

Nuevas Reglas de la Autoridad de Competencia Brasileña para Acuerdos de Asociación



Por Eduardo Caminati Anders, Leda Batista da Silva and Guilherme Teno Castilho Missali¹

El Consejo Administrativo para la Defensa Económica (CADE) recientemente emitió un nuevo conjunto de reglas, cubriendo los llamados “acuerdos de asociación”, teniendo efecto el 25 de Noviembre de 2016 con la aprobación de la Resolución No. 17/2016, ahora en efecto. Éstas nuevas reglas modifican los parámetros legales que hacen necesaria una notificación obligatoria de la realización de éstos acuerdos, otorgando mayor claridad en la materia y firmeza legal al mercado en general...

ANTECEDENTES BREVES

En términos generales, la Resolución de Acuerdos de Asociación que ha quedado revocada (Resolución No. 10/2014) había enfrentado controversias desde el inicio (entrando en vigor hacia principios de 2015), notablemente debido a lo que se consideró como una terminología vaga y puntos de referencia ambiguos. Por ejemplo, dependiendo en la interpretación que se de a la Resolución No. 10, era relativamente común el ver acuerdos sencillos y rutinarios de distribución y suministro caer dentro de los puntos de referencia obligatorios para una notificación, incluso cuando éstos acuerdos de ninguna manera ponen en riesgo el funcionamiento de la competencia. En este sentido, uno podría notar una especie de alboroto entre la comunidad empresarial, quienes veían con desagrado los costos excesivamente elevados y obstáculos de transacción producto de una notificación obligatoria, encareciendo primordialmente los acuerdos relacionados con obligaciones previas a una fusión o adquisición.

En éste sentido, era relativamente común el tener que presentar acuerdos rutinarios del día a día ante el CADE, causando cierto daño económico a los agentes económicos, como retrasos o (hasta cierto punto) restringiendo al mismo agente económico de llevar a cabo sus actividades ordinarias con el tiempo y velocidad necesarias para asegurar la viabilidad del negocio. Además, las reglas revocadas habían sido criticadas por varios practicantes de derecho en competencia por ser proclives a perder el enfoque de la autoridad, acaparando su atención para perjuicio de otros temas. En consecuencia, el CADE, los agentes económicos y miembros de

¹ Eduardo Caminati Anders, Leda Batista da Silva y Guilherme Teno Castilho Missali son, respectivamente, Presidente y Miembros Asociados del Instituto Brasileño de Estudios de Competencia, Relaciones de Consumidor y Derecho Comercial Internacional (IBRAC); socio y abogados con el despacho Lino, Beraldi, Belluzzo e Caminati Advogados





la sociedad civil han entablado varias discusiones para revisar y refinar los términos de ésta resolución, esperando llegar a un marco legal más coherente.

Con esto en mente, vale la pena señalar la transparencia del CADE en sus interacciones y diálogo con la sociedad, el cual busca establecer reglas que puedan capturar las sutilezas del entorno empresarial, mientras que a su vez se acopla con la manera de pensar local.

NUEVAS REGLAS, EN BREVE

De acuerdo a la resolución No. 17/2016 del CADE, junto con los criterios de ingreso que se establecen en la Ley de Competencia de Brasil, los “acuerdos de asociación” son aquellos que tienen una duración de dos o más años, los que establecen un ‘emprendimiento común’ de operación conjunta (Joint Enterprise). Para ello, es esencial que ambas condiciones sean cumplidas cabalmente: (i) el acuerdo debe establecer riesgos compartidos y resultados de la actividad económica de la cual es objeto y (ii) las partes que firman el contrato deben ser competidores dentro del mercado relevante del cual es objeto el acuerdo².

Para fines de éstas nuevas reglas, la actividad económica se refiere a la noción de adquisición o suministro de bienes y servicios en el mercado. Esto aplica incluso cuando dicha actividad económica carece de fines lucrativos, pero siempre y cuando dicha actividad pueda ser realizada por una empresa privada con el objetivo (hipotético) de obtener ganancias, se cumplirá lo establecido por la resolución No. 17/2016.

Como uno de los cambios centrales de éstas nuevas reglas, el CADE ha elegido enfocar su análisis y recursos sobre transacciones que involucren a competidores dentro del mercado relevante para el acuerdo (i.e. redundancias horizontales). Por ello, un número significativo de acuerdos de suministro y distribución, criticados duramente por haber quedado incluidos bajo las antiguas reglas de notificación, ya no deberán recibir la aprobación de la autoridad si no se anticipa un problema de redundancia horizontal.

Un punto adicional que cae bajo los reflectores de las nuevas reglas tiene que ver con la dimensión temporal: aquellos acuerdos que caen dentro de la naturaleza de un Acuerdo de Asociación, pero con una duración inferior a los dos años o por un periodo indefinido. Éstos acuerdos deberán ser notificados ante el CADE siempre que el periodo de dos años (a partir de su fecha de ejecución) sea excedido³. En éstos casos, los acuerdos deberán ser presentados antes de ser renovados y su continuidad dependerá de la aprobación de la autoridad.

² El artículo 2 de la Resolución No. 17/2016 establece lo siguiente

“Se considera como asociación a todo tipo de acuerdo con duración igual o mayor a los dos años que establezca una empresa conjunta (emprendimiento común) para la actividad económica de la exploración, pues de manera cumulativa:

(I) el acuerdo establece el compartir los riesgos y los resultados de la actividad económica que constituye su objetivo; y
(II) las partes firmantes son competidores en el mercado relevante al acuerdo”

³ Adicionalmente, en cuanto al aspecto temporal, la Resolución No. 17/2016 establece lo siguiente en su 5o artículo: Los acuerdos concluidos antes de la entrada en vigor de ésta resolución, y cuyo plazo alcance o exceda los 2 (dos) años, bajo el párrafo 3 del Artículo 2 de la Resolución No. 10, con fecha de octubre 29, 2014, deberá ser presentada a revisión por el CADE en caso de ser considerados un Acuerdo de Asociación bajo los términos contenidos en esta resolución.





A la luz de lo expuesto aquí, uno podría cuestionar seriamente la efectividad de esta regla en particular, la cual determina la suspensión de un acuerdo ya activo mientras se espera por la aprobación del CADE. En términos prácticos - ¿Qué se debe hacer con la planta productiva? ¿y que hay de los costos subyacentes? También queda el tema de cómo abordar temas como la demanda preexistente, o qué hacer con la planta laboral. A nuestro juicio, éstos puntos indican los próximos retos que deberán ser enfrentados diariamente, requiriendo de la atenta vigilancia por parte de agentes económicos.

Sin embargo, y a modo de precedente legal, uno debe mencionar la Consulta Formal realizada recientemente por el CADE⁴ en la cual se exploró la noción, entre otras, de una Operación Conjunta para la exploración de una actividad empresarial como elemento central e inherente para el análisis de acuerdos de asociación para fines de la Resolución 17/2016. El Comisionado también resaltó que los requisitos para una Operación Conjunta han llevado a los Acuerdos de Asociación a un punto más cercano a los contratos de Operación Conjunta en términos de los requisitos para su notificación obligatoria y de control pre-adquisiciones previstos por la Ley de Competencia.

PERCEPCIÓN Y CONCLUSIONES INICIALES

En esa etapa temprana, podemos prever una clara elección pública en cuanto a la interpretación de las nuevas reglas establecidas por el CADE, por lo que la autoridad dará prioridad al análisis de efectos anticompetitivos para aquellas transacciones que representen algún riesgo para el mercado – por lo tanto, en teoría, un gran número de acuerdos rutinarios o triviales se verían eentos del escrutinio de la autoridad en materias de revisión y control de adquisiciones, excepto en aquellos casos donde una investigación sea motivada por algún abuso comprobado (i.e. control de conductas anticompetitivas.)

En conclusión, aunque es posible mejorar ciertos aspectos de las nuevas reglas, consideramos que la iniciativa del CADE por dar un nuevo vistazo a la materia da un resultado sensato y positivo, pues otorga mayor claridad a la materia y demuestra que el CADE ha puesto atención a las exigencias y preferencias del mercado. Para nosotros, los cambios realizados también representan un claro mensaje, indicando que la discrepancia entre la teoría y la práctica debe ser fuente de cuestionamientos, tomando en consideración un debate transparente que considere los puntos de vista de los agentes económicos, académicos, de la sociedad civil y el contexto local, con el objetivo de llevar el texto de la Ley a un punto más cercano a la realidad en los hechos.

Como siempre sucede tras cualquier cambio en el marco legal, será de suma importancia dar seguimiento a la manera en que estas nuevas reglas serán digeridas por el mercado y la reacción de los agentes económicos, de tal manera que podamos inferir la efectividad de éstas nuevas reglas con una perspectiva completa.

⁴ Consulta No. 08700.000843/2016-04. Parte Consultante: Hamburg Südamerik.anische Dampfschiffahrts-Gesellschaft KG. Fallo por el CADE en sesión de audiencia el 23 de Noviembre de 2016 (la Consulta fue reconocida parcialmente – ausencia de requisitos para la notificación obligatoria.)

