

Unclassified

Spanish - Or. English

30 September 2024

**DIRECTORATE FOR FINANCIAL AND ENTERPRISE AFFAIRS
COMPETITION COMMITTEE**

Latin American and Caribbean Competition Forum

FOROLATINOAMERICANO Y DEL CARIBE DE COMPETENCIA - Sesión II: Medidas cautelares

- Contribución de Brasil -

9 y 10 de octubre de 2024

Se hace circular el documento adjunto elaborado por Brasil PARA SU DEBATE en la Sesión II del Foro Latinoamericano y Del Caribe de Competencia que se llevará a cabo los días 9 y 10 de octubre de 2024, en Santo Domingo, República Dominicana.

Sr. Paulo Burnier, Experto en Competencia Senior – Paulo.Burnier@oecd.org

JT03550513

Sesión II: Medidas cautelares

– Contribución de Brasil¹ –

1. El artículo 84 de la Ley de Competencia brasileña (Ley 12529/2011) establece cómo deben aplicarse las medidas cautelares en las investigaciones por conductas anticompetitivas: la pretensión debe ser plausible (*fumus boni iuris*) y debe existir riesgo de perjuicio grave e irreparable (*periculum in mora*). Las medidas cautelares tienen por objeto preservar la competencia, proteger a los consumidores y frenar las conductas anticompetitivas. Además, la Ley de Competencia brasileña menciona expresamente que el objetivo al aplicar la medida es restablecer el *statu quo* siempre que sea posible².

2. El CADE es competente para imponer medidas cautelares de forma directa, sin necesidad de recurrir a los órganos judiciales. Estas medidas tienen carácter temporal, se imponen *ex officio* (por iniciativa propia) o a instancia de terceros, y están sujetas a revisión o revocación en función de la evolución de las circunstancias del caso. No hay plazos establecidos para las medidas, que deben atender a las mejores prácticas en materia de temporalidad y proporcionalidad.

3. En el CADE, la imposición de medidas cautelares corresponde a las funciones de investigación y de decisión. El consejero relator o el superintendente general pueden adoptar estas medidas, ya sea por iniciativa propia o a instancia del fiscal jefe del CADE. Este doble enfoque garantiza que las medidas cautelares puedan aplicarse rápidamente, para así evitar posibles perjuicios al mercado y, al mismo tiempo, permitir el control y el equilibrio jurídicos necesarios. La Ley de Competencia brasileña establece que una de las responsabilidades del Tribunal del CADE es revisar, a nivel de apelación, las medidas cautelares adoptadas por el relator o la Superintendencia General³.

4. El CADE goza de amplia discrecionalidad en lo que respecta a la imposición de medidas cautelares. De conformidad con el artículo 84 de la Ley 12529/2011, el CADE tiene competencia para adoptar diversos tipos de medidas cautelares. Esta discrecionalidad permite al CADE adaptar sus respuestas a las circunstancias específicas de cada caso, lo que garantiza que las medidas impuestas sean proporcionadas y eficaces a la hora de

¹ Este documento ha sido elaborado por Camila Cabral Pires-Alves, Vitor Jardim Barbosa y Natasha Nóvoa; consejera del Tribunal del CADE, su jefe de gabinete y asistente, respectivamente. Ha sido revisado y editado en inglés por Izabel Cristina Medina Brum, Karine Neumann Gonçalves y Nathália Oliveira Silva, traductoras de la Unidad Internacional del CADE.

² Artículo 84: En cualquier etapa de la investigación administrativa para la determinación de infracciones o del procedimiento administrativo para la imposición de sanciones por infracciones al orden económico, el consejero relator o el superintendente general, por iniciativa propia o a instancias del fiscal jefe del CADE, podrá adoptar una medida cautelar cuando exista indicio o temor fundado de que la parte demandada podría, directa o indirectamente, causar perjuicios irreparables o difícilmente reparables al mercado, o tornar ineficaz el resultado final del procedimiento.

Párrafo 1: La medida cautelar determinará el cese inmediato de la práctica y, cuando sea materialmente posible, dispondrá el restablecimiento de la situación anterior, con la imposición de una multa diaria de conformidad con el artículo 39 de esta Ley.

Párrafo 2: Contra la decisión de adoptar una medida cautelar podrá interponerse recurso ante el Tribunal del CADE en el plazo de cinco (5) días, sin efecto suspensivo (Brasil, 2011).

³ Artículo 9, Sección VI de la Ley de Competencia brasileña (Ley n.º 12.529/2011).

abordar posibles conductas anticompetitivas. Las medidas cautelares más comunes en Brasil suelen incluir la suspensión de determinadas prácticas comerciales, restricciones temporales a comportamientos en el mercado y órdenes destinadas a mantener el *statu quo* durante las investigaciones en curso.

5. Dada la rápida evolución de los mercados digitales, es fundamental intervenir con rapidez para evitar perjuicios irreparables. El CADE reconoce esta urgencia y la equilibra con la necesidad de proteger las debidas garantías procesales. Las principales salvaguardias (*fumus boni iuris* y *periculum in mora*) velan por que la medida se base en un fundamento jurídico plausible y en la posibilidad de que se produzca un perjuicio importante. Además, el CADE se atiene a normas de procedimiento que ofrecen a las partes implicadas la oportunidad de presentar sus argumentos y pruebas. Incluso cuando las medidas se imponen *ex officio*, las partes afectadas pueden recurrir la decisión en un plazo de cinco días, tal y como establece el artículo 84, párrafo 2 de la Ley 12529/2011. Este recurso de apelación constituye un mecanismo de control fundamental, ya que garantiza que las medidas cautelares no solo sean oportunas, sino también justas y jurídicamente sólidas.

6. Los órganos judiciales de Brasil se encargan de supervisar las medidas cautelares adoptadas por el CADE. Aunque el CADE es competente para aplicar directamente estas medidas, los órganos judiciales también pueden revisar su legalidad y proporcionalidad. Este control judicial representa un nivel adicional de protección de las debidas garantías procesales, puesto que ratifica la conformidad de las medidas con normas jurídicas más amplias y refuerza los controles y equilibrios esenciales en las interacciones entre la administración y la justicia.

7. En un momento en que los mercados digitales no dejan de expandirse, la capacidad del CADE para adoptar medidas cautelares de forma rápida y justa sigue siendo crucial para salvaguardar la competencia. Pese a sus ventajas, adoptar estas medidas puede resultar difícil. Las pretensiones se desestiman en muchos casos por las posibles repercusiones irreversibles en el mercado asociadas a investigaciones incompletas, insolvencia inminente, dificultades para demostrar la interdependencia entre los riesgos presentados y la conducta investigada, y la posibilidad de que la intervención gubernamental en el momento en cuestión no logre restablecer el *statu quo*⁴.

8. Cabe señalar que existe un importante debate sobre la posibilidad de imponer una condena por conductas unilaterales en los casos en que la propia medida cautelar hubiera podido mitigar los efectos anticompetitivos de la conducta. El CADE podría examinar si es razonable eliminar la posibilidad de condenar a la parte demandada únicamente porque la autoridad de defensa de la competencia redujo los efectos de su práctica. El objetivo de la medida cautelar es frenar y poner fin lo antes posible a posibles conductas anticompetitivas. Si la mera aplicación de una medida cautelar excluyera la posibilidad de imponer una nueva condena, la aplicación de las leyes de defensa de la competencia y el efecto disuasorio ante futuras infracciones podrían verse socavados.

9. Por otro lado, resulta imperativo reflexionar acerca de los casos de conductas unilaterales que suelen evaluarse siguiendo un enfoque basado en los efectos o en el

⁴ Cordeiro, A. et al. (2021), Brasil: Interim Measures as an Enforcement Policy in Digital Markets, p. 200: “Pese a sus ventajas, adoptar medidas cautelares puede resultar difícil. Un estudio llevado a cabo por la Superintendencia General del CADE entre 2015 y 2020 mostró que el 73% de las pretensiones se desestimaron debido al riesgo de que las medidas afectasen al mercado de forma irreversible. Estos riesgos se relacionaban con una investigación poco exhaustiva, insolvencia inminente, dificultades para demostrar la interdependencia entre los riesgos que fundamentaban la pretensión y la conducta investigada, así como con el hecho de que la intervención gubernamental en el momento en cuestión no pudiese restablecer el *statu quo*”.

imperio de la razón. El enfoque basado en los efectos se centra en la incidencia real de la conducta en el mercado. Cuando una medida cautelar ya ha reducido los efectos anticompetitivos, cabría considerar que se ha aminorado el perjuicio a la competencia. En estos casos, los organismos pueden estimar oportuno tener en cuenta el efecto de las medidas cautelares a la hora de eximir potencialmente a las partes demandadas de la responsabilidad de las actuaciones iniciales que motivaron la adopción de tales medidas.

10. Por lo tanto, estas situaciones plantean un importante debate sobre el modo de equilibrar las medidas inmediatas adoptadas por las autoridades para evitar perjuicios al mercado y la necesidad de rendir cuentas y condenar las prácticas anticompetitivas. Este debate es crucial para garantizar que las medidas cautelares cumplan su propósito sin proporcionar inadvertidamente inmunidad a conductas anticompetitivas que, de otro modo, podrían tener efectos negativos significativos en el mercado.

11. Para ilustrar esta cuestión, a continuación se presentan cuatro casos recientes resueltos por el CADE en los que la autoridad impuso medidas cautelares. Se trata de los casos Itaú-Rede, iFood, Facebook-Cielo⁵ y Caixa Econômica Federal (CEF).

1. Itaú/Redecard – Procedimiento administrativo n.º 08700.002066/2019-77.

12. Un caso destacado sobre la aplicación de una medida cautelar en la etapa inicial de las investigaciones es la adoptada por la Superintendencia General del CADE contra Itaú Unibanco y Redecard en 2019, durante la investigación de un acuerdo en el mercado de medios de pago⁶.

13. En 2019, el CADE inició el Procedimiento administrativo n.º 08700.002066/2019-77 para investigar el presunto abuso de posición dominante por parte de Itaú Unibanco S.A. (Itaú) y Redecard S.A. (Rede) en los mercados de procesamiento de pagos y servicios bancarios. La investigación se inició a raíz de preocupaciones por posibles conductas anticompetitivas, entre ellas la fijación de precios predatorios por parte de Rede, una filial propiedad al cien por cien de Itaú Unibanco, en el mercado de procesamiento de pagos.

14. La investigación fue motivada por una campaña de Redecard que ofrecía un período de liquidación reducido para transacciones en efectivo exclusivamente a comerciantes con domiciliación bancaria en Itaú⁷. La principal preocupación de la Superintendencia General del CADE era que este tipo de acuerdos pudiera distorsionar el sector a medio plazo, privándolo de eficiencia económica y perjudicando potencialmente al mercado. En

⁵ La Ley n.º 12.529/2011 no recoge ninguna disposición específica sobre medidas cautelares en materia de control de fusiones. Sin embargo, el artículo 115 prevé la aplicación del Código de Procedimiento Civil y de la Ley de Procedimiento Administrativo, que permiten la adopción de medidas cautelares en determinadas condiciones. Además, la Resolución n.º 24/2019 del CADE permite la imposición de medidas cautelares necesarias para proteger la competencia durante las investigaciones.

⁶ La calificación de la conducta será determinada en última instancia por la decisión final del Tribunal del CADE. La conducta puede englobarse en infracciones de *tying* (vinculación), *mixed bundling* (empaquetamiento mixto) y *bundling* (empaquetamiento), y también puede ser considerada predatoria.

⁷ Redecard amplió a sus clientes la posibilidad de adelantar la recepción de fondos a los dos días siguientes a la transacción (D+2), con lo que la fecha de liquidación se adelantaba 28 días, sin comisiones ni descuentos asociados. Para hacer uso de este servicio, el negocio debía abrir o tener activa una cuenta bancaria en el Banco Itaú y asegurarse de que sus ingresos estaban dentro del límite especificado.

respuesta, la SG/CADE adoptó una medida cautelar que obligaba a Rede a dejar de ofrecer el plazo de liquidación reducido exclusivamente a los comerciantes con domiciliación bancaria en Itaú, así como la imposición de una multa diaria en caso de incumplimiento.

15. La investigación comenzó en abril de 2019, después de que Rede anunciara una política comercial que reducía el plazo de pago para los comerciantes de treinta días (D+30) a dos días (D+2), sin comisiones para los clientes con domiciliación bancaria en Itaú y una facturación anual de hasta 30 millones de reales. La Superintendencia General del CADE inició una investigación al descubrir esta política en línea, preocupada por la posibilidad de que restringiera la competencia al excluir a los competidores de Rede y favorecer a los clientes de Itaú.

16. El 24 de octubre de 2019, la SG/CADE emitió una nota técnica que elevó las diligencias previas a procedimiento administrativo y adoptó medidas cautelares, que determinaban lo siguiente:

- Rede debía eliminar la condición de contar con domiciliación bancaria en Itaú para que los clientes pudieran acceder al plazo de liquidación reducido.
- Se debía retirar todo el material publicitario que vinculara el período de liquidación reducido al hecho de tener domiciliación bancaria en Itaú.
- Rede debía comunicarse directamente con todos los negocios que se hicieron clientes de Itaú debido a la campaña para informarles de que contar con domiciliación bancaria en Itaú no era requisito para beneficiarse del período de liquidación reducido.

17. El incumplimiento de estas medidas daría lugar a una multa diaria de 500.000 de reales. En su defensa, Itaú presentó un recurso el 31 de octubre de 2019, solicitando la suspensión del procedimiento. El 27 de noviembre de 2019, el Tribunal del CADE estimó parcialmente el recurso y mantuvo la medida cautelar, pero introdujo cambios menores: amplió el plazo de ejecución de cinco a diez días hábiles, redujo la multa diaria a 250.000 de reales y estableció la obligación de notificar al Banco Central de Brasil.

18. El 15 de abril de 2020, el Tribunal del CADE refrendó la Orden n.º 70/2020, por la que se adoptaba el razonamiento de un dictamen jurídico. En este dictamen se argumentaba que, pese a la suspensión judicial de la medida cautelar del CADE, Itaú había cumplido efectivamente la medida al modificar su política comercial, lo que demostraba el cumplimiento oportuno del mandato correspondiente.

19. Actualmente, este caso solo cuenta con el voto del consejero relator, ya que otro consejero suspendió la decisión al solicitar un examen de los expedientes del caso.

2. iFood – Investigación administrativa n.º 08700.004588/2020-47

20. En marzo de 2021, el CADE adoptó una medida cautelar contra iFood, una plataforma en línea que ofrece servicios de comida a domicilio. La medida se basaba en las alegaciones presentadas por Abrasel, la asociación brasileña de bares y restaurantes, y Rappi Brasil, una plataforma competidora que también ofrece servicios de comida a domicilio.

21. Rappi alegó que iFood tenía una posición dominante en el mercado de pedidos de comida en línea y que aprovechaba dicha posición para adoptar prácticas verticalmente restrictivas, en concreto la celebración masiva de contratos de exclusividad con restaurantes asociados. Al favorecer a los restaurantes con acuerdos de exclusividad, iFood influía de

manera considerable en los restaurantes para que se adhirieran a un modelo de negocio más restrictivo.

22. Por otro lado, Abrasel alegó que iFood era el líder del mercado, con un 86% de cuota de mercado, y que la empresa estaba abusando de su poder de mercado al crear barreras a los competidores y extender su posición dominante a mercados adyacentes.

23. El CADE constató que la cuota de mercado de iFood superaba el umbral del 20% establecido en la Ley de Competencia brasileña para presumir la existencia de una posición dominante. La autoridad también consideró que iFood gozaba de la ventaja de ser el primer operador y que en el mercado afectado existían preocupaciones en materia de competencia relacionadas con el aumento de la posición dominante debido a efectos indirectos (*tipping effects*).

24. El buen funcionamiento de una plataforma en línea de comida a domicilio depende fundamentalmente de contar con un número considerable de restaurantes asociados. Esto se debe a que, aunque un sitio web o una aplicación de reparto puede tener una base de usuarios amplia, puede encontrarse con problemas de expansión importantes si no es capaz de asociarse con suficientes restaurantes en el otro extremo. Por lo tanto, la autoridad de defensa de la competencia concluyó que las cláusulas de exclusividad podrían obstaculizar la cadena de suministro al impedir, o poder impedir, que los competidores alcanzaran el volumen de restaurantes necesario para operar eficazmente en este mercado.

25. La investigación del CADE reveló que los restaurantes gozaban de beneficios individuales derivados de los acuerdos de exclusividad con iFood, ya que estos les permitían obtener ventajas competitivas. Además, al celebrar acuerdos exclusivos con restaurantes estratégicos, iFood conseguiría que las carteras de restaurantes de otras plataformas resultaran menos atractivas para los clientes, obstaculizando así su expansión.

26. Las cláusulas de exclusividad también aumentaban los costos de cambio de los restaurantes que pretendían cambiar iFood por sus competidores. Estos competidores, a su vez, tendrían que hacer una propuesta lo suficientemente atractiva como para compensar las pérdidas de los restaurantes derivadas de la ruptura de los acuerdos con iFood. Además, las cláusulas de exclusividad impedían que los restaurantes operasen en múltiples plataformas (*multi-homing*).

27. Teniendo en cuenta el dinamismo de los mercados digitales y el impulso que la pandemia de la COVID-19 ha supuesto para el sector de la comida a domicilio, el hecho de retener a restaurantes conocidos con cláusulas de exclusividad podría crear grandes barreras de entrada, obstaculizar el crecimiento de los competidores o incluso hacer que estos abandonen el mercado.

28. Por lo tanto, el CADE concluyó que, si iFood continuaba celebrando acuerdos de exclusividad, se incrementaría la concentración del mercado y se obstruiría la capacidad de los nuevos operadores, las empresas existentes y los competidores para competir con iFood, ya que el principal condicionante para atraer clientes es tener acceso a restaurantes comercialmente atractivos.

29. Sobre la base de las razones expuestas y dado que se cumplían los criterios para la adopción de una medida cautelar, en marzo de 2021, el CADE dispuso que, hasta que se dictase una decisión definitiva:

- iFood debía abstenerse de cerrar acuerdos de exclusividad con restaurantes que ya formaran parte de su mercado sin cláusula de exclusividad.
- iFood podía mantener los acuerdos de exclusividad con restaurantes que ya formaran parte de su mercado con cláusulas de exclusividad. No obstante, al

término de la vigencia de los acuerdos, las renovaciones solo podrían incluir cláusulas de exclusividad si así lo acordaban las partes.

30. Las renovaciones debían limitarse, sin embargo, a plazos de un año, aunque renovables ilimitadamente. Los acuerdos con restaurantes nuevos en el mercado de iFood no podrían incluir cláusulas de exclusividad. En cuanto a los restaurantes que ya formaran parte de su mercado con cláusulas de exclusividad y cuyos contratos se renovaran sin cláusulas de exclusividad durante la vigencia de la medida cautelar, iFood no podría incluir cláusulas de exclusividad en las renovaciones posteriores.

31. Además, hasta que se anunciara una decisión definitiva sobre el caso, el CADE impuso una multa diaria de 150.000 de reales en caso de incumplimiento de las medidas cautelares.

32. En principio, las medidas cautelares deberían resolver los aspectos urgentes de la conducta objeto de examen, lo que a menudo se traduce en un ámbito de aplicación más restringido que el de la investigación global. En este caso, el CADE optó por suspender los acuerdos de exclusividad únicamente a los contratos futuros de iFood con restaurantes de su plataforma. Dicha limitación puede considerarse una calibración de la proporcionalidad. Al reflexionar sobre el recurso a medidas cautelares en el derecho de la competencia, es importante tener en cuenta si la adopción de medidas excesivas puede perjudicar a la competencia o juzgar de forma precipitada el fondo del asunto. Las medidas cautelares pueden ir más allá del mero restablecimiento del *statu quo ante* y deben ser proporcionales, incluso cuando impongan obligaciones nuevas o futuras, de modo que puedan innovar en el marco de la dinámica competitiva examinada.

33. El CADE ha concluido satisfactoriamente un acuerdo con la plataforma en línea de comida a domicilio iFood, tras una investigación sobre presuntas prácticas anticompetitivas en materia de exclusividad en el mercado brasileño en línea de comida a domicilio. El acuerdo se concibió para fomentar la competencia y facilitar el acceso y la actividad de otras aplicaciones en el sector. Este acuerdo incluye varias disposiciones esenciales destinadas a frenar la capacidad de iFood para imponer o propiciar la exclusividad en sus acuerdos con restaurantes asociados, en particular con aquellas cadenas que concentran un volumen significativo de pedidos, lo que las sitúa en una posición estratégica para la diversidad y competitividad del mercado. El acuerdo de cese y desistimiento establece restricciones específicas sobre el alcance y la duración de los acuerdos de exclusividad que iFood puede aplicar, con lo que se pretende equilibrar la dinámica del mercado y garantizar unas prácticas de competencia leal.

34. En este caso, el Tribunal no pudo pronunciarse sobre los efectos de la medida cautelar con arreglo al análisis basado en los efectos o al imperio de la razón para conductas unilaterales, ya que la investigación administrativa concluyó con un acuerdo.

3. Facebook (actualmente Meta) – Cielo – Procedimiento administrativo n.º 08700002871/2020-34⁸

35. El 23 de junio de 2020, el CADE adoptó una medida cautelar por la que se ordenaba suspender la transacción entre Facebook (actualmente Meta) y Cielo, una empresa de

⁸ La Ley n.º 12529/2011 no recoge ninguna disposición específica sobre medidas cautelares en materia de control de fusiones. Sin embargo, el artículo 115 prevé la aplicación del Código de Procedimiento Civil y de la Ley de Procedimiento Administrativo, que permiten la adopción de medidas cautelares en determinadas condiciones. Además, la Resolución n.º 24/2019 del CADE

adquisición de tarjetas. Dicha transacción tenía por objetivo que los establecimientos comerciales autorizados por Cielo admitieran un nuevo sistema de pago a través de WhatsApp Business.

36. El 15 de junio de 2020, la transacción recibió una gran difusión por parte de la prensa, lo que llevó al CADE a investigarla en el marco de un procedimiento administrativo. La autoridad determinó que la transacción afectaba al mercado adquirente, en el que opera Cielo, entre otros mercados. La empresa fue líder en 2017 y tenía poder en el mercado. Además, la autoridad de defensa de la competencia estaba llevando a cabo otras investigaciones relacionadas con Cielo en el momento de este análisis, lo que parecía indicar que la empresa estaba utilizando su posición para obstaculizar la competencia en el mercado adquirente.

37. La evaluación preliminar de la autoridad indicaba que era poco probable que los competidores pudieran crear o replicar un sistema de pago similar, más aún si Facebook y Cielo firmaban un acuerdo de exclusividad. Estaba claro que, en función de las características del acuerdo, el volumen de usuarios de WhatsApp (120 millones de personas en ese momento) daría a Cielo la posibilidad de ofrecer innumerables transacciones sin tener que lidiar con la competencia.

38. Por lo tanto, existía un gran riesgo de incurrir en exclusividad, ya fuera *de facto* o por medio de un acuerdo, lo que posiblemente excluiría a los competidores del nuevo método de pago y reduciría las opciones de los consumidores.

39. Otro de los riesgos detectados fue que los principales bancos eran partes interesadas en esta transacción. Además de emitir tarjetas de crédito, los bancos brasileños Banco do Brasil y Bradesco eran accionistas de Cielo. Si el nuevo método de pago solo estaba disponible para los usuarios con tarjetas emitidas por estos dos bancos, la transacción podía distorsionar el mercado bancario y afectar negativamente a la competencia.

40. La decisión de la autoridad de adoptar la medida cautelar también tuvo en cuenta que no había indicios ni pruebas de que la transacción se fuera a notificar al CADE para proceder a un examen de la fusión. De hecho, la información publicada por la prensa y el Banco do Brasil evidenciaba que las empresas ya habían hecho efectivo su acuerdo.

41. Por lo tanto, la autoridad de defensa de la competencia concluyó que, debido a los posibles riesgos de la transacción, la fusión podría afectar al mercado con carácter inmediato, obstaculizando las operaciones de los competidores o incluso desviando de forma significativa su demanda. Además, este deterioro de la competitividad repercutiría en los consumidores.

42. De este modo, el 23 de junio de 2020, el CADE bloqueó la transacción en Brasil y prohibió, en ese momento, el acuerdo entre Facebook y Cielo y su nuevo sistema de pago por WhatsApp. La autoridad impuso una multa diaria de 500.000 de reales en caso de incumplimiento de la orden. El 30 de junio de 2020, la medida se revocó después de que las partes aclararan los detalles de la transacción y alegaran que no perseguían una relación de exclusividad.

43. En Brasil, el caso de WhatsApp Pay es un ejemplo del carácter transitorio y reversible de las medidas cautelares. La SG, actuando de oficio, inició una investigación e impuso una medida cautelar por la que se suspendía la aplicación del acuerdo que permitía efectuar pagos a través de WhatsApp. Una semana más tarde, tras examinar las aclaraciones de Meta y Cielo, la SG revocó la medida cautelar y determinó que la alegación no era

permite la imposición de medidas cautelares necesarias para proteger la competencia durante las investigaciones.

plausible, que no había incentivos para excluir a los competidores o reducir las opciones de los usuarios y que la relación con WhatsApp Pay podía revocarse en cualquier momento. En la decisión de la SG fue determinante el hecho de que el acuerdo entre Meta y Cielo se basara en un modelo abierto, puesto que ello permitía a otros agentes de pago no asociados al grupo económico de Cielo operar en la plataforma como emisores de tarjetas de crédito.

44. Por lo tanto, cabe afirmar que se aplicó el principio de reversibilidad de la OCDE, si bien también podrían cuestionarse los efectos negativos que la medida cautelar ha tenido sobre la herramienta, teniendo en cuenta que los consumidores ahora muestran un mayor recelo respecto a su uso.

4. Caixa Econômica Federal (CEF) - Investigación administrativa n.º 08700.003430/2023-01

45. El 17 de agosto de 2023, la Superintendencia General del CADE inició una investigación contra el banco estatal brasileño Caixa Econômica Federal (CEF) y la Federación Brasileña de Empresas de Lotería (FEBRALOT).

46. La investigación se inició a raíz de una denuncia presentada por la Asociación Brasileña de Intermediarios Digitales de Juegos de Lotería (AIDIGLOT), una asociación privada que representa los intereses de las plataformas de lotería en línea. Según la parte demandante, la CEF y FEBRALOT obstaculizan el acceso de las plataformas de lotería al mercado de intermediarios de juegos en línea mediante litigios abusivos, campañas difamatorias y abuso de poder regulatorio, entre otras conductas sospechosas.

47. Tras constatar el *periculum in mora* en la conducta, la Superintendencia General del CADE decidió adoptar una medida cautelar para evitar que la CEF sancionase a las administraciones de lotería que mantenían relaciones comerciales con plataformas intermediarias de juegos de lotería. En otras palabras, el objetivo era evitar que la CEF ocasionara un perjuicio irreparable al mercado.

48. Posteriormente, en la sesión de audiencia del 11 de octubre de 2023, la CEF recurrió la medida cautelar impuesta por la Superintendencia General ante el Tribunal del CADE, que decidió mantenerla por considerar que tenía un efecto positivo en el mercado segmentado. La medida prohibía a las partes demandadas divulgar, publicar o manifestarse públicamente para atribuir un carácter ilegal a la actividad económica desarrollada por las plataformas intermediarias de juegos de lotería, o sugerirlo.

49. En conclusión, como se ha mencionado anteriormente, el CADE tiene competencia directa para aplicar medidas cautelares en casos relacionados con la defensa de la competencia. Dichas medidas son fundamentales para dar una respuesta rápida a las perturbaciones que afectan a la competencia y salvaguardar los intereses de los consumidores. Asimismo, están concebidas para ser temporales y proporcionadas, y son esenciales para adaptarse a las especificidades de cada caso y garantizar una competencia leal.

50. El carácter dual del CADE hace posible que estas medidas se apliquen rápidamente gracias a su doble función de investigación y resolución de litigios, con lo que se previene eficazmente cualquier perjuicio al mercado y se equilibra la necesidad de control jurídico. Se trata de una capacidad fundamental, sobre todo en el entorno dinámico de los mercados digitales, en el que es necesario actuar con rapidez para evitar perjuicios duraderos. Con la evolución de los mercados digitales, la capacidad del CADE para aplicar estas medidas de

forma eficaz y justa resulta cada vez más importante para mantener unas estructuras de mercado competitivas y proteger los derechos de los consumidores.

51. Las medidas cautelares del CADE se han centrado principalmente en el abuso de posición dominante, sobre todo en los mercados digitales, aunque algunas voces sostienen que su aplicación debería ser más amplia. Estas medidas están destinadas a frenar las conductas anticompetitivas, si bien se han tornado más complejas, al exigir, por ejemplo, acciones específicas a las partes implicadas en acuerdos de exclusividad. La revisión judicial ha planteado dificultades, y algunas medidas han sido anuladas, lo que ha llevado al CADE a adoptar un enfoque más prudente para evitar revocaciones. Pese a este panorama, el CADE sigue aplicando medidas cautelares, algunas de las cuales siguen siendo efectivas sin intervención judicial. El elevado número de casos y la falta de experiencia en defensa de la competencia del poder judicial obligan al CADE a adoptar decisiones claras y concisas. En los dictámenes actuales del Tribunal Supremo se destaca la importancia de observar las decisiones especializadas del CADE⁹.

52. La experiencia de la autoridad de defensa de la competencia brasileña subraya la creciente importancia de estas medidas. Un análisis de los casos recientes del CADE ha mostrado una mezcla de aprobación y rechazo con respecto a las medidas cautelares, lo que pone de relieve la necesidad de encontrar un equilibrio entre evitar el «rigor excesivo en la aplicación», que podría perjudicar a la competencia, y el «rigor insuficiente en la aplicación», que reflejaría una aplicación excesivamente conservadora de las medidas cautelares. Lograr este equilibrio es esencial para proteger de manera eficaz la competencia. En los mercados dinámicos, en particular los digitales, ha surgido un debate sobre la flexibilidad con la que el CADE debería aplicar el concepto de *periculum in mora* para poder intervenir con mayor rapidez. Intervenir con prontitud podría evitar que las posibles conductas anticompetitivas provoquen una inflexión del mercado (*market tipping*)¹⁰, lo que llevaría a las empresas innovadoras a aumentar su posición dominante y a crear barreras de entrada o expulsar a los competidores. Asimismo, el *fumus boni iuris* podría evaluarse en función de los efectos posibles y futuros, y no solo de las pruebas existentes, ya que las repercusiones en los mercados dinámicos muchas veces no están claras desde el principio. Las medidas cautelares deben ajustarse a los principios de temporalidad, reversibilidad, adaptabilidad, inmediatez, aplicabilidad y proporcionalidad, así como a las garantías procesales¹¹.

53. En esta breve nota se ha presentado el modo en que el CADE ha aplicado medidas cautelares en algunos mercados. El objetivo era ilustrar las posibilidades que brinda esta herramienta en el ámbito de la defensa de la competencia. Se observa un patrón de respuesta rápida en el enfoque del CADE justo en la primera etapa de las investigaciones, con el que

⁹ OECD (2023), "Summary of Discussion of the Roundtable on Interim Measures in Antitrust Investigations - Annex to the Summary Record of the 135th meeting of Working Party 3", DAF/COMP/WP3/M(2022)1/ANN1/FINAL OECD Publishing, Paris, DAF/COMP/WP3/M(2022)1/ANN1/FINAL

¹⁰ Lancieri, Filippo y da Silva Pereira Neto, Caio Mario, Designing Remedies for Digital Markets: The Interplay Between Antitrust and Regulation (16 de agosto de 2021). Journal of Competition Law and Economics (2021), Lianos, I. y A. Ivanov (2019), Digital Era Competition BRICS Report, y Motta, M. y M. Peitz (2020), Intervention triggers and underlying theories of harm - Expert advice for the impact assessment of a new competition tool.

¹¹ Athayde, A., et. al. (2022), Interim Measures in the Recent Experience of Brazil's Antitrust Enforcement, SSRN, <https://ssrn.com/abstract=4237603>

se busca evitar posibles perjuicios al mercado y hacer frente a posibles efectos anticompetitivos.

Bibliografía

Athayde, A., et. al. (2022), Interim Measures in the Recent Experience of Brazil's Antitrust Enforcement, SSRN, <https://ssrn.com/abstract=4237603>

Cordeiro, A. et al. (2021), Brazil: Interim Measures as an Enforcement Policy in Digital Markets, <https://globalcompetitionreview.com/guide/digital-markets-guide/first-edition/article/brazil-interim-measures-enforcement-policy-in-digital-markets>

Lancieri, Filippo and da Silva Pereira Neto, Caio Mario, Designing Remedies for Digital Markets: The Interplay Between Antitrust and Regulation (August 16, 2021). Journal of Competition Law and Economics (2021), Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3704763> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3704763>

Lianos, I. and A. Ivanov (2019), Digital Era Competition BRICS Report, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3901413> or <https://cyberbrics.info/wp-content/uploads/2019/09/brics-book-full.pdf>

Motta, M. and M. Peitz (2020), Intervention triggers and underlying theories of harm - Expert advice for the impact assessment of a new competition tool, <https://op.europa.eu/s/vUnD>

OECD (2022), "Interim Measures in Antitrust Investigations", OECD Roundtables on Competition Policy Papers, No. 283, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/5a3242e9-en>

OECD (2023), "Summary of Discussion of the Roundtable on Interim Measures in Antitrust Investigations - Annex to the Summary Record of the 135th meeting of Working Party 3", DAF/COMP/WP3/M(2022)1/ANN1/FINAL OECD Publishing, Paris, [DAF/COMP/WP3/M\(2022\)1/ANN1/FINAL](https://www.oecd.org/daf/comp/wp3/m(2022)1/ann1/final/)