

Unclassified

Spanish - Or. English

15 September 2021

**DIRECTORATE FOR FINANCIAL AND ENTERPRISE AFFAIRS
COMPETITION COMMITTEE****LATIN AMERICAN AND CARIBBEAN COMPETITION FORUM (Spanish version)
FOROLATINOAMERICANO Y DEL CARIBE DE COMPETENCIA - Sesión I: Programas de
cumplimiento y defensa de la competencia****- Contribución de Brasil -**

20-22 de septiembre de 2021

Se hace circular el documento adjunto elaborado por Brasil PARA SU DEBATE en la Sesión I del Foro Latinoamericano y Del Caribe de Competencia que se llevará a cabo los días 20-22 de septiembre de 2021, reunión virtual por Zoom.

Ms. Sra. Lynn Robertson, Experta en Competencia – [Lynn.Robertson@oecd.org].

JT03480963

Sesión I: Programas de cumplimiento y defensa de la competencia

Cumplimiento y Clemencia

– Contribución de Brasil¹ –

1. Cumplimiento: Perspectiva del CADE

1. Desde la perspectiva del CADE, los programas de cumplimiento son relevantes para impulsar una escala regulatoria². La expresión escala regulatoria se refiere al alcance de la máxima eficacia con la asignación de recursos públicos a la política antitrust, especialmente cuando los agentes privados se adhieren a los objetivos regulatorios.
2. Una parte significativa de la eficacia de la legislación antitrust se da a través de las acciones de mando y control, con autoridades de competencia que difunden sus normas y leyes definidas por el Poder Legislativo, además de revisiones de cualquier infracción de la normativa por su cuenta. En cuanto a la revisión, destacan las actividades de inteligencia y las investigaciones de oficio.
3. Junto con los esfuerzos públicos, el gobierno puede fomentar los esfuerzos privados relativos a la observancia y la diligencia con el cumplimiento de la ley. Esta medida es importante ya que el conocimiento de la normativa por parte de las empresas privadas y su cumplimiento también reflejan la eficacia de las normas antitrust. Por eficacia se entiende aquí la adhesión de los agentes privados a las normas destinadas a mejorar el funcionamiento del mercado.
4. La diligencia de los agentes privados con el cumplimiento de la competencia está directamente relacionada con el grado de éxito de los esfuerzos públicos de mando y control. Gracias a investigaciones exhaustivas y ágiles, procedimientos iniciados con firmeza dentro del debido procedimiento legal y multas severas, las partes interesadas pueden darse cuenta de que el cumplimiento es la vía que mejor protege a las empresas contra las acusaciones y las posibles sanciones. El fenómeno descrito aquí sugiere una interdependencia entre la acción pública y privada, donde la primera desempeña un papel importante en el impulso de la segunda.
5. A pesar de la interdependencia de las acciones privadas eficientes y el éxito de las acciones de mando y control, está claro que la adopción de los esfuerzos de cumplimiento de las organizaciones privadas refuerza la labor del CADE. Un ejemplo de escala regulatoria que puede ser más útil para la misión de los órganos antitrust de convertir los mercados en vigorosamente competitivos.

¹ Este documento ha sido elaborado por Alden Caribé de Sousa, Jefe de la Unidad Anti-cártel y responsable del Programa de Clemencia.

² Mário Shapiro y Sarah Marinho utiliza la expresión escala regulatoria (*escala regulatória*).

SCHAPIRO, M.; MARINHO, S. Compliance Concorrencial: Cooperação regulatória na defesa da concorrência. São Paulo: Almedina, 2019.

6. Los programas de cumplimiento pueden ser auténticas políticas de autorregulación cuando sugieren que las organizaciones refuercen sus sistemas de cumplimiento mediante la adhesión a los principios de competencia. Por lo tanto, las autoridades antitrust y los agentes privados deben actuar en consonancia con los principios rectores para el mejor funcionamiento de las actividades económicas.

2. Cumplimiento: la perspectiva de las empresas

7. Desde la perspectiva de las empresas, los programas de cumplimiento garantizan su sostenibilidad, es decir, su viabilidad a largo plazo y proporcionan claros beneficios de reputación, que aumentan la capacidad de influencia y poder de las empresas. Por el contrario, el incumplimiento no intencionado de la normativa puede suponer la asunción involuntaria de obligaciones y costes inesperados, pudiendo afectar al rendimiento o incluso al mantenimiento de las actividades a lo largo del tiempo. En el caso de las empresas (organizaciones destinadas a obtener un beneficio), pueden enfrentarse a una reducción del reparto de excedentes, a la puesta en peligro de inversiones, a la limitación o el cierre de establecimientos, entre otros. Respecto a las organizaciones sin ánimo de lucro, como las fundaciones y asociaciones, los esfuerzos para alcanzar su objetivo social pueden resultar infructuosos, mucho más costosos o de alcance limitado en caso de faltas graves.

8. Para evitar imprevistos resultantes de un desacuerdo normativo, deben diseñarse programas de cumplimiento ejemplares³ que ofrezcan una comunicación clara y acciones de refuerzo y control suficientes para que todos los miembros que operan en nombre de la organización cumplan las normas éticas.

9. No hay una solución simple para esta cuestión. Las organizaciones están integradas por individuos con diferentes orígenes y cualificaciones, lo que implica una escala personal de valores. Estas características y el modo en que las personas interactúan generalmente pueden llevar a situaciones de conflicto del agente-principal.

10. Según la Teoría del Agente-Principal, la literatura económica estudia el choque entre los intereses de los agentes y las funciones que el principal espera de ellos⁴. La teoría considera que una persona que actúa en nombre de otra es invariablemente más consciente de las circunstancias que implica el cumplimiento de sus responsabilidades que la otra persona. Por lo tanto, esto puede dar lugar a una mala conducta por el agente sin que lo sepa la organización (principal)⁵.

11. Las acciones desacordes con el mandato y realizadas por varios miembros de organizaciones pueden favorecer una cultura organizativa distorsionada, que se opone a menudo a la cultura esperada por la ley o por otros miembros.

³ Los programas de cumplimiento ejemplares comparados con programas de cumplimiento falsos que pretenden fingir un compromiso, engañando a las personas y autoridades de competencia interesadas en el sistema de cumplimiento de la empresa.

⁴ El agente es el que actúa. El principal es la persona en cuyo nombre se actúa. Cuando una parte tiene más o mejor información que otra, esto se llama asimetría informativa.

⁵ LAFFONT, Jean-Jacques; MARTIMORT, David. *The Theory of Incentives I: The Principal-Agent Model*. Princeton: Princeton University Press, 2002, pp. 54-55.

12. Las medidas adoptadas para que el agente optimice el rendimiento de su actuación en beneficio real del principal, sin conflicto de intereses, son objeto de gran preocupación administrativa y económica. La finalidad de las referidas acciones es alinear los intereses de agente y principal. En cuanto a las cuestiones sistémicas, pueden considerarse medidas de reforma de la cultura organizativa, dirigidas a aportar nuevos valores o a impedir la reparación de valores distorsionados en una organización. En la medida en que los objetivos de alineación son precisamente los objetivos perseguidos por los programas de cumplimiento, resultan atractivos para las organizaciones profundamente comprometidas con las culturas de integridad.

13. A pesar de que los programas de cumplimiento están bien estructurados, sus resultados son más probables que determinantes, es decir, los riesgos de desviación se reducen, pero casi nunca desaparecen. Además, los recursos económicos están limitados por su naturaleza variada, y los recursos utilizados para el cumplimiento no son una excepción. Por tanto, es aconsejable establecer prioridades cuando se diseñan acciones de cumplimiento y empezar por las medidas con mejores efectos estratégicos.

14. Los mapas de riesgo son fundamentales para identificar las rutinas y estructuras más propensas a la desviación. Las personas en puestos de alto rango encargadas de la política de ventas y marketing de las empresas, por ejemplo, son más susceptibles de participar en prácticas de cártel, como la fijación de precios, la priorización de áreas de actividad o la definición de nuevas líneas o productos a ofrecer.

15. Tras identificar las posiciones y rutinas más arriesgadas, el siguiente paso es planificar medidas para reducir esos riesgos, esto es, medidas que garanticen que los representantes empresariales cumplen con las leyes y normas de competencia, asegurando así el mantenimiento de la empresa. A continuación, citamos unos cuantos ejemplos de estas medidas:

- Adoptar un Código de Conducta claro y ofrecer formación periódica a los cargos más propensos a cometer infracciones de la legislación antitrust para fomentar la concienciación sobre la ética de la organización.
- Mejorar la supervisión, lo que reduce la asimetría de información entre la organización y sus representantes. Grabar y conocer los detalles de las acciones de sus agentes, para tomar medidas si se detecta una mala conducta. Una supervisión simple pero efectiva es suficiente para inhibir una mala conducta, ya que si los representantes no saben si hay asimetría en la información, probablemente renunciarán a involucrarse en un conflicto de intereses.
- Ofrecer una elevada compensación. Los empleados bien pagados a menudo evitan comportamientos oportunistas, puesto que, si son descubiertos, no pueden volver a encontrar un trabajo tan bien remunerado.
- Ofrecer una compensación tardía. la organización puede reajustar las condiciones para el rendimiento e incluir la sostenibilidad a largo plazo, especialmente al posponer la remuneración vinculada al rendimiento que se da a los empleados de la alta dirección. Esto induce al cumplimiento de normas que, si se incumplen a corto plazo, pueden comprometer seriamente la solvencia y rendimiento de la empresa más adelante.

16. Finalmente, los costes de un programa de cumplimiento con la legislación antitrust son más fáciles de asumir cuando el asunto forma parte de las acciones de la organización para garantizar la integridad global en lugar de limitarse a una parte de la organización. El Cade y la Escuela Nacional de Administración Pública estructuraron un curso en línea sobre el cumplimiento con el derecho de la competencia para difundir información sobre

temas de interés y directrices generales al público general, a diferentes organismos de gobierno y a las pequeñas y medianas empresas.

3. Convergencia de los programas de cumplimiento y clemencia

17. La experiencia del CADE ha demostrado que los buenos programas de integridad dan lugar a mejores acuerdos de clemencia.

18. En efecto, un buen programa de integridad cuenta con mecanismos para detectar y abordar las conductas indebidas, lo que permite identificar señales de alarma más rápidamente, conduciendo así a investigaciones internas más ágiles, ya que comenzaron en una fase más temprana. Además, los programas de cumplimiento exitosos suelen trazar mapas de riesgo para predecir dónde es más probable que se produzca una infracción, de tal manera, que, si ocurre pese a las herramientas de control y mitigación del programa, las investigaciones pueden llevarse a cabo de manera más rápida y efectiva. Además, las actividades de los agentes se documentan de forma rutinaria, lo que facilita la clarificación de asuntos relacionados con las actividades sospechosas, la recopilación de pruebas en las investigaciones internas y la presentación de solicitudes de clemencia exitosas. Por un lado, una solicitud de clemencia exitosa ofrece al gobierno la oportunidad de detectar infracciones que desconocía por completo o de las que no tenía pruebas suficientes. Por otro lado, la organización firmante y los representantes que ayudaron a revelar la infracción tienen derecho a grandes beneficios legales, que pueden llegar hasta la inmunidad total frente a los procesos administrativos.

19. La experiencia del CADE muestra que se deniegan aproximadamente tres cuartas partes de las solicitudes de clemencia antitrust presentadas ante su Oficina del Superintendente General. Los motivos más comunes de denegación son la existencia de una solicitud previa (puesto que solo el primer solicitante tiene derecho) o la insuficiencia de pruebas para respaldar las alegaciones. No obstante, si se rechaza una solicitud por una de estas razones, la organización todavía puede incorporarse a un programa de cumplimiento en el futuro, tras la debida preparación.

20. Por último, cabe señalar que algunas acciones de supervisión pueden resultar especialmente útiles si se aplican con prontitud y con todas las pruebas necesarias:

- Contar con al menos dos empleados de la autoridad de competencia y documentar sistemáticamente todos los procedimientos en las reuniones con los competidores, los asesores financieros y los sindicatos. Grabar o levantar acta de cada reunión. Registrar el uso de equipos de trabajo (como teléfonos inteligentes, tablets, ordenadores portátiles y ordenadores personales) en las comunicaciones con los competidores, los asesores financieros, o los sindicatos. Conservar una lista con la hora y el nombre de los que llaman a través de las secretarías. Contar con una agenda escrita de las reuniones previamente programadas accesibles a la organización. Etc.
- Adoptar canales para recibir preguntas y quejas.
- Evaluar periódicamente las áreas de riesgo.
- Examinar y evaluar periódicamente la eficiencia de los mapas de riesgo y las acciones para abordar esos riesgos.

4. Los programas de cumplimiento y el cálculo de las multas por infracciones de la legislación antitrust

21. Un tema candente en los debates sobre la política de competencia es si el programa de cumplimiento de una empresa es un factor atenuante o agravante.
22. Mediante la adopción de un programa de cumplimiento, la empresa evita dejar a sus representantes a cargo de áreas de riesgo, garantizando así su sostenibilidad a largo plazo.
23. Además de esta lógica y ventaja inherente, algunos piensan que la autoridad de competencia gubernamental, cuando imponga sanciones, debería reconocer los esfuerzos de cumplimiento de la organización. Esto es, el gobierno debería considerar la posibilidad de reducir la sanción si la organización demuestra que intentó concienciar sobre cuestiones de cumplimiento y alinear los intereses de sus representantes con los suyos propios.
24. Sin embargo, el tema no es tan simple. El programa crea una escala regulatoria y beneficia al gobierno; por tanto, considerar el programa como un factor atenuante fomentaría el cumplimiento. Por otro lado, cometer una infracción después de haber recibido una formación sobre la integridad de la competencia es todavía más reprochable. En este caso, los infractores son al fin y al cabo plenamente conscientes de los límites, las consecuencias y la ilegalidad de las prácticas.
25. Para abordar esta contradicción, puede ser una buena idea considerar dos temas adicionales: la solidez del programa (para garantizar que los programas falsos no se califiquen como factores atenuantes) y el alcance de la infracción (para determinar si la responsabilidad recae directamente en un individuo o surge de una cultura organizativa que no se vio afectada por el programa de cumplimiento de la entidad).
26. Los programas de cumplimiento sólidos y eficaces aumentan la eficacia de la ley de competencia y por tanto deben incentivarse y promoverse por el gobierno. Las Directrices del CADE sobre Programas de Cumplimiento en materia de Competencia, publicadas en 2016, recomiendan que el Tribunal Administrativo considere que un programa es exitoso siempre que haya pruebas de buena fe o se haya firmado un Acuerdo de Cese y Desistimiento. En el primer caso, el programa se considerará como un factor atenuante de reducción de la multa. En el segundo, el programa puede justificar la reducción de la contribución financiera impuesta a la empresa hasta el mayor descuento permitido por la ley.