



PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE CHILE

LIBRE COMPETENCIA Y COVID-19
Gestión de la incertidumbre en tiempos de crisis¹

PROGRAMA UC | LIBRE COMPETENCIA

Opinión técnica
Nº 5/ MARZO 2020

¹ Documento elaborado por Richard Peña B., Subdirector del Programa UC | Libre Competencia.

LIBRE COMPETENCIA Y COVID-19

Gestión de la incertidumbre en tiempos de crisis

Richard Peña Burgos

1. Introducción.

A medida que todo el mundo busca la mejor forma de responder a los efectos e incertidumbre que genera el COVID-19, surgen dudas sobre el potencial de incurrir en conductas que pudieran infringir las normas de libre competencia. El objetivo del presente documento es situarse en una comprensión más detallada de los riesgos de libre competencia y cómo gestionarlos en tiempos de crisis. La sección 2 se refiere a algunos aspectos generales en la materia; La sección 3 entrega algunos ejemplos de escenarios de riesgos en tiempos de crisis y; la sección 4 se detiene en algunas recomendaciones de gestión.

2. Aspectos generales.

No existe disposición legal que permita eximirse de la aplicación de la legislación de libre competencia ante emergencias de salud pública y, aunque las autoridades públicas (incluyendo las de libre competencia) reconocen en general la importancia de los esfuerzos colaborativos o unilaterales en tiempos de crisis, están atentos a situaciones que puedan significar distorsiones de mercado que terminen afectando la continuidad del proceso competitivo y la interacción con los consumidores.²

Así lo confirman autoridades de todo el mundo, las que han manifestado el interés por hacer responsable a cualquiera que infrinja la legislación de libre competencia, en particular, en los mercados de insumos para la salud.³ Por lo tanto, no escapa a la atención de las autoridades que la actual situación económica del mundo es un

² William P. Barr, Fiscal General de Estados Unidos declaró: "The Department of Justice stands ready to make sure that bad actors do not take advantage of emergency response efforts, healthcare providers, or the American people during this crucial time. I am committed to ensuring that the department's resources are available to combat any wrongdoing and protect the public." Lo que muestra un especial interés por hacer prioritaria la aplicación de la legislación de libre competencia en tiempos de crisis.

³ Véase: CMA, "CMA statement on sales and pricing practices during Coronavirus outbreak" (March 5, 2020), available at: <https://www.gov.uk/government/news/cma-statement-on-sales-and-pricing-practices-during-coronavirus-outbreak>; ACGM, "ICA: Coronavirus, the Authority intervenes in the sale of sanitizing products and masks" (February 27, 2020), available at: <https://en.agcm.it/en/media/press-releases/2020/3/ICA-Coronavirus-the-Authority-intervenes-in-the-sale-of-sanitizing-products-and-masks>; Press Release, Department of Justice, "Justice Department Cautions Business Community Against Violating Antitrust Laws in the Manufacturing, Distribution, and Sale of Public Health Products" (March 9, 2020), available at: (<https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-cautions-business-community-against-violating-antitrust-laws-manufacturing>).

factor que facilita la colusión, así como potenciales abusos unilaterales de actores dominantes en los mercados.

Sin perjuicio de ello, ciertas colaboraciones entre competidores pueden ser lícitas, siempre que estén orientadas por justificaciones comerciales legales y legítimas, y las empresas procuren conservar su independencia en toma unilateral de decisiones (e.g., medidas para proteger a su empresa, sus trabajadores y el público). Entonces, lo relevante es saber gestionar adecuadamente los riesgos en materia de libre competencia. Algunas recomendaciones se entregan en el presente documento.

3. Escenarios de riesgo. Algunos ejemplos.⁴

- Escenario 1: El gobierno impulsa, incentiva o fuerza a las empresas para que apliquen determinadas políticas o iniciativas para ayudar a superar la crisis.

Por regla general, un conjunto de empresas en una industria podrían colaborar y poner esfuerzos en común en torno a objetivos de interés público planteados por la autoridad. Asimismo, las empresas podrían participar en reuniones con funcionarios públicos, incluyendo la facilitación de información para el diseño de respuestas eficaces a las crisis.

Sin embargo, en dicho escenario como el planteado puede ocurrir que un conjunto de empresas acuerden compartir información sensible (e.g., precios, volúmenes de producción, capacidad instalada, entre otras) en relación a bienes esenciales o motivar al diseño de conjunto de planes para garantizar la seguridad y continuidad de suministro.

Este tipo de situaciones son altamente riesgosas y generan el potencial concreto de infringir la legislación de libre competencia. Por lo tanto, es recomendable tomar con cautela los requerimientos de la autoridad y adoptar medidas preventivas para evitar cualquier intercambio de información que pueda conducir a la materialización de riesgos de libre competencia.

- Escenario 2: Competidores se reúnen en gremios y otras plataformas para debatir las respuestas de la industria a la crisis.

Más allá de los esfuerzos legítimos de interacción con la autoridad y el diseño de medidas para reaccionar ante la crisis, existe un alto riesgo de libre competencia en la coordinación de actividades (en particular las que tienen una naturaleza comercial intrínseca) a través de una asociación gremial.

⁴Nota: Este no es un listado acabado de todas las situaciones posibles, por lo que pretende ilustrar sobre algunos escenarios particulares que pudieran servir de ejemplo para tomar las precauciones y prevenir adecuadamente ante riesgos de libre competencia.

Por lo tanto, es recomendable evitar sostener reuniones gremiales sin una dirección y supervisión claras en materia de libre competencia. En particular, es relevante conocer aquellas situaciones en las que sí está permitido intercambiar información y los cuidados que deben considerarse al momento de coordinar ciertas actividades o comportamientos con los competidores que concurren a una mesa de carácter gremial.

Si bien, con la orientación y supervisión adecuadas, las empresas pueden intercambiar información apropiada sobre cómo gestionar los efectos en la industria derivados del COVID-19, la adhesión a ese tipo de prácticas debería ser totalmente voluntaria y basada en la definición individual de cada empresa.

Por ejemplo, los competidores pueden examinar prácticas óptimas para el trabajo a distancia, licencias prolongadas y restricciones de viaje, no obstante, no deberían impulsarse prácticas obligatorias en relación con tales situaciones.

- Escenario 3: Aumento de la demanda por bienes o servicios de primera necesidad. Potencial aumento de precios y fijación de condiciones comerciales.

Las empresas son libres de fijar el precio y condiciones comerciales de sus bienes y servicios, siempre que esas decisiones se tomen unilateralmente. Sin embargo, en respuesta al COVID-19, autoridades de libre competencia de todo el mundo han prevenido sobre su actuar ante potenciales abusos unilaterales de precios o fijación de condiciones comerciales.⁵

Por lo tanto, ante un aumento de la demanda de ciertos productos, como los productos antiepidémicos (e.g., mascarillas, desinfectante de manos, jabón de manos, etc.) y los bienes esenciales que los hogares almacenan en previsión de medidas de cuarentena y distanciamiento social, existen altos riesgos de que se incurran en prácticas anticompetitivas de carácter unilateral.

Así, las empresas que venden productos escasos podrían tratar de aprovecharse del estrecho equilibrio entre la oferta y la demanda aumentando los precios o imponiendo la compra de productos no esenciales junto con productos de alta demanda (e.g., "venta atada").⁶

⁵ Tras el brote de COVID-19, el SAMR (State Administration for Market Regulation, China) implementó una estricta supervisión de los precios a nivel nacional y local. La Oficina de Supervisión de Precios, Inspección y Antimonopolio de la SAMR informó de que varios fabricantes de máscaras se quejaron del aumento de sus costos de producción, lo que llevó a algunos fabricantes a suspender la producción. Véase: http://www.gov.cn/xinwen/2020-02/09/content_5476343.htm.

⁶ Por ejemplo: (1) El SAMR en China impuso a una tienda de Beijing una multa de 434.530 dólares por haber aumentado el precio de las mascarillas más de seis veces la tarifa en línea. (2) La Comisión de Libre Competencia de Italia está investigando a varios proveedores de plataformas de comercio electrónico para determinar si ciertas denuncias por precios altos de productos de salud en plataformas digitales, infringen la Ley.

Por tanto, es necesario evaluar con suma precaución decisiones sobre alzas de precios y, por supuesto, cambios en las condiciones comerciales con proveedores, distribuidores o consumidores finales.

4. ¿Cómo gestionar la incertidumbre en tiempos de crisis?

No cabe duda que estamos en tiempos inusuales y las empresas están haciendo todo lo posible para adaptarse a los desafíos que presenta la pandemia COVID-19. Con todo, los esfuerzos también deben estar adaptados a cumplir plenamente con la legislación de libre competencia.

Dado que la competencia reviste especial importancia para el buen funcionamiento de la economía del país, como se ha mencionado, las autoridades de libre competencia estarán activas ante el actual escenario de incertidumbre. Las siguientes recomendaciones ayudan a advertir y gestionar adecuadamente algunos de los principales riesgos que surgen:

- (i) Recordar que la legislación de libre competencia se aplica a cualquier agente económico, incluso en tiempos de crisis mundial.
- (ii) Por muy bien intencionada que sea, la colaboración entre competidores genera riesgos de libre competencia y siempre debe ser analizada desde el punto de vista legal.
- (iii) Alinearse con los objetivos del gobierno o actuar en el interés común no le protege automáticamente de los riesgos de infracción a la legislación de libre competencia.
- (iv) Por lo tanto, las empresas y agentes económicos deben identificar objetivos legítimos para el intercambio de información que estén alineados con la legislación de libre competencia o se limiten a lo que sea razonablemente necesario para alcanzar objetivos de interés público que no contradigan dicha normativa.
- (v) En lo posible, las conversaciones entre competidores deben seguir una planificación adecuada, revisada y supervisada por un especialista en libre competencia, evitando siempre discutir sobre información sensible como los precios, costos o volúmenes de producción actuales o futuros.
- (vi) Las empresas con posición de dominio o alto poder de mercado deben precaver no incurrir en abusos provocados por cambios en precios o condiciones comerciales que impliquen un cuestionamiento desde el punto de vista de la libre competencia.

Los desafíos descritos anteriormente refuerzan la necesidad de contar con medidas preventivas (i.e., Compliance) que permitan una mejor gestión de los riesgos específicos de libre competencia que enfrenta cualquier organización. Las autoridades de libre competencia de todo el mundo continúan profundizando su aceptación por los programas de Compliance, lo que los convierte en una herramienta útil para la anticipación de riesgos y gestión preventiva en tiempos de crisis.