recabar información adicional). Si el CADE no cumple con este plazo, se considera que la fusión ha sido aprobada.

Como se destacó en párrafos anteriores, la propuesta de ley introduce un procedimiento de conclusión anticipada de acuerdo con el que una transacción inobjetable puede consumarse en un plazo de 40 días después de notificada. En el caso de transacciones que planteen problemas de competencia, el proyecto de ley establece una serie de plazos límite que dan seguimiento a cada etapa del proceso, más que un solo plazo a cumplir para la revisión completa. La Fase I de investigación por parte de la Dirección General (DG) debe estar concluida dentro de los 60 días posteriores a la presentación satisfactoria de la información requerida por las partes, en cuyo momento la DG deberá aprobar la fusión o transferirla al Pleno para su consideración. Por su parte, en caso de que la DG apruebe la fusión, el Pleno tiene 15 días para designar una revisión de la aprobación misma.

Una vez que un caso en disputa se agenda para su revisión en el Pleno, las partes cuentan con 30 días para presentar su defensa y, a partir de ese plazo, el Comisionado Relator tiene 20 días para ordenar investigación adicional o programar el asunto para ser juzgado en el Pleno. Si se requiere investigación adicional, su conclusión da inicio a un periodo de diez días para que la Dirección General y las partes presenten argumentos adicionales, seguido por un periodo de 20 días en el que el Comisionado Relator debe programar el asunto para ser juzgado ante el Pleno. Sin embargo, el Pleno no tiene plazo determinado para presentar su fallo definitivo.

La comunidad internacional de defensa de la competencia concuerda en que los organismos dedicados a este fin deben contar con el tiempo suficiente para analizar transacciones complejas, pero reconoce también que plazos largos pueden ocasionar el abandono de las transacciones, obstaculizar la planeación de la transición por parte de los participantes en la fusión, y obligar a diferir la realización de las eficiencias generadas por la fusión. El principio general expresado por la RIC sobre este punto es que las revisiones de fusiones deberían “completarse dentro de un marco temporal razonable. Un plazo de revisión razonable debería tomar en cuenta, entre otras cosas, la complejidad de la transacción y los posibles temas relacionados con la competencia, la disponibilidad y dificultad de obtención de la información, y la oportunidad de las respuestas de las partes en la fusión a las solicitudes de información.”¹³² De manera similar, la OCDE afirma que las revisiones de fusiones “deberían llevarse a cabo y las decisiones tomarse dentro de un marco temporal razonable y determinable”.¹³³

Las recomendaciones de la RIC proporcionan detalles adicionales con respecto a los periodos de espera en sistemas suspensivos de revisión de fusiones, recomendando que las jurisdicciones “busquen la convergencia de sus periodo de espera dentro de los marcos temporales que utilizan comúnmente los organismos internacionales de competencia.” Así, los periodos iniciales de espera deberían vencer en seis semanas o menos, y las revisiones ampliadas o de ‘Fase II’, deberían terminar o poderse terminar dentro de seis meses o menos luego de la presentación de la(s) notificación(es) inicial(es).¹³⁴ Sin embargo, cabe apuntar que estos plazos recomendados son para la finalización de los periodos de espera, y que no son plazos para la adjudicación definitiva de los méritos de la transacción. La RIC continúa sus recomendaciones para los periodos de espera con la afirmación de que las partes deberían ser libres de consumir transacciones al vencimiento de los periodos de espera “a menos que el organismo de competencia tome medidas formales para ampliar el periodo de espera (como, por ejemplo, al iniciar los procedimientos de la Fase II), a fin de imponer condiciones para cerrar la transacción o prohibirla”.¹³⁵

La propuesta de ley contempla que, dentro de los 40 días posteriores al registro de la notificación, la revisión en Fase I del registro inicial concluiría con una cancelación anticipada o la conversión del caso a un procedimiento de investigación de Fase II. Así, la propuesta se adapta a la recomendación de la RIC con respecto a la duración de la Fase I. De acuerdo con la propuesta, la Fase II tiene una duración de 165 días, momento en el que el asunto tendrá que ser programado para ser juzgado por el Pleno si no se resuelve por otro medio. A pesar de ser menor que el periodo de seis meses recomendado por la RIC, la deficiencia se encuentra en que el último evento sujeto a un plazo es la entrega del caso al Pleno. Las partes no pueden consumir la fusión durante el tiempo que tome el Pleno para deliberar.

Una solución eficaz consistiría en permitir a las partes consumir la transacción 20 días después de que el Comisionado Relator programe el caso para deliberación del Pleno, a menos que se emita mientras tanto una orden precautoria al amparo de la Resolución 28. Una orden basada en la Resolución 28 requiere que se encuentre necesario emitir un requerimiento preliminar y es, en sí, una orden sujeta a revisión judicial. Sumar este requerimiento al final del proceso de revisión de la fusión requeriría que el Pleno demostrara públicamente la razón por la que una transacción debería continuar siendo bloqueada durante más de seis meses.

- Establecer procedimientos formales de conciliación en casos de fusiones.

La ley vigente no establece mecanismos formales de conciliación por consenso para casos de fusiones. Debería alentarse la resolución negociada de los casos de fusión, debido a que muchas transacciones problemáticas desde la perspectiva de la competencia podrían salvarse con la modificación adecuada de los elementos de la misma. La propuesta de ley incluye una disposición que faculta a la Dirección General (con la participación obligatoria del Comisionado Relator) para negociar un acuerdo conciliatorio en el caso de una fusión notificada en cualquier punto del tiempo antes de que el caso sea agendado ante el Pleno como transacción cuestionada. Una vez negociado, el arreglo deberá publicarse durante diez días, por lo menos, para recibir observaciones al respecto, luego de lo cual la DG puede elegir renegociar la propuesta o transmitirla al Pleno para su proceso final. El periodo de comentario público es una característica bienvenida de los procedimientos de conciliación negociada, pues contribuye a garantizar al organismo que ha evaluado correctamente el posible impacto del arreglo sobre el mercado relevante.

Modificar el programa de indulgencia para

- Eliminar el riesgo de los participantes en el programa de indulgencia a ser demandados de acuerdo con leyes penales distintas de la de Delitos Económicos.

El Artículo 35-C de la Ley 8884 protege a los participantes en el programa de indulgencia de ser acusados al amparo de la ley brasileña de delitos económicos (número 8137/90), pero no trata otras leyes penales (como las que castigan la extorsión y la conspiración) que serían vehículos posibles para atacar a participantes de un cártel. Los incentivos de un conspirador para buscar indulgencia se ven obstaculizados por este riesgo. De aquí que debiera modificarse la ley para impedir cualquier tipo de persecución penal por conductas que constituyan una violación de la ley competencia y es la base de la situación de una empresa como participante en el programa de indulgencia.

- Reducir la exposición de los participantes en el programa de indulgencia a las sentencias por daños en el ámbito civil

De acuerdo con la ley vigente, los participantes en el programa de indulgencia no reciben protección de las demandas civiles que puedan presentar agentes privados. Aunque esto puede funcionar como disuasor para que un conspirador solicite indulgencia, en general no existen razones de peso para excusar a un conspirador de su responsabilidad por los daños causados a las víctimas de la conspiración. Sin embargo, el sistema legal brasileño aplica una “responsabilidad conjunta y solidaria” a los miembros de una conspiración. Esto significa que se puede requerir que un conspirador pague más de su parte del daño si otros miembros de la conspiración están protegidos contra la posibilidad de un juicio. El principio subyacente a la responsabilidad conjunta y solidaria es que cada miembro de una conspiración (como un cártel de fijación de precios) deberá estar expuesto a enfrentar la responsabilidad por el monto total de los daños causados por el esquema de conspiración.

Una opción para tratar con el riesgo de los solicitantes de indulgencia de enfrentar demandas por daños civiles, sería la de eliminar su responsabilidad conjunta y solidaria, de manera que nunca fueran responsables por más daños que los causados por su propia conducta. Una opción adicional consistiría en reducir o eliminar la sentencia de los daños contra el acusado en el programa de indulgencia en la medida en la que se cuente con fondos compensatorios de otros conspiradores.¹³⁶

- Adoptar disposiciones que garanticen que la evidencia incriminadora proporcionada por los solicitantes para el programa de indulgencia no se utilicen contra ellos si se encuentra que no cumplen las condiciones para participar en el programa.

La ley vigente (Art. 35-B, §10) contempla que lo propuesto por solicitantes de indulgencia que luego resulte que no cumplen con las condiciones necesarias para formar parte del programa, será mantenido como información confidencial por parte del SBDC y no será tratado como admisión de que la parte cometió la acción en disputa o que dicha acción es ilegal. Sin embargo, la ley no restringe el uso interno de la información por parte del SBDC. Esta es otra forma de exposición al riesgo que puede desalentar las solicitudes de indulgencia. El SBDC debería adoptar disposiciones que prohíban a los funcionarios receptores del programa la revelación al personal de investigación de cualquier información confidencial recibida de los solicitantes del programa que luego se determina que no cumplen las condiciones necesarias para pertenecer a él.¹³⁷

6.2.9 Considerar el nombramiento de jueces especializados y paneles de apelación para resolver temas relacionados con la ley de competencia.

Ya sea que el CADE logre o no persuadir al Poder judicial para que revise las decisiones del CADE sólo en cuanto a irregularidades de procedimiento y no con respecto a temas que atenten contra la competencia, los tribunales brasileños tendrán que enfrentarse a cuestiones relacionadas con la competencia al emitir una sentencia al amparo de la Ley de Delitos Económicos y las demandas civiles que buscan resarcir daños en términos de la competencia. Aunque existen limitaciones constitucionales para la creación de tribunales especializados, el juez principal de un tribunal regional de apelaciones puede designar paneles especializados para escuchar apelaciones de casos relacionados con las leyes de competencia, y puede sugerir a los tribunales de primera instancia en la región que se nombren jueces especializados para escuchar casos de competencia en primera instancia. Si se designa a los jueces para fungir como especialistas, deberían recibir la capacitación adecuada para analizar temas económicos, lo que también podría emplearse para resolver casos que involucren a organismos reguladores del sector o que, por otros motivos, planteen problemas económicos.¹³⁸

6.2.10 Limitar la Ley de Delitos Económicos a violaciones de cárteles.

La ley federal de Delitos Económicos (número 8137/90) no sólo prohíbe la formación de cárteles entre competidores para fijar precios, dividir mercados o arreglar licitaciones, sino también las conductas unilaterales que involucran declaraciones de abuso de poder económico, aumentos de precios sin justificación, *dumping* y discriminación de precios. El CADE está mejor equipado para tratar con estas conductas al amparo de la Ley 8884. La Ley de Delitos Económicos debería entonces modificarse para eliminar de su ámbito las conductas no relacionadas con cárteles.

6.2.11 Considerar limitar las demandas civiles por daños monopólicos a partes y conductas que hayan estado sujetas a una sentencia específica de ilegalidad por parte del CADE.

Los demandantes privados en Brasil pueden presentar casos en busca de daños al amparo de la Ley 8884 y otras leyes. De la misma manera en que la exposición a ser demandado al amparo de la Ley de Delitos Económicos puede desalentar las conductas a favor de la competencia, el riesgo de enfrentar demandas privadas por daños relacionados con conductas anticompetitivas puede tener el mismo efecto. Las demandas privadas por daños pueden iniciarse en cualquier tribunal de primera instancia en Brasil, y no se cuenta con información para determinar la frecuencia con la que se entablan o con la que resultan en sentencias contra conductas que no

han sido caracterizadas adecuadamente como anticompetitivas. Una manera para limitar las demandas civiles sólo a reclamos legítimos consistiría en modificar la ley de manera que este tipo de demanda sólo puedan presentarse contra partes y por conductas que hayan estado sujetas a un fallo específico de ilegalidad por parte del CADE. Esta modificación podría incluir una cláusula que limite la vigencia de la misma, de acuerdo con la que la restricción vencería luego de cierto número de años a menos que se renueve. Este tipo de cláusula proporciona oportunidades para recabar información y evaluar los registros de obligación al cumplimiento en temas de defensa de la competencia entre agentes privados en Brasil. Si no se considera apropiado promulgar una ley semejante, en el futuro, deberían realizarse esfuerzos para recolectar información sobre el volumen, la naturaleza y los resultados de los litigios sobre competencia en el ámbito privado.

6.2.12 Adoptar las disposiciones en el proyecto general de ley para los organismos del sector que establecen procedimientos estandarizados para obligar al cumplimiento de la ley de competencia

Aunque la Ley 8884 es aplicable a empresas en sectores regulados, la mayoría de las leyes de los organismos no se refieren de manera específica a la ley de competencia ni establecen procedimientos de cooperación para su cumplimiento entre el organismo sectorial y el CADE. El proyecto general de ley para los organismos reguladores sectoriales incluye disposiciones que requieren a los organismos dar seguimiento a sus industrias en cuanto al cumplimiento con la ley de competencia, reportar sospechas de violación y proporcionar informes técnicos al CADE para su utilización en procedimientos de obligación al cumplimiento. Por su parte, el CADE debe notificar al organismo correspondiente las decisiones tomadas en casos de conducta y fusiones que puedan afectar al sector, de modo que el organismo tome las medidas legales necesarias.

6.2.13 Adoptar las disposiciones en el proyecto de ley general para los organismos del sector que establecen procedimientos estandarizados para la participación de la SEAE en procedimientos de los organismos para promulgar normas y regulaciones.

De conformidad con la ley propuesta para reorganizar el SBDC, se reorienta el enfoque de la SEAE hacia la defensa de la competencia y se le asigna responsabilidad específica por el fomento de la competencia mediante la realización de consultas con organismos reguladores y la emisión de opiniones sobre las propuestas de reglamentación. El proyecto general de ley para los organismos reguladores sectoriales incluye las disposiciones complementarias necesarias para establecer un papel específico para la SEAE en términos de procedimientos para el establecimiento de reglas. Así, se requiere que los organismos reguladores

sectoriales soliciten la opinión de la SEAE 15 días antes de presentar sus propuestas de normas y regulaciones para comentario público. Por su parte, se requiere que, en un plazo de 30 días, la SEAE emita una opinión pública sobre las implicaciones de la propuesta en términos de competencia. Los organismos reguladores tienen la obligación de responder oficialmente a comentarios realizados durante este plazo.

6.2.14 Adoptar el proyecto de ley pendiente de aprobación para la obligación al cumplimiento de la ley de competencia en el sector bancario.

El proyecto de ley, diseñado conjuntamente por el Banco Central y el CADE, proporciona un vehículo adecuado para resolver el añejo desacuerdo entre los dos organismos acerca de la aplicación de la ley de competencia a las instituciones financieras. El proyecto contempla que el Banco Central tenga responsabilidad exclusiva por la revisión de fusiones que involucren un riesgo para la estabilidad general del sistema financiero. En otros casos de fusión, el Banco investigará en conjunto con el SBDC, y el CADE tendrá autoridad dispositiva. Por su parte, la autoridad para el manejo de casos de conducta en el sector bancario residirá exclusivamente con el SBDC.

Recomendaciones para el CADE

6.2.15 Tratar con las limitaciones contra la competencia que aplican gobiernos estatales y locales.

Esta recomendación renueva la presentada en el Informe de 2000 (página 195) que instaba al CADE a explotar su autoridad moral y política en tanto que organismo nacional de competencia empleando el Artículo 7 X y el procedimiento de consulta al amparo de la Resolución 18 para tratar cualquier tipo de limitación a la competencia impuesta por los gobiernos estatales y locales. El Artículo 7 X confiere poderes no sólo para que el CADE solicite que los organismos federales tomen medidas, sino también de “las autoridades estatales, municipales, territoriales y del Distrito Federal”. El CADE ha empleado la autoridad conferida por el Artículo 7 X para tratar temas relacionados con regulación local en ocasiones contadas y, durante los últimos años, sólo cuando surgieron problemas de regulación en el contexto de un procedimiento de obligación al cumplimiento de la ley. En su página 195, el Informe de 2000 observó que el CADE podría desempeñar una “función altamente útil” al evaluar esquemas de regulación, reflejando el punto de vista de que las limitaciones contra la competencia impuestas por la ley a menudo son más dañinas que cualquier restricción impuesta por un convenio privado. Como se describió en otras secciones de este informe, el departamento de competencia de la SDE (el Departamento de Protección y Defensa Económica, DPDE) ha cooperado con el Departamento de Protección y Defensa del Consumidor (DPDC), también

adscrito a la SDE, para presentar conferencias y talleres de capacitación conjuntos acerca de la ley de competencia para organismos de defensa del consumidor en los estados brasileños. Este programa podría fungir como vehículo para identificar sistemas regulativos locales que justifiquen ser considerados por el CADE.

6.2.16 Fungir como defensora de la competencia con respecto a la legislación federal y los programas de regulación.

Aunque el proyecto de ley asigna a la SEAE una responsabilidad especial por la evaluación de las implicaciones competitivas de las actividades regulativas del gobierno, el CADE conservará aún el poder que le otorga el Artículo 7 X de la ley de competencia para solicitar que los organismos federales tomen las medidas necesarias para cumplir con la ley de competencia. El CADE ha interpretado que el Artículo 7 X le confiere autoridad para recomendar cambios en las regulaciones que atenten contra la competencia, y debería conservar esta interpretación. El CADE desempeña un papel crucial en el proceso regulativo como el único organismo autónomo con la autoridad y experiencia adecuadas para opinar acerca de temas de competencia. Por su parte, la SEAE, en tanto que organismo del Poder Ejecutivo es responsable en última instancia ante el Ministerio de Finanzas y, con base en ello, está sometido, al menos potencialmente, al control político de sus posturas de defensa de la competencia.

6.2.17 Actualizar los Lineamientos Horizontales para Fusiones de 2001.

Los lineamientos para fusiones no sólo establecen el marco analítico para que el organismo de competencia considere casos de fusión, sino también hace que el proceso de revisión de fusiones sea más transparente y predecible ante el sector privado. Por esta razón, la comunidad internacional de defensa de la competencia alienta a los organismos dedicados a esta actividad que revisen sus lineamientos con regularidad para reflejar las prácticas vigentes y poner en marcha las mejoras.¹³⁹ Los lineamientos actuales para las fusiones que emitió el SBDC en agosto de 2001 no parecen reflejar los elementos analíticos que en efecto se utilizan en el análisis de las fusiones. Como se ha destacado en otras secciones, los lineamientos no mencionan el índice de Herfindahl-Hirschman (HHI) para medir el nivel de concentración del mercado o la defensa de las empresas en quiebra, aunque, de hecho, el CADE emplea ambos conceptos en sus decisiones de fusión. Un proyecto para revisar los lineamientos también presentaría oportunidades para que el SBDC tratara las recomendaciones emitidas por la Red Internacional de Competencia para formular lineamientos de revisión de fusiones.¹⁴⁰

6.2.18 Garantizar que los fallos permitan que el público compruebe la racionalidad y la justicia en la aplicación de la ley de competencia.

La transparencia es una característica importante de la toma de decisiones por parte de los organismos de competencia debido a que el sector privado requiere un entendimiento claro de las limitaciones legales si ha de dedicarse a realizar planes de negocios de forma eficiente. Asimismo, las perspectivas para lograr un alto nivel de cumplimiento con la ley de competencia dependen en gran medida de la asesoría que los profesionistas dedicados a la práctica relacionada con la ley de competencia proporcionen a sus clientes del sector empresarial. Además, no es posible dar una asesoría confiable si las políticas de obligación al cumplimiento no son predecibles. En comentarios orientados a los procedimientos de revisión de fusiones, pero igualmente aplicables a casos de conducta, la Red Internacional de Competencia ha recomendado lo siguiente:

Que se proporcione una explicación razonada para las decisiones que pongan en disputa, impidan o condicionen la aprobación de una transacción y decisiones de aprobación que establezcan un precedente o representen un cambio en la práctica o política de obligación al cumplimiento. . . . Lo importante es que la información disponible permita al público dar seguimiento a la congruencia, predictibilidad y justicia en la aplicación del proceso de revisión de fusiones.¹⁴¹

De manera similar, la OCDE ha instado a sus países miembros a “garantizar que las reglas, políticas, prácticas y procedimientos involucrados en el proceso de revisión de fusiones sean transparentes y estén a disposición del público, incluyendo la difusión de explicaciones razonadas para disputar, impedir o condicionar formalmente la aprobación de una fusión”.¹⁴²

Las decisiones emitidas por el CADE están razonadas plenamente, pero no siempre relacionan el análisis con los lineamientos aplicables o identifican si el organismo está introduciendo un elemento analítico nuevo o modificado. Sería deseable prestar algo más de atención a los intereses del sector privado en el entendimiento de la evolución del enfoque analítico del CADE.

6.2.19 Permitir la resolución de casos de conducta mediante el consenso, incluso cuando el acusado admita haber mostrado conductas ilegales

El Artículo 53 de la ley vigente prevé la resolución de casos de conducta por consenso. La resolución de un caso al amparo del Artículo 53 no implica admisión de responsabilidad o culpa por parte del demandado y el CADE no impone una multa monetaria. Sin embargo, este tipo de arreglos son extremadamente raros,

sobre todo porque la SDE no entablará negociaciones de resolución si ya cuenta con evidencia suficiente para sentenciar al demandado por la violación que está bajo investigación. Asimismo, los términos del Artículo 53 lo invalidan en casos de violación horizontal que involucran fijación de precios, arreglo de licitaciones, división de mercado y conductas similares (Art. 53 §5).

La política de la SDE acerca del Artículo 53 ha sido diseñada para evitar que los demandados esperen la conclusión de la investigación de la SDE antes de buscar un arreglo. Este enfoque, al igual que la negación por ley de los arreglos en casos de cárteles, refleja una política sana en la que el arreglo no trae consigo la admisión de responsabilidad ni la sanción. Sin embargo, sí debería contarse con un mecanismo de arreglo cuando un demandado en cualquier tipo de caso de conducta no desee disputar los cargos del CADE y desea declararse culpable, pagar una multa y aceptar una orden de suspensión de la conducta ofensiva. De acuerdo con la ley propuesta, la multa mínima en un procedimiento del CADE será de 6,000 reales (2,400 dólares), en lugar del 1 por ciento del volumen anual de ventas que requiere la ley vigente. La capacidad para negociar una multa mínima debería representar un incentivo para que las empresas entren en un arreglo, en lugar de involucrar al CADE en litigios administrativos prolongados y procedimientos judiciales de revisión. El CADE podría emitir una orden correctiva apropiada (luego de un plazo para comentario público) e imponer una multa reducida, restaurando en efecto la competencia sin los retrasos y los gastos asociados con el litigio. Resulta difícil para un organismo de competencia funcionar con eficacia si todos sus casos son disputados. El CADE debería considerar esta y otras formas de alentar a los demandados a resolver los casos de conducta por consentimiento.

6.2.20 Tratar las demandas privadas que busquen la adjudicación de daños a la competencia como oportunidades para ejercer la defensa de la competencia y generar más información sobre el impacto competitivo de dicho litigio.

De acuerdo con el Artículo 89, un tribunal en el que se ha presentado una demanda privada que involucra la aplicación de la Ley 8884 debe notificar e invitar al CADE a contribuir en el proceso. El CADE tiene la política de aceptar este tipo de invitaciones sólo cuando la conducta de que se trate en la acción privada haya estado sujeta a un procedimiento del CADE y el organismo haya emitido un fallo definitivo sobre la legalidad de la conducta. En los casos en los que el CADE no ha participado en un procedimiento, el organismo debería considerar tratar estas invitaciones como oportunidades para defender la competencia. En particular, con respecto a los casos privados que involucran ataques a conductas como el *dumping* o los precios abusivamente altos, el CADE puede proporcionar asesoría útil al tribunal acerca de cómo evaluar estas demandas al amparo de la Ley 8884. En este sentido, el CADE debe también dedicarse a desarrollar una base de datos que contenga

información sobre el volumen, la naturaleza y el resultado de demandas civiles por daños en el ámbito de la competencia presentadas con base en el Artículo 29 de la Ley 8884 y otras leyes, como el Código de Defensa del Consumidor y la ley de acción legal colectiva, que proporcionan las bases para las demandas basadas en conductas que atentan contra la competencia.¹⁴³ La información de este tipo es necesaria para evaluar si el litigio privado de defensa de la competencia contribuye o funciona en detrimento de la obligación efectiva al cumplimiento de la ley de competencia.

6.2.21 Continuar con los programas existentes para:

- enfocar los esfuerzos de obligación al cumplimiento de la ley en casos de cárteles;
- establecer acuerdos de cooperación en el ámbito de la obligación al cumplimiento de la ley con organismos reguladores sectoriales y enjuiciar la conducta anticompetitiva de las empresas en sectores regulados;
- establecer consensos con la Oficina del Fiscal Público que respeten el papel de los fiscales públicos asignados al CADE de conformidad con el Artículo 12 de la Ley 8884;
- fomentar el entendimiento y la apreciación de la ley de competencia entre (1) los fiscales públicos, para facilitar su cooperación en la operación del programa de indulgencias y desalentar la coerción anticompetitiva al cumplimiento de la Ley de Delitos Económicos¹⁴⁴; y (2) los miembros del poder judicial, para aumentar la calidad del análisis que aplican los tribunales en casos que traten temas de competencia;
- aumentar el reconocimiento y la aceptación de los principios de la competencia entre la sociedad en general, como defensor del desarrollo de una cultura de competencia en Brasil.¹⁴⁵

Como se ha descrito en este informe, el CADE y la SDE han puesto en marcha programas en cada una de estos cinco rubros. Todos estos esfuerzos son importantes para el progreso de la ley y la política de competencia y merecen un apoyo continuo.

NOTAS

1. Publicado como *Competition Law and Policy Developments in Brazil*, OECD Journal of Competition Law and Policy, octubre 2000, vol. 2, No. 3. Los números de página citados corresponden a esta publicación.
2. Posteriormente, se liberó al real para permitirle flotar contra el dólar como resultado de la crisis de balanza de pagos de 1999.
3. El proyecto de ley descrito en este informe representa el consenso de los organismos del SBDC publicado por el gobierno en febrero de 2005. El borrador está siendo objeto de revisiones antes de su presentación formal ante el Congreso, por lo que la descripción en este informe debe entenderse como un reflejo de las reformas propuestas conjuntamente por los organismos y no como una predicción de lo que surgirá del proceso legislativo.
4. Proyecto de ley alternativo para modificar la Ley 3337/04 (Congresista Picciani).
5. Proyecto de Ley Complementaria Número 344.
6. De acuerdo con los organismos del SBDC, la referencia a la “función social de la propiedad” tanto en la Constitución como en la ley de defensa de la competencia reflejan la tesis de que los propietarios no necesariamente tienen derecho a retener la totalidad de los beneficios que se derivan de la propiedad, sino que podrían estar obligados a compartirlas de algún modo con el resto de la sociedad.
7. La propuesta para modificar la Ley 8884 deja prácticamente sin cambio las faltas de conducta especificadas en los Artículos 20 y 21, excepto en que la referencia al abandono o la destrucción de cultivos o cosechas que se hace en el Artículo 21 XVII se sustituye por una referencia expresa a demandas u otorgamientos de exclusividad (incluyendo la territorial) en la distribución de productos o servicios.
8. El Procurador General del CADE advierte que esta cláusula podría aplicarse si, por ejemplo, la Compañía A (productora de trastos) convenciera falsamente a los compradores de trastos que la Compañía B (una fabricante competidora de trastos) utiliza materias primas inferiores, forzando así a B a reducir sus precios como respuesta a la caída en la demanda.
9. El párrafo final del Artículo 21 contempla que “para fines de la caracterización de una imposición abusiva de precios o un incremento irracional en estos, deberán considerarse los siguientes incisos, con la debida atención a otras circunstancias

relevantes en la economía o el mercado: (I) el precio de un bien o servicio, o cualquier incremento en él, con respecto a cualquier cambio en el costo de su insumo respectivo o con mejoras en la calidad; (II) el precio de un producto fabricado con anterioridad, comparado con su sustituto en el mercado sin cambios sustanciales; (III) el precio de un producto o servicio similar, o cualquier mejora del mismo, en mercados competitivos similares; y (IV) la existencia de acuerdos o convenios de cualquier tipo que causen un incremento en los precios de un producto o servicio o en sus respectivos costos.”

10. Los lineamientos mismos establecen que también tienen la intención de servir como guía para el público y que, en ese sentido, han sido emitidos con base en la autoridad que se confiere al Consejo al amparo del Artículo 7 XVIII de la Ley de Competencia para “hacer del conocimiento del público los tipos de violación del orden económico”.
11. Debido a que el *predatory pricing* no se caracteriza convencionalmente como una práctica “horizontal”, el personal del SBDC anticipa que este aspecto de los lineamientos se verá alterado cuando estos últimos se revisen de nuevo.
12. Por supuesto, un caso de cártel también requiere prueba de colusión. Los lineamientos contemplan que la evidencia probatoria “no necesita restringirse a pruebas documentales, sino que también puede incluir evidencia circunstancial, como la ausencia de razonamiento económico para adoptar una práctica que no necesariamente es ilegal”. Anexo II, § B1.2. A pesar de este lenguaje, el CADE no recurre a la falta de explicación económica para atacar este tipo de conducta como fijación paralela de precios. Para encontrar colusión, se requieren “factores adicionales”, como reuniones o intercambio de datos entre las empresas participantes.
13. Por ejemplo, la SEAE se reestructuró para crear nuevas unidades en São Paulo, Rio de Janeiro y Brasilia dedicadas exclusivamente a investigaciones de cárteles.
14. En términos estadísticos, el SBDC caracteriza los casos de asociaciones médicas como abuso de dominio, más que como conducta horizontal, con base en el argumento de que la demanda se presenta contra una sola entidad dominante (la asociación) más que contra los médicos en forma individual (que, en general, no tienen mucha opción que la de convertirse en miembros de la asociación). En contraste, este informe trata los casos como “horizontales”, pues traen consigo acuerdos que restringen el intercambio entre miembros de la asociación que, de otra manera, serían competidores.
15. Como en el caso de las asociaciones médicas, el SBDC caracteriza los casos de las Unimed como abusos de dominio más que como conducta horizontal. De nuevo, en este informe se tratan estos casos como “horizontales”, pues traen consigo acuerdos que restringen el intercambio entre miembros de la asociación que, de otra manera, serían competidores.

16. En marzo de 2005, en una medida por separado, el CADE aceptó un arreglo negociado entre la SDE y la ATPCO, de acuerdo con la cual esta última suspendía de su sistema la característica de notificación con tres días de anticipación con respecto a las aerolíneas brasileñas.
17. Sin embargo, la SDE está llevando a cabo un proceso legal para analizar si el convenio fungió como ocultamiento de colusión entre TAM y Varig con respecto al número de vuelos programados. La investigación inicial de la SEAE apuntó hacia que ambas aerolíneas habían suspendido vuelos lucrativos luego de aplicarse el convenio.
18. El CADE también recomendó que Brasilia apelara a la restricción relacionada con la ubicación de gasolineras en estacionamientos, y su recomendación fue adoptada recientemente por el gobierno municipal. Mientras tanto, los demandados han apelado la decisión del CADE ante los tribunales, argumentando en parte que un acuerdo para buscar legislación que atente contra la competencia nunca puede ser ilegal.
19. Con argumentos similares, el CADE también rechazó otras demandas de *dumping*, incluyendo las relacionadas con la venta al menudeo de teléfonos celulares (2004), cerveza (2004) y medicamentos (2000 y 2003).
20. Este caso se discute en mayor detalle más adelante en este informe.
21. Orden Conjunta No. 50, p. 1, n. 1 (1 de agosto de 2001).
22. Antes de octubre de 2000, todas las referencias a multas en la ley se expresaban en términos de unidades fiscales de referencia, cuyo valor se ajustaba con la inflación. Este concepto se abolió en octubre de 2000. Desde entonces, todas las nuevas multas que aparecen en las leyes se expresan en términos de reales, la divisa brasileña. El valor final de una unidad fiscal de referencia se determinó en 1.0641 reales, o cerca de 0.42 dólares al tipo de cambio reciente de 0.39 dólares por un real.
23. Por ejemplo, el CADE no impone una multa por separado en casos de cárteles ilegales por no presentar una notificación. Una consecuencia práctica de esto es que el CADE no mantiene un “registro de cárteles”.
24. La Ley número 9781/99 estableció una cuota inicial de 15,000 reales y ordenó que lo recaudado se depositara en la cuenta del CADE. Por su parte, la Ley 10149/00 aumentó la cuota a 45,000 reales, dividiendo lo recaudado en partes iguales para el CADE, la SDE y la SEAE.
25. Estas condiciones son las mismas que las que se aplican para determinar la conducta permisible de acuerdo con el Artículo 81(3) de la ley de competencia de la Unión Europea.

26. La norma es esencialmente idéntica a la asentada en la nueva reglamentación de fusiones (No. 139, Art. 2(3) adoptada por la Unión Europea en 2004.
27. Ciertas secciones de los Lineamientos (como los párrafos 13, 14 y 25), sugieren que se aplique una norma de “excedente total” en la evaluación de las fusiones, mientras que en otras (como el párrafo 87) se indica que es necesario un aumento en el excedente del consumidor para aprobar una fusión que aumente el poder de mercado de las partes. La decisión del CADE en el reciente caso Nestlé-Garoto utilizó la norma del excedente del consumidor sin determinar si era el único enfoque permisible para la evaluación de fusiones.
28. El Artículo 58, párrafo 2 contempla que los compromisos de desempeño “cumplirán objetivos de volumen o calidad dentro de plazos determinados con antelación”. Al formular los compromisos, el párrafo 1 del Artículo 58 también requiere que el CADE “tome en consideración el alcance de la competencia internacional en una industria determinada y su impacto en los niveles de empleo, entre otras circunstancias relevantes”.
29. En el Informe de 2000 (página 201) se destacaba que el CADE había impuesto condiciones a cerca de 3 por ciento de las transacciones notificadas entre 1998 y 1999, el mismo porcentaje que caracterizó al periodo entre 2000 y 2004. Las estadísticas de los organismos de competencia en otros países muestran tasas de intervención en fusiones dentro del mismo intervalo. Algunos profesionistas dedicados al tema en Brasil han destacado que el 3 por ciento del CADE no es congruente con el punto de vista de que los umbrales de notificación de las fusiones son demasiado amplios. Esto es, si en Brasil se reporta un gran número de fusiones inocuas que no se reportarían en otros países, la tasa de intervención del CADE debería ser menor que las tasas de otros países. Una respuesta posible a este punto es que la tasa “estructural” de intervención del CADE es sustancialmente más baja que 3 por ciento, ubicándose en 0.26 por ciento (siete transacciones, de las cuales cuatro fueron casos estructurales y tres desaprobaciones, de 2,672 casos reportados).
30. Antes de 2000, los compromisos de desempeño impuestos por el CADE en varios casos de fusión requirieron que se organizaran programas de capacitación y reubicación para empleados desplazados por el cierre de plantas. El caso más reciente en el que se han impuesto estos requisitos fue la fusión de AmBev en el mercado cervecero en 2000, descrita en el Informe previo (páginas 204-205).
31. Véase, por ejemplo, “New Commissioner Joins CADE,” *Global Competition Review*, 11 de mayo, 2005.
32. A últimas fechas, la SDE ha estado desarrollando su propia experiencia económica. Así, ha establecido un centro de métodos cuantitativos, dirigido por un economista en jefe, para aumentar el volumen y la calidad del análisis econométrico en las investigaciones de la Secretaría.

33. ADC Telecommunications Inc. / Krone International Holding Inc., anunciada el 19 de enero de 2005. El CADE espera emitir en el futuro próximo una resolución formal confirmando esta interpretación.
34. El Informe de 2000, en su página 207, destacó que, en 1998, el CADE consideró que 7 por ciento de las notificaciones había sido registrado con retraso, número que pasó a 19 por ciento en 1999.
35. De acuerdo con la ley brasileña, para obtener un requerimiento un derecho subyacente debe claramente estar en juego (es decir, la demanda debe estar bien fundada aparentemente dentro del derecho o "*fumus boni juris*") y debe haber un riesgo de infligir daño irreparable a ese derecho si se niega el auxilio (es decir, el retraso debe representar un riesgo o "*periculum in mora*").
36. El Artículo 4 de la Resolución también contempla que, en circunstancias que lo ameriten, la orden puede emitirse sin notificación previa a las partes, pero el CADE nunca ha utilizado tal facultad.
37. Por ejemplo, el APRO de 2002 que se estableció con respecto a la adquisición de Sé Supermercados por parte de la Companhia Brasileira de Distribuição requería que no se cerrara ninguna tienda y que la proporción de empleados con respecto a las ventas totales se mantuviera por lo menos al nivel de la proporción promedio para las diez principales cadenas de supermercados de Brasil.
38. Antes de la puesta en marcha del procedimiento conjunto de análisis de fusiones en enero de 2004, la SDE y la SEAE normalmente llegaban a conclusiones similares en casos de fusiones, aunque algunas veces diferían en las condiciones correctivas que debían imponerse en casos problemáticos. En la mayoría de los casos transferidos al CADE desde enero de 2004, los dos organismos han formulado una sola recomendación conjunta. El CADE casi siempre aprueba las transacciones en las que la SDE y la SEAE tienen una recomendación favorable. En los casos en los que se recomienda el condicionamiento, el CADE cambia algunas veces los términos de las condiciones propuestas. A menudo, estos cambios surgen de las propuestas de modificación que presentan las partes en la fusión una vez que el caso llega al CADE.
39. Una disposición adicional que se añadió en 2004 por medio de la Orden Conjunta No. 8/2004 ampliaba el procedimiento sumario a las transacciones en las que ningún participante registrara un volumen de ventas en Brasil superior a los 400 millones de reales. Excepto por las transacciones reportables bajo la prueba de la participación de mercado de 20 por ciento, esta disposición ha sido invalidada por la decisión del CADE de recurrir únicamente a las ventas en Brasil al aplicar el umbral de volumen de ventas.

40. Esto no sucedía en el pasado con respecto a la SDE, que normalmente sobrepasaba su límite de 30 días, incluso luego de hacer ajustes para contemplar las solicitudes de información.
41. Una sección de la ley propuesta, que trata con los procedimientos en las reuniones del Pleno, otorga a la SEAE la oportunidad de presentar argumentos orales con respecto a cualquier caso en el que haya estado involucrada. Esta disposición contrasta con la regulación procesal (Resolución 12, párrafo 12) que establece que sólo el “demandado, demandante o el investigador o sus respectivos abogados” pueden estar invitados a presentar declaraciones durante las deliberaciones del CADE a fin de emitir un fallo. De acuerdo con el Informe de 2000 (página 206), la SDE y la SEAE “lamentaron” no poder comparecer ante el CADE durante las deliberaciones del caso de la fusión de empresas cerveceras en el que participó AmBev para defender sus recomendaciones contra las críticas de las partes en la fusión.
42. Al amparo del Artículo 54 párrafo 5 vigente, la multa por un registro extemporáneo fluctúa entre 60,000 y 6 millones de unidades fiscales de referencia (UFIR). Dada la abolición de las UFIR, la propuesta de ley reexpresa los límites de 60,000 a 6 millones de reales. Esto resulta en una ligera reducción de los límites, pues el valor de una unidad fiscal de referencia se fijó en 1.0641 reales. El borrador de la ley convierte también a reales los límites de los demás artículos de la Ley 8884 que en la actualidad están expresados en UFIR (específicamente, los Artículos 23, 25 y 26).
43. La SDE se divide en dos departamentos, uno con responsabilidades relacionadas con la ley de competencia (el Departamento de Protección y Defensa Económica, DPDE) y el otro responsable de la ley de protección al consumidor (el Departamento de Protección y Defensa del Consumidor, DPDC).
44. El Artículo 10 §III, que contempla que el Procurador General (previa aprobación del CADE) puede “solicitar medidas al tribunal a fin de impedir violaciones al orden económico” se considera problemático y nunca ha sido utilizado. Cuando se ha requerido un mandato de desagravio, la SDE invoca el Artículo 52, conforme al cual se pueden emitir órdenes para impedir daños a la competencia durante un procedimiento administrativo.
45. Teóricamente, el Procurador General del CADE está subordinado al Procurador General Federal. En la práctica, opera de manera independiente. De forma similar, los abogados que forman parte del personal de la Oficina del Procurador General del CADE son provistos por la Oficina del Procurador General Federal y, teóricamente, son responsables ante esta segunda dependencia. De hecho, se encuentran bajo las órdenes del Procurador General del CADE.
46. Tres de estos casos se describen en la sección de este informe que trata con la revisión judicial de los procedimientos del CADE.

47. Otra disposición de la Ley 8884 que menciona al Fiscal Público es el Artículo 10 §IV, que autoriza al Procurador General del CADE (con la aprobación previa del CADE) a resolver casos pendientes de fallo en el tribunal por medio de negociación luego de “escuchar a un representante” del Fiscal Público. En la historia del CADE no se registran arreglos de casos pendientes de fallo en los tribunales, de aquí que no haya habido oportunidad de determinar el papel del Fiscal en esa situación.
48. Los nombramientos de los Comisionados se escalonan de manera expresa, a fin de que, dentro de cualquier ciclo de cuatro años, venzan dos plazas en el segundo año, dos más en el tercero y tres en el cuarto año.
49. Antes de las modificaciones de 2000, la SEAE no gozaba de poderes de investigación como tales al amparo de la Ley 8884. En la página 188 del Informe de 2000 se destacaba que una ley distinta (la número 9021), facultaba a la SEAE con ciertas capacidades de investigación. Al amparo del Artículo 10 de la Ley 9021, la SEAE puede requerir a una empresa que justifique sus acciones en caso de que la SEAE cuente con evidencia de que la empresa podría haber violado la Ley 8884 al imponer precios excesivos o aumentos abusivos. A partir de 2000, La SEAE dejó de emplear la Ley 9021, inclinándose por la autoridad ampliada que le confiere la Ley 8884.
50. El Secretario de la SDE también tiene discreción sobre la posibilidad de revelar o no la existencia de una investigación preliminar. Antes de la promulgación de las modificaciones de 2000 era obligatorio mantener la confidencialidad acerca de estas investigaciones. Las modificaciones también facultaron a la SEAE con discreción acerca de la posibilidad de revelar la existencia de cualquier investigación de la SEAE (Art. 35-A, §2).
51. La prescripción legal aplicable a las violaciones a la Ley 8884 depende de si la conducta respectiva también viola alguna ley penal. De ser así, el límite de prescripción para que la SDE inicie un procedimiento administrativo es de 12 años a partir de la fecha de la violación. (Ley Número 9873/99). De lo contrario, prescribe en cinco años Orden No. 849 de la SDE (22 de septiembre de 2000), Art. 54.
52. Entre 2000 y 2004, el CADE revisó 127 determinaciones de la SDE para cerrar investigaciones preliminares: 34 en 2000, 32 en 2001, 7 en 2002, 1 en 2003 y 53 en 2004.
53. El Artículo 30, párrafo 2 también contempla que las quejas formales dirigidas a la SDE por el Senado o la Cámara de Diputados deben pasar directamente a un procedimiento administrativo sin investigación preliminar.
54. La Orden 849 (2000) de la SDE establece las reglas de operación de la Secretaría en cuestión de investigaciones preliminares, procedimientos administrativos,

audiencias de desahogo de pruebas, testigos periciales, transferencias de casos al CADE, desagravio temporal al amparo del Artículo 52, arreglos al amparo del Artículo 53, indulgencia y la protección de información confidencial.

55. En casos de conducta con respecto a los cuales la SEAE ha optado por proporcionar una opinión, las conclusiones a las que llega el organismo normalmente son congruentes con las de la SDE, aunque el método de análisis difiera. Los fallos definitivos del CADE con respecto a la legalidad de la conducta objeto de estudio rara vez difieren de las conclusiones recomendadas por la SDE (y la SEAE). Sin embargo, algunas veces el CADE formula una corrección distinta donde se encuentra la falta.
56. De acuerdo con la ley brasileña, sólo se puede utilizar el recurso de la interceptación de comunicaciones en investigaciones penales.
57. Las regulaciones de aplicación para el programa se presentan en el Capítulo V de la Orden 849 (2000) de la SDE.
58. Una corporación o individuo que intente establecer un acuerdo de indulgencia, pero no cumple las condiciones para ello, puede establecer otro acuerdo con respecto a una conducta ilegal de la que la SDE no esté enterada. En ese caso, la pena para el demandado en el procedimiento original se reducirá en una tercera parte, sin perjuicio de la garantía sobre los beneficios plenos de la indulgencia con respecto a la nueva infracción (Art. 35-B, §§ 7, 8).
59. Otra objeción constitucional que, generalmente no se considera persuasiva, se basa en una disposición de la Constitución brasileña (Art. 98 I) que contempla expresamente la “conciliación” de casos penales de poco alcance en tribunales locales especiales. Se interpreta que la falta de una referencia constitucional a la “conciliación” de cualquier otro tipo de casos penales implica que los demandados en esos casos no cumplen las condiciones necesarias para participar en un acuerdo de indulgencia.
60. Estos acuerdos en efecto protegen a los participantes en programas de indulgencia, debido a que otros demandantes se someten a la jurisdicción del fiscal que tome medidas primero en un caso específico.
61. De acuerdo con un comentarista, el establecimiento de un programa de cumplimiento con la ley de competencia se ha convertido en una prioridad para las empresas multinacionales que operan en Brasil. Véase, Zarzur, Cristianne, “Cartel investigation in Brazil—moving forward into global trends”, *Global Competition Review* (2004), disponible en http://www.globalcompetitionreview.com/ara/bra_cartels.cfm
62. No se emiten órdenes precautorias en casos de cártel debido a que un mandato que prohíba la “colusión” no suma nada a la prohibición legal existente.

63. También en este caso se está investigando (aunque sin estar afectada por la orden temporal) la conducta de la Asociación en el cabildeo exitoso del gobierno municipal de Brasilia para la obtención de una orden de acuerdo con la que sólo los miembros de la Asociación tienen permitido vender equipo contra incendios en el Distrito Federal.
64. No se aplica un requerimiento similar de publicación a los acuerdos negociados con el Comisionado Relator una vez que el caso esté pendiente de proceso ante el Consejo. Sin embargo, como asunto práctico, el principio de que el arreglo no es apropiado en los casos en los que el gobierno cuenta ya con suficiente evidencia para encontrar una infracción asegura que los casos que llegan al CADE rara vez cumplirán los requisitos para terminar en un arreglo negociado.
65. Resolución 20, Art. 2 (9 de junio de 1999) del CADE.
66. Las modificaciones de 2000 no ampliaron al CADE la nueva facultad que otorga el Artículo 35-A para solicitar que la Oficina del Procurador Federal obtenga órdenes judiciales para cateos sin notificación previa. El Artículo 35-A está reservado a la SDE y la SEAE.
67. Resolución 20, Art. 3 (9 de junio de 1999) del CADE.
68. Resolución 12 (1998), Artículo 15 del CADE. La Resolución 12 establece reglas internas de operación para el Consejo, incluyendo procedimientos para las reuniones del Consejo, audiencias de desahogo de pruebas, ejecución de sentencias y protección de información confidencial.
69. El CADE también puede recomendar a los organismos gubernamentales apropiados que se otorguen permisos obligatorios a patentes propiedad del demandado y que se suspenda cualquier incentivo fiscal o subsidio otorgado al demandado.
70. La reglamentación procesal de la SDE establece que los procesos del organismo deben realizarse a fin de “observar, entre otras cosas, las reglas de legalidad, propósito, motivación, razón, proporcionalidad, moralidad, defensa plena, procedimientos adversos, seguridad legal, bienestar y eficiencia públicos”. Orden No. 849 de la SDE, Art. 2 (2000).
71. Orden No. 849 de la SDE, Capítulo VIII (2000), Resolución 12 del CADE, Punto II, Sección 2 (1998).
72. Los organismos del SBDC afirman que han fortalecido los procedimientos para salvaguardar el material confidencial de ser revelado de manera no intencionada o por otras razones.
73. Véase el Informe de 2000, página 194.

74. El proyecto mantiene la disposición en la ley vigente de acuerdo con la que las quejas dirigidas a la SDE por el Senado o la Cámara de Diputados deben pasar directamente a un procedimiento de investigación formal (“investigación administrativa”) sin investigación preliminar “procedimiento preparatorio”). La disposición se amplía para hacerse aplicable también a las recomendaciones de la SEAE (que, como se comentó con anterioridad, ya no ejerce su propia autoridad de investigación obligatoria).
75. A su vez, el CADE falló acerca del caso en julio de 2005.
76. Resolución 12, Art. 15 (1998) del CADE.
77. Cabe tal vez notar también que Brasil tiene una larga tradición de gobiernos altamente burocratizados en los que los largos retrasos son normales. Véase Rosenn, Keith S., “Brazil’s Legal Culture: The Jeito Revisited”, *Florida International Law Journal* 1 (1984).
78. Las penas dispuestas en el Artículo 25 no se aplican a las órdenes precautorias y mantienen por separado los convenios (APRO) establecidos en casos de fusión al amparo de la Resolución 28 del CADE, debido a que estos rubros no están fundamentados en la Ley 8884. Los Artículos 12 y 13 de la Resolución establecen que estas órdenes y convenios especificarán una multa diaria que impondrá el CADE en caso de incumplimiento. A la fecha, el CADE no ha impuesto multa alguna al amparo de estas disposiciones.
79. La Ley 8884 contempla que el CADE tiene discreción para presentar acciones judiciales que busquen la ejecución de multas en el Distrito Federal (Brasilia) o en el distrito en el que se encuentra el domicilio del demandado (Art. 64). La preferencia general del CADE consiste en registrar los casos en Brasilia, por así convenir a la oficina del CADE y porque es más probable que los tribunales de Brasilia tengan experiencia previa (y por lo tanto estén más familiarizados) con el CADE como organismo de obligación al cumplimiento de la ley. Sin embargo, el CADE busca la ejecución en el domicilio del demandado en casos en los que sea necesario el embargo de activos para cubrir el pago de la multa.
80. El interés se acumula a una tasa legal contra el monto de la multa impuesta, de manera que se desalienta a que los demandados incurran en litigios innecesarios sólo para retrasar el pago.
81. La Oficina del Procurador Federal es responsable por el cobro de las multas impuestas por la SDE o la SEAE.
82. De acuerdo con el Artículo 66 de la Ley 8884, un tribunal, en las circunstancias apropiadas, puede ordenar el cumplimiento inmediato con las disposiciones de conducta incluidas en un fallo del CADE “sin detrimento del depósito de las multas o fianzas ante el tribunal”.

83. La ley de competencia no contempla la revisión judicial de los fallos del organismo. El Artículo 5 § XXXV de la Constitución brasileña garantiza la revisión judicial de cualquier acto que dañe o amenace los derechos de una parte.
84. Aunque las decisiones del CADE que aprueban las órdenes precautorias de la SDE al amparo del Artículo 52 parecen blancos fáciles para el cuestionamiento judicial por las partes afectadas, la Oficina del Procurador General del CADE no tiene registro alguno de tales litigios.
85. Para el primer tribunal regional, que está domiciliado en Brasilia y trata con frecuencia casos del SBDC, se tienen tres jueces en un panel y cinco en una sección.
86. En los tribunales regionales y el Tribunal Superior de Justicia, tanto los paneles como las secciones comprenden menos que el número total de jueces en el tribunal. Normalmente, el tribunal en pleno sólo se reúne para tratar asuntos administrativos.
87. El Artículo 68 de la Ley 8884 contempla que la ejecución de las decisiones del CADE “tendrá prioridad sobre otros tipos de acción” (excepto por los casos de *habeas corpus* de ciertos autos. Sin embargo, esta disposición no se aplica a acciones iniciadas por demandados contra fallos del CADE.
88. El CADE invoca varias disposiciones de una ley de procedimiento civil (número 8437/92) en este tema. El proyecto de modificación de la ley de competencia incluye una disposición que hace que la Ley 8437 sea expresamente aplicable a decisiones emitidas por el CADE.
89. La aplicación del fallo de un tribunal de segunda instancia se ha aplazado mientras el tribunal considera la moción de aclaración del demandado.
90. Artículo 103 IX de la Constitución. Debido a que el caso se presentó contra el Congreso y el Presidente de la República y no surgió de un procedimiento del CADE, este organismo no es parte ante el Tribunal.
91. En el caso ante el Tribunal Federal Supremo, una Unimed afirma que la aplicación de la Ley 8884 a este tipo de cooperativas de salud sin fines de lucro como son las Unimed violaría el derecho de asociación al amparo del Artículo 5 XVII de la Constitución brasileña.
92. La Resolución implementa el Artículo 7 XVII de la Ley 8884, que faculta al CADE para “responder consultas en asuntos dentro de la esfera de su autoridad”.
93. No se dispone de estadísticas acerca del número de acusaciones por faltas a los principios de la competencia.

94. El Artículo 29 también contempla que cualquier procedimiento pendiente del CADE que examine el mismo problema de conducta que la demanda privada no puede aplazarse mientras la acción privada esté pendiente de resolución.
95. A fin de entregar una notificación a personas domiciliadas en el extranjero, el SBDC debe recurrir a exhortos emitidos por el Tribunal Federal Supremo.
96. Esta formulación fue adoptada por el SBDC en un caso de 2003 que involucró a Woodward Governor Company y Knowles Intermediate Holding, Inc.
97. El papel del comercio internacional también se menciona explícitamente en el Artículo 58 de la Ley 8884, que es la disposición que autoriza al CADE a imponer “compromisos de desempeño” a las partes en la fusión. La ley contempla que, al formular los compromisos, el CADE “tome en consideración el alcance de la competencia internacional en una industria determinada y su impacto en los niveles de empleo, entre otras circunstancias relevantes” (Art. 58 ¶ 1).
98. Los cuatro miembros del Mercosur mantienen una tarifa externa común y negocian en bloque en los foros comerciales internacionales. Chile y Bolivia se convirtieron en miembros asociados del Mercosur en 1996 y 1997, respectivamente, pero no participan en la tarifa externa común.
99. Además de las cuotas por notificación del Artículo 54, el CADE también recauda cuotas misceláneas por consultas al amparo de la Resolución 18, por servicios de fotocopiado y la venta de publicaciones.
100. Este cargo, instituido en 2002 y conocido como “Cuota de Fiscalización” generó ingresos (en miles de dólares) de \$550 en 2002, \$480 en 2003 y \$300 en 2004.
101. Los 28 asistentes temporales del CADE son otra excepción.
102. Por ley, sólo el Presidente de la República nombra a los tres niveles superiores DAS. En el sistema DAS, el nivel 7 es una plaza de Ministro, el nivel 6 es una plaza de Secretario de Ministerio (o de Presidente en el CADE) y el nivel 5 es de Subsecretario de Ministerio o Director de Departamento (o comisionado del CADE).
103. El notablemente elevado número de empleados por contrato sin plazas DAS en el CADE (de 124 contra 15 y 16 en los otros dos organismos), sugiere que el CADE tiene un contingente anormalmente alto de personal de servicios de apoyo. La impresión puede ser errónea por dos razones. Primero, como se destacó arriba, 28 de los empleados del CADE sin plaza DAS son profesionistas contratados temporalmente para realizar trabajos sustantivos. Segundo, tanto la SDE como la SEAE reciben servicios de apoyo de las oficinas centrales del ministerio, cuyos empleados no aparecen en las nóminas de la SDE o la SEAE.

104. La descripción de una plaza específica del servicio civil ha demostrado ser particularmente útil tanto para la SDE como para la SEAE, debido a que es lo suficientemente amplia como para cubrir la misión relacionada con la obligación al cumplimiento de la ley de competencia. La plaza responde al nombre de “Especialista en Políticas Públicas y Gestión Gubernamental” (*Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental*, o “gestor”) y fue diseñada para empleados dedicados al análisis e implementación de políticas. Las plazas de gestor son creadas y asignadas por el Ministerio de Planeación, Presupuesto y Administración y son relativamente escasas. A fines de 2004 la SDE empleó 12 gestores, mientras que la SEAE empleó 23, la mayoría de los cuales se encontraban en puestos con suplemento salarial DAS. En contraste, el CADE sólo empleó un gestor, quien también mantenía una plaza DAS.
105. Aun cuando los juristas pertenecientes a la Oficina del Procurador General de CADE informan a éste y no al Procurador General Federal, es a éste a quien compete determinar cuantos procuradores deben asignarse a CADE. El número actual es 13, cifra inferior a los 18 a 20 que se indicaban en el Informe de 2003 (Pág. 187)
106. Uno de los costos de las deficiencias en la memoria institucional se encontró en el proceso de elaboración de este informe, pues resultó difícil para el CADE responder a preguntas acerca de sus actividades entre 2000 y 2001. Pocos empleados de aquella época permanecen en el organismo y la investigación de archivos demostró consumir mucho tiempo.
107. De los 800 asuntos, cerca de la mitad son demandas que han sido agendadas, pero para las cuales no se ha determinado si debe abrirse una investigación. Cerca de 200 son investigaciones preliminares y otras 200 son procedimientos administrativos y 25 son casos de fusiones.
108. Aún así, existen algunas funciones tanto en la SDE como en la SEAE que no corresponden fácilmente a descripciones de plazas del servicio civil. Por ello, ambos organismos intentan obtener plazas de gestor del Ministerio de PPA. Como se comentó antes, a fines de 2004 la SDE empleó 12 gestores y la SEAE 23.
109. Las referencias normalmente aparecen en una lista de “principios constitucionales” que se consideran aplicables a la regulación económica. Por ejemplo, el Artículo 5 de la Ley de Telecomunicaciones requiere que el organismo de este sector considere principios de “libre competencia, libre iniciativa, protección del consumidor y restricción de abusos en el poder económico”, al igual que “la soberanía nacional, la función social de la propiedad, la reducción de las disparidades regionales y sociales y la continuidad del servicio” al tomar decisiones.
110. Ley 9478/97, Art. 10.

111. Para este fin, el CADE invoca el Artículo 7 de la Ley 8884, que autoriza al organismo a “solicitar información de personas, organismos, autoridades y otras entidades públicas o privadas” en la consecución de sus obligaciones legales.
112. La regulación se encontraba antes en manos del Ministerio de Transporte.
113. Existe poco transporte ferroviario entre ciudades o estados en Brasil, y el servicio de autobuses al interior de los estados es regulado por estos. La transportación en camiones de carga no está regulada excepto por lo que concierne a las disposiciones técnicas y de seguridad.
114. El Informe de 2000 (página 229) destacó que el Código de Defensa del Consumidor se aplicaba a los bancos y que el departamento de defensa del consumidor de la SDE había procesado toda una serie de casos contra instituciones bancarias. Esto ha seguido cumpliéndose desde entonces, aunque el tema de la posibilidad de aplicación del Código a los bancos ahora se encuentra pendiente ante el Tribunal Federal Supremo.
115. La CMED se creó con base en la Ley 10742/03. Antes de 2003, la autoridad en términos del establecimiento de precios de medicamentos estaba depositada en la CAMED, entidad predecesora establecida en 2000. La Agencia Nacional de Vigilancia Sanitaria es la responsable por la administración de los límites superiores a los precios que establece la CMED.
116. La IBRAC, miembro especialmente notable de la comunidad relacionada con la ley de competencia en Brasil, es una asociación no gubernamental de cerca de 500 corporaciones, bufetes legales y personas físicas (abogados, economistas y académicos) interesados en el fomento y desarrollo de la ley y las políticas de competencia en el país.
117. Un caso que está siendo investigado por la SDE puede también llevar a una solicitud del CADE al amparo del Artículo 7 X. Como se describió anteriormente, la SDE está analizando las acciones concertadas de una asociación de fabricantes de extinguidores de fuego en Brasilia para obtener una orden municipal en el sentido de que sólo se autorice a miembros de la asociación a vender equipo contra incendios dentro del Distrito Federal.
118. Al amparo tanto de la Ley 8884 como de la propuesta de ley, la capacidad de la SEAE para emplear herramientas de investigación obligatoria no se extiende a los estudios del mercado en general. La SEAE cuenta con autoridad para realizar demandas ejecutables de testimonios o documentos (para su uso directo de acuerdo a la ley vigente y por solicitud ante la Dirección General en la propuesta de ley), sólo cuando existen fundamentos para sospechar algún tipo de conducta ilegal. Sin embargo, la SEAE no considera que la falta de proceso obligatorio para los estudios generales de mercado sea un problema, pues piensa que

- cualquier mercado para el que sean necesarias demandas ejecutables presentará circunstancias que justifiquen una investigación de cumplimiento de la ley.
119. Parte del esfuerzo educativo se centra en la explicación de los efectos dañinos de los cárteles y de las desventajas de regular los precios de forma “indirecta” mediante órdenes judiciales que ataquen los precios “abusivos” o “depredadores” (*dumping*). También se dedica atención al tema cercanamente relacionado de por qué son indeseables las tarifas emitidas por organizaciones profesionales.
 120. CADE: www.cade.gov.br/; SDE: www.mj.gov.br/sde/; SEAE: www.fazenda.gov.br/seae/. El sitio de la SEAE también incluye material en inglés.
 121. Los tres organismos están trabajando en un proyecto para desarrollar un sitio colectivo en Internet que sirva como portal común para el SBDC.
 122. Uno de los premios tiene financiamiento del IBRAC y el ETCO (Instituto Brasileño de Ética en la Competencia); el otro es financiado por el CIEE (Centro para la Integración de Empresas y Escuelas).
 123. Los principios económicos se han incorporado de manera gradual a los planes de estudios de derecho y los temas de competencia y regulación se han convertido en un área de especialización en los departamentos universitarios de economía y derecho.
 124. El SBDC cita el auge mediático que recibió gracias a un artículo publicado en noviembre de 2004 en la revista *Exame*, una de las principales publicaciones de negocios en Brasil. El artículo se tituló “Alguaciles del Mercado” y presentaba perfiles de los dirigentes de cada uno de los tres organismos de competencia y de la Comisión de Valores de Brasil, detallando el trabajo realizado por cada organismo. A partir de este artículo se presentaron otros acerca de los organismos en muchos de los principales periódicos brasileños (como *O Globo*, *O Estado de São Paulo*, *Folha de São Paulo*, y *Valor Econômico*) y en la revista semanal *Época*.
 125. Por supuesto los poderes ejecutivo y legislativo actúan para llenar las vacantes sin retrasos indebidos.
 126. Por otra parte, no existe base similar para objetar los sistemas de acuerdo con los cuales las cuotas atribuibles a los servicios prestados (como para revisar notificaciones de fusiones) se remiten al organismo que presta el servicio.
 127. Véase OCDE, *Recommendation of the Council Concerning Merger Review* (23 de marzo de 2005) [en adelante “Merger Review Recommendation”] §IA1.2(1), disponible en: <http://www.oecd.org/competition>; International Competition Network, Merger

Working Group, Merger Notification and Procedures Subgroup, *Recommended Practices for Merger Notification Procedures* [en adelante “ICN Merger Notification Procedures”], § IB comment 1, disponible en: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/mnprecpractices.pdf>.

128. ICN Merger Notification Procedures, § IIB, comment 1.
129. ICN Merger Notification Procedures, § IC, comment 3.
130. Las partes que desean obtener el punto de vista del CADE acerca de la legitimidad en términos de competencia de las transacciones propuestas no relacionadas con fusiones pueden solicitar una consulta al amparo de la Resolución 18 del CADE, cuyo costo (5,000 reales) es mucho menor que los 45,000 reales que cuesta la cuota de notificación.
131. OECD Merger Review Recommendation, § IA1.2 (4); ICN Merger Notification Procedures, § IVC, comment 5.
132. ICN Merger Notification Procedures, § IVA, comment 1.
133. OECD Merger Review Recommendation, § IA1.3.
134. ICN Merger Notification Procedures, § IVC, comment 2.
135. ICN Merger Notification Procedures, § IVC, comment 4.
136. En Estados Unidos, donde las entidades privadas normalmente pueden recaudar triples daños por violaciones a los principios de la competencia, recientemente se promulgó una legislación para tratar el problema de la exposición del participante en el programa de indulgencia a sentencias de daños civiles. La Sección 213(a) de la Ley de Mejorías y Reformas de las Sanciones Penales contra la Competencia (de 2004 (Título II de la Ley Pública 108-237, 118 Estatuto 661, codificado como nota a 15 USC § 1) contempla que, en un proceso de daños privados, la parte que ha recibido la indulgencia por parte de la División Antimonopolios de los Estados Unidos sólo se sujetará a la imposición de los daños efectivos atribuibles a la conducta ilegal de la parte.
137. Como se describió en párrafos anteriores, las entidades privadas también han planteado otras inquietudes acerca del programa de indulgencia, destacando que existe incertidumbre acerca de (1) la discreción por ley del CADE (en casos en los que la SDE tenía conocimiento previo de la conducta ilegal) para evaluar la cooperación y buena fe de una parte en la determinación de las reducciones de las sanciones y (2) la falta de claridad de la situación constitucional del programa en tanto que infracción argumentable del poder judicial. Acerca del primer punto cabe solamente apuntar que el CADE tiene amplios incentivos para realizar evaluaciones justas, pues de otro modo el programa no permitiría el progreso eficaz de los intereses del CADE en relación con el cumplimiento de la ley. En

cuanto al segundo punto, no existe solución alguna hasta que el Tribunal Federal Supremo emita su fallo sobre la constitucionalidad del programa.

138. La única recomendación adicional que puede ofrecerse con respecto a los casos judiciales que involucran al CADE es que los tribunales que tratan objeciones a fallos del CADE que imponen multas deberían observar estrictamente el Artículo 65 de la Ley 8884. De acuerdo con dicho artículo, las partes que buscan aplazar la ejecución de las multas deben depositar el colateral apropiado en el tribunal en función del monto en disputa.
139. ICN Merger Notification Procedures, § VIIIIC, comment 3; cf. OECD Merger Review Recommendation, § ID.
140. Véase *International Competition Network, Merger Working Group, Analytical Framework Subgroup, Discussion Draft Merger Guidelines Workbook* [borrador 16 de mayo de 2005], disponible en <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/annualconferences.html>. El SBDC también debería actualizar sus lineamientos para casos de conducta con relación a la Resolución 20 o retirarlos, pues rara vez se citan de manera explícita en los fallos del CADE y no parecen reflejar las políticas actuales del SBDC para la evaluación de casos.
141. ICN Merger Notification Procedures, § VIIIIC, comment 2.
142. OECD Merger Review Recommendation, § IA.2.
143. La relación que existe entre el departamento de protección del consumidor de la SDE y las entidades locales para este propósito puede utilizarse para facilitar este esfuerzo de recolección de datos.
144. Como parte de este programa, el SBDC debería fomentar el desarrollo de una base de datos que contenga información acerca del volumen, la naturaleza y el resultado de las demandas penales al amparo de la Ley de Delitos Económicos.
145. Los esfuerzos del CADE para defender la cultura de la competencia deberían continuar, incluso si la SEAE también participa en esta actividad en términos de la redacción en la propuesta de ley que confiere a la SEAE la responsabilidad por el fomento de la competencia “ante la sociedad civil en general”.

OECD PUBLICATIONS, 2, rue André-Pascal, 75775 PARIS CEDEX 16
IMPRESO EN FRANCIA