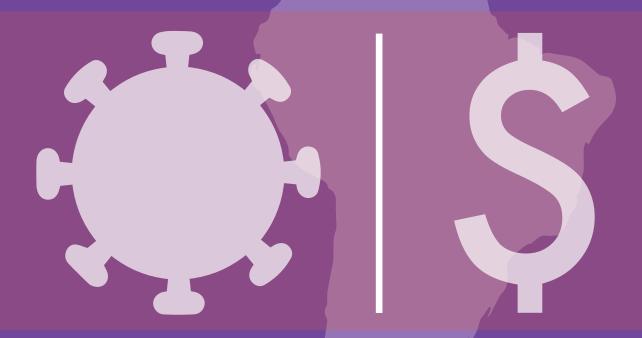
Retos del COVID-19 para el derecho y la política de la competencia en América Latina y el Caribe

Editado por Juan David Gutiérrez Rodríguez



Autores

Fernando Araya Jasma
María José Contreras de Velasco
María Carolina Corcione Morales
Carlos Esguerra Cifuentes
Juan David Gutiérrez Rodríguez
Juan Pablo Herrera Saavedra
Carlos Mena Labarthe
Lucía Ojeda Cárdenas
Juliana Oliveira Domingues
Fernando Pico Zúñiga



Fabián Pozo Neira
Ricardo Riesco Eyzaguirre
Jhorlenny Rodríguez Rosario
Pamela Sittenfeld Hernández
Danilo Sylva Pazmiño
Javier Tapia Canales
Pablo Trevisán Ramallo
Regina Vargas Rosales
Tania Zúñiga Fernández

Retos del COVID-19 para el derecho y la política de competencia en América Latina y el Caribe Capítulo América Latina de la Academic Society for Competition Law (ASCOLA). Julio de 2020.



Editor de libro:

Juan David Gutiérrez Rodríguez

Autores/as (en orden alfabético):

Fernando Araya Jasma

María José Contreras de Velasco

María Carolina Corcione Morales

Carlos Esguerra Cifuentes

Juan David Gutiérrez Rodríguez

Juan Pablo Herrera Saavedra

Carlos Mena Labarthe

Lucía Ojeda Cárdenas

Juliana Oliveira Domingues

Fernando Pico Zúñiga

Fabián Pozo Neira

Ricardo Riesco Eyzaguirre

Jhorlenny Rodríguez Rosario

Pamela Sittenfeld Hernández

Danilo Sylva Pazmiño

Javier Tapia Canales

Pablo Trevisán Ramallo

Regina Vargas Rosales

Tania Zúñiga Fernández

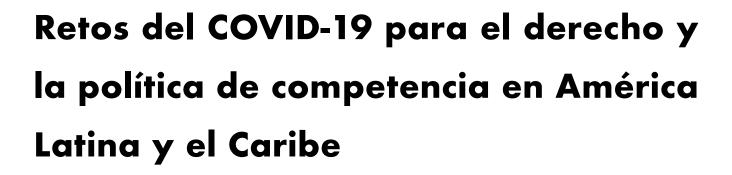
Corrección de estilo:

José Luis Díaz Ramos

Portada y diagramación:

Andrés Pardo Rodríguez

Citación sugerida: Gutiérrez, Juan David (Ed.). (2020). Retos del COVID-19 para el derecho y la política de competencia en América Latina y el Caribe. Bogotá, Colombia: Capítulo América Latina de ASCOLA.



Editado por Juan David Gutiérrez

La Academic Society for Competition Law (ASCOLA) es una Asociación creada en el 2003 y con sede principal en Alemania. Esta Asociación busca promover el desarrollo y la investigación del derecho de la competencia, así como facilitar la discusión legal y económica de los contenidos y el desarrollo de leyes de competencia en los países.

En la actualidad, la Asociación cuenta con más de 500 miembros, que provienen de más de 60 países. Así mismo, ASCOLA tiene capítulos regionales en Estados Unidos, Brasil, Reino Unido, los países Nórdicos, Europa Central, Sudeste de Europa, Italia, Eurasia y Asia Central, Oceanía, Asia, India, África y América Latina.

A finales de noviembre de 2019, fue fundado el capítulo América Latina (sin incluir Brasil) de ASCOLA. Actualmente hay casi 700 profesionales de diferentes países de la región inscritos en la lista de correos del capítulo América Latina de ASCOLA. La dirección de este capítulo está a cargo de Juan David Gutiérrez, editor de este libro.

Más información sobre ASCOLA está disponible en su portal <u>www.ascola.org</u> y la información sobre las actividades del capítulo América Latina de ASCOLA está disponible en el blog <u>www.lalibrecompetencia.com</u>

Contenido

Prólogo	1
ntroducción	3
El derecho de la competencia pandémico en América Latina y el Caribe Juan David Gutiérrez Rodríguez	
. SALUD Y COMPETENCIA	23
Capítulo 1	24
Retos de competencia en tiempos de Coronavirus Carlos Mena Labarthe	
Capítulo 2	35
Establecimiento de precios máximos durante la crisis de Salud: El caso de El Salvador Regina Vargas Rosales	
Capítulo 3	41
Panorama en Chile de la política de competencia en mercados de la salud, medicamentos e insumos Fernando Araya Jasma	
Capítulo 4	. 50
Los precios excesivos y los límites del derecho de la competencia: Reflexiones a raíz de las actur ciones de la autoridad de competencia ecuatoriana durante la pandemia de COVID-19 Fabián Pozo Neira	a-
I. CONCENTRACIONES EMPRESARIALES	. 59
Capítulo 5	. 60
Concentraciones empresariales en el contexto del Covid-19: El caso de Costa Rica Pamela Sittenfeld Hernández	
Capitulo 6	72
A río revuelto, ganancia de pescadores Pablo Trevisán Ramallo	
Capítulo 7	. 83
Control de concentraciones en tiempos de crisis: Varias afirmaciones y algunas predicciones Iavier Tapia Canales	
Capítulo 8	. 89
COVID-19 y concentraciones empresariales: Predicciones en tres actos Carlos Esguerra Cifuentes	

Capítulo 9	97
El control de concentraciones en el Perú y la agenda pendiente para su implementación Tania Zúñiga Fernández	
III. RELACIONES ENTRE COMPETENCIA Y CONSUMO	11 <i>7</i>
Capítulo 10	118
México: Competencia económica, consumo y precios excesivos Lucía Ojeda Cárdenas	
Capítulo 11	126
Producto defectuoso y riesgo de desarrollo en tiempos de COVID-19 Fernando Pico Zúñiga	
Capítulo 12	137
Retos de competencia asociados a la emergencia causada por el COVID-19 en México María José Contreras de Velasco	
Capítulo 13	141
Consumo y competencia en tiempos de COVID-19: Sinopsis del panorama brasileño Juliana Oliveira Domingues	
Capítulo 14	149
Breve reflexión acerca de la necesidad de protección transfronteriza de los consumidores María Carolina Corcione Morales	
IV. LA VOZ DE LAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA	157
Capítulo 15	157
La respuesta de la Fiscalía Nacional Económica de Chile Ricardo Riesco Eyzaguirre	
Capítulo 16	163
La respuesta de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia de República Dominicana Jhorlenny Rodríguez Rosario	
Capítulo 17	168
La respuesta de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado de Ecuador Danilo Sylva Pazmiño	
Capítulo 18	172
El rol de la autoridad de competencia colombiana en tiempos de crisis Juan Pablo Herrera Saavedra	

Prólogo

Este libro surge de la realización de cuatro seminarios organizados, de manera virtual, durante los meses de Abril y Junio de 2020, por el capítulo América Latina de la Academic Society for Competition Law (ASCOLA). Los seminarios, en su totalidad, contaron con la participación de veintiún expositores y expositoras de distintos países de América Latina. La moderación de los seminarios estuvo a cargo de Juan David Gutiérrez, director del capítulo de América Latina de ASCOLA.

El primer seminario, titulado Competencia y Salud en Tiempos del COVID-19,¹ se llevó a cabo el 2 de Abril de 2020. Este primer evento contó cinco expositores, los cuales discutieron las distintas medidas que habían sido adoptadas por sus respectivos países a raíz del COVID-19. Específicamente, se discutió sobre la suspensión de procesos y la manera en que las agencias de competencia están operando durante la crisis; colaboración entre competidores e implementación de leyes de competencia; compras directas, monitoreo y control de precios; concentraciones empresariales; acaparamiento, precios excesivos y carteles; entre otros.

El segundo seminario, titulado Concentraciones Empresariales en el Contexto de COVID-19,² se llevó a cabo el 14 de Abril de 2020. El evento contó con cinco expositores, los cuales discutieron la manera en la que las autoridades de competencia de sus jurisdicciones habían adaptado o podrían ajustar el control de concentraciones al contexto de emergencia sanitaria y económica generada por el COVID-19. Se abordaron asuntos procedimentales y de análisis sustancial de las transacciones por las autoridades.

El tercer seminario, titulado Consumo y Competencia en tiempos de COVID-19,³ tuvo lugar el 7 de Mayo de 2020. El evento contó con siete expositores, los cuales discutieron la relación entre el derecho de la competencia y del consumidor en tiempos de COVID-19. Específicamente, se abordaron temas alrededor de la implementación transfronteriza de la ley; el rol del derecho de la competencia en la economía post COVID-19; los precios excesivos y competencia económica;

¹ El video del seminario está disponible en

² El video del seminario está disponible en https://lalibrecompetencia.com/2020/04/18/video-del-seminario-concentraciones-empresariales-en-el-contex-to-de-covid-19/

³ El video del seminario está disponible en https://lalibrecompetencia.com/2020/05/08/video-del-seminario-consumo-y-competencia-en-tiempos-de-covid-19/

y los retos relacionados con los productos defectuosos; entre otros.

 $Finalmente, el \, cuarto \, seminario \, fue \, titulado \, Respuesta \, de \, las \, autoridades \, de \, competencia \, frente$

a los retos del COVID-19,4 tuvo lugar el 9 de Junio de 2020. El evento contó con la participación de

cuatro expositores, que discutieron sobre la forma en que sus respectivas autoridades de compe-

tencia han venido trabajando para afrontar los retos generados a raíz del COVID-19.

Posteriormente, José Luis Díaz Ramos realizó las transcripciones de las intervenciones de cada

uno de los expositores y estas fueron enviadas a los/as autores para que éstos realizaran sus ajust-

es y adiciones. Dieciocho expositores y el moderador de los eventos aceptaron la invitación de

transformar sus ponencias en capítulos cortos para este libro colectivo. El proceso de edición por

parte de lo/as autores contó con el acompañamiento de José Luis Díaz Ramos, quien además se

encargó de la corrección de estilo de cada uno de los textos.

Este libro es un esfuerzo colectivo de profesionales apasionados por el derecho y la política de

competencia que aspiran a contribuir con el debate público en América Latina. La obra con-

tribuye a literatura con diecinueve capítulos, incluyendo la introducción, que estudian diez ju-

risdicciones de nuestra región: Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salva-

dor, México, Perú y República Dominicana. Las visiones plasmadas en los capítulos son plurales y

provienen de profesionales con diferentes bagajes. Los asuntos fueron analizados por abogados

y economistas desde la perspectiva de la academia, de las autoridades de la competencia y del

ejercicio privado de las profesiones. Aprovecho para agradecer a todos los que hicieron posible

su publicación.

El Editor

Julio 27 de 2020

4 El video del seminario está disponible en https://lalibrecompetencia.com/2020/06/05/respuesta-de-las-auto-ridades-de-competencia-frente-a-los-retos-del-covid-19-proximo-seminario-del-capitulo-america-latina-de-ascola/

2

Introducción El derecho de la competencia pandémico en América Latina y el Caribe

Juan David Gutiérrez Rodríguez⁵

En el Foro Latinoamericano y del Caribe de Competencia de 2019, se discutió cómo el incremento de empresas cuyos modelos de negocios se centran en el uso de plataformas era una fenómeno global que podría llevar al resquebrajamiento de algunos paradigmas del derecho la competencia. Frédéric Jenny, presidente del comité de competencia de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), cerró el evento afirmando que vivíamos en tiempos interesantes por la aparición de nuevos retos en el derecho de la competencia asociados al auge de las economías y las plataformas digitales.

Los interesados en el derecho y las políticas de competencia estábamos "montados en la ola" de entender las implicaciones de las economías digitales cuando apareció el COVID-19.8 La pandemia entró en escena a finales de 2019 y todavía seguimos asimilando sus implicaciones. En la agenda pública sigue viva la discusión sobre el impacto de la crisis global en la implementación de las leyes de competencia. Actualmente las autoridades de competencia de todo el mundo están reevaluando sus agendas por las implicaciones sanitarias, económicas, políticas y sociales de la pandemia.

Este texto introduce una obra colectiva realizada por académicos, consultores y representantes de autoridades de competencia de América Latina y el Caribe que contiene visiones y testimonios diversos sobre cómo nuestra región ha abordado los retos generados por el COVID-19. El libro también ofrece reflexiones sobre cómo y por qué debería adaptarse el derecho de la com-

⁵ Director del capítulo América Latina de la Academic Society for Competition Law – ASCOLA, profesor de cátedra en la Universidad de los Andes y socio en Avante Abogados (Colombia). Última fecha de modificación: Julio 26, 2020.

El foro es un evento anual co-organizado por el Banco Interamericano de Desarrollo y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos que reúne a las autoridades de la competencia de América Latina y el Caribe. Su objetivo es promover el diálogo, la generación de consensos y la creación de redes entre los responsables de las políticas de competencia y de su implementación. La edición 2019 del foro fue la número 17 y tuvo lugar en San Pedro Sula, Honduras. Más información sobre el foro está disponible en: http://www.oecd.org/competition/latinamerica/2019-latin-american-and-caribbean-competition-forum.htm

⁷ Gutiérrez, J. D. (2019, octubre 03). Retos de la competencia en los mercados digitales latinoamericanos. La Libre Competencia. Disponible en https://lalibrecompetencia.com/2019/10/03/retos-de-la-competencia-en-los-mercados-digitales-latinoamericanos/

⁸ Gutiérrez, J. D. (2019, julio 01). El universo digital cundió en el derecho de la competencia (reporte conferencia ASCOLA – días 2 y 3). Disponible en https://lalibrecompetencia.com/2019/07/01/el-universo-digital-cundio-en-el-derecho-de-la-competencia-reporte-conferencia-ascola-dias-2-y-3/

petencia y su implementación a nuestro contexto "pandémico".

Uno de los retos más grandes para quienes contribuimos en esta obra fue no caer en la trampa del "presentismo", es decir, asumir equivocadamente que vivimos tiempos "sin precedentes" y limitarnos a pensar solo en el futuro inmediato sin tener en cuenta el largo plazo. Sí hay antecedentes que pueden ser ilustrativos para nuestros tiempos y no deberíamos limitarnos exclusivamente a considerar el impacto de corto plazo del COVID-19. Además, en este momento no hay certidumbre sobre cuándo se terminará esta pandemia, tanto desde el punto de vista médico como desde el punto de vista social.⁹

Por tal motivo, como ocurre con otras políticas públicas que buscan contrarrestar los efectos del COVID-19, las autoridades de competencia tendrán que enfrentar los retos de la pandemia a medida que aprenden de ella; en ese contexto, es inevitable acudir a procesos de aprendizaje iterativos, de ensayo y error, y de posterior adaptación. De tal manera que este libro no aspira a tener la "última palabra" sobre el derecho y la política de competencia en la pandemia sino que ofrece testimonios e interpretaciones diversas de un grupo de profesionales de América Latina y el Caribe.

Este texto introductorio se divide en tres secciones que reseñan expresamente las contribuciones de los diferentes autores de los capítulos contenidos en este libro. En la primera aborda las implicaciones de la crisis generada por el COVID-19 a partir de una pregunta central: ¿Cuáles de sus efectos son pertinentes para el derecho y la política de competencia? En la siguiente sección, el texto resume los caminos que han tomado las diferentes autoridades de competencia de América Latina y el Caribe durante la crisis, resaltando sus convergencias y diferencias. Este capítulo concluye con una reflexión sobre las propuestas para adaptar e incluso reformar el derecho de la competencia como respuesta a la crisis del COVID-19, una cepa que llamaré "derecho de la competencia pandémico".

⁹ The Lancet. (2020). COVID-19: The worst may be yet to come. The Lancet, 396(10244), 71. https://doi.org/10.1016/S0140-6736(20)31517-8. Kolata, G. (2020, mayo 10). How Pandemics End. The New York Times. Disponible en https://www.nytimes.com/2020/05/10/health/coronavirus-plague-pandemic-history.html. Rowland, C., Johnson, C. y Wan, W. (2020, mayo 11). Even finding a covid-19 vaccine won't be enough to end the pandemic. The Washington Post. Disponible en https://www.washingtonpost.com/business/2020/05/11/coronavirus-vaccine-global-supply/. Demworth, L. (2020, junio 01). How the COVID-19 Pandemic Could End. Scientific American. Disponible en https://www.scientificamerican.com/article/how-the-covid-19-pandemic-could-endl/

Franks, P., Rocklov, J. (2020, Junio 29). Coronavirus: could it be burning out after 20% of a population is infected? The Conversation. Disponible en https://theconversation.com/coronavirus-could-it-be-burning-out-after-20-of-a-population-is-infected-141584

Lancaster K, Rhodes T, Rosengarten M. (2020). Making evidence and policy in public health emergencies: lessons from COVID-19 for adaptive evidence-making and intervention. Evid Policy.

1. Desmenuzando los efectos del COVID-19

"Un problema bien planteado está medio resuelto", afirmó el pedagogo y filósofo John Dewey hace más de 80 años." Esta lógica subyace las metodologías convencionales de análisis de política pública, que procuran identificar, definir y entender las causas y consecuencias de un problema de política pública con la finalidad de formular alternativas para abordarlo. De manera análoga, comienzo por establecer y analizar en esta sección qué retos de competencia genera el COVID-19 y respecto de cuáles de los problemas identificados se justificaría una intervención diferenciada de la autoridad de competencia .

La crisis generada por el COVID-19 ha cuestionado el rol del Estado en la economía. Esa historia ya la habíamos oído hace una década, con la crisis financiera global. ¿Será igual ahora con el reto el COVID-19? El cuestionamiento parte de una falsa disyuntiva entre Estado y economía. Abordar la crisis del COVID-19 requerirá de los aportes del Estado, el mercado y la sociedad. El Estado requiere del mercado para funcionar bien y el mercado también requiere del Estado. Ese equilibrio va a ser muy importante a la hora de abordar el COVID-19. ¹³

La complejidad del reto es mayor en la medida que uno de los efectos del COVID-19 consiste en aumentar significativamente la incertidumbre económica.¹⁴ Además, los efectos sobre laeconomía no solo los genera directamente la enfermedad sino las medidas adoptadas por los gobiernos para contenerla. En ese sentido, el impacto económico generado por estas medidas gubernamentales (cuarentenas, restricciones de movilidad, prohibición de actividades comerciales) también tiene altos grados de incertidumbre.¹⁵

13

¹¹ Dewey, John (1938). Logic: The Theory of Inquiry, New York, Henry Holt and Company, pág. 108.

El análisis de política pública es un proceso multidisciplinario, que usa metodologías de las ciencias sociales, con la finalidad de informar procesos de decisión gubernamentales sobre cómo abordar un problema de política pública. Véase, Bardach, E., & Patashnik, E. (2020). A Practical Guide for Policy Analysis. The Eightfold Path to More Effective Problem Solving (6th ed.). Washington DC: CQ Press & Sage Publications. Ordóñez-Matamoros, Gonzalo (director) (2013). Manual de análisis y diseño de políticas públicas, U. Externado de Colombia, Bogotá. Weimer, D. L., & Vining, A. R. (2017). Policy Analysis: Concepts and Practice. (6th ed.). New York, NY: Routledge.

Como explicó recientemente el profesor Pablo Sanabria, el debate sobre si el Estado o el mercado son los llamados a responder los retos planteados por el COVID-19 es una falsa disyuntiva pues "el Estado no existe sin las actividades particulares, individuales y colectivas, sin los aportes del sector privado y de la sociedad civil, pero la actividad privada no existe sin unos mecanismos de coordinación colectiva, de protección de derechos de propiedad y sin la provisión de bienes y servicios públicos."

Sanabria, P. (2020, abril 14). ¿Estado o Mercado? Una falsa disyuntiva... y más en crisis. El Espectador. Disponible en https://www.elespectador.com/opinion/estado-o-mercado-una-falsa-disyuntiva-y-mas-en-crisis-columna-914656/

Baker, S., Bloom, N., Davis, S., and Terry, S. (2020, abril 13). COVID-induced economic uncertainty and its consequences. VOX-EU. Disponible en: https://voxeu.org/article/covid-induced-economic-uncertainty-and-its-con sequences

¹⁵ Para un ejemplo sobre el potencial impacto de las medidas gubernamentales sobre las cadenas globales de

El COVID-19 tiene y tendrá repercusiones en muchos frentes, pero en este capítulo me enfocaré en los efectos sobre los mercados que pueden ser pertinentes para el derecho y la política de competencia. En ese sentido, los problemas que plantea el COVID-19 son aquellos que inciden sobre los objetivos previstos por las respectivas legislaciones y políticas de competencia. La mayoría de las legislaciones de la región convergen en la promoción y la protección de la libertad de competencia y de la eficiencia de los mercados para maximizar el bienestar de los consumidores. Además, también vale la pena reflexionar sobre cómo estas legislaciones y políticas no deberían ser una limitación injustificada para responder a los problemas económicos, sociales y de salubridad generados por el COVID-19. De hecho, su efectiva podrían contribuir con los esfuerzos por mitigar, controlar y -ojalá- erradicar el virus.

Para identificar cuáles son los efectos económicos pertinentes para el derecho y la política de competencia, esta sección del capítulo distingue, por una parte, los efectos macroeconómicos de los efectos microeconómicos y, por otra parte, los efectos temporales de los efectos no transitorios.

1.1 Efectos macro y efectos micro

El COVID-19 y las medidas de aislamiento social adoptadas para contener la enfermedad han generado efectos macroeconómicos enormes. A comienzos del segundo trimestre de 2020 se presentó un aumento súbito y significativo de las tasas de desempleo. En Colombia, por ejemplo, a finales de abril ya se habían perdido 5,3 millones de empleos, es decir, uno de cada cuatro trabajos. Las proyecciones para América Latina y el Caribe en este frente no son nada promisorias. Investigadores del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), han calculado que el porcentaje de empleos formales que se perderían oscilarán entre el 4,4% y el 14,8% dependiendo de la duración la crisis, es decir, hasta 17 millones de trabajos. 17

La inestabilidad macroeconómica y la desaceleración de las economías parece será el escenario en el cual las empresas operarán mientras el COVID-19 no sea controlado. Según las estimaciones del BID, la economía de América Latina se contraerá entre el 6.3% y el 14,4% en el periodo

suministro, ver Guan, D., Wang, D., Hallegatte, S. et al. (2020). Global supply-chain effects of COVID-19 control mea sures. Nat Hum Behav 4,577-587 https://doi.org/10.1038/s41562-020-0896-8.

¹⁶ Facultad de Economía. (2020, junio 18). Destrucción de empleos y de tejido empresarial. ¿Qué tan grave puede ser? ¿Cómo contrarrestarla? Nota Macroeconómica No. 21. Universidad de Los Andes. Disponible en https://economia.uniandes.edu.co/components/com_booklibrary/ebooks/BM%2021.pdf

Altamirano, A., Azuara, O., González, S. (2020, abril), ¿Cómo impactará la COVID-19 al empleo? Posibles escenarios para América Latina y el Caribe. Banco Interamericano de Desarrollo. Disponible en https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/C%C3%B3mo_impactar%C3%Al_la_COVID-19_al_empleo_Posibles_escenarios_para_Am%C3%A9rica_Latina_y_el_Caribe.pdf Pág. 4.

2020 - 22.¹⁸

Este panorama macroeconómico será el telón de fondo en el cual las autoridades de competencia implementarán la ley. ¿Pero qué aspectos de estos efectos macroeconómicos son pertinentes para las autoridades de competencia? Principalmente aquellos que tengan incidencia directa en el funcionamiento de los mercados.

Por ejemplo, la implosión del empleo en diversos sectores de la economía puede aumentar la concentración de algunos mercados laborales y reducir la competencia de las empresas por la contratación de empleados. En ese sentido, fue muy oportuna la reciente publicación de la "Guía informativa sobre acuerdos anticompetitivos entre empresas en el ámbito laboral" por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad (INDECOPI). Otro caso concreto pertinente para ilustrar el punto es el proceso iniciado por la Comisión Europea, el 30 de junio de 2020, para evaluar la expedición de una regulación que permita la negociación colectiva de trabajadores independientes o por cuenta propia (ej. en el marco de las plataformas digitales) y que los exceptúe de la aplicación de las normas de competencia. 20

Las agencias o tribunales de competencia se enfocan en las dinámicas de los mercados y las conductas de sus agentes para decidir sobre una conducta anticompetitiva, una integración empresarial o un actividad de abogacía de la competencia. Por lo tanto, más que los efectos macroeconómicos, serán los impactos microeconómicos asociados al COVID-19 los que más deberían importar a las autoridades de competencia.

En consecuencia, la pregunta pertinente es: ¿cómo el COVID-19 afecta el comportamiento de empresas y consumidores en los mercados? La crisis del COVID-19 ha generado un choque simultáneo de demanda y oferta. La demanda en algunos mercados se ha contraído fuertemente por cuenta de las medidas de distanciamiento social y las cuarentenas. Este es el caso de las aerolíneas de transporte de pasajeros, turismo, restaurantes, centros comerciales y algunas formas de entretenimiento.²¹ El impacto sobre el turismo en América Latina y el Caribe será partic-

 $[\]label{thm:prop:matching} Zoellick, R.~(2020, junio~02). Are we heading into another Depression? Financial Times. Disponible en: $$ \underline{https://www.ft.com/content/f544bda2-a3fd-llea-8lac-4854aed294e5}$$

¹⁹ La "Guía informativa sobre acuerdos anticompetitivos entre empresas en el ámbito laboral" expedida por INDECOPI en 2020 está disponible en: https://www.indecopi.gob.pe/documents/51771/4753518/Gu%C3%ADa+Informativa+-+Competencia+en+%C3%81mbito+Laboral/

European Commission. (2020, junio 30). Competition: The European Commission launches a process to address the issue of collective bargaining for the self-employed. European Commission. Disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_20_1237

Maheshwari, S. (2020, julio 05). With Department Stores Disappearing, Malls Could Be Next. The New York Times. Disponible en https://www.nytimes.com/2020/07/05/business/coronavirus-malls-department-stores-bank-

ularmente importante, por ser una de las regiones del Mundo que es más dependiente de ese sector para la generación de empleo, producción y divisas. El declive del turismo en la región para el año 2020 podría estar entre el 40% y el 70%. ²²

Adicionalmente, las preferencias de los consumidores también pueden cambiar por cuenta del COVID-19. Los cambios en los hábitos de consumo no serán solo transitorios, es muy probable que se den cambios estructurales y no transitorios. Por ejemplo, las personas más adversas al riesgo tenderán a evitar los restaurantes, grandes superficies, centros comerciales y espectáculos de entretenimiento en espacios cerrados. Anticipando ese cambio no temporal de hábitos de consumo, en los últimos meses hemos sido testigos de cómo diferentes empresas de estos sectores han anunciado que cesarán de operar como consecuencia del COVID-19. Por ejemplo, ¿quién hubiera imaginado que el Circo del Sol se declararía en quiebra por cuenta de la actual crisis?²³ El impacto del COVID-19 sobre las relaciones de consumo y su inter-relación con la manera como las empresas compiten en el mercado es abordado por Lucía Ojeda, Fernando Pico, María José Contreras, Juliana Oliveira y María Carolina Corcione en los capítulos 10, 11, 12, 13 y 14 de este libro, respectivamente.

Las empresas que sobrevivan en mercados en los cuales ha disminuido significativamente el número de competidores – por lo menos en el corto plazo – operarán en contextos de alta concentración económica y – potencialmente – una reducida presión competitiva. Estos contextos pueden generar un doble riesgo: i) una mayor tentación por realizar conductas anticompetitivas que contribuyan con la supervivencia de la empresa o con alcanzar determinados niveles de ingresos y ii) condiciones más favorables para realizar, implementar y monitorear acuerdos anticompetitivos en la medida en que habrá menos agentes económicos participando en el mercado. Además, el riesgo de quiebra y la inviabilidad de algunas empresas también podrá concentrar algunos mercados en la medida en que estas empresas sean adquiridas por sus competidores. En América Latina y en otros lugares del Mundo, las autoridades de competencia ya están empezando a analizar la pertinencia de la denominada "excepción de empresa fallida o en crisis" para

<u>ruptcy.html</u>. Casal, L. (2020, junio 24). El CEO de Airbnb ha visto cómo el imperio que construyó a lo largo de 12 años se ha desmoronado en apenas 6 semanas: "Los viajes tal como los conocíamos han terminado." Business Insider. Disponible en https://www.businessinsider.es/ceo-airbnb-dice-ha-perdido-casi-todo-apenas-6-semanas-664913. De Bellaigue, C. (2020, junio 18). The end of tourism? The Guardian. Disponible en https://www.theguardian.com/travel/2020/jun/18/end-of-tourism-coronavirus-pandemic-travel-industry

Mooney, H., Zegarra, A. (2020). Extreme outlier: The pandemic's unprecedented shock to tourism in Latin America and the Caribbean. En Djankov, S., Panizza, U. (Ed.), COVID-19 in Developing Economies.

Porras, J. (2020, junio 30). El Circo del Sol se declara en quiebra. El País. Disponible en https://elpais.com/cultura/2020-06-30/el-circo-del-sol-se-declara-en-quiebra.html

evaluar concentraciones económicas. En este frente será muy importante que las autoridades de competencia de la región desarrollen doctrina sobre los criterios y factores que justificarían la aplicación de dicha excepción, pues hasta antes del COVID-19 había pocos casos que ofrezcan luces para las empresas que están considerando esa opción.

La incidencia del COVID-19 sobre la competencia en los mercados no siempre es negativa; así como el consumo de ciertos bienes y servicios se ha reducido por cuenta de la pandemia y de las medidas control adoptadas por los gobiernos, la demanda de otros ha aumentado significativamente. Los cambios en las preferencias de los consumidores han aumentado el valor de algunos mercados y el apetito de las empresas por competir en ellos. Por ejemplo, la necesidad de usar plataformas digitales para realizar reuniones remotas ha incrementado la competencia en dicho mercado de servicios. Algo similar está ha pasado con el comercio electrónico, que se ha disparado en toda la región desde que comenzaron las restricciones a la movilidad.²⁴ Por otra parte, es posible que algunos sectores que venían en declive antes del COVID-19 resurjan como una opción más preferida como ocurre con las tiendas de barrio, mini mercados y colmados.

Además, en algunos sectores, las empresas han decidido concurrir a nuevos mercados para diversificar su portafolio y compensar las pérdidas sufridas en los mercados en los cuales ya estaban establecidos. Las empresas "entrantes" pueden contribuir a aumentar la presión competitiva en dichos mercados al transformar su rol de "competidores potenciales" por el de "competidores actuales". Esto ha ocurrido, por ejemplo, en mercados de servicios profesionales de asesoría y en mercados de productos de alta demanda (ej. mascarillas, productos de limpieza), en donde los nuevos competidores están disputando los mercados a los "incumbentes" y han incrementado los niveles de competencia.

Por otra parte, por el lado de la oferta, diferentes motivos asociados al COVID-19 han causado la disrupción de las cadenas de abastecimiento: las dificultades para la movilizar las mercancías, las restricciones a la exportación impuestas por países productores para determinados bienes, y por la escasez misma de los productos. Como consecuencia, el COVID-19 ha encarecido significativamente la operación de algunas cadenas de valor globales y nacionales. Este es el caso, por ejemplo, de algunos productos médicos esenciales.²⁵

Portafolio. (2020, mayo 12). Colombia lidera ventas de 'e-commerce' en la región durante el covid. Portafolio. Disponible en https://www.portafolio.co/negocios/colombia-lidera-ventas-de-e-commerce-en-la-region-durante-el-covid-540750

McDonnell, A., Chalkidou, K., Yadav, P. (2020, junio 17). Understanding the Impact of COVID-19 On Essential Medicine Supply Chains. Center for Global Development. Disponible en https://www.cgdev.org/blog/understand-ing-impact-covid-19-essential-medicine-supply-chains

Las disrupciones de las cadenas de aprovisionamiento tienen impacto en los costos de las empresas proveedoras que tienden a pasar – parcial o totalmente – el sobrecosto a los consumidores vía precios finales. Por este motivo, el aumento de precios al consumidor de algunos productos cuyas cadenas de abastecimiento se han visto afectadas por el COVID-19 puede estar asociado a los cambios en la estructuras de costos de las empresas. Para las autoridades de competencia será un reto distinguir situaciones en las cuales factores externos pueden explicar los fuertes incrementos de precios de algunos bienes respecto de aquellas en las cuales empresas – particularmente con posición de dominio – incurren en la fijación de "precios excesivos" que explotan al consumidor. Este punto es discutido con detalle por Lucía Ojeda, Juliana Oliveira y Juan Pablo Herrera en los capítulos 10, 14 y 18 del libro.

En suma, algunos efectos microeconómicos ligados al COVID-19 pueden generar retos para las autoridades de competencia asociados con condiciones más favorables o nuevos incentivos para la realización prácticas restrictivas de la competencia.

1.2 Efectos temporales y efectos no transitorios

En el pasado, epidemias de gran escala han contribuido con el derrumbe de imperios y han marcado la inflexión de periodos históricos.²⁶ Lo que enseñan los sucesos análogos que ha vivido la humanidad es que una pandemia como la del COVID-19 generará efectos de corto, mediano y largo plazo sobre la forma como nos relacionamos, trabajamos y consumimos.

La duración de los efectos sobre los mercados incide sobre la pertinencia de los impactos directos e indirectos del COVID-19 para el derecho y la política de competencia. El marco de tiempo de incidencia del COVID-19 sobre las dinámicas competitivas de los mercados es importante pues ayuda a discernir la relevancia de la intervención de la autoridad de competencia. Una situación de corta duración y temporal podría ser resuelta por los mecanismos de mercado, sin necesidad de intervención Estatal. Por el contrario, impactos significativos, prolongados y no transitorios pueden ameritar medidas de intervención del Estado.

Durante la pandemia algunas autoridades de la competencia han justificado la adopción de "medidas temporales para situaciones extraordinarias". Las medidas han incluido la expedición de

Clapp, J. (2020, mayo 08). Spoiled milk, rotten vegetables and a very broken food system. The New York Times. Disponible en https://www.nytimes.com/2020/05/08/opinion/coronavirus-global-food-supply.html

En el siglo VI la llamada "peste de Justiniano" que asoló el Imperio Romano y contribuyó a su caída. La "peste negra" asoló Europa a mediados del siglo XIV y marcó un punto de inflexión entre el medioevo y el renacimiento.

normas de emergencia que suspenden la vigencia de las leyes de competencia respecto de algunos sectores o tipos de acuerdos. En otros casos, las autoridades han avalado acuerdos entre competidores con la finalidad de garantizar el abastecimiento de determinados bienes, particularmente productos médicos esenciales.

Las autoridades que están estudiando solicitudes de excepciones para determinados sectores deberán sopesar qué medidas temporales se justifican y qué hacer en los casos en los cuales los efectos no parecen ser transitorios. Abordar los efectos temporales les exigirá estudiar, por ejemplo, acuerdos de colaboración temporales entre competidores presentados por los interesados, como ocurre en los países en los cuales existen regímenes de excepción como Colombia. En la Unión Europea, por ejemplo, la Comisión Europea suspendió la aplicación de las normas de competencia al sector vinícola por seis meses al concluir que había sido uno de los sectores más impactados por el cierre de restaurantes.²⁷ En el ámbito del control previo de concentraciones empresariales, los efectos de corto, mediano y largo plazo de la pandemia sobre los mercados también podrán afectar los estándares aplicados por las autoridades de la competencia, como lo explica Carlos Esguerra en el capítulo 8 de este libro.

Finalmente, la evidencia inicial sugiere que la duración de los efectos variará en diferentes mercados. Por ejemplo, los efectos sobre los mercados de servicios que impliquen contacto cercano entre quien provee el servicio y el usuario podrían durar décadas. Es muy probable que estos efectos no transitorios del COVID-19 incentiven propuestas de nuevas regulaciones con efectos significativos sobre la competencia. En esos casos, las autoridades de competencia, en el marco de sus funciones de abogacía de la competencia, tendrán el rol de evaluar la conveniencia de proyectos de regulación que establezcan nuevas reglas de juego para los mercados afectados por el COVID-19. En ese rol, será recomendable que las autoridades prevengan la expedición de regulaciones que son razonables en contextos extraordinarios pero injustificados como regulación permanente. Este punto es discutido por María José Contreras en el capítulo 12 del libro.

En este frente hay un alto riesgo de que grupos económicos organizados aprovechen la oportunidad política generada por la crisis para presionar por la expedición de regulaciones que favorezcan intereses particulares y que no sean necesarios para mitigar o controlar los efectos del COVID-19. Algo similar ocurre con los llamados que se escuchan desde diferentes espacios en el sentido de "relajar" la aplicación del derecho de la competencia.

Véase el comunicado de prensa de la Comisión Europea acá: European Commission. (2020, julio 07). Coronavirus: commission adopts new exceptional support measures for the wine sector. European Commission, Press Release. Disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_20_1267

Las autoridades deberán tomar con seriedad la pregunta de si realmente necesitamos cambios o nuevos enfoques en la aplicación del derecho de la competencia. Algunos países por ejemplo, como Chile y República Dominicana, no cuenta con un mecanismo o excepción expresamente consagrada en la ley que les permita autorizar acuerdos anticompetitivos o exceptuar sectores de la aplicación de la legislación de competencia. En este tipo sistemas, será pertinente discutir necesidad de incluir "válvulas de escape" que le permitan a la autoridad autorizar de manera limitada y excepcional determinadas conductas.

2 Reacciones de las autoridades de competencia

Es difícil rastrear cómo las autoridades de competencia de todo el mundo han reaccionado al desafío de COVID-19. ¡Hay un nuevo anuncio casi todos los días! Como expliqué en el texto introductorio del repositorio titulado "COVID-19 y Competencia", que actualmente compila más de 150 insumos sobre la materia, a diario aparecen nuevos escritos en algún rincón del planeta. ²⁸ Una proliferación de publicaciones sobre la materia se ha desplegado por todo el mundo, como la pandemia misma.

En América Latina y el Caribe hay 29 autoridades de la competencia nacionales, incluyendo agencias y tribunales, en 23 países que cuentan con legislación de competencia. La pluralidad y heterogeneidad de los sistemas de competencia nacionales en la región dificulta hacer un balance sobre las medidas adoptadas en relación con el COVID-19. Afortunadamente, algunas universidades e investigadores de la región han aportado en este frente. Por eso comienzo por recomendar el trabajo de mis colegas del Centro de Competencia de la Universidad Adolfo Ibáñez, que publicaron una serie de entregas que compara las reacciones de las autoridades de competencia, incluidas varias agencias latinoamericanas.²⁹

A continuación ofrezco un vuelo panorámico sobre los anuncios, medidas y decisiones adoptadas por las autoridades de competencia de América Latina y el Caribe a raíz del COVID-19. Comienzo por estudiar las implicaciones procesales y organizacionales del COVID-19 y luego paso a analizar

Gutiérrez, J. D. (2020, abril 27). COVID-19 y Competencia: Todo lo que se ha publicado. Disponible en https://lalibrecompetencia.com/2020/04/27/covid-y-competencia-todo-lo-que-se-ha-publicado/

Centro Competencia. (2020, marzo 27). Reacciones Comparadas de Agencias de Competencia a raíz de la Crisis del Coronavirus. Universidad Adolfo Ibáñez. Disponible en: https://centrocompetencia.com/reacciones-comparadas-de-agencias-de-competencia-a-raiz-de-la-crisis-del-coronavirus/ Centro Competencia. (2020, abril 03). Segunda parte: Nuevas Reacciones de Agencias de Competencia a raíz del Covid-19. Universidad Adolfo Ibáñez. Disponible en https://centrocompetencia-a-raiz-del-covid-19/ Centro Competencia. (2020, abril 14). Tercera Parte: Nuevas Reacciones de Agencias de Competencia a raíz del Covid-19. Universidad Adolfo Ibáñez. Disponible en https://centrocompetencia.com/tercera-parte-nuevas-reacciones-de-agencias-de-competencia-a-raiz-del-covid-19/

los cambios sustanciales en la implementación de las legislaciones de competencia.

2.1 Ajustes procedimentales

La primera medida adoptada por las autoridades de competencia fue la suspensión parcial o total de sus investigaciones y trámites de control de concentraciones empresariales.³⁰ Desde marzo de 2020, tras el shock inicial causado por la crisis, las autoridades buscaron minimizar su actividad no relacionada directamente con el COVID-19.

Posteriormente, las agencias y tribunales comenzaron a ajustar su operación a través de medios electrónicos, lo cual involucró adoptar medidas de gestión pública para garantizar la continuidad del servicio. Por ejemplo, algunas agencias expidieron medidas de emergencia para el uso de medios electrónicos (ej. México y Ecuador). En otros casos, las autoridades de competencia han fortalecido y aumentado la promoción de mecanismos digitales que tenían antes de la pandemia. Ese es el ejemplo de la Superintendencia de Competencia de El Salvador, como lo explica Regina Vargas en el capítulo 2 del libro, que cuenta con un número de WhatsApp para recibir denuncias ciudadanas, y también de la autoridad de competencia de la República Dominicana que un "buzón de colaboración", como lo explica Jhorlenny Rodríguez en el capítulo 16 del libro. Entre abril y junio, la mayoría de las autoridades empezaron a levantar la suspensión de términos y reanudaron sus actividades pero mantuvieron el trabajo remoto para la mayoría de sus funcionarios. 22

En los próximos años las autoridades tendrán que abordar otros retos procedimentales para

Comisión Federal de Competencia Económica. (2020, marzo 24). Acuerdo mediante el cual el Pleno resuelve que no correrán los plazos de algunos procedimientos tramitados ante la Comisión Federal de Competencia Económica. Diario Oficial de la Federación. Disponible en https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2020/03/DOF-24marzo2020-01.pdf

Comisión Federal de Competencia Económica. (2020, junio 25). Disposiciones regulatorias de la Ley Federal de Competencia Económica de emergencia sobre el uso de medios electrónicos en ciertos procedimientos tramitados ante la Comisión Federal de Competencia Económica. Diario Oficial de la Federación. Disponible en https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2020/06/DOF-25junio2020-01.pdf

Comisión Federal de Competencia Económica. (2020, abril 23). Acuerdo mediante el cual el Pleno de la Comisión Federal de Competencia Económica emite las Disposiciones Regulatorias de la Ley Federal de Competencia Económica de emergencia para realizar notificaciones personales por correo electrónico. Diario oficial de la Federación. Disponible en https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2020/04/DOF-23abril2020-01.pdf

Comisión Federal de Competencia Económica. (2020, marzo 31). Acuerdo mediante el cual el pleno autoriza la celebración de sesiones de forma remota en virtud de la contingencia existente en materia de salud y se derogan ciertos artículos de los Lineamientos para el funcionamiento del Pleno. Disponible en https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2020/03/DOF-31marzo2020-01.pdf

Resolución No. SCPM-DS-2020-018. Superintendencia de Control del Poder de Mercado. República del Ecuador. Disponible en https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2020/04/RESOLUCION-SCPM-DS-2020-18.pdf

Resolución No. SCPM-DS-2020-019. Superintendencia de Control del Poder de Mercado. República del Ecuador. Disponible en https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2020/04/RESOLUCIÓN-SCPM-DS-2020-19.pdf

poder operar plenamente. Por ejemplo, deberán contar con nuevos protocolos de bioseguridad para hacer visitas administrativas o inspecciones presenciales. Además, será deseable que incorporen herramientas que les permita realizar visitas (total o parcialmente) remotas a través de medios electrónicos. En ese sentido, la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) de Colombia tiene experiencia realizando visitasadministrativas de manera remota que puede ser pertinente para sus pares de la región.³³

Pasando de lo procedimental a lo sustancial, hay al menos cuatro aristas relacionadas con la aplicación del derecho de la competencia en el contexto de la crisis del COVID-19: i) investigaciones sobre conductas anticompetitivas relacionadas con productos y servicios directa o indirectamente asociados a la crisis; ii) autorización de determinados acuerdos entre competidores para garantizar el abastecimiento de bienes y servicios asociados al COVID-19; iii) el análisis concentraciones empresariales en las que las partes invocan la "excepción de empresa en crisis o industria fallida"; y, iv) el estudio de proyectos regulatorios con potenciales efectos sobre la competencia en mercados asociados al COVID-19. Estos cuatro aspectos son abordados por los diferentes capítulos que componen esta obra colectiva, pero a continuación presento un recuento resumido sobre los mismos.

2.2 Apertura de investigaciones y monitoreo de precios

Como argumenta Pablo Trevisán en el capítulo 6 del libro, el "derecho y la política de competencia no están en cuarentena". En ese sentido, en algunos países ya se han abierto investigaciones formales por presuntas conductas anticompetitivas en mercados ligados directa o indirectamente con la pandemia. El Consejo Administrativo de Defensa Económica (CADE) de Brasil abrió una investigación formal debido a la presunta fijación excesiva de precios de mascarillas, desinfectantes para manos y alcohol³⁴. En Colombia, la SIC ordenó la apertura de dos investigaciones por presuntos precios inequitativos: una relacionada con elementos de protección personal, necesarios en el marco de la emergencia con ocasión del COVID-19, y otra respecto de geles antibacteriales.³⁵

Gutierrez, J. D. (2020, junio 24). Proposal for the Publication of a Guide to Regulate "Dawn Raids" by the Colombian Competition Authority. Competition Policy International. Disponible en https://www.competitionpolicy-international.com/proposal-for-the-publication-of-a-guide-to-regulate-dawn-raids-by-the-colombian-competition-authority/

³⁴ Centro Competencia. (2020, marzo 27). Reacciones Comparadas de Agencias de Competencia a raíz de la Crisis del Coronavirus. Universidad Adolfo Ibáñez.

Véase, Resolución No. 19922 del 4 de mayo de 2020 de la SIC, mediante la cual ordena la apertura de una investigación por posibles violaciones a la libre competencia al mantener precios inequitativos de elementos de protección personal, necesarios en el marco de la emergencia con ocasión del COVID-19. Disponible en https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Normativa/Resoluciones/RESOLUCIÓN%20PÚBLICA%2019922%20DE%202020.pdf

Los mercados relacionados con la salud, por ejemplo la producción de fármacos y su comercialización, han sido particularmente importantes en la aplicación del derecho de la competencia en Sudamérica. Como lo explica Fernando Araya, en el capítulo 3 del libro, en Chile el público percibe que la historia sobre la persecución de carteles se inició con los casos de distribución minorista de medicamentos.

Adicionalmente, algunas autoridades de competencia están ejerciendo monitoreo de precios. Por ejemplo, el gobierno de Colombia dispuso que la autoridad de competencia supervise una lista de productos que suplen necesidades básicas o están relacionados con la salud para. La SIC no esté realizando control de precios, pero sí está revisando si hay cambios significativos y excesivos para iniciar procedimientos administrativos sancionatorios por precios excesivos. En el capítulo 15 del libro, Ricardo Riesco explica cómo la autoridad está realizando monitoreo de precios para detectar fluctuaciones a partir de herramientas de scraping de precios.

La Superintendencia de Competencia de El Salvador también está realizando monitoreo de precios de manera coordinada junto con la autoridad de protección de los consumidores, según reportó Regina Vargas en el capítulo 2 de este libro. Por otra parte, que las autoridades competencia de la región sean involucradas en funciones asociadas con el control de precios es criticado por Fabián Pozo en el capítulo 4 de este libro.

Pero no solo conductas unilaterales respecto del aumento de precios han llamado la atención de las agencias de competencia. La Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE) de México, por ejemplo, advirtió a una asociación gremial de desarrolladores inmobiliarios que evitara promover posibles acuerdos anticompetitivos entre sus afiliados en relación con fijar topes para el otorgamiento de descuentos a los arrendatarios, así como el intercambio de infomación con el mismo fin. ³⁶ Además, la COFECE también publicó una advertencia dirigida a una asociación gremial azucarera y alcoholera, por un presunto acuerdo anticompetitivo que habría producido el aumento del precio del "alcohol, sus derivados y algunos insumos para su elabración." ³⁷

Resolución No. 25163 de junio de 2020 de la SIC, mediante la cual formuló pliego de cargos en contra de empresa que habría fijado de manera inequitativa el precio de geles antibacteriales. Disponible en https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Noticias/2019/Resolucioen%20de%20Apertura%20FARMALATAM%20COLOMBIA%20S_A_S_%20VP%20Firmada.pdf

³⁶ Comisión Federal de Competencia Económica. (2020, marzo 31). Previene COFECE a la Asociación Nacional de Desarrolladores Inmobiliarios para que evite posibles acuerdos entre competidores de este mercado. Disponible en https://www.cofece.mx/previene-cofece-a-la-asociacion-nacional-de-desarrolladores-inmobiliarios/

³⁷ Comisión Federal de Competencia Económica. (2020, marzo 30). Envía COFECE prevenciones a la Cámara Nacional de la Industria Azucarera y Alcoholera por un aumento en el precio del alcohol, sus derivados y algunos insumos para su elaboración, que podría ser producto de un acuerdo entre agentes económicos. Disponible en https://www.cofece.mx/envia-cofece-prevenciones-a-la-camara-nacional-de-la-industria-azucarera-y-alcoholera/

Otro frente que puede generar preocupaciones es el de la compras públicas, por el incremento en la discrecionalidad y en las compras directas, como lo explica Carlos Mena en el capítulo 1. Por ejemplo, a Superintendencia de Control del Poder de Mercado (SCPM) de Ecuador "prendió las alarmas" en relación con los procesos de contratación pública que se desarrollan durante la emergencia sanitaria. En su comunicado además recordó que contaba con un acuerdo de colaboración con el Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP) que le permitía contar con información para detectar irregularidades en los procesos de contratación. En el capítulo 17 de este libro, Danilo Sylva explica el contexto de este comunicado dirigido a las entidades contratantes y proveedores en el marco de la emergencia.

2.3 Autorización de acuerdos de colaboración

La otra cara de la moneda es la autorización temporal y/o limitada de determinados acuerdos entre empresas competidoras por parte de las autoridades. La COFECE, por ejemplo, declaró que no perseguirá los acuerdos horizontales que sean necesarios para aumentar el suministro, evitar la escasez y garantizar el suministro de bienes y servicios asociados con la contingencia del coronavirus. Además, la agencia mexicana se comprometió a llevar a cabo una revisión acelerada de las fusiones asociadas con COVID-19.³⁹ Carlos Mena explica con más detalle este punto en el capítulo l de este libro.

Recientemente, el INDECOPI también publicó una declaración análoga sobre "acuerdos de colaboración para asegurar el abastecimiento de productos y enfrentar la emergencia del COVID-19 son lícitos de acuerdo a la Ley de Libre Competencia". ⁴⁰ Además, en el capítulo 18 de este libro Juan Pablo Herrera explica cómo la SIC estableció un marco de análisis para los acuerdos entre competidores en el contexto de la pandemia. Por otra parte, aunque Chile no cuenta con una excepción a la aplicación de la ley de competencia, la Fiscalía Nacional Económica (FNE) recordó

Superintendencia de Control del Poder de Mercado y Servicio Nacional de Contratación Pública. (s.f.). Comunicado a las entidades contratantes y proveedores en situación de emergencia. Disponible en https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2020/04/Comunicado-SCPM-SERCOP-13-04-20.pdf

³⁹ Comisión Federal de Competencia Económica. (2020, marzo 27). Postura de la COFECE en términos de la aplicación de la Ley Federal de Competencia Económica ante la emergencia sanitaria. Disponible en https://www.cofece.mx/postura-cofece-ante-emergencia-sanitaria/

Comisión Federal de Competencia Económica. (2020, abril 01). Respuesta a preguntas relacionadas con el comunicado de COFECE-012-2020. Disponible en https://www.cofece.mx/respuesta-a-preguntas-relacionadas-con-el-comunica-do-cofece-012-2020/

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. (2020, abril 22). El INDECOPI precisa que acuerdos de colaboración para asegurar abastecimiento de productos durante emergencia son lícitos de acuerdo a la Ley de Libre Competencia. Disponible en https://www.consumidor.gob.pe/web/guest/-/el-indecopi-precisa-que-los-acuerdos-de-colaboracion-para-asegurar-el-abastecimiento-de-productos-y-enfrentar-la-emergencia-del-covid-19-son-licitos-d

que algunos acuerdos de colaboración entre competidores pueden ser lícitos. Puntualmente, en una declaración pública del 3 de abril de 2020 a FNE argumentó:

- "4. En un estado de catástrofe como el actual, es posible que la producción y distribución de bienes, así como la prestación de servicios, ya no sea posible, o no pueda realizarse en forma óptima, sin un cierto grado de colaboración entre competidores.
- 5. En esos casos específicos, los acuerdos de colaboración entre competidores en principio serían eficientes porque permitirían abastecer de productos o prestar servicios a los consumidores nacionales, sin que tales objetivos pudiesen cumplirse del todo o en parte por cada agente económico actuando de manera individual durante el actual estado de catástrofe."41

Ricardo Riesco explica este asunto en el capítulo 15 de este libro. Además, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia expidió el Auto Acordado No. 21 del 7 de abril de 2020 en el cual establece reglas a partir de las cuales conocerá de las

"consultas que recaigan en hechos, actos o convenciones que busquen generar eficiencias que superen los riesgos anticompetitivos y que se relacionen con bienes o servicios que sean indispensables para mantener la cadena de abastecimiento, la continuidad de los servicios de transporte y la entrega de medicamentos o insumos médicos, entre otros que también puedan tener carácter indispensable." 42

En Brasil, el CADE ya ha emitido autorizaciones extraordinarias a competidores debido a la crisis del COVID-19.⁴³ Además, recientemente anunció la creación de un Grupo de Trabajo para preparar documento con orientaciones sobre acuerdos de colaboración entre competidores en contextos de crisis.⁴⁴

Fiscalía Nacional Económica. (2020, abril 03). Declaración pública. Disponible en https://www.fne.gob.cl/declaracion-publica/

Auto acordado N° 21/2020 sobre consultas extraordinarias efectuadas en virtud del Artículo 18 N° 2 del Decreto Ley N° 211. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. República de Chile. Disponible en https://www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/wp-content/uploads/2020/04/Auto-Acordado-21-2020.pdf

Conselho Administrativo de Defesa Económica. (2020, mayo 28). Cade avalia colaboração entre concorrentes devido à crise do novo coronavírus. Disponible en http://www.cade.gov.br/noticias/cade-avalia-colaboracao-entre-concorrentes-devido-a-crise-do-novo-coronavirus. Conselho Administrativo de Defesa Económica. (2020, junio 05). Cade authorizes collaboration among Ambev, BRF, Coca-Cola, Mondelez, Nestlé and Pepsico due to the new coronavirus crisis. Disponible en http://en.cade.gov.br/cade-authorizes-collaboration-among-ambev-brf-coca-colla-mondelez-nestle-and-pepsico-due-to-the-new-coronavirus-crisis

Conselho Administrativo de Defesa Económica. (2020, julio 23). Cade institui Grupo de Trabalho para elaborar documento com orientações sobre colaboração entre concorrentes. Disponible en http://www.cade.gov.br/noticias/cade-institui-grupo-de-trabalho-para-elaborar-documento-com-orientacoes-sobre-colaboracao-entre-concorrentes

2.4 La excepción de empresa en crisis

El control previo de concentraciones empresariales en el marco del COVID-19 es abordado en este libro con detalle por los capítulos 5 a 9 escritos por Pamela Sittenfeld, Pablo Trevisán, Javier Tapia, Carlos Esguerra, y Tania Zúñiga. Quizás el tema más interesante en este frente consiste en el estudio de la "excepción de empresa en crisis" que algunas empresas alegarán ante las autoridades de competencia.

Sin embargo, como se advirtió previamente, en la región hay pocos precedentes sobre la aplicación de esta figura. En Colombia, la SIC definió – en un caso de 2006 – que para aplicar la excepción deben acreditarse tres condiciones concurrentes: i) que una de las empresas esté abocada a salir del mercado en el futuro próximo (ej. menos de un año) por cuenta de sus dificultades económicas; ii) no existe una alternativa viable diferente a la de una integración empresarial con un competidor o tercero que genere menos efectos anticompetitivos; y, iii) que el daño a la competencia causado por la operación sea menor que el que generaría la salida del mercado de los activos de la empresa en crisis.⁴⁵

En Chile, la "excepción de empresa en crisis" está prevista expresamente en la "Guía de Análisis de Operaciones de Concentración" del FNE. En la sección 1.2.7.3 de la guía, se describen tres factores, muy similares a los identificados en Colombia, que las partes deben acreditar para que se entienda configurada la excepción:

"a. La empresa presuntamente en crisis, a causa de sus problemas económicos, abandonará el mercado en un futuro próximo si no es absorbida por otra empresa;

b. Dicha salida hará inevitable la desaparición del mercado de los activos tangibles e intangibles de esa empresa;

c. Que no existe otra opción para preservar los activos de la empresa en el mercado, y que sea menos gravosa para la competencia, habiéndose realizado esfuerzos por encontrar opciones alternativas."⁴⁶

Miranda, A., Gutiérrez, J.D. y Barrera, N. (2014). El Control de la Concentraciones Empresariales en Colombia. U. Javeriana y Grupo Editorial Gustavo Ibáñez, Bogotá, págs. 351 - 353.

Fiscalía Nacional Económica. (2012, octubre). Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración. Disponible en https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/10/Guia-Fusiones.pdf, pág. 26.

Precisamente fue la FNE de Chile una de las primeras autoridades de la región que encontró probada la excepción en una transacción que evaluó recientemente. A través de un comunicado, del 8 de junio de 2020, la FNE informó sobre la aprobación de una operación "de compra de estación de servicio por parte de Copec tras tener por acreditada la excepción de empresa en crisis". ⁴⁷ Según el comunicado, durante la segunda fase de estudio de la operación las partes presentaron excepción de empresa en crisis y a partir su propia investigación llegó al convencimiento de "que las partes acreditaron que la empresa adquirida arrastraba una situación económica inviable e irrecuperable, que se profundizó con el estallido social y con la crisis del COVID-19, y que, por tanto, su salida del mercado era inevitable e inminente de no efectuarse la venta." ⁴⁸ Con todo, en el capítulo 7 de este libro, Javier Tapia ofrece buenos argumentos sobre la dificultad de invocar exitosamente la "defensa de empresa fallida" en Chile.

Por último, las guías sobre concentraciones económicas de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) de Argentina también ofrecen directrices en esta materia, inspiradas en las de la Comisión Europea, como lo explica Pablo Trevisán en el capítulo 6 de este libro.

2.5 Análisis de proyectos regulatorios

Como se explicó anteriormente, las actividades de abogacía por la competencia también juegan un rol importante debido a la crisis del COVID-19, particularmente aquellas relacionadas con el estudio de proyectos regulatorios. El CADE por ejemplo expidió una "nota técnica" en las cual señala potenciales efectos negativos para la competencia respecto de medidas que buscan fijar el precio máximo de reventa para gas de cocina y dos notas técnicas sobre proyectos de ley, uno sobre descuentos de matrícula escolar y otro que congelaría las comisiones de apps de transporte durante la pandemia. ⁴⁹

Otros ejemplos de propuestas regulatorias relacionadas con la crisis de la pandemia son ofrecidos por Carlos Mena y María José Contreras, en los capítulos l y 12 de este libro, respectivamente.

Fiscalía Nacional Económica. (junio 08). FNE aprueba compra de estación de servicio por parte de Copec tras tener por acreditada la excepción de empresa en crisis. Disponible en https://www.fne.gob.cl/fne-aprueba-com pra-de-estacion-de-servicio-por-parte-de-copec-tras-tener-por-acreditada-la-excepcion-de-empresa-en-crisis/

⁴⁸ Ibid.

Conselho Administrativo de Defesa Económica. (2020, abril 30). Cade aponta preocupações concorrenciais em medidas que buscam fixar preço máximo de revenda do gás de cozinha durante a pandemia. Disponible en http://www.cade.gov.br/noticias/cade-aponta-preocupacoes-concorrenciais-em-medidas-que-buscam-fixar-preco-max-imo-de-revenda-do-gas-de-cozinha-durante-a-pandemia. Conselho Administrativo de Defesa Económica. (2020, mayo 27). Cade alerta para efeitos negativos de projeto que interfere em cobrança feita por aplicativos de transporte. Disponible en http://www.cade.gov.br/noticias/cade-alerta-para-efeitos-negativos-de-projeto-que-interfere-em-cobranca-feita-por-aplicativos-de-transporte

3 ¿Emergerá un "derecho de la competencia pandémico"?

¿Llegaremos a un consenso sobre cómo implementar el derecho y la política de competencia en relación con la crisis y los efectos del COVID-19? En otras palabras, ¿emergerá en la región un "derecho de la competencia pandémico"? En la medida en que seamos parte de sociedades plurales, democráticas, donde hay diferentes intereses en juego no creo que haya una sola voz sobre cómo abordar un problema de política pública que genera efectos sobre diferentes aspectos de la vida de las personas y cuyo impacto varía entre países y dentro de los países.

No debemos subestimar la heterogeneidad de los sistemas de competencia de América Latina y el Caribe y la variada trayectoria de las 29 autoridades de la competencia nacionales de la región. El contexto también importa: determinadas medidas pueden tener sentido en jurisdicciones con grandes mercados, como los de Brasil y México, pero no para pequeñas economías del Caribe, y viceversa. Luego no creo que tengamos una posición unánime en relación con la respuesta del derecho y la política de competencia frente al COVID-19.

En todo caso, seguramente emergerán algunos principios o ideas básicas. Como explicaba recientemente Manuela Abarca, el mensajes recurrente de las autoridades de competencia durante la crisis ha sido que la ley de competencia sigue vigente pero que en algunos casos excepcionales se justificarán algunos acuerdos de colaboración entre competidores.⁵⁰ Sin embargo, la divergencia se presentará en cómo se encausarán dichas excepciones.

Para resumir: ¿que puso sobre la mesa de las autoridades de competencia el COVID-19? Sobre lo procesal, ha habido confluencia en tres aspectos: i) la suspensión temporal de algunas de las actividades de la autoridad durante la crisis; ii) la necesidad de tomar decisiones expeditas para asuntos directamente ligados con COVID-19, lo cual no requiere de reformas a las normas sino buena gestión de las prioridades de la autoridad; y iii) la necesidad de implementar tecnologías de la información y comunicación para los procedimientos, particularmente para realizar hacer audiencias y visitas administrativas remotas.

En contraste, hay asuntos sustantivos asociados con la respuesta a la crisis del COVID-19 respecto de los cuales no hay posturas comunes y en cambio sí hay interrogantes abiertos. Primero, el nuevo rol, o el rol intensificado de las autoridades de competencia en relación con el monitoreo y/o el control de precios. ¿Se justifica que la autoridad de competencia asuma dichos roles? Algunos gobiernos le han asignado estas facultades a las autoridades de competencia, pero dicho

Abarca, M. (2020, abril 13). Competencia y Coronavirus: We're all in this together. La Libre Competencia. Disponible en https://lalibrecompetencia.com/2020/04/13/competencia-y-coronavirus-were-all-in-this-together/

ejercicio es la excepción antes que la regla.

Segundo, la discusión sobre la viabilidad de autorizar "carteles de crisis", particularmente en contextos de recesión económica y "exceso de oferta" en un mercado. Esta es una figura en la cual la autoridad "cierra los ojos" frente a acuerdos entre competidores que buscarían resolver concertadamente sus dificultades y que en condiciones normales serían considerados anticompetitivos. En principio, ninguna autoridad de la región ha seguido este camino, que estarían considerando países como Australia, Noruega y el Reino Unido. ⁵¹ Sin embargo, algunas legislaciones prevén excepciones a la aplicación de la legislación de competencia que no están relacionadas con la generación de eficiencias. La ley colombiana, por ejemplo, faculta al gobierno para autorizar acuerdos "que no obstante limitar la libre competencia, tenga por fin defender la estabilidad de un sector básico de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general." ⁵²

Tres, la aplicación de la "excepción de empresa en crisis" o "defensa de empresa fallida" para el control previo de concentraciones. Las legislaciones de la región no establecen la figura expresamente y pocas las autoridades la han desarrollado doctrinalmente. En este frente seguramente habrá variación entre las autoridades de competencia de la región respecto del estándar probatorio que requieran para dar su visto bueno a operaciones que podrían generar limitaciones significativas a la competencia bajo el amparo de la "excepción de empresa en crisis".

La pregunta final es si la crisis abrió una ventana política para adelantar reformas o implementar enfoques que antes eran inviables. En otros ámbitos de los asuntos de gobierno, el COVID-19 ha abierto espacios para ideas que antes parecían remotas, como ocurre con la renta básica universal y el ingreso básico garantizado. Algo similar puede ocurrir en relación con el derecho y la política de competencia. Eso no es bueno ni es malo en sí mismo: así funciona el ciclo político y el ciclo de las políticas públicas en las democracias. Toda reforma debería ser examinada a la luz del problema que pretende resolver, su razonabilidad y la existencia de alternativas igualmente efectivas pero con menores efectos secundarios.

Mi llamado final es a estudiar con mucho cuidado las propuestas que circulan por esta época. Siempre habrá grupos de interés oportunistas que quieren aprovechar la coyuntura para adelan-

RM, Manjushree (2020, julio 23). Rethink role of crisis cartels, as Indian industries face risk of overcapacity, en The Print. Disponible en: https://theprint.in/opinion/rethink-role-of-crisis-cartels-as-indian-indus-tries-face-risk-of-overcapacity/466636/.

⁵² Artículo 1, parágrafo, de la Ley 155 de 1959.

tar su agenda de cambio político y económico motivada por intereses particulares que pueden estar en contravía con el interés general o que impacten negativamente a los grupos más vulnerables de la sociedad. Para evitar reformas o virajes de ese tipo, será necesario que nuestras democracias sean deliberativas: que las propuestas de cambio se discutan transparentemente, que se valore la evidencia sobre los potenciales efectos de las reformas y que se ponga sobre la mesa cuáles son los valores sociales que se priorizarán para adoptar la decisión final.



Capítulo 1 Retos de competencia en tiempos de Coronavirus

Carlos Mena Labarthe53

1.1 Introducción

El mundo enfrenta un reto sin precedentes con motivo de la pandemia del COVID-19. La mayoría de los países han decretado medidas de cierre de establecimientos y confinamiento obligatorio en casa para las personas.

En México, las actividades no esenciales se suspendieron oficialmente a partir del 30 de abril de 2020. Se mantuvieron, desde luego, ciertas actividades o servicios gubernamentales esenciales (impartición de justicia, funciones de policía, limpieza, recaudación de impuestos, etc.). En el ámbito privado, se ha mantenido la operación de las actividades directamente necesarias para atender la emergencia sanitaria, como lo son las relacionadas con: (a) la rama médica, paramédica, administrativa y de apoyo al Sistema Nacional de Salud; (b) abasto, servicios y proveeduría, entre las que destacan las actividades farmacéuticas, tanto en su producción como en su distribución; (c) la seguridad pública y protección ciudadana; (d) la conservación, mantenimiento y reparación de la infraestructura crítica y; (e) los sectores fundamentales para la economía como recaudación tributaria, financieros, gasolineras y gas, industria de alimentos y bebidas no alcohólicas, entre otros. Mientras que el retorno gradual de actividades iniciará con la industria de la construcción, minería y fabricación de equipo de transporte.⁵⁴

⁵³ Socio en Creel, García-Cuellar, Alza y Enríquez (México). Última fecha de modificación: Junio 01, 2020.

Secretaría de Salud. (2020, marzo 31). Acuerdo por el que se establecen acciones extraordinarias para atender la emergencia sanitaria generada por el virus SARS-CoV2. Diario Oficial de la Federación. Disponible en https://sidof.segob.gob.mx/notas/5590914

Secretaría de Salud. (2020, abril 21). Acuerdo por el que se modifica el similar por el que se establecen acciones extraordinarias para atender la emergencia sanitaria generada por el virus SARS-CoV2. Diario Oficial de la Federación. Disponible en https://sidof.segob.gob.mx/notas/5592067

Secretaría de Salud. (2020, mayo 14). Acuerdo por el que se establece una estrategia para la reapertura de las actividades sociales, educativas y económicas, así como un sistema de semáforo por regiones para evaluar semanalmente el riesgo epidemiológico relacionado con la reapertura de actividades en cada entidad federativa, así como se establecen acciones extraordinarias. Diario Oficial de la Federación. Disponible en https://sidof.segob.gob.mx/notas/5593313

Secretaría de Salud. (2020, mayo 15). Acuerdo por el que se modifica el diverso por el que se establece una estrategia para la reapertura de las actividades sociales, educativas y económicas, así como un sistema de semáforo por regiones para evaluar semanalmente el riesgo epidemiológico relacionado con la reapertura de actividades en cada entidad federativa, así como se establecen acciones extraordinarias. Diario Oficial de la Federación. Disponible en https://sidof.segob.gob.mx/notas/5593411

Este escenario, sin precedentes en el ámbito de la salud, tiene repercusiones igual de graves en la economía por los shocks de oferta y demanda que se observan.

Como resultado de la pandemia COVID-19, las perspectivas de la economía mundial del Fondo Monetario Internacional (FMI)⁵⁵ han proyectado una contracción de la economía mundial de -3% en 2020, y del doble (-6%) para México en el mismo periodo. Por su parte, el Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de la Organización de las Nacionales Unidas⁵⁶ indica que la expansión en la producción mundial pasó de un 2.5% contemplado previo al COVID-19 a un 1.2% en el mejor escenario, siendo el peor escenario un 0.9%.

Las agencias de competencia y de protección al consumidor se enfrentan a un escenario inédito donde podrían ayudar a resolver los problemas asociados a las crisis, o generar efectos adversos con su intervención.

1.2 Los retos de la crisis sanitaria

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) reconoce que la libre competencia en los mercados constituye un pilar fundamental para asegurar la recuperación económica, sugiriendo a las agencias de competencia del mundo mantener la vigilancia y cumplimiento de las leyes, bajo condiciones de adaptación y priorización en el nuevo entorno económico que incluyen, entre otras cosas: (i) participación y guía en la toma de decisiones gubernamentales y regulatorias para enfrentar la crisis económica; (ii) rapidez y flexibilidad en sus procedimientos; (iii) enfoque en aquellos sectores más afectados; (iii) monitoreo de precios excesivos y; (iv) análisis eficiente de acuerdos de colaboración temporales.⁵⁷

Desde mi perspectiva, hay tres tipos de problemas que enfrentan las autoridades de competencia con motivo de la crisis sanitaria por el COVID-19: (i) lograr un correcto balance entre la lucha contra la propagación del virus y la continuidad de operaciones; (ii) la adopción de acciones específicas para atender y superar la crisis, en el ámbito de sus facultades y (iii) lograr una adecuada interacción con y, cuando resulte necesario, contrapeso a las decisiones gubernamentales

thorities.pdf

Fondo Monetario Nacional. (2020, abril). Perspectivas de la Economía Mundial. Disponible en https://www.imf.org/es/Publications/WEO/Issues/2020/04/14/weo-april-2020

Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de la Organización de las Nacionales Unidas. (2018, abril 01). World Economic Situation And Prospects: April 2020 Briefing, No. 136.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (s.f.). COVID-19: Competition policy actions for governments and competition authorities. Disponible en <a href="https://www.oecd.org/competition/COVID-19-competition-policy-actions-for-governments-and-competition-au-to-policy-actions-for-governments-au-to-policy-actions-for-governments-au-to-policy-actions-for-governments-au-to-policy-actions-for-governments-au-to-policy-actions-for-governments-au-to-policy-actions-for-governments-au-to-policy-actions-for-governments-au-to-policy-actions-governments-au-to-policy-actions-governments-au-to-policy-actions-governments-au-to-policy-actions-governments-au-to-policy-actions-governments-au-to-policy-actions-governments-au-to-policy-actions-governments-au-to-policy-actions-governments-au-to-policy-actions-governments-au-to-policy-actions-governments-au-to-policy-actions-governments-au-to-policy-actions-governments-au-to-policy-actions-governments-au-to-policy-actions-governments-au-to-policy-actions-governments-au-to-poli

y de los reguladores que pudieran poner en riesgo los principios de libre competencia y concurrencia.

1.2.1 Continuidad de operaciones

El primer reto ha sido asegurar la continuidad de la operación de la autoridad. Este es un tema muy importante y que no se ha discutido mucho. Existen países donde la autoridad de competencia dejó de funcionar de plano durante la pandemia o sus actividades se redujeron de forma muy importante; particularmente en el ámbito de concentraciones y en temas de abogacía y opiniones, resulta indispensable que las autoridades de competencia adopten el liderazgo que les corresponde para guiar las decisiones de Estado a soluciones congruentes con la libre competencia y concurrencia (o que generen las menores disrupciones posibles).

En el caso de México, la Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE) ha hecho un esfuerzo enorme para asegurar la continuidad de sus funciones. En línea con las medidas sanitarias para evitar la propagación del virus, la COFECE a la fecha de publicación de este escrito ha emitido cuatro acuerdos de suspensión de plazos que corren del 23 de marzo al 12 de junio de 2020. ⁵⁸ A pesar de esta suspensión, el personal de COFECE sigue laborando en forma remota, mientras que la suspensión opera sólo en cuanto a los plazos procesales de ciertos procedimientos (principalmente de investigaciones) exceptuando algunos otros cuya tramitación y resolución se consideran prioritarios:

1.2.1.1 Concentraciones

Especialmente el tema del control de concentraciones fue una excepción a la suspensión de plazos desde el inicio de la crisis. Para asegurar la continuidad en estos procedimientos de suma importancia para la economía nacional, COFECE permanece operando de forma habitual para

Comisión Federal de Competencia Económica. (2020, marzo 24). Acuerdo mediante el cual el Pleno resuelve que no correrán los plazos de algunos procedimientos tramitados ante la Comisión Federal de Competencia Económica. Diario Oficial de la Federación. Disponible en https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5590194&fe-cha=24/03/2020

Comisión Federal de Competencia Económica. (2020, abril 17). Acuerdo mediante el cual el Pleno resuelve que no correrán los plazos de algunos procedimientos tramitados ante la Comisión Federal de Competencia Económica. Diario Oficial de la Federación. Disponible en https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5591842&fecha=17/04/2020 Comisión Federal de Competencia Económica. (2020, abril 30). Acuerdo mediante el cual el Pleno resuelve que no correrán los plazos de algunos procedimientos tramitados ante la Comisión Federal de Competencia Económica. Diario Oficial de la Federación. Disponible en https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5592576&fecha=30/04/2020 Comisión Federal de Competencia Económica. (2020, mayo 29). Acuerdo mediante el cual el Pleno resuelve que no correrán los plazos de algunos procedimientos tramitados ante la Comisión Federal de Competencia Económica. Diario Oficial de la Federación. Disponible en

continuar con la revisión de estos procesos.

Afortunadamente desde el 24 de enero del 2020⁵⁹ entró en vigor el formato electrónico obligatorio, antes optativo para este tipo de procedimientos, por lo que la mayoría de los procedimientos estaban siendo tramitados vía electrónica, de manera que el desarrollo de actividades de forma remota no causó un severo impacto; sin embargo, sí fueron necesarias algunas adecuaciones. Por ejemplo, el Pleno de la COFECE ha habilitado la celebración de sesiones de forma remota⁶⁰, así como una muy controvertida autorización para la realización de notificaciones mediante correo electrónico,⁶¹ que resultó ampliamente criticada por los potenciales vicios de legalidad que puede conllevar.

Pero más allá del procedimiento vía electrónica, que en el contexto actual resulta ser muy ágil en resolver las operaciones que son importantes para la economía, muy cerca del inicio de la crisis la COFECE se pronunció al emitir su postura de la aplicación de la Ley de Competencia, resaltando que será expedita en el control de concentraciones que resulten necesarias a fin de enfrentar la crisis actual. 62

Por otra parte, el Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT), encargado de aplicar la Ley de Competencia a los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión, había suspendido todos los plazos en temas de competencia, pero a partir del 4 de mayo del 2020 decidió reanudar con normalidad el control de concentraciones y el procedimiento de orientación general. 63

Comisión Federal de Competencia Económica. (2017, diciembre 8). Lineamientos para la notificación de concentraciones por medios electrónicos ante la Comisión Federal de Competencia Económica. Diario Oficial de la Federación. Disponible en https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5507216&fecha=08/12/2017
Comisión Federal de Competencia Económica. (2019, julio 09). Acuerdo No. CFCE-177-2019 mediante el cual el Pleno de la Comisión Federal de Competencia Económica reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de los Lineamientos para la notificación de concentraciones por medios electrónicos ante la Comisión Federal de Competencia Económica. Diario Oficial de la Federación. Disponible en https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5566048&fecha=18/07/2019

Comisión Federal de Competencia Económica. (2020, marzo 31). Acuerdo mediante el cual el Pleno autoriza la celebración de sesiones de forma remota en virtud de la contingencia existente en materia de salud y se derogan ciertos artículos de los Lineamientos para el funcionamiento del Pleno. Diario Oficial de la Federación. Disponible en https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5590782&fecha=31/03/2020

Comisión Federal de Competencia Económica. (2020, abril 23). Acuerdo mediante el cual el Pleno de la Comisión Federal de Competencia Económica emite las Disposiciones Regulatorias de la Ley Federal de Competencia Económica de emergencia para realizar notificaciones personales por correo electrónico. Diario Oficial de la Federación. Disponible en https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5592142&fecha=23/04/2020

Comisión Federal de Competencia Económica. (2020, marzo 27). Postura de la COFECE en términos de la aplicación de la Ley Federal de Competencia Económica ante la emergencia sanitaria. Disponible en https://www.cofece.mx/postura-cofece-ante-emergencia-sanitaria/

Instituto Federal de Comunicaciones. (2020, mayo 08). Acuerdo mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones declara la suspensión de labores por causa de fuerza mayor, con motivo de las medidas de contingencia por la pandemia de coronavirus COVID-19, y determina las funciones esenciales a cargo del propio Instituto

1.2.1.2 Programa de Inmunidad y otras Excepciones

En aras de velar por la continuidad de los procesos, por su parte, a partir del 20 de abril de 2020 COFECE levantó la suspensión de plazos para los procedimientos de beneficio de reducción de sanciones (Programa de Inmunidad). Esto resulta de suma importancia ya que a través del Programa de Inmunidad la COFECE puede detectar y obtener los medios probatorios para determinar posibles violaciones a la ley de competencia en aquellos mercados más afectados con motivo de la pandemia y hacer frente de forma eficaz y expedita.

De igual manera, se levantó la suspensión de los procedimientos de beneficio de dispensa o reducción de sanciones (compromisos), los procedimientos de orientación general, opiniones emitidas por la COFECE, consultas públicas y ciertas etapas procesales en materia de investigaciones que permiten a la COFECE resolver los casos en que no queden actos procesales pendientes.

Lo anterior, en línea con la intención de no paralizar los procesos y asegurar la continuidad de las funciones.

1.2.1.3 Poder Judicial

Otro reto relevante en este tema es el del Poder Judicial. En el caso mexicano, por ejemplo, si bien la impartición de justicia es parte de las actividades esenciales, en la práctica, desde el 18 de marzo de 2020, se establecieron controles estrictos para enfocar la tramitación y resolución de asuntos judiciales únicamente a casos urgentes.⁶⁴

para garantizar la continuidad y calidad en la prestación de los servicios de telecomunicaciones y radiodifusión. Diario Oficial de la Federación.

Disponible en https://sidof.segob.gob.mx/notas/5593076

Consejo de la Judicatura Federal. (2020, marzo 20). Acuerdo General 4/2020 del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, relativo a las medidas de contingencia en los órganos jurisdiccionales por el fenómeno de salud pública derivado del virus COVID-19. Diario Oficial de la Federación. Disponible en https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5589993&fecha=20/03/2020

Consejo de la Judicatura Federal. (2020, abril 16). Acuerdo General 6/2020 del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, que reforma y adiciona el similar 4/2020, relativo a las medidas de contingencia en los órganos jurisdiccionales por el fenómeno de salud pública derivado del virus COVID-19. Diario Oficial de la Federación. Disponible en https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5591711&fecha=16/04/2020

Consejo de la Judicatura Federal. (2020, abril 30). Acuerdo General 8/2020 del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, relativo al esquema de trabajo y medidas de contingencia en los órganos jurisdiccionales por el fenómeno de salud pública derivado del virus COVID-19. Diario Oficial de la Federación. Disponible en https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5592568&fecha=30/04/2020

Consejo de la Judicatura Federal. (2020, mayo 28). Acuerdo general 10/2020, del pleno del consejo de la Judicatura Federal, que reforma el similar 8/2020 relativo al esquema de trabajo y medidas de contingencia en los órganos jurisdiccionales por el fenómeno de salud pública derivado del virus COVID-19, en relación con el periodo de vigencia. Diario Oficial de la Federación. Disponible en https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5593940&fecha=28/05/2020

En materia de competencia económica, en un inicio no se contemplaron Juzgados o Tribunales especializados de guardia, lo cual tuvo un impacto en la paralización de la administración de justicia por un tiempo delicado. Sin embargo, a partir del 6 de mayo se habilitaron guardias en los órganos respectivos para tramitar asuntos urgentes además de que, en general, se reactivó la actividad judicial para la resolución de casos no urgentes listos para resolverse (sin fases procesales pendientes). 65

1.2.2 Acciones específicas de las autoridades con motivo de la crisis

Uno de los grandes retos para las agencias de competencia es encontrar mecanismos para evitar conductas anticompetitivas que se dan como consecuencia del entorno, o que la coyuntura está facilitando. El riesgo número uno que debe de ser monitoreado e investigado por las agencias es la colusión. La situación actual ha causado variaciones significativas en la oferta y la demanda que pueden repercutir en la conducta y decisiones realizadas por los agentes económicos y hacerlos conducirse de forma ilegal, incluso bajo una -malentendida- lógica de solidaridad o subsistencia.

En este punto, es esencial recordar nuevamente a los agentes económicos por parte de las autoridades, que la colusión viola la legislación de competencia, y no se permite, aun en tiempos de crisis. Claro está que ciertas conductas deben de verse de manera diferenciada, tales como los acuerdos de colaboración, sin embargo, el escrutinio de las agencias no debe de verse mermado.

En México, la COFECE ha hecho frente a este tipo de situaciones en casos específicos, como por ejemplo recientemente COFECE notó que en el sector inmobiliario, ⁶⁶ los miembros de la Asociación Nacional de Desarrolladores Inmobiliarios estaban enviando el mismo tipo de descuentos coordinados a sus diferentes clientes. La COFECE reaccionó con una advertencia pública, que sin iniciar al momento un procedimiento formal, advirtió de los peligros relativos a acordar – en este caso- topes a los descuentos o beneficios que pudieran ofrecerse.

Consejo de la Judicatura Federal. (2020, mayo 06). Acuerdo General 8/2020 del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, relativo al esquema de trabajo y medidas de contingencia en los órganos jurisdiccionales por el fenómeno de salud pública derivado del virus COVID-19. Diario Oficial de la Federación. Disponible en https://sidof.segob.gob.mx/notas/docFuente/5592568

Comisión Federal de Competencia Económica. (2020, marzo 31). Previene COFECE a la Asociación Nacional de Desarrolladores Inmobiliarios para que evite posibles acuerdos entre competidores de este mercado. Disponible en https://www.cofece.mx/previene-cofece-a-la-asociacion-nacional-de-desarrolladores-inmobiliarios/

1.2.2.1 Acuerdos de Colaboración

Es muy conocido que en situaciones ordinarias, la colaboración entre competidores puede generar efectos positivos en el mercado pero también puede facilitar colusión. En el contexto de esta coyuntura es un hecho que habrá colaboraciones entre competidores que no sólo son benéficas sino necesarias para superar retos importantes, por ejemplo, en términos de disponibilidad de bienes y servicios para los consumidores.

En México, el tema de las colaboraciones ha sido uno en que tradicionalmente no ha habido una gran claridad. La COFECE trabajó hace un tiempo en un anteproyecto de guías que fue abandonado. Sin embargo, reconociendo la relevancia del tema en la presente coyuntura, la COFECE ha buscado dar mayor claridad en este aspecto. Tanto el comunicado de interpretación de la ley de competencia que emitió COFECE con motivo de COVID-19, así como sus aclaraciones y algunas exposiciones relacionadas que han realizado tanto la Comisionada Presidenta como el Titular de la Autoridad Investigadora, reconocen que hay cierto tipo de colaboración entre competidores que puede aumentar la oferta, y por ende al final puede tener un efecto pro-competitivo, y sobre todo, ayudar a superar esta coyuntura. La COFECE ofrece revisar casos concretos de colaboración temporales en aras de enfrentar el contexto actual de COVID-19, haciendo énfasis en que no deben tener por objeto principal la afectación de mercados o consumidores.

Bajo esta interpretación, los agentes económicos involucrados deberían hacer del conocimiento a la COFECE la colaboración, a fin de que se haga el análisis correspondiente; en su caso, los participantes tendrán la seguridad de que no serán investigados. Esto resulta compatible con los parámetros internacionales de la OCDE⁶⁸ al determinar la temporalidad de estos acuerdos y el análisis de estos; sin embargo, el sustento legal a nivel nacional no es claro.

⁶⁷ Comisión Federal de Competencia Económica. (2020, abril 01). Respuesta a preguntas relacionadas con el comunicado COFECE-012-2020. Disponible en

 $[\]underline{https://www.cofece.mx/respuesta-a-preguntas-relacionadas-con-el-comunicado-cofece-012-2020/ntds-relacionadas-con-el-comunicado-cofece-012-2020/ntds-relacionadas-con-el-comunicado-cofece-012-2020/ntds-relacionadas-con-el-comunicado-cofece-012-2020/ntds-relacionadas-con-el-comunicado-cofece-012-2020/ntds-relacionadas-con-el-comunicado-cofece-012-2020/ntds-relacionadas-con-el-comunicado-cofece-012-2020/ntds-relacionadas-con-el-comunicado-cofece-012-2020/ntds-relacionadas-con-el-comunicado-cofece-012-2020/ntds-relacionadas-con-el-comunicado-cofece-012-2020/ntds-relacionadas-con-el-comunicado-cofece-012-2020/ntds-relacionadas-con-el-comunicado-cofece-012-2020/ntds-relacionadas-con-el-comunicado-cofece-012-2020/ntds-relacionadas-con-el-comunicado-cofece-012-2020/ntds-relacionadas-con-el-comunicado-cofece-012-2020/ntds-relacionadas-con-el-comunicado-cofece-012-2020/ntds-relacionadas-con-el-comunicado-cofece-012-2020/ntds-relacionadas-con-el-comunicado-cofece-012-2020/ntds-relacionadas-con-el-comunicada-con-e$

Palacios, A., y López, S. (2020, abril 15). Competencia económica en tiempos de COVID-19. En Comité de Competencia Económica. Disponible en

https://anade.org.mx/eventos/competencia-economica-covid19/

Comisión Federal de Competencia Económica. (2020, abril). Competencia Económica en tiempos de Covid-19 [Diapositiva de PowerPoint]. Disponible en https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2020/04/ANADE-COVID.-VF.pdf

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (2020, abril 27.). OECD competition policy responses to COVID-19. Disponible en

http://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/oecd-competition-policy-responses-to-covid-19-5c47af5a/

1.2.2.2 Precios Excesivos

Un problema en México, y en general en la región, es que las autoridades no están preparadas para atacar el tema de precios excesivos o precios exagerados con las herramientas tradicionales (por lo menos en el ámbito del derecho de competencia), ya que un aumento en el precio no necesariamente deriva de alguna conducta contraria a la Ley de Competencia. Para el monitoreo específico están las autoridades de protección al consumidor o aquellas que tienen las dos funciones (competencia - consumidor), sin embargo, el reto resulta en cómo controlar y ponderar ambos sectores.

En México, la autoridad competente de protección al consumidor es la Procuraduría Federal del Consumidor (PROFECO), quien cuenta con un convenio de colaboración con COFECE, ⁶⁹ principalmente en lo referente al fomento y difusión de la cultura de competencia y derechos del consumidor y el intercambio de información entre entidades; sin embargo, en esta crisis más que nunca se requiere la constante comunicación entre órganos.

Si se trata de un precio excesivo, debido a un abuso de posición dominante, y que pudiera tener el efecto de evitar la competencia en el mercado, evidentemente podrían presentarse acciones por prácticas monopólicas relativas; sin embargo, un tema de precios excesivos por sí mismo (es decir, sin tintes de exclusión), las herramientas en materia de competencia en México y en la región no son suficientes ni podrían brindar una solución eficaz y suficientemente expedita.

Asimismo, en términos de la postura de la aplicación de la ley de competencia de COFECE, resalta la importancia de que cualquier aumento de precios debe de obedecer a decisiones individuales y no a conductas sancionadas por la ley e investigará aquellos mercados donde se observen incrementos discriminados para descartar posibles colusiones. Dentro de las recomendaciones de la OCDE, que se encuentran en línea con lo postulado por COFECE, es el monitoreo significativo en el aumento indiscriminado de los precios; sin embargo, aún falta mucho camino por recorrer.

⁶⁹ Comisión Federal de Competencia Económica y Procuraduría Federal del Consumidor. (2014, mayo 19). Convenio de Colaboración entre la Procuraduría Federal del Consumidor y Comisión Federal de Competencia Económica. Disponible en

https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2017/12/(24)Convenio_COFECE_PROFECO.pdf

Procuraduría Federal del Consumidor y Comisión Federal de Competencia Económica. (2020, marzo 27). Postura de la COFECE en términos de la aplicación de la Ley Federal de Competencia Económica ante la emergencia s anitaria. Disponible en https://www.cofece.mx/postura-cofece-ante-emergencia-sanitaria/

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (2020). COVID-19: Competition policy actions for governments and competition authorities. Disponible en https://www.oecd.org/competition/COVID-19-competition-policy-actions-for-governments-and-competition-authorities.pdf

En torno a esto, PROFECO ha venido realizando observaciones cuando observa precios excesivos; COFECE por su parte, realizó también una advertencia pública a la Cámara Nacional de la Industria Azucarera y Alcoholera debido a un aumento en el precio del alcohol y sus derivados indicando que si dichos aumentos fueran resultado de posibles acuerdos entre competidores para manipular el precio, se estaría ante una infracción de competencia.⁷²

1.2.3 El reto de la acción de "otras" autoridades

Finalmente, el reto más importante es el riesgo que se ve de parte de las autoridades mismas, el gobierno y otros reguladores, respecto de la manera en la que van a buscar solución regulatoria en esta coyuntura, la forma de realizar adquisiciones públicas y cómo van a participar en la economía en general.

Por lo que atiene a la estructura de las compras públicas, en México, por ejemplo, estamos viendo un crecimiento progresivo en las adjudicaciones directas que se ha agravado con esta crisis de salud, pues los tiempos y procesos licitatorios no permitirían un eficaz suministro del material requerido. Por ejemplo, de conformidad con datos preparados por Mexicanos contra la Corrupción, 13 utilizando fuentes públicas, tomando el total de contratos del Gobierno Federal al 14 de abril de 2020, 76.2% fueron realizados vía adjudicación directa, mientras que vía licitación únicamente fueron el 17.6%. Por lo que se refiere a las tres principales instituciones de salud que atienden la crisis, al 5 de mayo de 2020, tomando el total de contratos, el 71% (Instituto Mexicano del Seguro Social), 77% (Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado) y 78% (Secretaría de Salud) fueron realizados por adjudicación directa, siendo vía licitación únicamente 19%, 20% y 21% respectivamente. 14

A pesar de que el uso de la figura de adjudicación directa pueda ser un recurso necesario por la emergencia actual, siempre se debe de utilizar de manera excepcional para atender la crisis conforme a los criterios internacionales.⁷⁵

Comisión Federal de Competencia Económica. (2020, marzo 30). Envía COFECE prevenciones a la Cámara Nacional de la Industria Azucarera y Alcoholera por un aumento en el precio del alcohol, sus derivados y algunos insumos para su elaboración, que podría ser producto de un acuerdo entre agentes económicos. Disponible en https://www.cofece.mx/envia-cofece-prevenciones-a-la-camara-nacional-de-la-industria-azucarera-y-alcoholera/

Mexicanos contra la Corrupción y la Impunidad. (2020, abril 16). Más allá del coronavirus: más adjudicaciones directas en 2020. Disponible en

 $[\]underline{https://contralacorrupcion.mx/adjudicaciones-directas-abril-2020/}$

Mexicanos contra la Corrupción y la Impunidad. (2020, mayo 08). Adjudicaciones directas: los primeros cuatro meses de 2020. Disponible en

https://contralacorrupcion.mx/adjudicaciones-directas-mayo-2020/

⁷⁵ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (2020). COVID-19: Competition and emergen-

También otros temas de la acción gubernamental que han dictado los gobiernos para contener la propagación del COVID-19, además del confinamiento, son restricciones al transporte, a la producción, apertura de comercio y suspensión de clases, entre otros, los cuales parecieran justificables en términos generales, aunque aún es temprano para determinarlo; ciertamente ese va a ser uno de los retos más importantes a mediano y largo plazo. Por ejemplo, en el gobierno de la Ciudad de México, se han planteado directrices para el gradual retorno a actividades, mediante un sistema de semáforo epidemiológico (de rojo a verde dependiendo la restricción impuesta) para la reapertura de actividades sociales, educativas y económicas.

Una medida de gobierno dictada por México, la cual no tardó en ser altamente cuestionada desde su emisión por parte del Centro Nacional de Control de Energía (CENACE), así como la posterior Política en el Sistema Eléctrico de la Secretaría de Energía, dicta la suspensión de pruebas de plantas de energía solar y eólica, utilizando como soporte el COVID-19. Las justificaciones de su suspensión se basaron en asegurar la eficiencia del sistema eléctrico en México, estableciendo que estas energías limpias pueden perturbar el sistema por la intermitencia que genera. El desconcierto de la sociedad civil se basa en que las medidas adoptadas no fueron realizadas con fundamento legal y técnico alguno, privilegiando el uso del carbón y petróleo, desincentivando la inversión y otorgando facultades extraordinarias a CENACE y a otras autoridades.

Por su parte, la COFECE emitió recomendaciones al referido acuerdo,⁷⁹ en el que insta a CEN-ACE a que las medidas que realice sean conforme a estrictos criterios técnicos, no otorgue trato discriminatorio indebido a las centrales eólicas y fotovoltaicas, que determine los alcances de temporalidad de las medidas que tome y que sean realizadas a corto plazo para no generar un desplazamiento indebido a las energías limpias.

cy procurement. Disponible en

https://www.oecd.org/daf/competition/COVID-19-competition-and-emergency-procurement.pdf

Gobierno de la Ciudad de México. (s.f.). Hacia una nueva normalidad. Disponible en https://covid19.cdmx.gob.mx/nuevanormalidad

⁷⁷ Centro Nacional de Control de Energía. (2020, abril 29). Acuerdo para garantizar la eficiencia, Calidad, Confiabilidad, Continuidad y seguridad del Sistema Eléctrico Nacional, con motivo del reconocimiento de la epidemia del Covid-19. Disponible en

 $[\]underline{https://www.cenace.gob.mx/Docs/MarcoRegulatorio/AcuerdosCENACE/Acuerdo%20para\%20garantizar\%20la\%20eficiencia,\%20Calidad,\%20Confiabilidad,\%20Continuidad\%20y\%20seguridad\%20del\%20SEN\%202020\%2005\%2001.pdf$

⁷⁸ Secretaría de Energía. (2020, mayo 15). Acuerdo por el que se emite la Política de Confiabilidad, Seguridad, Continuidad y Calidad en el Sistema Eléctrico Nacional. Diario Oficial de la Federación. Disponible en https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5593425&fecha=15/05/2020

⁷⁹ Comisión Federal de Competencia Económica. (2020, mayo 07). Emite COFECE recomendaciones referentes al Acuerdo del CENACE. Disponible en

https://www.cofece.mx/emite-cofece-recomendaciones-referentes-al-acuerdo-del-cenace/

Al final, algunas medidas se justificarán por un bien mayor, otras serán un pretexto para establecer restricciones, ventajas para algunas empresas en detrimento de otras. El reto actualmente será estar alerta a todos estos riesgos que se están dando por la coyuntura, y buscar un debido balance para que las acciones tendientes a la recuperación no deriven en afectaciones a la competencia y libre concurrencia que a la larga puedan afectar tanto a los mercados como a los consumidores. Este tipo de discusiones se vuelven relevantes, ya que los gobiernos al dictar sus medidas no necesariamente visualizan, o incluso valoran, los alcances y repercusiones que pueden tener en la competencia a mediano y largo plazo.

1.3 Conclusión

Para este tipo de circunstancias extraordinarias los Estados no están preparados, y mucho menos las agencias de competencia: hay mucho camino que recorrer.

Es importante que las autoridades tengan esta discrecionalidad y que puedan actuar de manera más flexible y se acomoden a este reto que nunca habíamos visto. Deben encontrar formas creativas para hacer la mejor intervención posible en los mercados y no obstaculizar aquellas acciones y transacciones que puedan ayudar en la coyuntura.

En un aspecto más de fondo, las autoridades de competencia deberán cuidar su espacio de influencia y no permitir abusos del mismo gobierno para tomar medidas anticompetitivas con motivo de la crisis. Las agencias tienen un difícil equilibrio de cuidar la actuación de los particulares y del gobierno mismo.

Capítulo 2

Establecimiento de precios máximos durante la crisis de Salud: El caso de El Salvador

Regina Vargas Rosales80

El tema de competencia, en El Salvador, durante la crisis de salud le ha brindado la oportunidad a la Superintendencia de Competencia (SC) de hacer sinergias con la Defensoría del Consumidor, velando porque la población tenga acceso a aquellos insumos que sean esenciales y necesarios en esta crisis de salud a raíz de COVID-19.

El Salvador ha adoptado diversas medidas en el contexto de la emergencia nacional por COVID-19. El Decreto Legislativo número 593, emitido por la Asamblea Legislativa el 14 de marzo del 2020, estableció el Estado de Emergencia Nacional por el COVID-19. Lo relevante de dicho Decreto, en el contexto de salud y competencia, es la facultad que otorga a la Defensoría del Consumidor para regular precios máximos en el suministro de bienes o servicios que tengan relación directa con la prevención, tratamiento, contención y atención del COVID-19, con el objeto de prevenir el acaparamiento de estos, para lo cual deberá implementar las acciones de vigilancia que sean necesarias y coordinar con las demás entidades del Estado para dar cumplimiento a dicha medida. Es importante señalar que la Ley de Protección al Consumidor otorga atribuciones a la Defensoría del Consumidor para fijar precios durante Emergencias Nacionales en productos de la canasta básica.

En la actual crisis de salud, la Asamblea Legislativa aprobó el Decreto 594 "Ley de Restricción Temporal de Derechos Constitucionales Concretos para Atender la Pandemia de COVID-19." Dicho Decreto tiene el objeto de declarar el territorio nacional como una zona sujeta de control sanitario y tomar medidas extraordinarias para prevenir el peligro de la propagación del COVID-19, dictando medidas de prevención y contención sanitaria. A su vez, establece la cuarentena domiciliar obligatoria, salvo excepciones establecidas tales como: adquirir alimentos, bebidas, productos farmacéuticos y tratamientos médicos para atender esta emergencia. De igual forma, existen sectores e industrias autorizadas para continuar operando bajo las excepciones a la libre circulación y sus empleados pueden circular con su carta de empleador y su respectivo

Intendenta de Abogacía de la Competencia de la Superintendencia de Competencia (El Salvador). Lo expresado en la ponencia competencia y salud en tiempos del COVID-19 es de exclusiva responsabilidad de la ponente y no representa una posición institucional como tal.

Última fecha de modificación: Junio 12, 2020.

carné de la empresa.

Por su parte, el Ministerio de Salud (MINSAL) emitió el Decreto Ejecutivo número 30 del 14 de marzo de 2020 que desarrolla el contenido del Decreto Legislativo 593 estableciendo el porcentaje de operaciones de las industrias autorizadas a laborar. En el tema de bebidas y alimentos están al 60%, pero en lo que son ferreterías, que solo pueden prestar servicio a las instituciones públicas, están al 30%. Hay sectores e industrias, como las mencionadas anteriormente, que continúan produciendo, así como su cadena de distribución bajo medidas de bioseguridad.

Mientras tanto, la normativa de competencia, así como sus objetivos y principios inspiradores, se mantienen plenamente vigentes durante esta emergencia, no así los plazos de los procedimientos administrativos que fueron suspendidos por el Decreto Legislativo 594. Los procedimientos administrativos de la SC, hablando específicamente de aquellos sancionadores de prácticas anticompetitivas y de autorización de concentración económica, cuentan con etapas procesales, que, con las restricciones impuestas por el gobierno mediante los decretos mencionados, dificulta llevarlas a cabo, entre las que se pueden mencionar: audiencias con agentes económicos, entrevistas y toma de testigos.

Por tanto, todas las actuaciones que estamos realizando en este momento, son actuaciones que no tienen plazos administrativos, mayoritariamente actividades de abogacía de la competencia y el análisis de información de los procedimientos administrativos que ya estaban en curso. En un principio, la reactivación de los plazos administrativos estaba prevista para el 13 de abril; sin embargo, dicho decreto se ha ido prorrogando, siendo el 11 de junio la nueva fecha establecida para habilitar dichos plazos.

Para avanzar en el análisis de información para las etapas procesales en las que se encuentra congelado el plazo, se implementaron cuentas de correo electrónico, una para procedimiento sancionatorio y otra para concentraciones económicas; estas cuentas permiten recibir requerimientos de información que aquellos procedimientos que institución hubiera realizado previo a la suspensión de los plazos. La evacuación de la solicitud de información por parte del agente económico requerido es voluntaria. Adicionalmente, mediante las cuentas de correo electrónico establecidas pueden realizar consultas pertinentes respecto a su trámite o su caso.

Continúa también habilitada dentro de la página web de la SC el apartado para dar aviso a algunas situaciones que pudiesen ser indicios de prácticas anticompetitivas, o interponer una de-

nuncia en el "Centro de Denuncia" creado para atender al público de manera virtual. La SC también cuenta con un WhatsApp y un correo electrónico que están siendo promocionados en redes sociales, en los cuales se reciben avisos ciudadanos sobre situaciones consideradas anormales o violatorias a la Ley de Competencia o Ley de Protección al Consumidor, principalmente para el trabajo que estamos haciendo conjuntamente con la Defensoría del Consumidor de monitorear los precios máximos establecidos en mascarillas, alcohol gel y algunos productos de la canasta básica.

Vale la pena aclarar que en El Salvador la autoridad de competencia y la autoridad de consumidor son instituciones independientes, pero no se puede obviar que son dos caras de una misma moneda; la Defensoría del Consumidor velando directamente por el consumidor y la SC indirectamente por aumentar el bienestar del consumidor a través del buen funcionamiento de los mercados. La SC durante este periodo de Emergencia Nacional se ha centrado en colaborar con otras instituciones en la vigilancia de los mercados, con especial énfasis en los sectores en los cuales la Defensoría del Consumidor ha fijado precios máximos.

La Defensoría del Consumidor cuenta con atribuciones por Ley de Protección al Consumidor de regular los precios de la canasta básica en emergencias, pero en este caso específico de emergencia por COVID-19, los Decretos legislativos 593, 594 y el ejecutivo 301, le otorgaron la potestad para actuar en otros productos, como lo es el caso de alcohol gel y mascarillas. Dentro de su giro ordinario, la Defensoría del Consumidor realiza un sondeo de precios in- situ como parte de la vigilancia de mercado, información que fue la base para el establecimiento de precios máximos en esta emergencia nacional para productos esenciales, específicamente alcohol gel y mascarillas, granos básicos, leche en polvo, huevos frutas, verduras y grasas.

Para el establecimiento de precios máximos, tomando la información de los sondeos de precios, se calculó el precio promedio de los productos, en sus diferentes presentaciones y por marca del producto. Para el caso de mascarillas y alcohol gel, que no son productos para los cuales se realiza sondeo de precios ordinariamente, la Defensoría del Consumidor, desde la declaración de Pandemia COVID 19 por la OMS, inició con los sondeos para dichos productos, permitiéndole tener información necesaria para que el Presidente de la Defensoría del Consumidor estableciera oficialmente los precios máximos. Adicionalmente, existe una categoría de productos denominados "de ámbito general" es decir, para cualquier nuevo entrante al mercado, esto mientras tramita en la Defensoría del Consumidor el establecimiento del precio máximo para su producto y para productos sin marca.

El precio máximo establecido puede ser modificados a solicitud de un agente económico ante la Defensoría del Consumidor. La solicitud de modificación de precio máximo debe tener una motivación o justificación económica en la conformación del precio. Para ello deben presentarse todos los documentos oficiales necesarios que demuestren que es producto de un cambio en los costos y no una modificación arbitraria.

No existe un único precio máximo para los productos, sino que los precios máximos están establecidos por marca y para cada una de las presentaciones de la misma en el mercado salvadoreño. Como se ha mencionado, esto fueron establecidos con base a los sondeos de mercado permitiéndole a los agentes económicos continuar compitiendo en el mercado a pesar del precio máximo.

En el caso de alcohol gel, el precio por galón para productos de ámbito general, es de US\$18.30 dólares, y oscila entre US\$12.50 y US\$24. 95 de dólar en productos de marcas en presentación de galón. ¿Por qué hago la mención que esto es de la presentación del galón? En un sondeo de la Defensoría del Consumidor, realizado a una de las cadenas de farmacia más grandes de El Salvador, parte de un mismo grupo económico de un laboratorio nacional, encontraron que la presentación del alcohol gel de la marca de su laboratorio en presentación de galón, misma que no estaba registrada dentro de la Defensoría del Consumidor para un precio máximo, el precio a la venta en sus farmacias era de US\$ 48.00 dólares por galón, cuando el alcohol gel de marca con precio máximo establecido con el mayor precio era de US\$24.95. Al no estar registrado dentro de la Defensoría del Consumidor esta presentación de alcohol gel, tuvieron que tomar como precio de venta el precio máximo para productos de ámbito general, que correspondía en ese momento a US\$18.30 dólares. Actualmente, el caso de violación del precio máximo está en el proceso de sanción en el Tribunal sancionador de la Defensoría, donde a su vez está una medida cautelar para inmovilizar el producto para su comercialización durante esta emergencia. La multa máxima que le podría poner el Tribunal Sancionador es de 150 mil dólares.

Desde el punto de vista de competencia, es prematuro tener un pronunciamiento dado que, a la fecha del hallazgo, la serie de base de datos de precios era demasiado corta, y se carecía de información adicional que pudiese determinar una violación a la Ley de Competencia. Por su parte, la SC está analizando la base de datos de estos sondeos de precios máximos, que realiza la Defensoría del Consumidor, y se ha dispuesto de un equipo jurídico, económico y operativo para ese análisis, que se contrasta con indicadores económicos a través de informes diarios de la inspección, que van desde la importación de productos, precio de compra internacional, costos de producción y/o distribución, para identificar cualquier indicio de afectación a los consumidores

por acuerdos de precios o por abuso de posición dominante.

Con este hallazgo de alcohol gel, siendo la cadena de farmacias parte de un mismo grupo económico del laboratorio que los produce, y no cumpliendo con las medidas establecidas en la emergencia, la SC le ha dado un seguimiento, recopilando información alrededor del mismo para determinar la posible existencia de una práctica anticompetitiva.

Este trabajo conjunto nos ha dejado lecciones importantes. El engranaje con la Defensoría del Consumidor nos ha permitido contar con información desagregada, que de otra manera para las autoridades de competencia es difícil poder obtenerla y monitorear tan minuciosamente los mercados. Los sondeos de precios de diferentes productos por marca en sus diferentes presentaciones en el mercado, nos ayuda como autoridad de competencia a poder identificar de manera oportuna indicios de prácticas anticompetitivas, que están distorsionando los mercados y, por ende, están afectando el bolsillo de los consumidores salvadoreños. Esperamos continuar con esta labor a pesar de que termine la emergencia y trabajar directamente con la Dirección de Inteligencia de Consumo, de la Defensoría del Consumidor.

Las autoridades de competencia no estábamos preparadas para una crisis de salud de esta magnitud. Al poner en una mesa de política pública la salud vs la competencia, "a priori" se conoce hacia dónde va a pesar la balanza. Lo que es inminente es que debemos replantearnos la aplicación de la política de competencia, pudiendo flexibilizarla utilizando formas creativas de cómo atender nuevos retos como el que estamos enfrentando en la actualidad.

Desde mi perspectiva, la forma en que impusieron los precios máximos en El Salvador para productos esenciales para atender el COVID-19, se realizó de una forma creativa, ya que no es un único precio máximo para todos, sino que existe un precio por marca y para cada uno de sus presentaciones, que además es modificable cuando un agente económico pueda justificar el cambio en costos para la conformación del precio. Los sondeos de la Defensoría del Consumidor brindaron parámetros objetivos para el establecimiento de los precios máximos y sus correspondientes modificaciones. Este mecanismo de establecimiento de precios máximos permitió que existiera competencia y, a su vez, evitar prácticas abusivas establecidas en la Ley de Protección al Consumidor. No se puede obviar que en algunos casos prácticas abusivas recurrentes pueden deberse a prácticas anticompetitivas.

Adicionalmente, considero relevante que al replantearse la aplicación de una Política de Com-

petencia se tome en cuenta el tamaño de las economías o dependencia de las economías de otros países.

El Salvador es un país dolarizado, con un porcentaje amplio de población salvadoreña, alrededor de dos millones y medio, que residen en los Estados Unidos de América, convirtiendo a las remesas familiares en una sino las más importante bases de la economía del país. Razón por la cual, medidas adoptadas por los Estados Unidos van a tener un impacto en la economía salvadoreña. Así mismo, la cooperación internacional jugará un papel primordial para poder atender estos nuevos retos que vamos a tener que hacerle frente como autoridades de competencia, como en el caso de carteles en medio de la crisis de salud que pueden resultar en deficiencias o las concentraciones económicas "salvavidas;" es decir, aquellas operaciones mediante las cuales una empresa adquiere a otra que previamente era independiente para evitar que salga del mercado. Son este tipo de situaciones en las cuales las autoridades de competencia vamos a tener que reflexionar cómo atenderlos durante esta emergencia nacional, sin afectar el mercado y siempre viendo la eficiencia económica y el bienestar del consumidor.

Además del establecimiento de precios máximos, existen también otras medidas adoptadas por el Gobierno como es la modificación del arancel centroamericano para importación de productos, siendo los países de la región centroamericana el principal socio comercial del país. Adicionalmente, se aprobó una ley de facilitación de compra en línea, con ciertas medidas que solo estarán vigentes durante emergencia nacional por COVID-19, permitiendo que, de existir una escasez en algún producto de necesidad, estos puedan ser comprados en línea.

Capítulo 3

Panorama en Chile de la política de competencia en mercados de la salud, medicamentos e insumos

Fernando Araya Jasma⁸¹

Para las crisis hay que prepararse cuando no se está en crisis, y la gran pregunta que le podemos hacer al derecho y la regulación de la competencia en estos días es ¿qué pasa en el mundo de la salud, y, particularmente, en el mundo de los medicamentos? Evidentemente, el mercado de los medicamentos trasciende lo que es la política de competencia. La política de competencia es un instrumento más entre muchos otros en la regulación farmacéutica, incluyendo la regulación sanitaria, la regulación de patentes, etc. Pero en cuanto a todo aquello que se deja descansar en la competencia en el mercado, interesa a la política de la competencia aproximarse a esta industria.

Antes de ir al núcleo de la presentación, propongo cuatro preguntas introductorias: ¿Quién produce medicamentos? ¿Dónde se producen medicamentos? ¿Quién financia nuevos medicamentos? ¿Qué se necesita para la producción de medicamentos en la era digital? Algunas de estas preguntas nos llevan a la crisis actual del COVID-19.

¿Quién produce medicamentos? En la clasificación tradicional tenemos los medicamentos innovadores, los que generalmente han sido protegidos por patentes, y los medicamentos genéricos. La creencia convencional, en este sentido, es que los innovadores son producidos por grandes laboratorios transnacionales que invierten mucho en investigación y desarrollo. Por su parte, los genéricos serían producidos por pequeños laboratorios y algunas potencias como India y China, serían éstos los grandes fabricantes de genéricos, pero habría una producción más bien local.

Lo cierto es que en relación a los innovadores, buena parte de la investigación básica la hacen universidades y centros estatales, con financiamiento gubernamental en proporción significativa y, luego, en una etapa mediana del desarrollo del medicamento, se produce una transferencia tecnológica a un gran laboratorio farmacéutico que hace los desarrollos (especialmente, los estudios clínicos) y, luego, en su caso, la comercialización. Entonces ocurre que en la cadena de

Profesor de derecho en la Universidad Mayor y Universidad Diego Portales (Chile). El autor agradece a Ignacia Viveros su contribución en la edición de una versión anterior de esta presentación. Última fecha de modificación: Mayo 09, 2020.

producción de medicamentos ha existido desembolso de fondos de todos los contribuyentes sin que se garantice que eso se traduzca después en un precio más barato que asegure a esos contribuyentes que los medicamentos les sean asequibles.

Otra cuestión que se ha detectado también, es que los laboratorios que normalmente fabrican innovadores ejecutan una serie de prácticas orientadas a frenar la entrada de los genéricos a los mercados, los famosos "pagos para demorar la entrada de genéricos", los saltos forzados a otro producto o 'product hopping', los genéricos fabricados por los mismos laboratorios titulares de medicamentos patentados, y el lobby de las grandes farmacéuticas respecto de médicos, respecto de reguladores, respecto de políticos.⁸²

Y estos problemas se acentúan ahora con el desarrollo de los medicamentos biológicos y los biosimilares, siendo estos últimos, respecto de los biológicos, una especie de símil de los bioequivalentes del mundo de los fármacos de una molécula. El desarrollo de un medicamento biológico importa un costo altísimo. Comparando, un fármaco tradicional puede costar 20 millones de dólares en ser desarrollado, el desarrollo de un biológico, en cambio, dada su complejidad, puede llegar a costar 200 millones de dólares. Por otra parte, existen marañas de patentes tratándose de los biológicos, porque en éstos se trata de combinaciones de moléculas. Adicionalmente, se han identificado algunas prácticas como lo es la denigración contra los biosimilares, porque los biosimilares a diferencia de los bioequivalentes respecto del innovador, no son exactamente iguales que el medicamento biológico. También resulta importante estar atentos a cómo son los mecanismos de reembolso y de seguros de medicamentos que operan en cada jurisdicción. 83

Entonces, por una parte, no están solos los grandes laboratorios internacionales en el descubrimiento de nuevos medicamentos y, por otra, existen prácticas de los laboratorios innovadores orientadas a restringir la entrada de medicamentos genéricos y de biosimilares.

¿Dónde se producen medicamentos? Evidentemente la mayoría de los países latinoamericanos son consumidores netos de medicamentos, no se producen medicamentos en estos países de manera significativa. De hecho, el reciente estudio de la Fiscalía Nacional Económica (FNE) sobre el mercado de medicamentos,⁸⁴ básicamente aborda la investigación desde la importación,

Para un panorama, referirse a Araya, F. (2019, diciembre 09). Cómo las farmacéuticas retrasan la comercialización de genéricos": la experiencia internacional. CIPER. Disponible en https://ciperchile.cl/2019/12/09/como-las-farmaceuticas-retrasan-la-comercializacion-de-genericos-la-experiencia-internacional/

Carrier, M., y Minniti, C. (2018). Biologics: The New Antitrust Frontier. University of Illinois Law Review. Disponible en https://illinoislawreview.org/wp-content/uploads/2018/01/Carrier.pdf

⁸⁴ Fiscalía Nacional Económica. (2020, enero 23). FNE publica informe final de estudio de mercado sobre me-

desde la comercialización, allí se centra el estudio, pero no analiza el mercado aguas arriba. En el último Global Innovation Index, de la Organización Mundial de Propiedad Industrial (OMPI), como grandes productores de innovación en el área de la salud aparecen, en los primeros puestos, Suiza (que, según informa la prensa en estos días, habría desarrollado una vacuna contra el COVID-19), Suecia, Estados Unidos, Holanda y Reino Unido. En la región, curiosamente, aparece Chile.⁸⁵

Pero Chile produce en el sentido de que existen algunos centros de innovación importantes, hay universidades y centros importantes acá, pero los estudios clínicos y el desarrollo de las últimas fases no se hace en Chile, se hace por laboratorios farmacéuticos internacionales, en el extranjero. Entonces toda la investigación que se hace con dineros de los contribuyentes, al final no se ve reflejada en precios asequibles para medicamentos de cierta patología. Eso es algo que hay que evaluar en algún momento, y tal vez pensar en otra forma de desarrollar medicamentos.

¿Quién financia nuevos medicamentos? Un ejemplo en la actual coyuntura ilustra el punto que venimos haciendo. En Estados Unidos la Biomedical Advanced Research and Development Authority (BARDA), que es una entidad estatal que apoya financieramente el desarrollo avanzado de investigación bioquímica, acordó con Regeneron Pharmaceuticals el pago del 80% de los costos de desarrollo y manufactura del tratamiento para el coronavirus. No obstante, en el acuerdo sobre este aporte no se impuso requerimiento alguno al laboratorio, ningún requerimiento respecto de la accesibilidad al producto final. Los contribuyentes estadounidenses, entonces, se vieron enfrentados a lo que decíamos: con sus impuestos pagados contribuyeron a la producción de una vacuna, respecto de la cual, sin embargo, no tendrán la seguridad de poder optar. El secretario Azar, Ministro de Salud de EE.UU., (abogado y ex ejecutivo de un laboratorio farmacéutico) expresó sobre este punto: "no se puede garantizar que tratamientos o vacunas del coronavirus puedan ser accesibles", esto a pesar de que los contribuyentes han contribuido con fondos importantes para su desarrollo. En este sentido, el precio de los medicamentos no reflejará la contribución vía impuestos.⁸⁶

dicamentos. Fiscalía Nacional Económica. Disponible en https://www.fne.gob.cl/fne-publica-informe-final-de-estu-dio-de-mercado-sobre-medicamentos/

World Intellectual Property Organization. (2019, julio 24). Global innovation index 2019: India makes major gains as Switzerland, Sweden, U.S., Netherlands, U.K. Top Ranking; Trade protectionism poses risks for future innovation. Disponible en https://www.wipo.int/pressroom/en/articles/2019/article_0008.html

Mazzucato M. y Momen A. (2020, marzo 20). Drug companies will make a killing from Coronavirus. Medium. Disponible en

https://medium.com/iipp-blog/drug-companies-will-make-a-killing-from-coronavirus-9342361529cd

¿Qué se necesita para la producción de medicamentos en la era digital? En cuanto a las innovaciones digitales, mucho se habla de las aplicaciones de inteligencia artificial para el desarrollo de nuevos medicamentos, muy importante frente a los súper microbios antibiótico-resistentes, y muy importante para estos virus emergentes como son los coronavirus. Sin embargo, nada se va a lograr con estas aplicaciones de tecnología si no se accede a los datos. Y en este punto, Ara Darzi hoy, en el diario The Guardian expresaba esto: "no importa lo grande que sea el poder computacional, o cuan avanzado sea el diseño del software, estas iniciativas van a depender en último término de los datos que alimenten a esas aplicaciones". Entonces, la idea es promover un acceso abierto como el acceso abierto que se demanda hoy en otras industrias, como la bancaria, entre otras.

Aparece entonces la pregunta que de más cerca atañe a la comunidad de libre competencia: ¿Qué pueden hacer las autoridades a cargo de la política de competencia? No hablo de derecho de la competencia, sino de política (policy), comprendiendo en ella todos los instrumentos a disposición de las autoridades. Creemos que no se trata de otra cosa que de utilizar todas las herramientas de aplicación efectiva de la ley y de la promoción de la competencia.

Veamos qué ha pasado en Chile y algunas referencias al extranjero, a partir de la siguiente tabla resumen.

Aplicación efectiva de la Ley	Promoción de la Competencia	Chile	Casos /desarrollos de in- terés en el extranjero
Colusión		-Medicamen- tos -Médicos (3)	-Colusión de genéricos (EE.UU.)
		-Abastec- imiento pú- blico	

Darzi, A. (2020, abril 02). The race to find a coronavirus treatment has one major obstacle: big pharma. The Guardian. Disponible en

https://www.theguardian.com/commentisfree/2020/apr/02/coronavirus-vaccine-big-pharma-data

Abuso de Posición Dominante de Exclusión		-Indebida extensión de patentes	-Actavis(pay-for-delay) -Pfizer's citizen petition FDA biosimilars
Precios excesivos			-Pfizer-Flynn (UK) -Otros
Control de Fu- siones		-Prohibición de compra de clínica en Iquique	-Killer acquisitions -Saga Newport < Covidien < Medtronic
	Estudios de Mer- cado	-FNE, Medica- mentos 2020	-FTC, EC -Revisión killer acquisi- tions
	Promover regula- ciones pro-com- petencia	-Fármacos II	-California AB 824

Tabla 1. Tabla Resumen.

En colusión, la historia en Chile sobre la persecución de la colusión, para la opinión pública, se inició en el ámbito de la distribución minorista de medicamentos. De modo similar, las autoridades de competencia en México y Colombia han enfrentado casos importantes de colusión en licitaciones de abastecimiento público de medicamentos. En efecto, en Chile, la institucionalidad anti-colusión se conoció masivamente con el cartel de las farmacias, un cartel de 3 meses de duración en el año 2008. El impacto del caso radica en que fue la primera vez que una compañía -en el caso, una distribuidora minorista de medicamentos- reconocía su participación en un caso de colusión. Adicionalmente, la experiencia en Chile da cuenta de 3 carteles de médicos: uno en Punta Arenas, una ciudad al sur del país, otro en Ñuble, una región un poco más cerca

Fiscalía Nacional Económica. (2012, septiembre 07). Corte Suprema confirma sentencia del TDLC y aplica multa máxima a Farmacias Cruz Verde S.A. y Salcobrand S.A. por caso colusión. Disponible en https://www.fne.gob.cl/corte-suprema-confirma-sentencia-del-tdlc-y-aplica-multa-maxima-a-farmacias-cruz-verde-s-a-y-salcobrand-s-a-por-caso-colusion/

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. (2018, diciembre 31). Corte Suprema confirmó sentencia del TDLC que sancionó por colusión a 74 médicos de Punta Arenas. Disponible en <a href="https://www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/corte-suprema-confirmo-sentencia-del-tdlc-que-sanciono-por-colusion-a-74-medi-tdlc-que-sancion-a-74-medi-tdlc-que-sancion-a-7

cos-de-punta-arenas/

⁹⁰ Fiscalía Nacional Económica. (2016, enero 07). Corte Suprema ordena disolver gremio que reúne a ginecólo-

de Santiago, y otro en la quinta región, vecina a Santiago,⁹¹ Y tenemos más recientemente dos casos de colusión en el abastecimiento público con afectación a la entidad adquirente de medicamentos.⁹²

Sobre colusión también hay unos casos muy interesantes a nivel comparado. Así, parece importante seguir los desarrollos del caso de colusión de genéricos en Estados Unidos, un caso que involucra a muchos laboratorios de genéricos.⁹³

En materia de abuso de posición dominante de exclusión, hay dos casos interesantes en Chile. Uno, es un caso de product hopping (esto es, obligar a pasar a otro medicamento respecto del cual se tiene una patente adicional, pero que carece de una verdadera justificación por razones terapéuticas o de innovación). En el caso de Chile, esto fue para la molécula de Celecoxib, donde el nuevo producto patentado no tenía grandes cambios respecto de aquel cuya patente vencía. La Fiscalía acusó a una empresa relacionada de Pfizer y el caso terminó con un acuerdo conciliatorio en que se obligó a la acusada a dar licencias gratuitas a fabricantes de genéricos basados en esa molécula. También hay un caso de extensión indebida de patentes, más general que llevó adelante la FNE. Se

gos de Ñuble y confirma multas por colusión contra 25 especialistas. Disponible en

https://www.fne.gob.cl/corte-suprema-ordena-disolver-gremio-que-reune-a-ginecologos-de-nuble-y-confirma-multas-por-colusion-contra-25-especialistas/

91 Fiscalía Nacional Económica. (2019, abril 17). FNE llega a acuerdo con 111 médicos cirujanos de la región de Valparaíso y su asociación gremial. Disponible en

 $\underline{https://www.fne.gob.cl/fne-llega-a-acuerdo-con-lll-medicos-cirujanos-de-la-region-de-valparaiso-y-su-asocia-cion-gremial/}$

92 Fiscalía Nacional Económica. (2020, enero 01). Corte Suprema condena a laboratorios Sanderson y Fresenius por colusión en licitaciones públicas de medicamentos con multa total de US\$ 15 millones. Disponible en

 $\frac{https://www.fne.gob.cl/corte-suprema-condena-a-laboratorios-sanderson-y-fresenius-por-colusion-en-licita-ciones-publicas-de-medicamentos-con-multa-total-de-us-l5-millones/$

Fiscalía Nacional Económica. (2020, enero 01). TDLC acoge requerimiento de la FNE y sanciona a Baxter y Sanderson por colusión en licitaciones públicas de suero fisiológico. Disponible en https://www.fne.gob.cl/tdlc-acoge-requerimiento-de-la-fne-y-sanciona-a-baxter-y-sanderson-por-colusion-en-licitaciones-publicas-de-suero-fisiologico/

Rowland, C. (2018, diciembre 09). Investigation of generic 'cartel' expands to 300 drugs. The Washington Post. Disponible en

 $\frac{https://www.washingtonpost.com/business/economy/investigation-of-generic-cartel-ex-pands-to-300-drugs/2018/12/09/fb900e80-f708-11e8-863c-9e2f864d47e7_story.html$

Fiscalía Nacional Económica. (2016, noviembre 10). TDLC aprueba acuerdo conciliatorio entre FNE y G.D. Searle LLC que fomenta la participación de competidores en el mercado de medicamentos que contienen Celecoxib. Disponible en

 $\frac{https://www.fne.gob.cl/tdlc-aprueba-acuerdo-conciliatorio-entre-fne-y-g-d-searle-llc-que-fomenta-la-participa-cion-de-competidores-en-el-mercado-de-medicamentos-que-contienen-celecoxib/$

95 Fiscalía Nacional Económica. (2016, febrero 01). FNE detecta extensión errada de patentes en al menos 12 medicamentos. Disponible en

https://www.fne.gob.cl/fne-detecta-extension-errada-de-patentes-en-al-menos-12-medicamentos/

En Estados Unidos cabe destacar también el emblemático caso de pay-for-delay que llegó a la Corte Suprema, "Actavis" pero que ha tenido una serie de desenlaces a nivel de tribunales federales. Me parece que es importante para las autoridades latinoamericanas seguir los desarrollos en materia de pay-for-delay.

Pfizer acaba de presentar una petición ante la FDA, siendo en esta oportunidad afectado en su desarrollo de biosimilares por fabricantes de medicamentos biológicos que hacían lo que referíamos anteriormente, esto es, denigrar productos biosimilares por razones de seguridad.⁹⁷

En materia de precios excesivos, el caso Pfizer-Flynn en Reino Unido, quizás sea el más emblemático. El caso se había desestimado por la corte de apelaciones de competencia ("CAT"), pero la corte de apelaciones de Reino Unido aceptó el recurso de la Competition and Markets Authority ("CMA") y, en consecuencia, anuló y devolvió el caso a la CMA, en el sentido de que podía ser suficiente un solo criterio de comparación para dar por establecido precios excesivos. ⁹⁸ En Italia y Dinamarca en los últimos años hay otros casos interesantes de precios excesivos de medicamentos.

Desde el punto de vista de abusos explotativos, en Chile, hay una característica particular en las prácticas comerciales de los laboratorios. Estos discriminan entre los dos grandes canales, que son el canal retail, grandes cadenas (básicamente tres cadenas en Chile), en donde los laboratorios tienen precios más elevados, por una parte, y el canal institucional gubernamental y distribuidores minoristas independientes, por la otra, donde los precios cobrados son mucho más bajos. Esa discriminación tendría algunas explicaciones en el embalaje, en las diferencias de envoltorio de este tipo de medicamentos, pero ahí podría haber también algún tipo de explotación que eventualmente podría ser objeto de evaluación.

En materia de control de fusiones, la FNE se aventuró a fundar debidamente la prohibición de la compra de una clínica en Iquique. 99 Como decíamos, las fusiones de hospitales han sido un tema

⁹⁶ FTC v. Actavis, Inc., 570 U.S. 136. (2013). Disponible en https://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-416_m5n0.pdf.

⁹⁷ Davio, K. (2018, agosto 29). Pfizer Calls for FDA Guidance on False or Misleading Information About Biosimilars. The Center for Biosimilars. Disponible en

 $[\]frac{https://www.centerforbiosimilars.com/news/pfizer-calls-for-fda-guidance-on-false-or-misleading-information-about-biosimilars}{tion-about-biosimilars}$

⁹⁸ UK Government. CMA welcomes Court of Appeal judgment in Phenytoin case. Disponible en https://www.gov.uk/government/news/cma-welcomes-court-of-appeal-judgment-in-phenytoin-case

⁹⁹ Fiscalía Nacional Económica. (2019, diciembre 12). FNE prohíbe operación de concentración entre las dos únicas clínicas privadas de Iquique. Disponible en

 $[\]underline{https://www.fne.gob.cl/fne-prohibe-operacion-de-concentracion-entre-las-dos-unicas-clinicas-privadas-de-iguique/}\\$

muy importante para la política de competencia en el sector salud en Estados Unidos que, con la crisis, como todo problema, se viene encima. Es lo que repiten los autores: que todos los problemas de competencia se vienen encima y, en este ámbito, la escasez de camas puede llegar a ser -y parece estar siendo- un problema importante en Estados Unidos.

Las llamadas "adquisiciones asesinas" han pasado a ser un tema importante y en particular ahora apareció esta saga que involucra las sucesivas compras de Newport por Covidien, y luego de Covidien por Medtronic donde Newport era un fabricante de ventiladores. ¹⁰⁰ Esta es una historia que reflotó en estos días y que terminó con el CEO de Medtronic anunciando al mundo que otorgaba una licencia gratuita para la fabricación de ventiladores. ¹⁰¹ Muchos están criticando esta medida porque los planos no están muy completos, no cualquiera puede llegar y simplemente fabricar un ventilador, entonces no se sabe si ésta es o no una verdadera solución. A lo mejor la solución podría haber sido meter dentro del radar de las autoridades de competencia esto que son las adquisiciones asesinas que muchas veces están por debajo del umbral que hace obligatorio notificar, porque se trata de adquisiciones de empresas tecnológicas que tienen muy pocas ventas al encontrarse en sus primeros años de desarrollo. ¹⁰²

La Federal Trade Commission ("FTC") y el Departamento de Justicia en Estados Unidos anunciaron recientemente un estudio de mercado para revisar killer acquisitions, ¹⁰³ y si bien oficiaron a las grandes Big Tech -que por cierto también están haciendo serios intentos por ingresar a mercados de la salud- dos comisionados de la FTC -Wilson y Chopra- emitieron una declaración conjunta, solicitando que se desarrollara un estudio similar en transacciones no notificables en la industria de la salud. ¹⁰⁴

Kulish, N., Kliff, S., Silver-Greenber, J. (2020, marzo 29). The U.S. Tried to Build a New Fleet of Ventilators. The Mission Failed. The New York Times. Disponible en

https://www.nytimes.com/2020/03/29/business/coronavirus-us-ventilator-shortage.html

¹⁰¹ Medtronic. (2020, marzo 20). Press Release: Medtronic Shares Ventilation Design Specifications to Accelerate Efforts to Increase Global Ventilator Production [Comunicado de Prensa]. Disponible en http://newsroom.medtronic.com/news-releases/news-release-details/medtronic-shares-ventilation-design-specifications-accelerate/

No es casualidad que uno de los temas a abordar por las reuniones de junio 2020 del Comité de Competencia de la OCDE sea el de las adquisiciones asesinas; al respecto, referirse a: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (2020). Start-ups, killer acquisitions and merger control. Disponible en http://www.oecd.org/daf/competition/start-ups-killer-acquisitions-and-merger-control.htm

¹⁰³ Federal Trade Commission. (2020, febrero 11). FTC to Examine Past Acquisitions by Large Technology Companies. Disponible en

 $[\]underline{https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2020/02/ftc-examine-past-acquisitions-large-technology-companies}$

Wilson, C., Chopra, R. (2020, febrero II). Statement of Commissioner Christine S. Wilson, Joined by Commissioner Rohit Chopra. Disponible en

En cuanto a promover regulaciones pro-competencia, aquí existe en actual tramitación un nuevo proyecto de ley de fármacos en donde, entre otras cosas, se está discutiendo algunas de las recomendaciones del estudio de mercado de la FNE. Entre otras, la FNE propuso que las recetas médicas se emitieran en base a la denominación universal, la denominación técnica, esto es, sin la indicación de la marca de los medicamentos. En el ámbito de regulaciones pro-competencia, también merece ser destacada una ley en California que legisló invirtiendo la carga de la prueba en materia de pay for delay¹⁰⁵. Parece un desarrollo interesante.

En definitiva, las autoridades de competencia tienen a su disposición el arsenal completo de instrumentos para la implementación de la política de competencia en los mercados de la salud, medicamentos e insumos, y parecen estar mostrando niveles de actividad relativamente mayores en los últimos años.

 $[\]frac{https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/6b-orders-file-special-reports-technology-platform-companies/statement_by_commissioners_wilson_and_chopra_re_hsr_6b_0.pdf$

Zachary, B. (2019, octubre 09). New California Laws Set Sights on Pay-for-Delay Agreements, HIV Prevention. Regulatory Affairs Professionals Society. Disponible en https://www.raps.org/news-and-articles/news-articles/2019/10/new-california-laws-set-sights-on-pay-for-delay-ag

Capítulo 4

Los precios excesivos y los límites del derecho de la competencia: Reflexiones a raíz de las actuaciones de la autoridad de competencia ecuatoriana durante la pandemia de COVID-19

Fabián Pozo Neira¹⁰⁶

Este escrito analiza las actividades realizadas por la Autoridad de Competencia del Ecuador -Superintendencia de Control del Poder de Mercado (SCPM)- a raíz de la emergencia sanitaria declarada por la pandemia de COVID-19. Puntualmente, me enfocaré en el complejo asunto del tratamiento de los precios excesivos o explotativos.

Como nota de contexto, hago notar que las restricciones de movilidad impuestas en Ecuador han sido sumamente estrictas. Nos encontramos sujetos a un toque de queda de alcance nacional desde las 14h00 hasta las 05h00, todos los días, a partir de la declaratoria de Estado de excepción realizada el 17 de marzo de 2020. De igual manera, la movilidad vehicular está limitada a un día por semana según la placa; el transporte inter provincial, por otra parte, está restringido a actividades específicas y a la obtención de salvoconductos, lo cual ha causado que ciertos productos escaseen (por ejemplo, el ajo, la cebolla y varios frutales escasean en la Región Sierra). Las actividades judiciales se encuentran absolutamente suspendidas, salvo las garantías jurisdiccionales constitucionales.

4.1 Las Autoridades de Competencia frente al COVID-19 y el caso de Ecuador

En este marco, la autoridad de competencia ha emitido dos resoluciones suspendiendo primero los términos de todos los procedimientos administrativos de investigación y, luego, los términos aplicables a las notificaciones y procedimientos de control de concentraciones, que no fueron referidos en la prmera resolución. ¹⁰⁷ Posteriormente, la SCPM emitió una resolución por la que autorizó la presentación de trámites de notificación de operaciones de concentración y levantó la suspensión de algunas de ellas sobre las que contaba con información suficiente. También aprobó un sistema de notificación y autorización fast-track. ¹⁰⁸ De igual manera, ha publicado dos exhortos sobre hechos concretos relativos a la pandemia que comentaré más adelante.

Socio en Gottifredi Pozo y profesor en la Universidad de Especialidades Espíritu Santo de Guayaquil (Ecuador).

Última fecha de modificación: Mayo 19, 2020.

¹⁰⁷ Resolución No. SCPM-DS-2020-14.

¹⁰⁸ Resoluciones N° SCPM-DS-2020-18 y SCPM-DS-2020-19.

Este accionar de la Autoridad Nacional se inserta en dos tendencias globales de alta importancia para las autoridades de competencia a raíz de esta pandemia global. En primer lugar, tenemos una tendencia hacia un cierto relajamiento en las actividades de control respecto de posibles comparticiones de información y/o colaboraciones entre competidores. El celo con el que normalmente se miran estas conductas durante esta pandemia ha sido, cuando menos, disminuido por razones de política pública y cuidado de las cadenas de aprovisionamiento.

Por ejemplo, la European Competition Network envió un pronunciamiento al respecto, ¹⁰⁹ y en el Reino Unido se ha llegado a tramitar una suspensión de la aplicación de la ley de competencia en lo relativo a compartición de información y cooperación logística entre competidores para evitar desabastecimiento de supermercados, farmacias y similares. ¹¹⁰

Algo similar ha ocurrido en Australia, en donde la autoridad ha permitido que se comparta información sobre camas de hospitales disponibles,¹¹¹ incluso que se comparta personal médico, enfermeros, stock de insumos y medicinas, entre otras informaciones que en circunstancias "normales" podrían llegar a considerarse como infracciones graves al régimen de competencia.

En segundo lugar, encontramos el resurgimiento de un enfoque en el control de precios excesivos o explotativos, asunto doctrinariamente polémico y sobre el que confieso ser muy escéptico. Efectivamente, ha existido una preocupación importante sobre el aumento de precios de medicamentos, de insumos sanitarios tipo gel, antiséptico y ciertas medicinas. Algunas autoridades de competencia, por ejemplo las de Rusia y Canadá, han iniciado procesos para verificar si estos aumentos de precios tienen origen en comportamientos colusorios. Otras directamente han aplicado la noción de precios explotativos, que es la que me preocupa, como es el caso de Italia y Sudáfrica.

4.2 Los precios excesivos y los límites del derecho de la competencia

El aumento de precios genera mucha presión a nivel social y político hacia una regulación y

European Competition Network. (2020, marzo 23). Joint Statement on application of competition law during the Corona crisis. Disponible en:

 $[\]frac{https://www.concurrences.com/en/bulletin/news-issues/preview/the-european-competition-network-issues-a-joint-statement-announcing-that-its-en}{}$

¹¹⁰ Secretary of State. (2020, marzo 27). The Competition Act 1998 (Groceries) (Coronavirus) (Public Policy Exclusion) Order 2020. Disponible en http://www.legislation.gov.uk/uksi/2020/369/made

Australian Competition & Consumer Commission. (2020, abril 07). Private and public hospitals to cooperate on COVID-19 in Victoria and Queensland. Disponible en

 $[\]frac{https://www.accc.gov.au/media-release/private-and-public-hospitals-to-cooperate-on-covid-19-in-victoria-and-queensland}{(2009)}$

control de los precios por parte de las agencias de libre competencia.in embargo, este asunto es teórica y empíricamente complejo, ¹¹² pues enfrenta varias dificultades, a saber: i) una dificultad de determinación respecto del precio "correcto" a priori (¿cuánto es excesivo?), ii) una dificultad de titularidad o aptitud acerca de si es la Autoridad de Competencia la mejor situada para realizar esta determinación (¿excesivo según quién?), y iii) una dificultad de implementación y remedio (¿Si es excesivo, la fijación regulatoria del precio conduciría a un resultado mejor?).

A esto se suma su potencial efecto negativo en los incentivos y un posible retraso (regulatory lag) entre las circunstancias dinámicas del mercado y el momento en el que se fija regulatoriamente un precio que podría causar distorsiones mayores a las que se pretende evitar, además de potenciales riesgos morales y de captura regulatoria.¹¹³

Por esto, considero que en estos tiempos de crisis, hay que volver al concepto fuente, a la esencia. Recordar cuál es el función del precio en la economía y retomar la discusión sobre el bien jurídico tutelado por esta rama del derecho.

A lo largo de la evolución del derecho de la competencia, y especialmente a partir de los años 70, se ha abandonado lo que Miranda Londoño llama criterios "socio político" y "estructuralista" del derecho de la competencia, en pro del criterio de "eficiencia" basado en el estándar de bienestar del consumidor, por medio de la tutela del sistema competitivo de modo que "mientras mayor sea la eficiencia de un mercado, mayor sea la satisfacción de los consumidores". ¹¹⁵

No debe perderse de vista que -salvo excepciones puntuales como el caso de los monopolios naturales¹¹⁶- el sistema de precios es la mejor forma de alocar los recursos que siempre son escasos, o al menos así lo acepta buena parte de la doctrina.¹¹⁷

¹¹² Viscusi y Vernon. (2005). Economics of Regulation and Antitrust, 4th ed. MIT Press, Cambridge MA.

Sobre la captura del regulador, véase: Posner. (2014). The Concept of Regulatory Capture: A Short, Inglorious History. Carpenter & Moss (Ed.), Preventing Regulatory Capture, CUP.

Miranda, A. (1999). Anotaciones sobre el derecho anti monopolísticas en los Estados Unidos de Norteamérica. Centro de Estudios de Derecho de la Competencia CEDEC III: compilación documentos sobre derecho de la competencia. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá.

¹¹⁵ Garrigues, J. (1987). Curso de derecho mercantil. Tomo I. Bogotá: Temis, 218

Aún en dicho caso, algunos autores consideran disputan la teoría de los monopolios naturales en sí misma. Véase: Di Lorenzo, T. (1996). The myth of the natural monopoly. DiLorenzo, T.J. The myth of natural monopoly. Rev Austrian Econ 9, 43–58. https://doi.org/10.1007/BF01103329

¹¹⁷ Conforme afirma Kennedy, ha existido un consenso por los últimos cuarenta años tanto a nivel de reguladores como a nivel de las Cortes acerca de que el bienestar del consumidor es el objetivo último de la política de competencia.

Kennedy, J. (2018). Why the consumer welfare standard should remain the bedrock of antitrust policy. Information Technology & Innovation Foundation, ITIF.

A mi criterio, esta es la premisa básica y fundacional del derecho a la competencia moderno: tutelar la eficiente asignación de recursos por medio de la tutela del funcionamiento libre del sistema de precios, de modo que las fuerzas de la oferta y la demanda que lo mueven no sean alteradas por mecanismos artificiales o externos.

Así, el derecho de la competencia no cabe en una economía 100% de mercado o anarco capitalista, pero tampoco cabe en una economía 100% centralizada. Una economía totalmente de mercado repudiaría toda intervención de un regulador de competencia, pues asumiría la perfección del mercado como sistema, a la vez que una economía totalmente centralizada la repelaría por haber rechazado el sistema de precios en sí mismo.

Entonces, si la esencia misma del derecho a la competencia es el proteger el funcionamiento de este sistema, implícitamente se asume como válida la premisa de que la libre interacción de la oferta y la demanda arroja el mejor resultado para la asignación de recursos, aún con sus fallas y errores propios de la naturaleza humana y aún cuando en el corto plazo puedan existir ciertos actores económicos perjudicados.

Por eso, hablar de que la autoridad de competencia deba regular o fijar precios, e incluso sancionarlos ex post, es complejo, y quizá por esta razón la aplicación práctica de la sanción de los precios excesivos ha sido la excepción y no la regla, de modo que la recomendación general de política pública haya sido, en palabras de Frédéric Jenny, que:

"excepto en circunstancias excepcionales, las autoridades de competencia debieran usar sus facultades de persecución y sanción (enforcement) o de incidencia política (advocacy) para eliminar los obstáculos a la competencia que llevan a los precios supra-competitivos más que hacer uso del derecho de la competencia para establecer la ilicitud de los precios altos." ¹¹⁸

4.3 La sanción de los precios excesivos por parte del derecho de la competencia a nivel internacional

A continuación, me referiré a la sanción de los precios excesivos o explotativos en varias jurisdicciones.

Jenny, F. (2018). Abuse of Dominance by Firms Charging Excessive or Unfair Prices: An Assessment. Excessive Pricing and Competition Law Enforcement. Katsoulacos, Y. & Berlín, F, (Ed.) Dordrecht & Nueva York: Springer.

A breves rasgos, vemos que en los Estados Unidos directamente no es materia del derecho antitrust, es materia del derecho regulatorio de cada Estado. Algunos tienen normas anti price gouging, otros no, pero directamente tienen pronunciamientos de la Corte Suprema que indican que los precios excesivos no son parte del derecho antitrust, lo que ha quedado claro después del caso Verizon v. Trinko, 540 U.S. 398 (2004).

En cambio en Europa, vemos la tendencia contraria. La sanción de los "precios no equitativos" está expresamente reconocida en el Artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Comunidad Europea. A pesar de esto, los casos seguidos han sido pocos y la jurisprudencia prudente al respecto.

Estas tendencias se reflejan también en Latinoamérica, quizá dependiendo de qué tradición jurídica ha pesado más en el proceso de formación y evolución del derecho de la competencia local de cada país.

Por un lado, encontramos países que no consideran la figura de los precios excesivos, como es el caso de Perú. México, por su parte, no tiene un reconocimiento expreso, al igual que otros países de Centroamérica, como Costa Rica y Nicaragua.

Brasil, en cambio, sí contempla este tema pero únicamente en caso de que tenga propósitos exclusorios. En Argentina, el texto de la nueva normativa pareciera ser un poco ambiguo, aunque la jurisprudencia anterior sí lo reconocía. Por otro lado, Chile, Colombia y Ecuador tienen en sus normativas un reconocimiento expreso de los precios excesivos o explotativos como conductas anticompetitivas.

En el cuadro que presento a continuación resumo qué países reconocen expresamente la sanción de los precios explotativos o excesivos

PAÍS	SANCIÓN DE PRECIOS EXCESIVOS EN LEY DE COMPETENCIA.
EE.UU	No.
PERÚ	No.
MÉXICO	Ley no es expresa.
COSTA RICA	Ley no es expresa.
NICARAGUA	Ley no es expresa.
BRASIL	Sólo si tiene propósito exclusorio.

ARGENTINA	Ambiguo texto en reciente ley, ¹¹⁹ pero anterior jurisprudencia sí reconocía. ¹²⁰
UNIÓN EUROPEA	Sí, expresamente. ¹²¹
CHILE	Sí, expresamente. ¹²²
COLOMBIA	Sí, expresamente ¹²³
ECUADOR	Sí, expresamente ¹²⁴

Fuente: Legislación de libre competencia de cada país, elaboración propia.

4.4 El análisis de los precios excesivos conforme el test de tres pasos tomado de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Con los antecedentes expuestos con anterioridad, resalto la dificultad teórica y pragmática de la sanción de los precios excesivos como práctica anticompetitiva, pues siempre enfrentaremos las preguntas : ¿cuánto es excesivo? ¿Desde qué punto?

Aún asumiendo que las autoridades de competencia estén equipadas con los medios adecuados para realizar complejos modelos econométricos y de costeo, resulta difícil determinar en la práctica desde qué punto empieza a ser excesivo un precio sin incorporar un elevado riesgo de "falsos positivos."

A nivel del derecho comparado, vale la pena analizar el estándar aceptado a nivel de la Comunidad Europea para determinar si existe un precio excesivo. La jurisprudencia europea ha delineado un test de tres criterios para su análisis.

¹¹⁹ La Ley 27.442 / 2018 incluye una referencia a prácticas exclusorias en su art. 3 literal d) indicando que es contrario a la competencia el "impedir, dificultar u obstaculizar a terceras personas la entrada o permanencia en un mercado o excluirlas de éste."

Resolución CNDC Nº 189/99, Comisión Nacional de Defensa de la Libre Competencia v YPF S.A. (condenando) y Marcelo Larribite v Profertil S.A., Expediente 064-013453/2001.

¹²¹ El artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea indica que "Será incompatible con el mercado interior y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo (...)."

¹²² El Decreto Ley 211 en su artículo 3 letra b) indica que se considera anticompetitiva "la explotación abusiva por parte de un agente económico, o un conjunto de ellos, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes."

¹²³ El artículo 1º de la Ley 155 de 1959 prohíbe las conductas tendientes a "mantener o determinar precios inequitativos."

El artículo 9 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado sanciona como prácticas de abuso de poder de mercado: "2.- Las conductas de uno o varios operadores económicos con poder de mercado, que les permitan aumentar sus márgenes de ganancia mediante la extracción injustificada del excedente del consumidor." así como "4. La fijación de precios predatorios o explotativos."

- 1. Un análisis de costos versus precios, que permite determinar el margen de ganancia (criterio establecido desde General Motors v. Commission Caso 26/75 [1975] ECR 1367, [1976] CMLR 95).
- 2. Un análisis de equitatividad, basado en la comparación de precios con competidores y mercados equivalentes (criterio explicado a partir de Scandlines Sverige AB v. Port of Helsingborg (2004), Caso COMP/A.36.568/D3).
- 3. Las diferencias encontradas deben ser significativas y persistentes en el tiempo (el caso más reciente, correspondiente a "AKKA/LAA" Autortiesību un komunicēšanās konsultāciju aģentūra/Latvijas Autoru apvienība' v. Konkurences padome (2017) C-177/16).

Cada uno de estos pasos tiene sus propios inconvenientes y dificultades. Por ejemplo, determinar qué costos son relevantes y deben ser considerados en las comparaciones, qué competidores deben ser considerados en la comparación o si debe hacerse la comparación frente a un modelo de un hipotético competidor igualmente eficiente. Es por esto que la mayor parte de estos casos han sido reversados o anulados por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, precisamente por errores, falencias o asunciones injustificadas en las estimaciones de costos y precios.

Por esto, considero que es importante que desde la autoridad de competencia se trate con mucha prudencia todo lo relativo a precios explotativos, o excesivos, pues la posición de la autoridad transmite calma o zozobra a los mercados.

Sobre este tema, destaco que la autoridad ecuatoriana ha actuado con mucha prudencia al respecto durante esta emergencia sanitaria, particularmente respecto de los precios excesivos.

La Superintendencia de Control del Poder de Mercado ha emitido dos exhortos al respecto. Uno, en general, dirigido a los fabricantes, productores y comercializadores de dispositivos de protección respiratoria, sustancias antisépticas, instituciones de control y otro, específico, relativo a un escándalo que existió respecto de una licitación en el sistema de compras públicas, en la que había un precio aparentemente excesivo.

En ambos casos, la autoridad se ha pronunciado muy prudentemente. En el primer comunicado ha indicado que si bien todos los precios deben comportarse libremente al mercado y no responder a conductas colusorias, la Superintendencia no tiene competencia para convertirse

en un regulador de precios. En el segundo caso, relativo a licitaciones públicas, se ha referido a la sanción de la colusión entre oferente y entidad contratante que se trata bajo el artículo 11 numeral 21 de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, relativo a la colusión.

Es decir, no se ha referido al asunto de los precios excesivos, distanciándose así de las actuaciones que tuvo la administración pasada que -si bien nunca sancionó una práctica al respecto- sí realizó campañas de verificación y abrió diversas investigaciones que causaron muchísimas inquietudes en el mercado. Este cambio de actitud desde la autoridad ha transmitido tranquilidad al sector empresarial.

La pandemia de COVID-19 implica un reto sin precedentes que ninguna autoridad -ni las de competencia ni las de salud- podían prever ni prevenir con exactitud. 125

Pero, a su vez, reitero que nos invita a retornar a las premisas básicas del derecho de la competencia, indispensables para reactivar la economía después de la pandemia, el reajustar la economía a una nueva realidad en la que muchas de las situaciones que considerábamos normales habrán cambiado.

En este nuevo escenario, insisto en que el tema de controles de precios desde la autoridad de competencia es altamente riesgoso. Por un lado, si se fija un precio muy alto se extrae excedente del consumidor. Por el otro lado, si se fija un precio muy bajo se desincentiva la producción y se reduce la oferta, agravando o generando escasez.

Un ejemplo que ha circulado en estos días por nuestro país refiere a la fijación de precios de los medicamentos, los cuales están sujetos a un régimen de fijación por parte de una Secretaría Gubernamental; el precio techo se ha mantenido, no hay ningún incentivo sociopolítico para modificarlo.in embargo, a nivel internacional la pandemia ha causado que las materias primas, los insumos importados y otros bienes necesarios para producir medicamentos -especialmente para afecciones respiratorias o fiebre- han afrontado una demanda inusual, por lo que escasean y -naturalmente- han subido sus precios.

Entonces los productores e importadores locales enfrentan un dilema nefasto: dado que se debe adquirir materia prima a mayor precio, por un lado, se puede adquirir y vender el producto fi-

Los brotes anteriores y recurrentes de enfermedades como el SARS o el ébola alertaban sobre una potencial propagación de enfermedades virales, pero determinar con exactitud cuándo, cómo y con qué alcance ocurriría no era posible.

nal por debajo de costos -lo cual no es siempre ilícito- pero llevaría a un escenario de pérdida e inviabilidad del negocio; por otro lado, se puede decidir comprar esta materia prima al nuevo precio, y venderla por encima del precio oficial, lo cual llevaría a infracciones administrativas e incluso posibles procesos penales, además de un posible daño reputacional a la marca.

Ambos escenarios son poco deseables para el productor o el importador, por lo que su mejor escenario es no producir o no importar, lo cual agrava la situación de escasez de dichos medicamentos.

A esto se suma que desde el punto de vista del regulador sectorial no existe incentivo alguno para modificar los techos de precios al alza en medio de la pandemia. Aún cuando económica y técnicamente se pueda justificar por la ocurrencia de un escenario no previsto y no deseable que causó un incremento de la demanda, desde un punto de vista político es una decisión poco viable que podría poner en riesgo la posición personal del funcionario, en un clásico ejemplo de public choice, que parece tomado de un texto de James Buchanan. Por ese motivo, este texto se ha centrado en el castigo de precios excesivos como prácticas abusivas y la prudencia que este escenario demanda tanto de autoridades como de profesionales de la materia al decidir en qué mercados y casos intervenir.



Capítulo 5

Concentraciones empresariales en el contexto del Covid-19: El caso de Costa Rica

Pamela Sittenfeld Hernández¹²⁶

5.1 Introducción

El COVID-19 y sus consecuencias económicas han generado una importante discusión sobre el diseño e implementación de las políticas públicas. El cambio abrupto de circunstancias ha obligado a las autoridades a buscar la mejor forma de cumplir sus fines durante y posterior a la crisis. La política de competencia no ha estado exenta de este debate. En este contexto, el rol que debe tener el control de concentraciones es uno de los temas que más discusión ha generado.

El objetivo central de este artículo es analizar el marco regulatorio e institucional costarricense en materia de concentraciones económicas ante los retos que presenta esta crisis. Para tales efectos, se ha dividido este artículo en cuatro secciones. En primer lugar, se hará una breve descripción general de la crisis, así como de los sectores que probablemente se verán debilitados en América Latina. En segundo lugar, se analizarán los posibles desafíos que traerá la crisis para el control de concentraciones. Seguidamente se describirán los aspectos más importantes sobre la regulación de las concentraciones en Costa Rica, a la luz de la reciente reforma a la legislación de competencia. Se hará también un recuento de las medidas operativas y procedimentales que ha tomado la Comisión para Promover la Competencia desde el inicio de la crisis. Finalmente, se emitirán algunas conclusiones sobre los temas indicados.

5.2 Breve análisis de la crisis

El informe Perspectivas Económicas del Banco Mundial prevé que esta será la peor recesión mundial desde la Segunda Guerra Mundial.¹²⁸ Según previsiones de este organismo la economía se reducirá este año en un 5,2% en el Producto Interno Bruto (PIB). Las economías avanzadas ten-

¹²⁶ Asesora de la Ministra de Comercio Exterior (Costa Rica). Última fecha de modificación: Julio 01, 2020.

¹²⁷ En el año 2019, la legislación de competencia tuvo una reforma importante mediante la promulgación de la Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia de Costa Rica, Nº 9736 (2019). Disponible en http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?paraml=NRTC&nValor1=1&nValor2=90054

Ver: Banco Mundial. (2020, junio 08). Comunicado de prensa: La COVID-19 (coronavirus) hunde a la economía mundial en la peor recesión desde la Segunda Guerra Mundial Disponible en https://www.bancomundial.org/es/news/press-release/2020/06/08/covid-19-to-plunge-global-economy-into-worst-recession-since-world-war-ii

drán una contracción de un 7%, y las economías emergentes y en desarrollo un 2,5% 129.

En el caso de América Latina y el Caribe la contracción se prevé de un 7,2%. ¹³⁰ Esta recesión será mucho más profunda que la causada por la crisis financiera de 2008-2009 y la de la deuda latino-americana. La actividad económica caerá a su punto más bajo durante el segundo trimestre del año, cuando las medidas de mitigación se encuentren en sus niveles más altos. En este escenario, la normalización de las condiciones internas y mundiales permitirían que el crecimiento regional se recupere al 2,8 % en 2021. ¹³¹

Según Alicia Bárcena, Secretaria Ejecutiva de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), los efectos de esta crisis se verán en cinco canales en la región: i) disminución de la actividad de varios de los principales socios comerciales en las exportaciones de bienes de los países de la región, como es el caso de China; ii) caída en la demanda de servicios de turismo y todos los servicios relacionados (transporte terrestre, aéreo y marítimo); iii) interrupción de las cadenas globales de valor, principalmente para la importación de partes y bienes intermedios para sectores manufactureros tales como: repuestos para automóviles, electrodomésticos, productos electrónicos y farmacéuticos; iv) caída de los precios de los productos básicos (commodities), sobre todo para los países exportadores de materias primas; v) aversión al riesgo de los inversionistas y el empeoramiento de las condiciones financieras globales.¹³²

Para el caso de Costa Rica la contracción en el PIB se estima que será de un 3.3%. Esto implica que la pobreza y el desempleo aumentarán, fundamentalmente por el impacto de la emergencia sanitaria en el turismo y en el comercio, además de una contracción en áreas como la agricultura y la construcción.¹³³

Esta situación generará cambios profundos en la economía, con algunos sectores profundamente afectados por la crisis y otros que podrían verse fortalecidos por el COVID-19, como podría ser el caso del comercio electrónico. Lo anterior pondrá a prueba las políticas públicas, entre ellas la política de competencia.

¹²⁹ Ver: World Bank. (2020). Global Economic Prospects, June 2020. Washington, DC: World Bank. DOI: 10.1596/978-1-4648-1553-9. Disponible en https://www.bancomundial.org/es/publication/global-economic-prospects 130 Ibid.

¹³¹ Ver: World Bank. (2020, junio). Perspectivas económicas mundiales. Disponible en http://pubdocs.world-bank.org/en/657071588788309322/Global-Economic-Prospects-June-2020-Regional-Overview-LAC-SP.pdf

Ver: CEPAL. (2020, marzo 19). COVID-19 tendrá graves efectos sobre la economía mundial e impactará a los países de América Latina y el Caribe [Comunicado de Prensa]. Disponible en https://www.cepal.org/es/comunicados/covid-19-tendra-graves-efectos-la-economia-mundial-impactara-paises-america-latina

Ver: Banco Mundial. (s.f.). El Banco Mundial en Costa Rica. Disponible en: https://www.bancomundial.org/es/country/costarica/overview

En este contexto, el control de concentraciones se convierte en un elemento clave que tienen las agencias de competencia para proteger a los consumidores. Sin un régimen robusto en esta materia existe un alto riesgo de que aumente la concentración en los mercados y, consecuentemente, aumenten los precios de los bienes y servicios, y se afecten la innovación y la productividad. Varios expertos y organismos internacionales han emitido recomendaciones respecto del rol de la política de competencia y particularmente del control de concentraciones en este contexto.

5.3 Retos futuros en el control de concentraciones

Uno de los mayores problemas que enfrentarán las autoridades "post-Covid" será una mayor concentración en los mercados (por la re-estructuración que sufrirán los mismos) lo que eventualmente originará más casos de dominancia. Hay un consenso entre los expertos y organismos internacionales en el sentido de que, aún en tiempos como este, las agencias deben mantener la afectación de la competencia en el mercado como criterio para analizar las concentraciones.¹³⁵

Por lo anterior, se ha recomendado no flexibilizar los estándares de análisis para aprobar transacciones que tendrán efectos duraderos en los mercados y los consumidores. Por ejemplo, se ha recomendado que el argumento conocido como el de "empresa en crisis" (según el cual se admite una concentración sin necesidad de analizar sus efectos económicos cuando es inminente la salida del mercado de los activos adquiridos) siga siendo una excepción para casos calificados y sujeto a un alto estándar de prueba. Se ha recomendado también restringir la posibilidad de aprobar concentraciones basado en justificaciones de interés público distintas a los efectos de la transacción en el mercado.

Esto no significa que las autoridades no tendrán importantes retos en la implementación de las normas para controlar las concentraciones. La Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos en el informe denominado Merger control in the time of COVID-19 ha señalado varios desafíos que podrían surgir en este contexto. ¹³⁶

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (2020, marzo 25). Merger control in the time of COVID-19. P. 1-2. Disponible en http://www.oecd.org/competition/Merger-control-in-the-time-of-COVID-19.pdf

¹³⁵ Ibid; Ver en sentido similar: International Competition Network. (2020, abril). ICN Steering Group Statement: Competition during and after the COVID-19 Pandemic. Disponible en https://www.internationalcompetition-network.org/wp-content/uploads/2020/04/SG-Covid19Statement-April2020.pdf

 $Godwing, Tanja\ y\ Pop,\ Giorgiana.\ (2020,\ abril\ 2l).\ Flatten\ the\ coronavirus\ curve,\ but\ don't\ flatline\ competition.\ Disponible\ en\ \underline{https://blogs.worldbank.org/psd/flatten-coronavirus-curve-dont-flatline-competition}$

¹³⁶ Ibid. P. 2.

En primer lugar, ha señalado que la crisis aumenta la incertidumbre sobre cómo evolucionarán los mercados debido a que puede dificultar el ejercicio prospectivo de la revisión de las concentraciones. Esto hace más complejo y difícil el análisis predictivo que involucra el control de concentraciones.

En segundo lugar, indica el reporte, el enfoque de los criterios de eficiencia al valorar los efectos de las concentraciones podría tener que conciliarse con otros objetivos de política pública. Por ejemplo, como medida para paliar los efectos de la crisis, los gobiernos podrían tratar de mitigar el impacto de la crisis en sus economías nacionales adquiriendo el control de empresas estratégicas, fomentando o incluso promoviendo concentraciones en algunos mercados.

En el caso de los remedios y condiciones impuestas por la autoridad al aprobar determinadas transacciones, ha indicado que ésta es una de las herramientas para prevenir los efectos anticompetitivos resultantes de mercados más concentrados. Sin embargo, la incertidumbre derivada de la crisis del COVID-19 podría obligar a replantearse la forma de abordar determinadas situaciones y, eventualmente, apartarse de la forma en que tradicionalmente se resuelven las preocupaciones en materia de competencia. Por ejemplo, el uso de remedios de conducta podría eventualmente llegar a tener más preponderancia sobre los remedios de estructura, siendo que los primeros no tienen un carácter permanente.

Adicionalmente, ha indicado la organización que las solicitudes utilizando como argumento la defensa de la "empresa en crisis" pueden ser más frecuentes en virtud del impacto negativo de esta crisis en ciertos mercados. Esta situación ha traído la discusión de si las normas actuales de prueba y procedimientos son apropiadas para abordar las concentraciones que involucran a empresas en dificultades financieras.

Finalmente, ante el posible aumento de la actividad de concentraciones, es probable que las autoridades de competencia enfrenten una mayor presión para acelerar sus procedimientos. En este sentido, la posibilidad de suspender la prohibición de ejecutar una concentración antes de ser notificada podría ser útil para las agencias cuando se trate de operaciones que requieran una aplicación inmediata hasta que se examine la concentración.

Ahora bien, ante los temas señalados por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) es procedente preguntarse cómo están preparadas desde un punto de vista institucional y regulatorio las agencias de la región. En algunos casos, éstas enfrentan dificulta-

des adicionales preexistentes, tales como: la limitación de recursos humanos y presupuestarios; los altos grados de concentración en algunos sectores de la economía; falta de experiencia en la implementación de ciertas herramientas que serán necesarias para atender los retos indicados y finalmente la divergencia en los estándares sobre algunos de estos temas claves en las distintas jurisdicciones.

En la siguiente sección, se analizará el marco regulatorio e institucional de Costa Rica a la luz de los desafíos planteados.

5.4 Contexto regulatorio e institucional de Costa Rica

Es importante analizar las herramientas legales que tiene la Comisión para Promover la Competencia en materia de concentraciones para preservar la competencia dentro del contexto de esta crisis, tanto desde el punto de vista sustantivo como procedimental. Una reciente reforma a la legislación de competencia fortaleció significativamente el marco regulatorio del control de concentraciones en el país. Como se verá, la legislación anterior no tenía los elementos necesarios para su adecuado funcionamiento.

La primera legislación de competencia en Costa Rica se promulgó en 1994. Esta norma estableció una definición de concentración, así como los parámetros para realizar el análisis de competencia. Sin embargo, no estableció un control previo de concentraciones, ni tampoco estableció un procedimiento especial para su análisis. En su lugar, le otorgó a la Comisión la posibilidad de revisar a posteriori las concentraciones ya consumadas, utilizando para ello el procedimiento sancionatorio que la Ley General de la Administración Pública prevé para cualquier tipo de infracción administrativa. Asimismo, le otorgó a la autoridad la facultad de disolver las concentraciones e imponer multas.

Posteriormente, una reforma en el2012¹³⁸ instituyó un procedimiento unitario de control de concentraciones, que permitía a los agentes económicos notificar hasta cinco días después del cierre de las transacciones que cumplieran con los umbrales establecidos por Ley. Además, otorgó a la agencia la posibilidad de aprobar, condicionar o rechazar las transacciones.

Ley para la Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, Nº 7472 (1995). Disponible en https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=26481

¹³⁸ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (2012, septiembre 20). Reforma a la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, N° 9072. Disponible en http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normas/nrm_texto_completo.aspx?paraml=NRTC&nValor1=1&nValor2=73369&nValor3=90012&strTipM=TC

Finalmente, en el 2019¹³⁹ se modifica sustancialmente el régimen de concentraciones, tanto en la parte sustantiva, como procedimental. A continuación se detallan las características más importantes del sistema actual:

Procedimiento

Se reemplazó el procedimiento unitario por un procedimiento de dos etapas, que permita a la Comisión desechar rápidamente las concentraciones que no generan problemas al proceso de competencia. La primera fase tiene una duración de 30 días naturales y tiene como propósito identificar si la concentración genera riesgos al proceso de competencia, en razón de sus posibles efectos en el mercado. De darse esta circunstancia, se dará inicio a una segunda fase que tiene una duración de 90 días naturales (no hábiles), en la que se valorarán los posibles efectos de la transacción en los mercados potencialmente afectados por esta. 140

Notificación ex ante

La reforma instituyó un sistema de notificación ex ante (contrario al sistema anterior que permitía notificar la transacción hasta 5 días después de consumada). De esta manera, las concentraciones deben notificarse en cualquier momento a partir de que exista algún acto tendiente a concretar la concentración y hasta antes de su ejecución en Costa Rica.¹⁴¹

Umbrales

El diseño de los umbrales también fue modificado con la nueva legislación. 142 La Ley ahora esta-

¹³⁹ Ley N° 9736.

¹⁴⁰ Artículo 94 de la Ley Nº 9736.

¹⁴¹ Artículo 89 de la Ley Nº 9736.

¹⁴² Ley N° 9736.

[&]quot;ARTÍCULO 89- Concentraciones sujetas a notificación previa. Deberán notificarse previamente a la Coprocom aquellas concentraciones que, además de cumplir con los elementos de la definición del artículo 88 de la presente ley, cumplan con los siguientes criterios de manera concurrente:

a) Que participen al menos dos agentes económicos que realicen o hayan realizado actividades con incidencia en Costa Rica en cualquier momento durante los dos períodos fiscales previos a la transacción.

b) Que ya sea la suma de las ventas brutas o la suma de los activos productivos en Costa Rica, del conjunto de los agentes económicos involucrados en la transacción, hayan alcanzado, durante el periodo fiscal anterior, montos iguales o superiores al umbral establecido por la Coprocom, dentro del rango de treinta mil a sesenta mil salarios base.

c) Que individualmente, al menos dos de los agentes económicos involucrados en la transacción, hayan generado ventas brutas o posean activos productivos en Costa Rica durante el ejercicio fiscal anterior, por montos iguales o superiores al umbral establecido por la Coprocom, dentro del rango de mil quinientos a nueve mil salarios base.

Lo anterior aplica para transacciones sucesivas que se perfeccionen dentro de un plazo de dos años y que en total superen los umbrales establecidos en los incisos b) y c).

En los casos que se cumplan los supuestos señalados en este artículo, todos los agentes económicos participantes en la concentración tendrán la obligación de notificarla ante la Coprocom. No obstante, bastará con la notificación realizada

blece rangos dentro de los cuales la Comisión puede fijar el valor de las ventas o activos a partir de los cuales las concentraciones deben notificarse. Esto le permite adecuar el número de transacciones que recibe, según sean sus objetivos de política pública, así como un uso más eficiente de sus recursos. Es decir, si la autoridad desea promover la realización de transacciones puede subir el umbral y viceversa.

Además, se incluyó un umbral individual sobre el valor de las ventas y activos de cada una de las partes de la transacción (adicionales al valor combinado de éstas) para evitar la notificación de transacciones que no vayan a generar un cambio significativo en el mercado.

Efectos suspensivos

Otra novedad de la nueva legislación es la prohibición de ejecutar una concentración antes de ser aprobada,¹⁴³ y establece una sanción hasta del 10% del volumen de negocios total del agente económico que incurra en esta infracción.¹⁴⁴

Sin embargo, en casos excepcionales la Comisión puede dispensar la suspensión de la transacción. Para tales efectos, debe ponderar el perjuicio que causaría la suspensión de la ejecución a los agentes económicos participantes en la concentración y el efecto que la ejecución de la operación causaría al proceso de competencia y libre concurrencia.

Esta posibilidad, prevista para su uso de forma excepcional, es especialmente importante en casos en los que se prevé que la empresa a ser adquirida tiene una necesidad inminente de inversión de capital para poder operar, permitiendo al eventual comprador a apoyar esta operación aún sin contar con la aprobación de la autoridad (y sujetos al resultado del procedimiento).

por cualquiera de ellos para liberarlos a todos de esta obligación. Dicha notificación la deberán realizar en cualquier momento a partir de que exista algún acto tendiente a concretar la concentración y hasta antes de su ejecución en Costa Rica.

La Coprocom definirá los umbrales a aplicar mediante resolución razonada, basada en los rangos establecidos en los incisos b) y c), la cantidad de gestiones recibidas, el porcentaje de aprobación de concentraciones y la adecuación a las directrices emitidas sobre este particular.

En el caso de la Superintendencia de Telecomunicaciones (Sutel), requerirán notificación previa todas las concentraciones del mercado de las telecomunicaciones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley N.º 8642, Ley General de Telecomunicaciones, de 4 de junio de 2008 y sus reglamentos."

¹⁴³ Artículo 95 de la Ley Nº 9736.

¹⁴⁴ Artículos 116, 117, 118 y 119 de la Ley N° 9736.

Análisis sustantivo

Una de las reformas más importante de introdujo la nueva Ley fue un cambio en el estándar de análisis para determinar los efectos de las concentraciones. Pasó de un estándar que daba especial énfasis a la estructura de mercado y la adquisición o mantenimiento de poder en éste, hacia uno que pone el énfasis en los efectos de la transacción en el mercado, donde el criterio de análisis gira sobre la posibilidad de obstaculizar de forma significativa la competencia en el mercado relevante, donde la existencia de poder es uno de los elementos a considerar, pero no el único. Esto, según las mejores prácticas internacionales. Bajo las nuevas reglas, se mantiene la posibilidad de solicitar la aprobación bajo el argumento de la empresa en crisis, en términos similares al del sistema anterior.

El argumento de la empresa en crisis, por su parte, se ha valorado en cuatro casos (todos ellos bajo la legislación anterior). ¹⁴⁶ En ninguno de estas ocasiones el argumento ha sido aceptado. En general, queda la sensación que los criterios de valoración y la forma de analizar este argumento no ha sido totalmente clara.

Entre ellos, destaca un reciente caso de una transacción en la que se pretendía la compra de una cadena de supermercados por parte de un competidor de mayor tamaño, en el cual se alegó el argumento de la empresa en crisis por parte de la cadena adquirida. En este caso, la Comisión rechazó la solicitud al considerar que esta empresa pertenecía a un grupo económico solvente, que podría eventualmente capitalizar a la empresa adquirida con recursos provenientes de sus otras actividades.¹⁴⁷

En otro caso reciente, la autoridad indicó que se realizaría de previo un análisis de los efectos de la transacción, y solo "de ser necesario" consideraría la posibilidad de evitar este análisis bajo el criterio de empresa en crisis. La transacción fue aprobada al no preverse efectos de esta en el mercado, por lo que la discusión no alcanzó este punto.¹⁴⁸

Sector financiero

Finalmente, la nueva Ley le otorgó la competencia a la Comisión para analizar las concentra-

¹⁴⁵ Artículo 101 de la Ley Nº 9736.

¹⁴⁶ Comisión para Promover la Competencia.

¹⁴⁷ Comisión para Promover la Competencia. Voto 93-2018 del 4 de diciembre del 2018.

¹⁴⁸ Comisión para Promover la Competencia. Voto 65-2019 del 26 de noviembre del 2019.

ciones en el sector financiero, que la anterior legislación otorgaba al regulador sectorial. Lo anterior, salvo que el regulador financiero considere que hay riesgos a la solvencia, solidez y estabilidad de las entidades o del sistema financiero, así como para proteger a los consumidores financieros. 149

Bajo el sistema anterior, la Ley distribuía las competencias entre el regulador sectorial y la agencia de competencia. Sin embargo, no establecía ninguna regla de fondo que el primero debía aplicar, ni le daba potestad de establecer condiciones para aprobar transacciones. Esta deficiencia se corrigió en la nueva legislación, al centralizar las potestades en la autoridad de competencia, reservando al regulador sectorial la posibilidad de intervenir en situaciones extremas en las que el desenlace del caso pueda poner en riesgo la estabilidad del sistema financiero.

Así las cosas, desde el punto de vista regulatorio, la Comisión para Promover la Competencia tiene más y mejores herramientas para analizar las concentraciones en este contexto de la crisis (aun cuando estas herramientas se diseñaron para situaciones ordinarias, no las actuales).

Adicionalmente, se debe indicar que esta reforma también fortaleció las facultades de abogacía e investigación de las conductas anticompetitivas, así como la independencia técnica, operativa, administrativa y financiera de la autoridad.

Sin embargo, en estos momentos la Comisión está en una etapa de transición. Los nuevos miembros aún no han sido nombrados, ni pueden disponer aún de los recursos presupuestarios generados por la nueva Ley, ni ha podido contratar el recurso humano que requieren sus nuevas potestades. Por lo anterior, puede indicarse que desde el punto de vista institucional la autoridad no está en su mejor momento para enfrentar las posibles concentraciones, conductas anticompetitivas o acciones del propio Estado en el contexto de esta crisis.

5.5 Reacción de la Comisión para Promover la Competencia ante el COVID-19

El 16 de marzo se declaró estado de emergencia nacional. El Gobierno adoptó una serie de medidas de prevención y atención de la alerta sanitaria que incluyó el cierre de fronteras, limitaciones de horario al comercio y la industria, y restricciones de tránsito. Estas medidas tuvieron un impacto profundo en todos los sectores económicos del país, así como en el quehacer de las instituciones públicas.

A partir del 25 de marzo, la Comisión para Promover la Competencia adoptó varias medidas operativas y administrativas¹⁵⁰ para garantizar la continuidad del servicio, en virtud de la suspensión de la atención al público en las oficias de la autoridad. Por lo anterior, se establecieron consultas y asesorías por medio de llamadas, correo electrónico o la página web.

Para la presentación de denuncias, solicitudes de concentración e información se habilitó la posibilidad de remitirlas por medios digitales, ya sea que la persona tuviera firma digital o bien mediante documentos escaneados. Lo anterior, no eliminó la posibilidad que, una vez superada la emergencia, se solicite el envío de los documentos originales. Las audiencias, comparecencias y reuniones presenciales se suspendieron. En caso de ser necesarias, excepcionalmente se llevan a cabo de manera virtual, dejando constancia mediante una minuta.

Estas medidas han permitido que la Comisión logre atender sus funciones con relativa normalidad para el contexto. En el caso específico de las solicitudes de concentraciones, la autoridad no ha recibido ninguna nueva solicitud desde que se declaró la emergencia. Desde esa fecha, por su parte, se resolvieron seis transacciones solicitadas de previo a la declaratoria de pandemia, y subsiste una sola en trámite, la cual está en análisis de segunda fase. ¹⁵¹

Dada la inexistencia de solicitudes desde la declaratoria de la pandemia, la agencia no se ha visto en la necesidad de establecer un criterio de priorización para atender las transacciones más urgentes para evitar un deterioro mayor del negocio o pérdidas de empleos. Por ejemplo, hasta la fecha no ha recibido solicitudes que impliquen un caso bajo el argumento de la empresa en crisis.

Hay muchas razones que podrían explicar la disminución en las transacciones realizadas en el país, tales como la necesidad de las empresas de enfocarse en sobrevivir la crisis, la limitada información sobre el futuro de los mercados o la falta de liquidez de algunas empresas, entre otras.

No obstante lo anterior, luego de esta etapa inicial es previsible que muchos mercados sufran reestructuraciones importantes y, por lo tanto, el número de concentraciones aumente. Esta situación podría constituirse en un verdadero reto para la autoridad, para balancear la protección de la competencia en el mercado y, a la vez, responder a las exigencias de estos tiempos inusuales.

Comisión para Promover la Competencia. Directriz N° 02-2020, mediante acuerdo adoptado en su sesión ordinaria N° 11-2020 del 24 de marzo del 2020.

¹⁵¹ Comisión para Promover la Competencia.

Otro desafío adicional lo constituye el hecho que muchas de las transacciones tienen componentes multi-jurisdiccionales. Es decir, dependen de la aprobación de distintas autoridades, cada una de ellas con sus propios criterios, plazos y procedimientos. La divergencia en el análisis podría generar incertidumbre en los mercados, y además afectar la aplicación de las políticas locales de promoción de la competencia.

5.6 Conclusiones

El control de concentraciones se convierte en un elemento clave que tienen las agencias de competencia para proteger el proceso de competencia y los consumidores.

El consenso entre los expertos y organismos internacionales es que las autoridades deben mantener la afectación de la competencia en el mercado como criterio para analizar las concentraciones. No obstante lo anterior, algunos organismos internacionales han señalado varios retos que tendrán las agencias en la implementación del control de concentraciones.

A raíz de la reciente reforma, el marco regulatorio de la Comisión para Promover la Competencia le otorga más y mejores herramientas para analizar las concentraciones en este contexto. Sin embargo, en estos momentos la autoridad está en una etapa de transición. Por lo que desde el punto de vista institucional, ésta no está en su mejor momento para enfrentar las posibles concentraciones en el marco de esta crisis.

Adicionalmente, estas herramientas fueron creadas para situaciones ordinarias sin considerar las particularidades que podría presentar la situación actual. Esto podría generar ciertos desafíos, máxime en momentos en que muchas de las transacciones tienen componentes multi-jurisdiccionales, en donde las decisiones de una autoridad podrían influir en transacciones realizadas en otros países, y a la vez verse afectada por lo que resuelvan otras autoridades.

Hoy más que nunca se hace evidente la necesidad de una convergencia, tanto en los estándares sustantivos como en los procedimientos entre las agencias de la región. Además, para dar una mayor certeza al panorama, es pertinente intensificar esfuerzos de cooperación y discusión entre las autoridades.

Esta convergencia puede ser un proceso lento y eventualmente complejo. Sin embargo, entre más temprano empiecen los esfuerzos, más cercanos estarán de alcanzar los objetivos (y no debemos esperar a la próxima pandemia para hacerlo). Mientras esto no ocurra, la comunicación entre

las autoridades es vital, como también lo es la comunicación al interior de cada país, para explicar a la población los beneficios de mantener los estándares de protección de la competencia, especialmente en tiempos de crisis.

Capitulo 6 A río revuelto, ganancia de pescadores

Pablo Trevisán Ramallo¹⁵²

6.1 Introducción

Aeropuertos cerrados y convertidos de la noche a la mañana en especies de cementerios de aviones; restricciones a viajes; cancelación masiva de vuelos; eventos deportivos y espectáculos suspendidos por doquier; la producción industrial de países centrales desplomada; fuerte impacto a la baja en los mercados bursátiles de todo el mundo; los subsidios por desempleo superaron todos los récords históricos; el precio del petróleo perforó sus mínimos hasta llegar a índices negativos; todos los pronósticos de crecimiento de los países del mundo a la baja; la venta de bienes de uso como automóviles bajó como nunca antes visto; el jugo de naranja concentrado tuvo alzas inéditas; los sitios de búsqueda en internet, desde aquellos para hacer ejercicios en casa hasta los de delivery de comida e insumos, crecieron en un promedio del 300%; el alcohol en gel y el papel higiénico escasearon en muchos países durante semanas.

El párrafo podría ser más largo, pero para muestra, basta un botón; y son tiempos de administrar bien el aire.

Durante los primeros meses del año 2020, el mundo fue testigo del impacto inédito que provocó la crisis sanitaria. Un tsunami, que a algunos destrozó y a otros los propulsó con inédita potencia. En este período, hubo un marcado crecimiento en ciertos sectores, mientras que otros sufrieron como nunca antes. La pandemia del COVID-19 dejará ganadores y perdedores.

6.2 El Derecho y la Política de Competencia No Están en Cuarentena

No es la primera vez que las autoridades de competencia tienen que lidiar con este tipo de crisis. Hace unos diez años, durante la crisis financiera global, se trataron muchos temas similares a los que hoy se ven. Es importante tener en cuenta las lecciones aprendidas en aquellos tiempos, y aplicarlas en aquello que sea relevante a esta situación actual.

Es importante el mensaje que han enviado diversas autoridades de competencia a los mercados,

¹⁵² Socio en Estudio Trevisán (Argentina). Última fecha de modificación: Julio 01, 2020.

insistiendo en que no se utilice esta pandemia y su crisis resultante para pretender justificar conductas colusivas o de cartelización, porque ello no será ni debería ser tolerado bajo ninguna circunstancia, menos en tiempos de crisis.

Dicho ello, el sentido común indica que la cooperación entre competidores, en ciertos casos, puede no solo ser justificable sino también deseable en estos tiempos de crisis producto de la pandemia global que azota al mundo.

Existen varios aspectos en los que dicha cooperación podría tener lugar o ser necesaria, como consecuencia de los desbalances entre la oferta y la demanda en los mercados. Por un lado, podría existir reducción de provisión u oferta de ciertos productos o servicios. Esto lo constatamos en muchos países, con los casos del alcohol en gel, los barbijos de protección facial y el papel higiénico. Pero también podría haber sobre-oferta de productos, como sucedió en algunos casos con los productores de leche de ciertas jurisdicciones.

También podría ser necesaria la cooperación, para atacar eventuales problemas de logística, en supermercados, farmacias, transporte, interconexión entre rutas fluviales, terrestres y aéreas. Incluso para el descubrimiento de la vacuna que tantos mencionan.

En esto, existen cuestiones sustanciales y procedimentales. Desde el punto de vista sustancial, en los más de 130 países que cuentan con legislación antitrust, es unánime la condena a las conductas de cartelización. Sin embargo, ello no quiere decir que ciertas conductas de cooperación entre competidores no sean legales o deseables, cuando las mismas produzcan eficiencias o, en el caso de Argentina, cuando ellas no solo no perjudiquen sino que eventualmente también pudieren presentar beneficios al interés económico general.

Pero ello tampoco es absoluto. Es decir, volviendo al ejemplo de los supermercados, podría –a priori– parecer razonable que en tiempos de crisis como la actual, supermercados competidores decidan en conjunto asegurar la logística y demás detalles que les permitan, a todos ellos, la provisión suficiente de pan, harina, pastas secas u otro tipo de alimentos básicos de necesidad primaria. Sin embargo, no parecieran seguir la misma lógica aquellos acuerdos que impliquen dejar de vender o comercializar otro tipo de bienes que tal vez no sean de necesidad primaria, como, por ejemplo, bienes de lujo. En estos casos, tal vez sea necesario ir más allá de las defensas usuales de eficiencias como las que usualmente se plantean en defensa de la competencia.

Desde el punto de vista procedimental, es importante que las autoridades de competencia den pautas de guía claras, en particular en jurisdicciones nuevas o donde estas normas no sean tan comúnmente aceptadas o conocidas.

Por un lado, deberían producir guías genéricas –similares a las que hemos constatado en estos meses de parte de la International Competition Network (ICN), European Competition Network (ECN), Competition and Markets Authority (CMA, Reino Unido), la Fiscalía Nacional Económica (FNE, Chile) y otras¹⁵³⁻ donde establezcan que, por supuesto, los carteles no están permitidos y continúan siendo ilegales, pero donde también se otorgue claridad respecto a que cierta colaboración sí podría ser tolerable, siempre que sea focalizada, en beneficio del interés público, limitada en el tiempo y no sea más restrictiva que lo estrictamente necesario.

Además de las guías genéricas, indudablemente será necesario otorgar guías para ciertos casos puntuales concretos de eventuales acuerdos de cooperación, siendo además necesario que dicha guía sea brindada en tiempos relativamente cortos, ya que es esperable que la crisis del COVID-19 tenga una duración limitada en el tiempo y, en consecuencia, dichos acuerdos requerirían de cierta claridad sobre su legitimidad en el corto plazo. Como ejemplo, podríamos mencionar la comfort letter que emitió la Comisión Europea –por primera vez en más de veinte años de no

Por ejemplo (último acceso, 3 de abril 2020):

⁽i) Estados Unidos: Declaración Conjunta del FTC y el DOJ: Federal Trade Commission. (2020, marzo 24). Federal Trade Commission and Justice Department Announce Expedited Antitrust Procedure and Guidance for Coronavirus Public Health Efforts. Disponible en https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2020/03/ftc-doj-announce-expedited-antitrust-procedure

⁽ii) Europa: Declaración de la European Competition Network: European Competition Network. (s.f.). Antitrust: Joint statement by European Competition Network (ECN) on application of competition law during the Corona crisis. Disponible en https://ec.europa.eu/competition/ecn/202003_joint-statement_ecn_corona-crisis.pdf

⁽iii) Reino Unido: CMA – Task Force para el COVID-19: Competition & Markets Authority. (2020, marzo 20). Guidance CMA COVID-19 taskforce. Disponible en https://www.gov.uk/government/publications/covid-19-cma-taskforce/cma-covid-19-taskforce

⁽iv) Australia: ACCC autoriza ventas coordinadas entre mayoristas en mercado de medicamentos: Australian Competition & Consumer Commission. (2020, marzo 31). Medicine wholesalers to co-operate on access to pharmaceutical products. Disponible en https://www.accc.gov.au/media-release/medicine-wholesalers-to-co-operate-on-access-to-pharmaceutical-products;

⁽v) Noruega: Autoridad de Competencia de Noruega, Otorga Excepción Temporal a Sector de Transporte: Norwegian Competition Authority. (2020, marzo 19). Transportation sector is granted temporary exception from the Competition Act. Disponible en https://konkurransetilsynet.no/transportation-sector-is-granted-temporary-exception-from-the-competition-act/?lang=en;

⁽vii) Chile: FNE – Declaración Pública: Fiscalía Nacional Económica. (2020, abril 03). Declaración Pública. Disponible en: https://www.fne.gob.cl/declaracion-publica/ (ix) entre otros.

utilizar este instrumento– en el caso de los medicamentos, ¹⁵⁴ permitiendo la cooperación de competidores dentro de dicha industria, a fines de incrementar la producción y mejorar la provisión de medicamentos críticos y de urgente necesidad para hospitales con pacientes bajo tratamiento del COVID-19.

En Argentina, en esta línea, un instituto a explorar es el de los permisos incorporados bajo el art. 29 de la Ley de Defensa de la Competencia 27.442 (LDC), 155 que dispone: "El Tribunal de Defensa de la Competencia, de conformidad con lo que establezca la reglamentación, podrá por decisión fundada expedir permisos para la realización de contratos, convenios o arreglos que contemplen conductas incluidas en el artículo 2º de la presente, que a la sana discreción del Tribunal no constituyan perjuicio para el interés económico general."

Es importante recordar que el nuevo art. 2 de la LDC, al que hace referencia el mencionado art. 29, enumera una serie de conductas relacionadas con acuerdos entre dos o más competidores que, conforme dispone la nueva LDC, constituirían "prácticas absolutamente restrictivas de la competencia", se presumiría "que producen perjuicio al interés económico general", serían "nulos" y "no producirían efecto jurídico alguno"; además de poder ser pasibles de sanciones que exceden los varios miles de millones de pesos.

Los permisos del art. 29 de la nueva LDC, pueden constituir una herramienta valiosa en ciertas circunstancias, siempre y cuando los mismos sean utilizados conforme a su fin y para casos muy particulares y por motivos debidamente fundados.¹⁵⁷

La situación ante la cual nos encontramos actualmente, como consecuencia de los diversos efec-

European Commission DG Competition. (8 de marzo, 2020). Comfort letter: coordination in the pharmaceutical industry to increase production and to improve supply of urgently needed critical hospital medicines to treat COVID-19 patients. Disponible en https://ec.europa.eu/competition/antitrust/medicines_for_europe_comfort_letter.pdf

¹⁵⁵ Ley 27442 de Defensa de la Competencia. Disponible en http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/310000-314999/310241/norma.htm

Art. 2, LDC: "Constituyen prácticas absolutamente restrictivas de la competencia y se presume que producen perjuicio al interés económico general, los acuerdos entre dos o más competidores, consistentes en contratos, convenios o arreglos cuyo objeto o efecto fuere: a) Concertar en forma directa o indirecta el precio de venta o compra de bienes o servicios al que se ofrecen o demanden en el mercado; b) Establecer obligaciones de (i) producir, procesar, distribuir, comprar o comercializar sólo una cantidad restringida o limitada de bienes, y/o (ii) prestar un número, volumen o frecuencia restringido o limitado de servicios; c) Repartir, dividir, distribuir, asignar o imponer en forma horizontal zonas, porciones o segmentos de mercados, clientes o fuentes de aprovisionamiento; d) Establecer, concertar o coordinar posturas o la abstención en licitaciones, concursos o subastas. Estos acuerdos serán nulos de pleno derecho y, en consecuencia, no producirán efecto jurídico alguno."

La reglamentación del art. 29, mediante el Decreto 480/2018, dista de ser abarcativa y clara; por lo que se requiere una nueva reglamentación, que respete cabalmente el espíritu de la LDC.

tos negativos COVID-19, otorga el marco propicio para entender de qué se trata este instituto y para aplicarlo del modo para el cual fue concebido por el legislador.¹⁵⁸

En estos tiempos de pandemia, somos testigos de innumerables normas que se han ido emitiendo por parte del gobierno (tanto a nivel nacional, como también por las distintas autoridades provinciales y municipales, y organismos diversos).

En este tiempo, ha sido la regla escuchar referencias a conceptos tales como insumos críticos, precios máximos, solicitudes de aumento de producción, asistencias financieras varias, presunto desabastecimiento de ciertos productos e insumos medicinales, de limpieza y sanitarios, entre otros.

Por su parte, la Secretaría de Comercio Interior (SCI) resolvió la suspensión de plazos procesales en los expedientes que tramitan por ante la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC). ¹⁵⁹ Sin perjuicio de ello, se estableció un mecanismo de presentaciones de emergencia ¹⁶⁰ y la CNDC y su equipo continúan trabajando, en modo remoto.

Por otro lado, no han sido pocas las voces que sugieren "mitigar", "relajar" o "distender" la aplicación de las normas de competencia, tanto en nuestro país, como en el extranjero. Consideramos que ello puede ser una simplificación muy peligrosa e innecesaria, según cómo, cuándo, dónde y por cuánto tiempo se proponga.

Para el caso de nuestro país, partamos de la premisa que el art. 1 de la LDC dispone que el bien jurídico protegido del régimen de competencia argentino es el "interés económico general". Dicho en términos más generales, y dejando de lado otras consideraciones más técnicas, lel interés económico general al que refiere la LDC, no es otro que el interés público, aplicado al derecho y la política de la competencia.

Dicho esto, debe destacarse que las normas, los principios y, no menos importante, el espíritu de la LDC continúa –y debe continuar– teniendo plena vigencia, aún –o más aún– en la situación

Para una mayor ilustración sobre este instituto y sus eventuales implicancias, se sugiere ver y escuchar el "Coloquio IDC – Permisos del Art. 29 de la LDC", que se encuentra disponible en https://youtu.be/dbkualTnTio

 $^{159 \}qquad Resoluci\'on 105/2020. \, Disponible \, en \, \underline{https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/227413/20200403}$

Ministerio de Desarrollo Productivo. (s.f.). Modalidad de ingreso de presentaciones urgentes en el marco de la emergencia sanitaria - COVID-19. Disponible en https://www.argentina.gob.ar/defensadelacompetencia/presentaciones-urgentes-covid

Por ejemplo, consideraciones respecto a si ello se refiere más al bienestar de los consumidores, de los productores, de ambos, o a otras finalidades.

actual de la crisis sanitaria y económica desatada como consecuencia del COVID-19.

Es decir, coludir con un competidor sigue configurando una conducta absolutamente restrictiva a la competencia y se presume que produce perjuicio al interés económico general (arts. 2 y 3, LDC); abusar de una posición de dominio en un determinado mercado, sea fijando precios abusivos que impacten sobre los consumidores o realizando conductas que pudieren excluir competidores (arts. 3, 5 y 6, LDC) o realizar concentraciones económicas cuyo objeto o efecto fuere restringir la competencia (art. 8, LDC), siguen siendo conductas prohibidas bajo la LDC (art. 1, LDC).

Sin embargo, no puede dejar de tenerse en cuenta que las distintas normas dictadas en el último tiempo con el objeto de contener la propagación del COVID-19 en nuestro país, podrían llegar a implicar que ciertas personas, sean éstas personas físicas (humanas) o jurídicas, podrían verse involuntariamente inmersas en situaciones complejas, que podrían enmarcarse en algunas de las conductas previamente mencionadas.

En la práctica, podría presentarse una colisión de intereses legítimos entre diversas normas y conductas, como los intereses que pretende proteger la competencia y los que pretenden proteger las diversas normas de emergencia sanitaria dictadas durante la crisis sanitaria del COVID-19.

Para ilustrarlo mejor, no sería extraño que supermercadistas u otros jugadores de la cadena de distribución del mercado retail o de consumo, en algún momento del avance del COVID-19, deban coordinar sus conductas para garantizar la provisión de alimentos; o que laboratorios, distribuidoras, droguerías, farmacias u otros, deban también acordar cómo afrontar la demanda y provisión de ciertos medicamentos o insumos críticos en distintas regiones de nuestro país, por solo nombrar dos áreas críticas -consumo y salud- que, muy probablemente, serán de las más afectadas a medida que avance la propagación de la pandemia en nuestro país.

Es aquí donde el art. 29 de la nueva LDC toma su real dimensión. Aquellos empresarios que se encuentren en las situaciones mencionadas, por un lado, no están exentos de cumplir con las normas de competencia, pero, por otro, deben también cumplir las normas de emergencia.

A los efectos de dar cabal cumplimiento a las segundas, sin cometer ilícitos bajo el régimen de la LDC, la autoridad de aplicación podría analizar estos casos y, eventualmente, de corresponder, expedir permisos claros, debidamente fundados y de alcance temporal y geográfico acotados, que otorguen certeza a todas aquellas personas que se encuentren ante esta disyuntiva, sin que

ellos impliquen carta de indemnidad para cometer ningún tipo de conductas anti-competitivas.

De lograr esto, habremos logrado balancear correctamente los intereses en pugna, probablemente contribuyamos a que la pandemia sea atacada de un modo más óptimo en los esfuerzos conjuntos que deben realizar los sectores público y privado, y, por último, habrán dado a luz sanamente en nuestro país los permisos del novel art. 29 de la LDC.

6.3 Control de Concentraciones en Tiempos de COVID-19: ¿Jugamos en el Bosque?

Hasta acá un rápido pantallazo al escenario en que nos encontramos ante el COVID-19 y a las principales reacciones que se esperan del derecho y la política de competencia particularmente en el área de conductas.

La mayoría de estos desafíos, a corto y mediano plazo, también se sentirán en el área de control de concentraciones, debido a la naturaleza de estos. A diferencia de la aplicación de la LDC a casos de conductas antitrust o anticompetitivas, que se enfoca en lidiar con conductas pasadas, de modo que puede pasar una cantidad sustancial de tiempo entre la conducta en cuestión y la investigación y la posible decisión, en las fusiones o concentraciones económicas el horizonte temporal es –o debiera ser– más corto y el análisis –se supone que– es prospectivo.

Sin embargo, ¿cómo puede una autoridad de competencia llevar a cabo este análisis mientras se están produciendo desarrollos significativos en el mercado y cuando partes importantes de la economía están bloqueadas? Por ejemplo, imaginemos una fusión que involucre a aerolíneas, cuando casi todas ellas han debido aterrizar sus aviones y, por lo tanto, podría afirmarse que actualmente no existe competencia alguna en gran parte de los mercados aéreos, ¿Y cómo se podría hacer un "análisis prospectivo" cuando todavía no está claro cuánto se contraerá la economía y cuál de todos los escenarios o pronósticos es más creíble para los próximos meses –o años?

En principio, la autoridad de aplicación de la LDC solo podría bloquear o condicionar una transacción notificada, si existe un vínculo causal estricto entre la operación bajo evaluación y el daño anticipado a la competencia. Si bien el efecto anticompetitivo de una fusión puede no discutirse, es posible que, en algunas situaciones de crisis económica aguda, tal vínculo no se establezca. Ese podría ser el caso si los mercados afectados, en ausencia de la fusión, experimentaran en cualquier caso un aumento de la concentración y una disminución significativa de la competencia. Aquí es donde la defensa de la empresa en decadencia o failing firm defense (FFD)

se vuelve relevante.

Así las cosas, en lo que refiere al control de concentraciones particularmente, no bien iniciada la pandemia y previendo lo que podría suceder de continuar en el tiempo la crisis sanitaria y económica, comenzamos a revisar lo que sabíamos hasta ahora sobre la FFD.

En Argentina, en estos meses hemos vuelto a desempolvar y analizar casos cómo los de Bimbo/Fargo, ¹⁶² en el caso de Papelera Massuh, ¹⁶³ el de Supermercados Toledo, ¹⁶⁴ Venado Tuerto TV, ¹⁶⁵ AA2000/LAPA, ¹⁶⁶ OCA/Correo Argentino, ¹⁶⁷ entre otros, donde –si bien no fueron resueltos expresamente sobre la base de la FFD– se trataron, de una manera directa o indirecta, según el caso, ciertos extremos que dan pautas razonables respecto a cómo aplicar esta defensa de la empresa en decadencia en nuestro país.

También debe tenerse en cuenta lo dicho recientemente por la CNDC en las guías de concentraciones económicas del año 2018,¹68 en las que se ordenan ciertas pautas claras, similares a las pautas de las directrices de concentraciones horizontales de la Comisión Europea¹69 que, básicamente, admite la defensa FFD si: (i) la empresa en crisis igualmente sería forzada en el futuro próximo a salir del mercado por dificultades financieras, de no ser adquirida por otra empresa; (ii) no existe otra alternativa menos anti-competitiva; y (iii) sin la concentración, los activos de la empresa en crisis indefectiblemente desaparecerán del mercado.¹70

Es esperable que durante el COVID-19 y su crisis económica resultante, en nuestras jurisdic-

¹⁶² Concentración 418, Dictamen 395 y Resolución SCT 131, del 23 de septiembre de 2004: http://cndc.produccion.gob.ar/sites/default/files/cndcfiles/395_0.pdf; ver también: Concentración 418, Dictamen 894 y Resolución SCI 118, del 11 de agosto de 2011: http://cndc.produccion.gob.ar/sites/default/files/cndcfiles/894.pdf

¹⁶³ Concentración 693, Dictamen 722 y Resolución SCI 733, del 15 de octubre de 2009: http://cndc.produccion.gob.ar/sites/default/files/cndcfiles/722.pdf

¹⁶⁴ Concentración 796, Dictamen 873 y Resolución SCI 68, del 6 de mayo de 2011: http://cndc.produccion.gob.ar/sites/default/files/cndcfiles/873.pdf

¹⁶⁵ Concentración 380, Dictamen 340 y Resolución SCDyDC 32, del 14 de marzo de 2003: http://cndc.produccion.gob.ar/sites/default/files/cndcfiles/340_0.pdf

¹⁶⁶ Concentración 335, Dictamen 323 y Resolución SCDyDC 29, del 27 de septiembre de 2002: http://cndc.produccion.gob.ar/sites/default/files/cndcfiles/323.pdf

¹⁶⁷ Concentración 170, Dictamen 226 y Resolución SDCyC 64, del 9 de marzo de 2001: http://cndc.produccion.gob.ar/sites/default/files/cndcfiles/226_0.pdf

S.a. (2018). CNDC Guías de Concentraciones Económicas, Punto VII, P. 20. Disponible en http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/305000-309999/308818/res208.pdf

Ver: Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas. Capítulo VIII, Punto 90l Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52004XC0205(02)&from=EN

Asimismo, cobra relevancia actual lo dispuesto en Europa en el año 2013 en el caso Aegean/Olympic II, en el cual la Comisión Europea estableció claras pautas de los alcances de la FFD: https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m6796_20131009_20682_4044023_EN.pdf

ciones debamos tener que volver a aplicar estas pautas. En Argentina, en particular, es probable que en la post-pandemia se planteen ante la autoridad de aplicación de la LDC casos en los que las partes de una concentración económica intenten argumentar la FFD, incluyendo argumentos contra-fácticos relacionados con el futuro. Habrá que ver entonces, si los estándares de la FFD se mantienen o se revisan, sea para relajarlos o para hacerlos más estrictos. En gran medida, ello dependerá de las dimensiones definitivas de la crisis del COVID-19 y sus efectos en la economía de la Argentina, cuyos efectos y alcance final todavía están en desarrollo.

Por otra parte, una de las características que diferencia a la Argentina de otros países del mundo con legislación de competencia, es que el control de concentraciones continúa siendo ex-post. En la práctica, todavía no existe en la Argentina control previo de concentraciones.

Tuve la oportunidad de liderar la redacción del proyecto de la LDC, discutiendo también el mismo dentro del gobierno y luego con legisladores y asesores en ambas Cámaras del Congreso. Siempre mantuve la posición de que en Argentina debíamos ir definitiva y directamente hacia un control previo de concentraciones. Lamentablemente, si bien el texto de la LDC establece un control previo de concentraciones, también se estableció un –a mi criterio, errado– período de transición durante el cual continuará el sistema ex-post de control de concentraciones en Argentina, que además –producto de una errada reglamentación de la LDC– resulta ser aún más ex-post que el que teníamos en 2018, hasta tanto no transcurra un año de la puesta en funcionamiento de la nueva autoridad de competencia (que dicho sea de paso, nada se sabe a la fecha respecto de su conformación, a más de dos años de la sanción de la LDC).

Traigo esto a colación porque en una situación de crisis como la producida por el COVID-19, un sistema de control de concentraciones ex-post presenta una diversidad de peligros e inconvenientes, que no se presentarían en un sistema de control previo de concentraciones. En un sistema de control previo, la autoridad de aplicación tiene la oportunidad de actuar preventivamente, con anterioridad al cierre y consumación o perfeccionamiento de la operación. En un sistema de control de concentraciones ex-post como el vigente en Argentina, donde no solo es posible cerrar operaciones sino también perfeccionarlas o consumarlas previamente a que la autoridad de aplicación resuelva sobre su suerte, es muy difícil –y, a veces, simplemente imposible– volver atrás o bloquear operaciones que ya se han consumado plenamente en la práctica. La analogía que uno siempre utiliza es la que refiere a la dificultad insoslayable de "unscramble the eggs",

Empeorando más aún esta situación, el Decreto 480/18, reglamentario de la LDC, suspendió la aplicación de parte de la LDC (i.e., tercer párrafo del art. 9 LDC) extralimitandose en sus facultades.

algo así como la imposibilidad de "des-revolver los huevos revueltos". Convivir con este sistema, en el actual contexto de crisis, en el cual habrá que actuar con agilidad y diferenciar bien qué operaciones o adquisiciones son genuinas y razonables respecto de aquellas que no lo son, será un enorme desafío para la autoridad de aplicación de la LDC.

En otro orden de ideas, cabe aquí mencionar ciertas acciones y herramientas que tienen hoy las autoridades de competencia en Argentina. En primer lugar, la CNDC y su equipo están trabajando a distancia. Como mencionáramos, una de las primeras decisiones que se tomaron cuando se ordenó la emergencia sanitaria en Argentina, fue la suspensión de los plazos procedimentales y procesales; también se estableció un mecanismo de notificación vía email para las presentaciones urgentes.

Además, la CNDC también tiene otras herramientas como el fast-track o procedimiento simplificado –para el control de concentraciones con bajo impacto en el mercado– y el Registro de la Competencia (art. 13, segundo párrafo, LDC), que se pusiera en funciones en diciembre de 2019 y que es importante que se actualice permanentemente, "para que cada acto de concentración notificado a la Autoridad Nacional de la Competencia tome estado público y cualquier interesado pueda formular las manifestaciones y oposiciones que considere pertinentes", no estando exentas de ello las concentraciones realizadas en el contexto de la pandemia del COVID-19.

En este contexto, es importante también que las autoridades de competencia sean creativas. Definitivamente, hay mucho por hacer, pero que de la mano de la digitalización de los procesos y otras herramientas nuevas, podrán agilizarse los procesos y sustanciarse mejor los mismos.

Por último, tanto durante la pandemia como luego de ella, es altamente probable que la autoridad de aplicación de la LDC deba ejercer un delicado equilibrio entre el pragmatismo político y la ortodoxia técnica propia de la defensa de la competencia como política pública de largo plazo.

En los últimos meses, en plena pandemia y en paralelo a las normas de emergencia emitidas semana a semana, el país ha sido también testigo de algunas propuestas de intervención estatal sobre empresas privadas o de expropiación de las mismas por parte del Estado. En tales casos, tengan o no tengan relación aparente con la pandemia del COVID-19, conforme lo dispone claramente el art. 4 de la LDC, es de esperar que dichos casos de intervención estatal también sean sometidos al control que le cabe a la autoridad de aplicación de la LDC, salvo que se autoricen en el marco de algún proceso judicial concursal o similar, o hubiere una norma de rango similar

o superior a la de la LDC que la exima expresamente y por razones fundadas de dicho control.

6.4 Conclusiones: ¿Prevalecerá el Interés Económico General o la Política?

Como dice el dicho: a río revuelto, ganancia de pescadores.

En el actual contexto, el derecho y la política de competencia deben ocupar un lugar preponderante y plenamente activo, para evitar que, cuando acabe el COVID-19, nos encontremos con mercados absolutamente concentrados y, tal vez, sea demasiado tarde para haber evitado otra pandemia: la de la concentración excesiva de poder económico en unos pocos, en detrimento del interés económico general.

Entre otras cuestiones a resolver, es probable que se presente la cuestión de si es preferible aceptar mantener artificialmente a ciertas empresas en el mercado, a expensas de todos los contribuyentes (como consecuencia de las eventuales medidas de intervención del Estado), o si es más conveniente permitir que ciertas empresas adquieran otras competidoras en situación de decadencia, a expensas de un grupo mucho más reducido (es decir, de los consumidores o usu-arios de los productos o servicios ofrecidos por dichas empresas, que posiblemente se vean afectados debido a la reducción de la competencia y la creación de monopolios u oligopolios).

Ante esta cuestión, una vez más, vale recordar que la defensa de la competencia tiene rango constitucional en la Argentina, de conformidad con lo establecido por los arts. 42 y 43 de la Constitución Nacional, entre otros.172

Por otra parte, y no menos relevante, máxime en tiempos de crisis agudas como las actuales, todo análisis que realice la autoridad de aplicación de la LDC debe estar guiado por el bien jurídico protegido de la LDC que no es otro que el interés económico general (art. 1, LDC).

En consecuencia, lejos de relajarse o distenderse, en épocas de crisis como la del COVID-19 u otras eventuales crisis, el derecho y la política de competencia deben ser especialmente fortalecidos y ejercidos con la más plena fuerza y decisión.

La LDC establece mecanismos para adaptarse a las circunstancias de crisis, y otorga a su autoridad de aplicación las herramientas y parámetros suficientes para poder ejercer su responsabilidad óptimamente.

82

¹⁷² Trevisán, P. (2019). La Defensa de la Competencia: Una Exigencia Constitucional, en "A 25 Años de la Reforma Constitucional de 1994", Directora: María Angélica Gelli, la Edición, Buenos Aires, La Ley., 2019, para un mayor desarrollo de este tema.

Capítulo 7

Control de concentraciones en tiempos de crisis: Varias afirmaciones y algunas predicciones

Javier Tapia Canales¹⁷³

Una primera pregunta que uno debe hacerse es ¿por qué estamos hablando de fusiones y cuál es la importancia de hablar sobre ello en estos tiempos? Ante todo, es bueno entender qué ha estado ocurriendo. En simple, económicamente la pandemia ha generado un shock de oferta de productos, lo que, en términos simples, quiere decir que las empresas no han podido producir del mismo modo que lo harían en tiempos normales. Se restringe la cantidad ofertada de la mayoría de los productos. Al mismo tiempo, lo que ha ocurrido es que tras el shock de oferta viene un shock en la demanda, porque lo que hacemos todos es "guardar la plata en el colchón", evitando gastar más allá de los estrictamente necesario, dada la incertidumbre económica. Y cuando guardamos la plata en el colchón, cuando no gastamos, las empresas a su vez tienen un incentivo mayor a dejar de producir. Es decir, ya no es que no puedan producir, sino que no quieren hacerlo. Y se empieza a producir un ciclo que puede llevar, en el extremo, a problemas serios de liquidez en la economía.

Por cierto, esto no ocurre con todos los productos. Máscaras protectoras, alcohol gel, productos médicos, etc., han visto aumentada su demanda y su producción. Esto, sin embargo, no alcanza a paliar lo antes dicho, que es la regla general. El problema grave que tenemos es que se ha producido un shock de oferta y de demanda al mismo tiempo, y que existe un problema, al menos latente, de liquidez. Esto explica que se reduzcan las proyecciones de crecimiento y que el mundo empiece a "asustarse"; que suban las tasas o tipos de interés, etc. El que se produzca realmente una crisis de liquidez va a depender de varios factores, pero principalmente de uno: de cuánto tiempo duren los shocks producto de la pandemia (de aquí que existan álgidos debates sobre si la recuperación será en "V" o en "U"). Es esa la gran pregunta que nos estamos haciendo todos.

Bueno, vamos al grano. Es en este ambiente donde empiezan los problemas relacionados con las concentraciones de empresas. ¿Por qué? Porque muchas empresas —sobre todo las más pequeñas— están poco preparadas para sobrevivir durante un buen tiempo a los shocks antes

Abogado y consultor; ex Juez del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (2014-2020) (Chile). La conferencia en la que se basa este escrito fue dada mientras ejercía ese rol, pero todo lo expresado en este escrito representa mi opinión personal y académica, y no representa necesariamente la opinión del Tribunal o de sus integrantes. Última fecha de modificación: julio 25, 2020.

mencionados, y menos a una crisis de liquidez. Ello les provoca, por ejemplo, la imposibilidad de poder pagarle a sus trabajadores, a proveedores, o de cumplir con sus compromisos financieros. Y tarde o temprano un número creciente de firmas empiezan a barajar la posibilidad de salir del mercado; por ejemplo, a través de la venta de activos o del control.

En condiciones de pandemia, entonces, es muy probable que el nivel de compras y ventas de empresas sea mayor al vivido en tiempos "normales". Claro, es posible que este aumento no sea inmediato. Puede que varias operaciones se vean frenadas por los ajustes de precios propios de esta época. Incluso si existen tratativas preliminares, un comprador puede estar pensando "no voy a adquirir tal compañía X de inmediato, porque los precios se están ajustando a la baja. Mejor renegociamos un poco más adelante". Es plausible, entonces, que las operaciones que se están viendo hoy —cuando no hay aún un horizonte cierto de término del COVID-19— sean sólo los resabios de procesos que venían de antes y no evidencien realmente el aumento que estoy prediciendo. Más aún, creo que incluso vamos a observar, en algún minuto (que probablemente todavía no es), un "frenazo" en temas de fusiones y adquisiciones, a la espera de los ajustes de precios en el mercado, a la espera de saber cuánto tiempo más durará esta situación de creciente iliquidez. Pero también creo que, tarde o temprano, vamos a tener, sí o sí, un alza en las operaciones de concentración, un repunte importante en el número de fusiones y adquisiciones, de una magnitud que —reitero— no veríamos en tiempos normales.

Ahora quiero enfocarme en Chile: ¿Cómo estamos preparados para afrontar esto?

Como muchos saben, desde el 2016 tenemos en Chile un control obligatorio de fusiones. ¿Cómo funciona este sistema? Bueno, tenemos dos entidades separadas —que es la gran característica del sistema chileno: tiene una agencia que no decide, sino que investiga y persigue, y tiene un tribunal, que es el que decide—, la Fiscalía Nacional Económica (FNE) y el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC). En materia de fusiones, el sistema es administrativo: las llamadas "fase 1" y "fase 2" del control están en manos de la Fiscalía, que decide sobre la operación. El Tribunal, luego —y sólo eventualmente, en ciertos casos— lleva a cabo una revisión judicial de la decisión de la Fiscalía, cuando ésta prohíbe una operación. Hay además un recurso ante la Corte Suprema, sólo cuando el TDLC propone medidas nuevas, que no han sido propuestas por las partes.

Dado que el sistema es administrativo, el Tribunal no ha hecho nada en temas de fusiones durante el COVID-19, no ha adoptado ninguna medida, simplemente porque no es su rol hacerlo.

No podemos esperar otra cosa. El Tribunal sacó unas instrucciones respecto a acuerdos de colaboración, que es algo muy distinto. Quien debe preocuparse del tema de operaciones de concentración es la Fiscalía.

Si uno ve los números chilenos, no han sido muy diferentes a lo normal hasta el momento. No ha habido un aumento de las operaciones de concentración. Ya he explicado una de las posibles razones de esto (el ajuste de precios de que hablaba antes). De todos modos, a finales de marzo la Fiscalía sacó una resolución que se hace cargo de cuestiones procesales: ajusta plazos y requisitos; además de una declaración diciendo algo así como "por favor notifíqueme sólo las fusiones urgentes e imprescindibles". Es decir, realizó una suerte de reconocimiento de que, en estos tiempos, su creencia es que aumentará el trabajo en esta materia, y que además será mucho más difícil hacerse de la información necesaria para llevar a cabo el proceso. Esto es lógico. No sólo será más complejo efectuar el análisis por parte de la propia Fiscalía. También a las empresas les costará más recolectar la información de distinto tipo que se requiere durante el periodo previo a la notificación (que en Chile es muchísima, quizás excesiva). La declaración de la Fiscalía es, entonces, bastante razonable: trate de notificar sólo lo urgente y necesario, dejando para después lo demás, en el entendido —claro— que no siempre se pueden posponer las operaciones.

¿Qué consejos de orden práctico uno puede dar en esta situación de crisis? Primero, si hay posibilidad de tener alternativas estructurales para no caer en un control de fusiones obligatorio, como el chileno, tratar de usarlas. No se trata de burlar la ley, obviamente, pero la forma jurídica puede importar en estos casos. Luego, adaptarse también es importante, y la tecnología ayuda en esto. Durante el proceso de control de concentraciones, por ejemplo, las reuniones presenciales han sido bastante bien reemplazadas por reuniones virtuales; la Fiscalía permite comunicaciones y notificaciones vía electrónica; si la información es muy voluminosa, se puede subir a un sitio web de estos que crean un link y luego la autoridad descarga desde allí la información; etc. Lo que quiero decir es que alternativas tecnológicas hay para lidiar con las practicalities de estos tiempos, y en Chile se están usando. Y, además, se puede solicitar a la Fiscalía, en el periodo previo a la notificación —y esto es algo bastante importante que también han hecho otras autoridades—, no acompañar siempre la información o la totalidad de la misma, si ella no es urgente o tan necesaria (en lo inmediato, al menos).

En suma, hasta ahora, procesalmente se ha hecho —creo yo— una labor más que razonable.

Lo que no es necesario, ni muchas veces posible, es relajar los requisitos sustantivos. En Chile

no ha habido flexibilización normativa desde esta perspectiva. Los estándares siguen siendo los mismos.

Por cierto, en medio de la crisis, ha habido llamados a tratar de cambiar ciertas cosas o, incluso, modificar la ley. En lo personal, creo que la competencia tiene que resistir el fuerte golpe, no retroceder en estos tiempos donde hay tanta tentación y llamado a que así lo haga. Seamos claros en esto. Flexibilizar, sí, cuando se requiera; cambiar cuestiones basales me parece innecesario (al menos por ahora). En Chile somos buenazos para pedir modificaciones a la ley cuando pasan "cosas" (un caso específico, una pandemia...). Creo que, aunque a veces ha dado resultado y crea el momentum político para mejorar, a veces puede ser sólo mala técnica legislativa. En la materia que nos concierne, tenemos hoy un régimen bastante moderno y hasta cierto punto suficientemente flexible para analizar operaciones. Claro, siempre hay cosas que se podrían mejorar, eso es de Perogrullo. Yo diría incluso que quizás hasta se podría dejar un poco más de espacio al regulador y menos en la ley. Con todo, en términos generales el sistema es bueno y la actual situación aún no justifica grandes ajustes normativos.

Veamos un par de ejemplos de cosas que no es posible flexibilizar, ni es tampoco necesario hacerlo. Partamos por el aspecto procesal. La norma chilena no permite completar una transacción de forma previa de la notificación, ni siquiera en estos tiempos. En otras palabras, no gatillar el gun jumping no es posible normativamente en Chile, por mucho que esto se haya estudiado en otras jurisdicciones como "alivio" procedimental en estos tiempos. Hay practicantes que siempre tratan de "trasplantar" este tipo de soluciones, pero hay que tener cuidado con cuánto permite la legalidad. En otros lados (en Europa, por ejemplo) se puede porque su normativa en la materia no tiene rango legal, por decirlo de alguna forma, sino administrativo. La normativa de operaciones de concentración tiene quizás allí una mayor flexibilidad para enfrentar este tipo de situaciones, de modo que podría ser posible completar una transacción de forma previa al clearance. Pero en Chile, donde la normativa—reitero— es legal, al igual que como suele serlo en otros países latinoamericanos (somos bien legalistas), la flexibilidad lamentablemente es menor. Así todo, dudo que haya un número de casos suficiente como para justificar un cambio en la ley.

En los aspectos sustantivos, ya dije que nada ha cambiado ni tiene por qué hacerlo. El mejor ejemplo es la llamada "defensa o excepción de firma fallida" (failing firm defense). El reglamento chileno sobre fusiones tiene la posibilidad, como otros, de alegar que se está en presencia de una "firma fallida", que es básicamente la situación que enfrenta una firma que, si no es comprada por su competidor, saldrá del mercado, empeorando la situación. Alegando esta excepción, en-

tonces, una operación en principio anticompetitiva puede ser aceptada por la autoridad. La pregunta es, si en las actuales condiciones, la autoridad debiera ser más laxa y aceptar en un mayor número de ocasiones esta excepción.

En términos generales, es muy complejo para las partes usar esta excepción. Es complejo, ante todo, porque los requisitos son muy estrictos. La situación que lleva a la firma a "fallar" debe ser un financial distress de largo plazo. Incluso es dudoso que una situación de quiebra la configure. Estamos hablando de una situación compleja de iliquidez que provocará una salida del mercado. Es improbable, entonces, que la autoridad considere fallida a una firma por el mero impacto financiero producido a raíz del COVID-19, sobre todo si no conocemos el plazo por el que durará la pandemia, pero que es posible que sea corto (si existe una recuperación como la plantean los organismos internacionales, relativamente rápida a 2021). En cambio, si la firma es fallida por otras razones, de más largo plazo, y la situación del COVID-19 la empeora, bueno, eso es otra historia.

Asimismo, el otro gran problema que tiene esta excepción es que cuando es invocada, uno está reconociendo explícitamente el efecto anticompetitivo (que se ve compensado por la situación de eventual salida de la firma del mercado). Las partes normalmente no querrán reconocer que están actuando en contra de la legalidad, aprovechando la situación.

Todo esto da como resultado que sean pocos los casos en los que se ha usado la excepción de firma fallida. El último caso europeo es del 2018, hasta donde tengo entendido. No tengo conocimiento de otro más reciente. No son casos que se den todos los días, como dije, tanto porque los requisitos son complejos como porque hay que reconocer el efecto anticompetitivo.

Ahora bien, definir en estos tiempos si estamos en presencia de firmas que no andan bien producto de shocks de corto plazo, o de firmas realmente en distress, es complejo y depende, en buena medida, de cada industria. Es muy probable que durante el desarrollo de la pandemia, y por las restricciones impuesta a causa de ella, en varios sectores —como el turismo, los restoranes, etc.— la salida del mercado sea cada vez más rápida. Es probable también que los gobiernos no se preocupen demasiado por esos sectores, porque la política pública va a estar más enfocada en dar apoyo a nuevos entrantes que en evitar la salida. En general, las bajas barreras y la escala permiten que el proceso de recuperación en sectores como esos sea relativamente rápido y poco "traumático" para la economía. En muchos de estos casos, no se tratará de "firmas fallidas", técnicamente hablando, y no hay razón para aceptar de manera más laxa la excepción. Cuestión distinta es que algún grado de consideración haya que darle a la situación dentro del análisis de competencia de una eventual compra.

En cambio, en otras industrias, como aerolíneas o sectores de infraestructura, puede que la crisis tenga efectos más complejos. Dificulto que los gobiernos no vayan en ayuda de esos sectores, si se requiere, pero más allá de esa política, si se alegara una excepción a la firma fallida frente a una compra, me parecería extraño que no estuviera apoyada en un problema financiero de más largo plazo que la sola crisis. Es decir, tampoco hay razón para modificar la normativa actual.

Termino con un recap de lo que he argumentado en este texto y algunas preguntas generales para futuro.

Ante todo, creo que los problemas en un sistema obligatorio como el chileno son más o menos los mismos que la mayoría del mundo, probablemente incluso los mismos que en jurisdicciones voluntarias. En nuestro sistema el peso del análisis de fusiones recae completamente en la FNE, que es la agencia administrativa. Hasta el momento, esta última no se ha referido a otras materias distintas de flexibilización en plazos y requisitos procedimentales. Por eso, los problemas por ahora son menores, circunscrito a cómo se entrega (y cuánta se entrega) y cómo se maneja la información. Quizás el futuro próximo demande algunas otras adecuaciones. Respecto de los aspectos sustantivos, no vislumbro mayores modificaciones ni estimo que sean ellas urgentes, si es que necesarias.

En cuanto al futuro, dos cuestiones son relevantes. Creo que, dado que contamos hoy con un buen test legal basado en un estándar abierto y flexible ("disminución sustancial de la competencia"), el uso de herramientas económicas para analizar cada caso concreto debe irse adaptando. En particular, la situación actual de pandemia va a permitir testear nuevas herramientas o exigir bastante a las existentes, igual que como se ha estado haciendo en mercados más modernos. Tengo la impresión —sin ser experto en el detalle— que muchas de ellas no van a ser tan útiles en el contexto de la crisis; que "no van a dar el ancho", como se dice. Vislumbro que vamos a estar preguntándonos pronto qué es "disminución sustancial de la competencia" en un contexto distinto al normal y espero que, en esto, la literatura pronto nos dé luces.

Creo, también, que pronto vamos a estar discutiendo cosas igual de sustanciales en esta materia. ¿Hay que aplicar un sistema ex ante —que estoy convencido es superior al ex post en condiciones normales— o funcionaría mejor este último en este contexto? Qué pasa con las empresas que están debajo de los umbrales: ¿hay que investigarlas de manera voluntaria, sí o no? Estas preguntas son muy políticas, en cierto sentido —en el sentido del policy—, y son las típicas preguntas que genera siempre el tema de fusiones. Ahora, estos tiempos —que son tiempos de política— las van a hacer renacer.

Capítulo 8

COVID-19 y concentraciones empresariales: Predicciones en tres actos

Carlos Esguerra Cifuentes¹⁷⁴

El derecho de la competencia es una rama del derecho que se adapta a las circunstancias históricas, a las particularidades de cada país y a las necesidades que dicte el estado general de la economía. Por ejemplo, en Sudáfrica uno de los objetivos del derecho de la competencia es promover el acceso de las minorías raciales al proceso industrial. Otro ejemplo se encuentra en la Unión Europea, que adaptó su sistema de derecho de la competencia para que este contribuyera con el objetivo de derribar las barreras existentes entre los mercados de los diferentes países que la componen para así consolidar un "único mercado europeo". Por su parte, China ha implementado un sistema antimonopolio encaminado a promover el desarrollo de una "economía de mercado socialista". 176

El derecho de la competencia también cambia y se adapta inclusive dentro de un solo país. En Estados Unidos, el derecho de la competencia (antitrust) ha variado en sus prioridades, objetivos y permisibilidad de ciertas conductas dependiendo de la situación política y económica, así como de las circunstancias industriales y comerciales en cada período.¹⁷⁷

En lo que concierne al COVID-19, las autoridades alrededor del mundo han tardado poco en tratar de adaptar sus prácticas y prioridades para responder a esta nueva realidad. Las iniciativas más inmediatas se concentraron, por una parte, en estudiar y promover los acuerdos de colaboración entre competidores para proteger cadenas de abastecimiento y el desarrollo de nuevos productos necesarios en estos momentos; y, por la otra, en priorizar las investigaciones y sanción de las conductas que, en opinión de las autoridades, pueden resultar más dañinas en la coyuntu-

Socio en Avante Abogados (Colombia). El autor agradece a Fery Daniel Cure por su amable revisión de este documento y sus pertinentes comentarios.

Última fecha de modificación: Julio 13, 2020.

¹⁷⁵ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (2003). Competition Law and Policy in South Africa. An OECD Peer Review. Disponible en https://www.oecd.org/daf/competition/prosecutionandlawenforce-ment/2958714.pdf

Artículo I de la Ley antimonopolio de la República Popular China. Ver versión en inglés en http://english.mof-com.gov.cn/article/policyrelease/Businessregulations/201303/20130300045909.shtml

¹⁷⁷ Ver Kovacic, E. (2003). The Modern Evolution Of U.S. Competition Policy Enforcement Norms. Antitrust Law Journal. Vol 7l. Disponible en https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/modern-evolution-policy-enforcement-norms/0304modernevolution.pdf

ra actual, por ejemplo, precios excesivos.¹⁷⁸ Sobre estos dos aspectos no es necesario profundizar, pues otros contribuyentes de este libro se concentran en ello.

Este breve texto se centra en explorar y tratar de predecir qué cambios pueden presentarse en materia del control de integraciones empresariales a raíz de la coyuntura actual. Al respecto surgen varios interrogantes: ¿Las autoridades del mundo van a flexibilizar el análisis y la aprobación de integraciones empresariales debido al COVID-19?, ¿existirá un cambio sustancial en el test o los criterios para autorizar las integraciones empresariales?, ¿habrá una reformulación de la excepción de la empresa en crisis?¹⁷⁹ En últimas, ¿pueden las empresas esperar que el control de integraciones empresariales sea más flexible?

Mi predicción de respuesta para todas estas preguntas es negativa. El derecho de la competencia se adaptará de muchas maneras, pero los sistemas de control de concentraciones empresariales y el análisis sustancial que se hace de las mismas, poco o nada cambiarán.

En mi opinión, de todas las herramientas que tiene el derecho de la competencia, el régimen de revisión de concentraciones empresariales es el peor equipado para responder a los retos del COVID-19. Esto es así pues, a diferencia de lo que ocurre con los acuerdos de colaboración entre competidores, que suelen ser temporales y susceptibles de ser terminados en cualquier momento por orden de la autoridad o por decisión de las partes, las integraciones empresariales son, por lo general, irreversibles e implican la desaparición de un competidor de manera permanente. Por lo tanto, una decisión inadecuada en materia de integraciones empresariales puede

Por ejemplo, en Colombia, la Superintendencia de Industria y Comercio expidió la Resolución 20490 de 2020 que estableció los criterios que deben cumplir los acuerdos de colaboración entre competidores en el marco de la pandemia, estos son: la generación de eficiencias, el carácter indispensable, la creación de beneficios para los consumidores y la no eliminación de la competencia. Mediante dicha norma, la autoridad señaló que si el acuerdo está encaminado a atender la emergencia derivada por el COVID-19, o a superar las afectaciones que se seguirán para el sistema económico como resultado de esa emergencia no era necesario acreditar la generación de eficiencias. También estableció la obligación de informar a la autoridad la realización de dichos acuerdos. Ver Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 20490 de 2020. Disponible en http://normograma.info/sic/docs/pdf/resolucion_superindustria_20490_2020.pdf

En Colombia, la excepción de la empresa en crisis consiste en la facultad que tienen las autoridades de competencia para autorizar una concentración empresarial que, en circunstancias normales, sería objetada o condicionada, bajo las siguientes tres condiciones: l. La empresa saldría del mercado de manera definitiva debido a sus problemas financieros en el futuro próximo; 2. No existe una alternativa menos anticompetitiva que la concentración en revisión; y 3. Que el daño generado por la concentración es comparable con aquel que provocaría la salida del mercado de los activos de la empresa en crisis. Ver Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 90622 de 2015. Disponible en TERPEL.pdf

La diferencia entre integraciones empresariales y acuerdos de colaboración es explicada por la Superintendencia de Industria y Comercio. Ver Superintendencia de Industria y Comercio. (2015). Cartilla sobre la aplicación de

tener efectos irreparables.

Para ilustrar este punto, Tim Wu, en su columna del New York Times titulada "A Corporate Merger Cost America Ventilators", explicó que en el 2012 las autoridades de competencia de Estados Unidos permitieron que COVIDIEN, una empresa establecida en el mercado y productora de respiradores para unidades de cuidados intensivos, adquiriera sin condicionamientos a Newport Medical Instruments, una pequeña empresa que estaba desarrollando un nuevo respirador portátil a una porción del precio del que se comercializaba en ese momento. Poco tiempo después, COVIDIEN canceló el proyecto de producción del nuevo modelo de respirador. Hoy, 12 años después, en medio de la pandemia y con escasez de respiradores en todo el mundo, sabemos que haber permitido esa concentración empresarial sin condicionamientos tuvo un alto costo. 181

Si la cancelación del proyecto de Newport Medical Instruments obedeciera a un acuerdo entre empresas independientes, las autoridades de competencia podrían ordenar la terminación de dicho acuerdo e intentar reparar la afectación al mercado. Sin embargo, dado que en ese caso se trató de una concentración empresarial debidamente permitida por la autoridad competente, no hay herramientas, desde el punto de vista de competencia, para tomar medidas en el asunto.

Teniendo en cuenta lo anterior, habiendo otras herramientas temporales disponibles, no considero probable que las autoridades del mundo flexibilicen sus sistemas de revisión de concentraciones empresariales como consecuencia del COVID-19. Por el contrario, es posible que, mientras dure la actual emergencia sanitaria, sea más difícil para las empresas conseguir las autorizaciones necesarias para integrarse.

Sobre el particular, a continuación presento mis predicciones sobre qué puede ocurrir con los procesos de revisión de concentraciones empresariales en el corto, mediano y largo plazo.

8.1 Qué esperar en el corto plazo (desde el inicio de la crisis y hasta las próximas semanas): interrupciones en los procesos y algunas demoras

El primer efecto del COVID-19 en los procesos de concentraciones empresariales fue el de generar demoras y retrasos en los procesos, así como suspensiones temporales de las actividades

 $las normas de competencia a los acuerdos de colaboración entre competidores. Disponible en {\tt https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/CARTILLA_ACUERDOS%2019-03-2015.pdf}$

Wu, T. (2020, abril 12). A Corporate Merger Cost America Ventilators. The New York Times. Disponible en https://www.nytimes.com/2020/04/12/opinion/ventilators-coronavirus.html

de las autoridades de competencia. Para el momento en que participé en el panel sobre "Concentraciones Empresariales en Tiempos de COVID-19" (14 de abril de 2020), los términos para decidir concentraciones empresariales en Colombia estaban suspendidos. Para entonces, la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea (DG COMP) recomendó no presentar solicitudes de autorización que no fueran fundamentales (recomendación que sigue vigente), y las autoridades de competencia estadounidenses adaptaron el procedimiento para migrar a un proceso completamente virtual, pero anunciaron que el análisis sustancial tomará más tiempo de lo usual. 183

Recientemente, Latham and Watkins publicó un reporte sobre el impacto del COVID-19 en los procesos de revisión de concentraciones empresariales en todo el mundo. De las 68 jurisdicciones analizadas, en 56 se presentaron interrupciones de los procesos de revisión; en cinco hubo demoras sustanciales en los períodos de revisión una vez se reanudaron los procesos, y sólo en siete jurisdicciones no hubo un impacto apreciable sobre los procesos de revisión. Lo anterior, se puede apreciar en el siguiente gráfico.¹⁸⁴

¹⁸² El 15 de mayo se levantó la suspensión. Ver: Superintendencia de Industria y Comercio. (2020). Resolución 20476 de 2020. Disponible en https://www.sic.gov.co/sites/default/files/normatividad/052020/Resolucio%CC%81n%20 de%20reanudacio%CC%81n%20de%20te%CC%81rminos%20integraciones%20empresariales%20vf%20%281%29.pdf

Ver: S.a.. (2020). U.S. Antitrust Agencies Issue Guidance on Merger Review During Coronavirus Crisis. Jones Day. Disponible en

https://www.jonesday.com/en/insights/2020/03/ftc-doj-merger-guidance-during-covid19-crisis

S.a. (2020, julio 6). Impact Of Covid-19 On Global Merger Control Reviews. Jones Day. Disponible en https://www.lw.com/thoughtLeadership/lw-impact-of-COVID-19-global-merger-control

Red: Noticeable delays/review periods prolonged/suspended

Israel

Saudi Arabia

Yellow: No noticeable impact on review periods but operations interrupted (Click on a country below to jump to that sector) Green: No/marginal impact **EU27 NORTH / SOUTH AMERICA** Ireland (Canada Colombia Austria Italy Mexico Mexico Costa Rica Belgium Latvia USA Ecuador Bulgaria Lithuania Argentina Argentina Honduras Honduras Croatia Malta Brazil (# O O Uruguay **Netherlands** Cyprus Chile Chile Czech Republic **Poland** Denmark **Portugal ASIA / PACIFIC AFRICA / MIDDLE EAST** Estonia **Romania** China Botswana 🛑 💮 Finland Slovakia **Slovenia France** © CEMAC <u>India</u> Germany **Spain** Indonesia COMESA Greece Sweden Japan Ethiopia Hungary **Philippines** Kenya REST OF EUROPE **Singapore** Morocco Bosnia & Herzegovina Serbia South Korea Namibia **Switzerland lceland Taiwan** Nigeria Nigeria Montenegro Turkey Australia South Africa North Macedonia UK

OVERVIEW OF MERGER CONTROL REVIEWS

Norway

Russia

Fuente: Latham and Watkins (2020).

<u>Ukraine</u>

New Zealand

8.2 Qué esperar en el mediano plazo (en los próximos meses): algunas medidas para acelerar los procesos, pero sin flexibilización sustancial

Es imposible predecir con certeza cuál va a ser la posición de las autoridades de competencia frente procesos de concentración empresarial en el contexto de una posible crisis mundial económica generada por el COVID-19. Sin embargo, lo que ocurrió en Europa durante la crisis financiera de 2008 puede ser un buen punto de referencia.

En esa oportunidad, pese a que se tomaron ciertas medidas para agilizar el proceso de revisión de concentraciones empresariales, el análisis sustancial no cambió y ciertamente no fue más laxo. Sobre el particular, el entonces director general de DG COMP, Philip Lowe explicó, en un artículo publicado en 2009,185 que el control de integraciones europeo no necesitaba un cambio

¹⁸⁵ Lowe, P. (2009). Competition Policy and the Economic Crisis. Competition Policy International. Disponible en https://ec.europa.eu/competition/speeches/text/cpi_5_2_2009_en.pdf

en tiempos de crisis:

"We believe that the EC Merger Regulation is an appropriate and sufficiently flexible tool for merger control enforcement in times of crisis as well as in normal times. There is no need for special procedures to be adopted for the review of mergers in time of crisis, nor is there a need to amend our substantive test for approving mergers." ¹¹⁸⁶

En la misma línea, resaltó la importancia de mantener la competencia incluso en sectores afectados por la crisis:

"Even in sectors suffering particularly from the current economic crisis, the Commission takes the view that it is important to ensure that markets remain competitive." ¹⁸⁷

En otra oportunidad, la DG COMP consideró, en relación con la excepción de la empresa en crisis, que por la misma razón por la que en épocas de prosperidad económica el test aplicable a dicha excepción no es más estricto, en tiempos de crisis el mismo no debe ser más laxo. 188

Un reciente artículo de Francisco Costa-Cabral, Leigh Hancher, Giorgio Monti y Alexandre Ruiz Feases de la Universidad de Tilburg, sugiere que el anterior raciocinio es aplicable a las circunstancias actuales. En opinión de estos autores, para empresas en dificultades financieras, las concentraciones empresariales deben ser la última opción y alternativas como procesos de insolvencia, o ayudas estatales, son más adecuados para aliviar la situación de las empresas que enfrentan dificultades. ¹⁸⁹

Aún es muy pronto para sacar conclusiones definitivas sobre si se puede esperar o no un cambio en el análisis sustancial de las concentraciones empresariales. Sin embargo, por una parte, la experiencia del 2008 indica que las autoridades son reacias a modificar o relajar el análisis sustan-

¹⁸⁶ Ibíd, p.3.

Traducción libre al español: "Creemos que el régimen de control de integraciones de la Comunidad Europea es una herramienta apropiada y suficientemente flexible para la aplicación del control de integraciones tanto en tiempos de crisis como en tiempos de normalidad. No es necesario adoptar procedimientos especiales para el examen de integraciones en tiempos de crisis, ni tampoco es necesario modificar nuestro criterio sustantivo para la aprobación de las integraciones".

Lowe, P. (2009). Competition Policy and the Economic Crisis. Competition Policy International. P. 17. Disponible en https://ec.europa.eu/competition/speeches/text/cpi_5_2_2009_en.pdf

[.] Traducción libre al español: "Incluso en los sectores que sufren particularmente la actual crisis económica, la Comisión considera que es importante garantizar que los mercados sigan siendo competitivos."

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (2010). Roundtable on Failing Firm Defence. DAF/COMP (2009)38. p.187.

Costa-Cabral, F., Hancher, L., Monti, G. y Ruiz, A. (2020). TILEC Discussion Paper, EU Competition Law and COVID-19. Disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3561438

tivo que hacen de las integraciones empresariales; y, por la otra, hasta el momento no se conocen muestras claras de que las autoridades de competencia alrededor del mundo estén dispuestas a hacerlo.

8.3 Qué esperar en el largo plazo (en los próximos años): mercados redefinidos

A largo plazo, sí es posible prever ciertos cambios interesantes. Estos no serán generados por un cambio de paradigmas o del análisis sustancial de las integraciones empresariales, sino porque la actual coyuntura seguramente redefinirá los mercados relevantes y la forma en la que los agentes compiten entre sí.

En primera medida, desde el punto de la sustituibilidad de la demanda, la versión digital de varios servicios ejercerá una mayor presión competitiva sobre los servicios tradicionalmente presenciales y serán una opción viable para los consumidores de ahora en adelante. De acuerdo con un artículo de Rahul Razdan para la revista Forbes, la oferta digital de servicios de educación, trabajo, compras, salud y entretenimiento va a cambiar el panorama de dichos mercados de manera definitiva.¹⁹⁰

Por otra parte, la rapidez y efectividad con la que empresas de licores cambiaron sus métodos de producción para producir alcohol industrial, las fábricas de químicos se transformaron para producir jabón y las empresas textiles incursionaron en el negocio de los tapabocas y trajes antifluido, deberá ser tenida en cuenta por las autoridades al estudiar la sustituibilidad de la oferta en algunas industrias.

Finalmente, se espera que los Estados incursionen como agentes en diversos mercados, ya sea como nuevos agentes debido a la nacionalización de ciertas compañías, o como grandes y poderosos compradores en diferentes mercados.

Estas tres circunstancias obligarán a las autoridades de competencia en el mundo a revisitar la definición tradicional de sus mercados relevantes, lo cual afectará necesariamente el resultado del análisis del impacto de dichas concentraciones en la competencia.

¿Cuáles mercados relevantes serán redefinidos y de qué manera?, ¿qué mercados relevantes incluirán la oferta digital como un sustituto de la oferta presencial de servicios?, ¿en qué mercados

Razdan, R. (2020, abril 03). COVID-19: The Digital Economy Change Agent? Forbes. Disponible en https://www.forbes.com/sites/rahulrazdan/2020/04/03/covid-19-the-digital-economy-change-agent-#2327ff331bf9

se considerará la sustituibilidad de la oferta como una presión competitiva real?, ¿cómo afectará la actividad del Estado consumidor y el Estado competidor, los análisis de competencia alrededor del mundo?

Sobre la respuesta a estas preguntas no me atrevo a hacer ninguna predicción.

Capítulo 9

El control de concentraciones en el Perú y la agenda pendiente para su implementación

Tania Zúñiga Fernández¹⁹¹

En América Latina, la mayor parte de los países cuenta con un marco legal sobre el control de concentraciones, el cual constituye un instrumento de política de competencia, complementario al régimen de evaluación y control de conductas anticompetitivas en el marco de la evaluación del funcionamiento del mercado. 192

El control de concentraciones empresariales, denominado control ex ante se caracteriza por tener un enfoque preventivo, pues evita la generación de efectos negativos irreversibles en la estructura del mercado con motivo de la creación, o fortalecimiento, de la posición de dominio en un determinado mercado relevante a partir de las operaciones de concentración y, con ello, se propone garantizar el mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados.

En el caso del Perú, 193 se ha iniciado desde hace unos años atrás un proceso de evaluación y reforma de la legislación de competencia. 194 En ese marco, se aprobó el año 2019 un régimen legal

¹⁹¹ Profesora de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (Perú). Última fecha de modificación: Julio 26, 2020.

Zúñiga, T. (2018). Mesa Redonda: "Control de concentraciones empresariales: promoción de la competencia en los mercados". Revista Derecho & Sociedad Nº 49, p. 277 y ss. Disponible en http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/19894/19932

Zúñiga, T. (2019) El control de concentraciones empresariales en el Perú: Fundamentos para su regulación. Revista Ius et Veritas Nº 56, p. 220-256. Disponible en http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/20300/20253

Algunas de las contribuciones públicas en el debate sobre la introducción de un control de concentraciones Entrevista a Dra. Tania Zúñiga: Zúñiga, T. (2018, febrero 02). Entrevista RPP a Dra. Tania Zúñiga Perú necesita regular las fusiones y adquisiciones empresariales [Archivo de video]. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=5g-zZKx1HRuc

Redacción La República. (2017, diciembre 16). Tania Zúñiga: "El control de concentraciones contribuye a la reducción de la pobreza." La República. Disponible en https://larepublica.pe/economia/1158893-el-control-de-concentraciones-contribuye-a-la-reduccion-de-la-pobreza/

Redacción. (2018, enero 29). "La legislación peruana vigente impide revisar compra de Mifarma por InRetail". RPP. Disponible en https://rpp.pe/economia/economia/la-legislacion-peruana-vigente-impide-revisar-compra-de-mifar-ma-por-inretail-noticia-1102078

Entrevista a Dra. Tania Zúñiga: Zúñiga, T. (2019, mayo 02). Entrevista a Dra. Tania Zúñiga- Aprobación de la Ley del Control de Concentraciones Empresariales [Archivo de video]. Disponible en https://www.youtube.com/watch?v=whunuWlLHOs

Entrevista sobre el control de concentraciones y el aporte de la UNCTAD en el proceso legislativo sobre control concentraciones en el Perú: Facultad de Derecho PUCP. (2018, mayo 16). Entrevista con Juan Crucelegui y Tania Zúñiga [Archivo de video]. Disponible en https://web.facebook.com/watch/?v=1693555307348010

Entrevista sobre la implementación del régimen legal sobre control de concentraciones: Torres, A. (2020, mayo 13). Tania Zúñiga Fernández: "Reactivar la economía para que las concentraciones se reduzcan". La República. Disponible en

de alcance general sobre las operaciones de concentración empresarial, cuya vigencia ha sido postergada para el año 2021. En ese sentido, el Decreto de Urgencia Nº 013-2019, publicado el 19 de noviembre de 2019, establece el régimen del control previo de operaciones de concentración empresarial, con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores.¹⁹⁵

Como se puede apreciar, su aprobación ha sido a través de un decreto de urgencia, debido a que se publicó durante el periodo del interregno parlamentario, ya que por motivos de índole política y jurídico-constitucional se produjo el cierre del Parlamento.¹⁹⁶

Habiéndose publicado el referido decreto, se hace necesario evaluar las condiciones para su implementación, así como considerar la experiencia de la autoridad de competencia en la aplicación del control de concentraciones en el sector eléctrico, pues este sector es el único que estuvo comprendido en el ámbito de la aplicación del control ex ante en los últimos veinte años.

Para su implementación, se requiere, por un lado, de un reglamento que permita el desarrollo normativo del régimen legal y de lineamientos específicos de orientación para los agentes económicos, así como también se requiere de una política interna de organización por parte de la autoridad de competencia para poder implementar los cambios institucionales y administrativos.

Considero importante, antes de explicar las características del nuevo régimen del control ex

https://larepublica.pe/economia/2020/05/13/coronavirus-en-peru-tania-zuniga-fernandez-opina-que-hay-que-re-activar-la-economia-para-que-las-concentraciones-se-reduzcan/

Presidencia de la República. (s.f.) Decreto de Urgencia Nº 013-2019: Decreto que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial. Diario oficial del Bicentenario. Disponible en https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-de-urgencia-que-establece-el-control-previo-de-opera-decreto-de-urgencia-n-013-2019-1828320-1/

En el escenario legislativo, cabe destacar los textos que fueron aprobados en el Congreso de la República:

Dictamen de la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera: Comisión de economía, banca, finanzas e inteligencia financiera. (2018, octubre 04). Periodo anual de sesiones 2018-2019. Disponible en http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Dictamenes/Proyectos_de_Ley/00353DC09MAY20181004.pdf

Dictamen de la Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores: Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos. (2019, abril 11). Periodo anual de sesiones 2018-2019. Disponible en http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Dictamenes/Proyectos_de_Ley/00353DC-06MAY20190411.pdf

Texto sustitutorio consolidad final aprobado: Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos. (2019, septiembre 12). Ley de control previo de operaciones de concentración económica. Disponible en http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc01_2011.nsf/Docpub/15A88D24AE-5477380525847300638C3F/\$FILE/PL00353.pdf

Debido a la cuestión de confianza, el Presidente de la República hizo uso de las prerrogativas según la Constitución Política del Perú, dando lugar al cierre del Congreso, quedando solo en funcionamiento la Comisión Permanente del congreso. En ese contexto, se cerró toda posibilidad de aprobación de leyes a través de la sesión del Pleno del Congreso. Al poco tiempo, se dio paso a la convocatoria del proceso electoral de elecciones para la composición de un nuevo Parlamento.

ante, presentar brevemente los antecedentes y características vigentes de la legislación de competencia peruana, incluyendo el control ex ante limitado exclusivamente al sector eléctrico, a fin de poder conocer los cambios relativos al proceso de reforma, en particular el nuevo régimen de control de concentraciones.

9. 1 Antecedentes de la legislación de competencia

9.1.1 El fundamento constitucional y el rol del Estado en la actividad económica

La legislación de competencia en el Perú se introduce a principios de la década de los noventa en un contexto de cambios estructurales de orden económico a favor de la promoción de la inversión privada, la liberalización de los mercados, las privatizaciones y el rol subsidiario del Estado en la actividad empresarial.

En el marco de una economía social de mercado,¹⁹⁷ la nueva Constitución Política de 1993 establece en sus artículos 58, 60 y 61 que el Estado actúa bajo un rol subsidiario en la actividad empresarial, facilita y vigila la libre competencia, combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas, y ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.¹⁹⁸

El nuevo orden constitucional presenta un cambio sustantivo en cuanto al rol del Estado, pues este había ejercido un rol protagónico en la actividad empresarial bajo una economía planifi-

¹⁹⁷ Kresalja, B. Ochoa, C. (2009) Derecho Constitucional Económico. Lima: Fondo Editorial PUCP, p. 241.

¹⁹⁸ Constitución Política del Perú de 1993.-

[&]quot;Articulo 58.- Economía Social de Mercado

La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura."

[&]quot;Artículo 60.- Pluralismo Económico

El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa.

Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.

La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal."

[&]quot;Artículo 61.- Libre competencia

El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.

La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares."

cada. Las Constituciones Políticas de 1920, 1933 y 1979 establecían la vigencia de monopolios estatales y la prohibición de los monopolios privados.¹⁹⁹

9.1.2 La ley de competencia y el amplio mandato de la autoridad peruana de competencia

Bajo este nuevo marco constitucional, en 1991 se introduce la primera Ley de Competencia, el Decreto Legislativo Nº 701,²00 y en 1993 se crea la autoridad de competencia peruana, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECO-PI), al cual se le confirió un amplio mandato: 1) defensa de la libre competencia, 2) eliminación de barreras burocráticas en relación con el acceso al mercado, 3) represión de la competencia desleal vinculados al ámbito de la publicidad, 4) protección del consumidor en un sentido amplio, 5) evaluación de medidas antidumping y de salvaguardia, 6) protección de los derechos de autor, marcas y patentes en el marco de la propiedad intelectual, 7) establecimiento de estándares de calidad y normalización para productos y entidades de homologación,²01 y 8) evaluación del procedimiento de insolvencia en el marco del derecho concursal.

Al respecto, cabe precisar que, en el ordenamiento peruano se ha establecido como autoridad de competencia para la evaluación de conductas anticompetitivas en el mercado de telecomunicaciones al Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL),²⁰² el cual a su vez es uno de los organismos reguladores en el marco de la inversión privada. En otras palabras, OSIPTEL, siendo un regulador actúa también como autoridad de competencia para el sector de telecomunicaciones.

El Decreto Legislativo Nº 701, no contemplaba el control de concentraciones, sólo comprendía

Kresalja, B. (2001). La reserva de actividades económicas a favor del Estado y el régimen de los monopolios en las Constituciones de 1979 y 1993. Revista Ius et Veritas 22, p. 29. http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16003/16427

²⁰⁰ Decreto Legislativo N° 701. Disponible en https://www.indecopi.gob.pe/documents/51771/196578/dl701.
pdf/el79e02c-be5e-4bc4-acf6-a3d2f72le7bb
El Decreto Legislativo N° 701
"Disponen la eliminación de las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia"
<a href="mailto:fue publicado el 7 de noviembre de 1991, modificado por Decreto Ley N° 25868 publicado el 24 de noviembre de 1992, Decreto Ley N° 26004 publicado el 27 de diciembre de 1992, Decreto Legislativo N° 788 publicado el 31 de diciembre de 1994 y por Decreto Legislativo N° 807 publicado el 18 de abril de 1996, y derogado por el Decreto Legislativo N° 1034 en el año 2008.

Este mandato fue posteriormente eliminado en mérito a la creación del Instituto Nacional de la Calidad, IN-ACAL, mediante Ley Nº 30224, publicado el 11 de julio de 2014. Al respecto, revisar la página web del Instituto Nacional de Calidad: https://www.inacal.gob.pe

²⁰² Presidencia de la República. (2008, junio 25). Decreto legislativo Nº 1034. Disponible en https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-legislativo-que-aprueba-la-ley-de-represion-de-condu-decreto-legislativo-n-1034-217892-3/

Sobre la competencia primaria del OSIPTEL, ver el artículo 17 y la Primera Disposición Complementaria Final. Para mayor información sobre OSPITEL, referirse a su página web: https://www.osiptel.gob.pe

disposiciones sobre conductas anticompetitivas. Este decreto fue objeto de varias modificaciones y finalmente fue derogado por el Decreto Legislativo Nº 1034 del año 2005, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, vigente a la fecha, que tampoco estableció un capítulo para regular las concentraciones empresariales.

9.1.3 Legislación sobre libre competencia de la Comunidad Andina

Cabe mencionar que siendo el Perú uno de los Estados miembros de la Comunidad Andina, proceso de integración de alcance regional en el cual también participan, Bolivia, Ecuador, Colombia y Chile, las disposiciones normativas comunitarias que se aprueban, a través de las denominadas Decisiones, tienen eficacia directa en el ordenamiento jurídico peruano y se integran inmediatamente al ordenamiento con rango de ley.

En el ámbito de la legislación de competencia, la Decisión Nº 608, "Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina," contiene únicamente disposiciones normativas sobre la evaluación de conductas restrictivas a la competencia, no encontrándose comprendidas disposiciones sobre el control de concentraciones.²⁰³

Sin embargo, cabe destacar los pronunciamientos que se han presentado recientemente por parte del Parlamento Andino sobre la necesidad de contar con un marco normativo que facilite la armonización de las políticas en libre competencia en lo concerniente al control de concentraciones empresariales.

Precisamente, durante el marco del periodo ordinario de sesiones, el 29 de abril de 2020 la Plenaria del Parlamento Andino aprobó la Recomendación Nº 415 "Marco normativo para formular y armonizar políticas de regulación sobre el control previo de concentraciones y fusiones empresariales en los países de la región andina"²⁰⁴ Al respecto, tuve el honor de recibir la invitación del Parlamento Andino para contribuir a través de aportes y comentarios sobre el texto propuesto durante el periodo ordinario de sesiones en febrero del 2020.²⁰⁵

Zúñiga, T. (2019) El control de concentraciones empresariales en el Perú: Fundamentos para su regulación . Revista Ius et Veritas Nº 56, p. 227. http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/20300/20253

Parlamento Andino. (2020, mayo). Recomendación No. 415. Marco Normativo para formular y armonizar políticas de regulación sobre el control previo de concentraciones y fusiones empresariales en los países de la región andina. Gaceta oficial del Parlamento Andino. Disponible en https://parlamentoandino.org/wp-content/uploads/2017/06/GACETA-MAYO-2020.pdf

²⁰⁵ Periodo Ordinario de sesiones del Parlamento Andino, Paracas (Perú), del 24 al 28 de febrero 2020.

Más información: https://parlamentoandino.org/el-parlamento-andino-promueve-el-desarrollo-de-politi-cas-de-regulacion-sobre-el-control-previo-de-concentraciones-y-fusiones-empresariales-en-los-paises-de-la-region-andina/

En ese sentido, la Recomendación Nº 415 recomienda al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, a la Secretaría General de la Comunidad Andina y a los órganos legislativos de los Estados miembros del Parlamento Andino, acoger el Marco Normativo aprobado como instrumento jurídico orientador y de preferente aplicación que permita contribuir a la formulación y armonización de política públicas de regulación de mercados sobre el control previo de concentraciones y fusiones empresariales.²⁰⁶

9.1.4 La contribución de los tratados de libre comercio en la legislación de competencia

Uno de los puntos más interesantes en el desarrollo normativo en el Perú sobre libre competencia ha sido la contribución de los capítulos sobre este tema contenidos en el texto de los tratados y acuerdos de libre comercio.

Esto ha sido válido para la Ley sobre represión de conductas anticompetitivas, aprobada mediante el Decreto Legislativo Nº 1034, cuya parte considerativa, a manera de exposición de motivos, da cuenta del Acuerdo de Promoción Comercial suscrito entre el Perú y los Estados Unidos de América.²⁰⁷

La influencia de los capítulos de libre comercio también se ha presentado para el desarrollo normativo en el caso del control de concentraciones. Cabe destacar al respecto el acuerdo comercial suscrito entre el Perú y la Unión Europea,²⁰⁸ el cual entró en vigencia en marzo de 2013.²⁰⁹ En el tratado se presenta la expresión directa de la materia sobre control de concentraciones, e

Al respecto, el texto completo de la Recomendación 415: Fairlie, A. (2020, mayo). Proyecto de marco normativo para formular y armonizar políticas de regulación sobre el control previo de concentraciones y fusiones empresariales en los países de la región andina. Parlamento Andino. Disponible en https://issuu.com/alanfairliereinoso/docs/proyecto_mn_regulaci_n_22.04.20

 $^{207 \}qquad \text{TLC Per\'u-EUU. Disponible en } \underline{\text{http://www.acuerdoscomerciales.gob.pe/index.php?option=com_content\&view=-category\&layout=blog\&id=57\&Itemid=80}$

El Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos, suscrito el 12 de abril de 2006, aprobado por el Congreso mediante Resolución Legislativa Nº 28766, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 29 de junio de 2006 y ratificado mediante Decreto Supremo Nº 030-2006-RE, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 30 de junio de 2006. Fue puesto en ejecución mediante Decreto Supremo Nº 009-2009-MINCETUR, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 17 de enero de 2009. Fecha de entrada en vigor el 1 de febrero de 2009.

²⁰⁸ Acuerdo comercial entre la República del Pérú y la Unión Europea. Título VIII, competencia. Disponible en http://www.acuerdoscomerciales.gob.pe/images/stories/union_europea/espanol_2012_06/08_competencia.pdf

Zúñiga, T.(2015) Control de concentraciones empresariales en una economía social de mercado, en Gonzales, C., Rensmann, T., Tirard, M. (Eds.) Los aspectos culturales del Estado constitucional, Dresden: TUD Press, pp. 144-146. Asimismo ver: El Control de Concentraciones Empresariales: aspectos sustantivos para su introducción en el Perú, en Pólemos-Portal Jurídico Interdisciplinario, Asociación Derecho & Sociedad. Disponible en: http://polemos.pe/2014/04/el-control-de-concentraciones-empresariales-aspectos-sustantivos-para-su-introduccion-en-el-peru/

incluso la referencia al test europeo SIEC (Significant Impediment to Effective Competition),²¹⁰ que se proponeaplicar.²¹¹

De conformidad con el literal c) del numeral 2 del artículo 259 del Acuerdo Comercial suscrito con la Unión Europea: "Las Partes acuerdan que las siguientes prácticas son incompatibles con el presente Acuerdo en la medida que dichas prácticas puedan afectar el comercio y la inversión entre las Partes: c) concentraciones de empresas, que obstaculice significativamente la competencia efectiva, en particular como resultado de la creación o fortalecimiento de una posición dominante de conformidad con lo dispuesto en sus respectivas leyes de competencia."

Asimismo, se indica en el artículo 260° del acuerdo comercial, que la implementación de dichas disposiciones se realizará de acuerdo a lo dispuesto en las respectivas leyes de competencia de los Estados Partes a fin de que no afecte el comercio y la inversión entre las Partes.²¹²

Con ello se afirma la soberanía de cada Estado de poder decidir sobre la oportunidad y el diseño normativo que convenga de acuerdo al marco constitucional y la legislación nacional vigente. Como se puede observar, tomó unos seis años, luego de la entrada en vigencia del acuerdo comercial con la Unión Europea, para que el Perú pudiera tomar la decisión de aprobar un régimen de control de concentraciones.

9.1.5 Ley Antimonopolio y Antioligopolio del sector eléctrico

Si bien en 1997 se publicó la Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, Ley Nº 26876, la primera ley antitrust, su ámbito de aplicación se limita exclusivamente al sector eléctrico.

La legislación antimonopolio en el sector eléctrico contempla umbrales (threshold) de tipo rela-

²¹⁰ El test SIEC, significativo impedimento de la competencia efectiva, cuyo correlato normativo se encuentra en el artículo 2°, numeral 3 del Reglamento (CE) N° 139/2004 del Consejo del 20 de enero de 2004 sobre el control de concentraciones entre empresas, conocido como "Reglamento comunitario de concentraciones empresariales".

Zúñiga, T. (2019) El control de concentraciones empresariales en el Perú: Fundamentos para su regulación. Revista Ius et Veritas Nº 56, p. 238. Disponible en http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/20300/20253

²¹² Acuerdo Comercial entre el Perú y la Unión Europea

[&]quot;Artículo 260.- Leyes, autoridades y política de competencia

^{1.} Cada Parte mantendrá leyes de competencia que se ocupen de las prácticas a las que se refiere el artículo 259, párrafo 2, y adoptará las acciones apropiadas con respecto a dichas prácticas.

^{2.} Cada Parte establecerá o mantendrá autoridades de competencia responsables y adecuadamente capacitadas para la efectiva aplicación de su legislación de competencia.

^{3.} Las Partes reconocen la importancia de aplicar sus respectivas leyes de competencia de manera transparente, oportuna y no discriminatoria, respetando el principio de debido proceso y los derechos de defensa.

^{4.} Cada Parte mantendrá su autonomía para establecer, desarrollar y aplicar sus respectivas políticas de competencia."

tivo porporcentaje de participación en el mercado²¹³ y tiene como objeto analizar y determinar si la operación de concentración empresarial notificada puede tener el efecto de disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia en las actividades de generación, transmisión o distribución de energía eléctrica o en los mercados relacionados.

Al respecto, la Comisión de Libre Competencia ha venido aplicando el test de razonabilidad empleado a nivel constitucional, por el cual las condiciones que se imponen deben proteger un fin licito; y, a su vez, cumplir con los siguientes requisitos: i) análisis de idoneidad, a través del cual se analiza la restricción impuesta en el derecho subjetivo (esto es, la medida impuesta), y que esta condición cumpla con el objetivo que se busca alcanzar; 2) análisis de necesidad, por el cual se evalúa que no debe existir otro medio alternativo (otra medida a ser impuesta) más beneficioso que permita alcanzar el objetivo propuesto.²¹⁴ Es importante mencionar que, en la evaluación, se analizan las eficiencias que se pueden generar a través de la operación de concentración.

Asimismo, en el marco de los casos resueltos por la autoridad, se logró emitir un precedente de observancia obligatoria a través de la Resolución Nº 0623-2014/SDC-INDECOPI²¹⁵ por la cual la Sala Especializada en Defensa de la Libre Competencia establece la interpretación del literal a) del artículo 5 de la Ley Nº 26876 respecto de la revocación de condiciones impuestas a la empresa

²¹³ Reglamento del Decreto Supremo 017-98-ITINCI

[&]quot;Artículo 8.- Operaciones sujetas a Notificación. Deberá solicitarse la autorización previa respecto de las Operaciones de Concentración que involucren, directa o indirectamente, a Empresas que Desarrollan las Actividades que posean previa o posteriormente al acto que originó la solicitud de autorización, de manera conjunta o separada, un porcentaje igual o mayor al 15% del mercado en los actos de concentración horizontal. En el caso de actos de concentración vertical, aquéllos que involucren, directa o indirectamente, a Empresas que Desarrollan las Actividades que posean previa o posteriormente al acto que originó la solicitud de autorización, un porcentaje igual o mayor al 5% de cualquiera de los mercados involucrados." "Artículo 9.- Cálculo de la participación de las empresas involucradas en la operación. Sólo a efectos de la Notificación y sin que ello suponga un prejuzgamiento de los efectos de la operación sobre la competencia, los porcentajes mencionados en el artículo anterior deberán entenderse referidos a la participación en el desarrollo de Actividades de cada una de las empresas involucradas en la operación. Tales porcentajes serán establecidos en relación al total de ingresos percibidos, durante el año calendario anterior a la fecha de la Notificación, por las Empresas que Desarrollan la misma Actividad en cualquiera de los Sistemas Interconectados, de conformidad con lo establecido en el Artículo 8 segundo párrafo de la Ley."

Al respecto: i) Resolución Nº 081-2006-INDECOPI/CLC del 16 de noviembre de 2006, por la cual se autoriza con condiciones la operación de concentración de empresas generada por la adquisición de acciones de la empresa Consorcio Transmantaro S.A. y notificada por Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P.

ii) Resolución 007-2020/CLC-INDECOPI del 27 de marzo de 2020, que autoriza con condiciones la operación de concentración empresarial notificada por China Yangtze Power International Co. Limited el 30 de octubre de 2019, sujetándola a la siguiente condición aplicable a la adquisición de energía eléctrica por parte de Luz del Sur S.A.A. para abastecer a sus usuarios regulados.

En ambos casos, se ha realizado una evaluación de los efectos respecto del mercado de generación eléctrica a la luz de la Ley 28832, Ley para asegurar el desarrollo eficiente de Generación Eléctrica, en particular, las disposiciones sobre contratos, los procedimientos de licitaciones y concursos regidos por los principios de libre concurrencia y competencia a fin de permitir la participación de los competidores. Ver al respecto la página especializada de INDECOPI para la Defensa de la Competencia https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/competencia.seam

Ver al respecto la página especializada de INDECOPI para la Sala especializada en Defensa de la Competencia https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/tribunal_sala_def_comp.seam

Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. mediante las Resoluciones Nº 081-2006- INDECOPI/CLC y Nº 001-2007-INDECOPI/CLC del 10 de noviembre de 2006 y 10 de enero de 2007, respectivamente, a las cuales se sujetó la aprobación de la operación de concentración para la adquisición de control de la empresa Consorcio Transmantaro S.A., indicándose expresamente que la autoridad debe monitorear constantemente el mercado y actualizar las condiciones impuestas a las empresas en el pasado con motivo de la autorización de la operación de concentración, reformando dichas condiciones o dejándolas sin efecto: "en el caso se sujete la aprobación de una operación de concentración empresarial al cumplimiento de una condición de conducta, debe entenderse que dicha restricción deberá estar asociada a un horizonte temporal, luego del cual la autoridad deberá revisar las características y el entorno competitivo del mercado, a efectos de determinar si resulta pertinente o no mantener la restricción impuesta."

Bajo la aplicación de la referida Ley y su Reglamento, el INDECOPI ha emitido 25 resoluciones desde 1998 al 2020, respecto de las solicitudes de autorización de las operaciones de concentración. Del total referido, 14 solicitudes fueron autorizadas, 3 autorizadas con condiciones, 3 fueron declaradas improcedentes, 2 declaradas inadmisibles, 2 declaradas fuera del ámbito de aplicación, y 1 procedimiento concluido a pedido de parte sin declaración sobre el fondo debido a la sustracción de la materia objeto de autorización.

9.2 La Reforma de la legislación de competencia: La introducción de un control de concentraciones empresariales en el Perú

Para la reforma de la legislación de competencia en el ámbito del control de concentraciones empresariales, que se inició a fines del 2016 y terminó en el 2019, se tuvo en consideración fundamentalmente tres aspectos importantes: l) El incremento de la concentración de algunos mercados a través de las adquisiciones y los casos de conductas colusorias sancionadas, destacándose el caso sobre el mercado de cadena de farmacias, y aspectos relacionados con la salud pública y acceso a los medicamentos;²¹⁶ 2) Los estudios inter-pares llevados a cabo por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OECD)²¹⁷ que recomendaban la introducción del control de concentraciones,²¹⁸ y 3) Los compromisos asumidos por el Estado Peruano para la

Uno de los casos que dio lugar al impulso de las iniciativas legislativas fue la adquisición en enero de 2018 de Quicorp por parte del Grupo Intercorp a través de InRetail, empresa propietaria de la cadena de farmacias Inkafarma, haciéndose efectiva la adquisición de la cadena de farmacias Mifarma y Arcángel. Ello porque se trataba de operaciones privadas en el sector salud y el impacto directo en el acceso a medicamentos.

²¹⁷ OECD. (2015). Multi-dimensional Review of Peru: Volume 1. Initial Assessment, OECD Development Pathways, OECD Publishing, Paris. Disponible en , https://www.oecd-ilibrary.org/development/multi-dimensional-review-of-peru_9789264243279-en

²¹⁸ OECD, Inter-American Development Bank (2006). Legislación y Política de la Competencia en el Perú. A Peer

introducción de un control de concentraciones establecidos en los capítulos sobre libre competencia de los acuerdos comerciales, en particular el acuerdo con la Unión Europea.

El incremento del grado de concentración ya se había advertido durante la última década en varios mercados, pero que no llegó a fijar una agenda de política legislativa al punto de arribar a un Pleno del Congreso, o de la creación de un grupo de trabajo para el análisis y llevar un verdadero proceso de calidad regulatoria de un procedimiento tan sensible para el funcionamiento de los mercados, como es el control de concentraciones empresariales. En realidad, el tema de la concentración de los mercados alcanzó su máxima visibilidad y atención cuando se advirtió la concentración en el mercado de cadena de farmacias, las sucesivas adquisiciones en este mercado había dado lugar a que se expresaran dudas y observaciones sobre el acceso a los medicamentos, el precio de los mismos para los consumidores que desde el punto de vista de la salud públicas, son pacientes, la diferencia entre medicamentos de marca y medicamentos genéricos, la puesta a disposición de los mismos en las cadenas de farmacias.

Al respecto, salieron a dar respuesta los gremios empresariales por la definición del mercado relevante al poner en cuestión si se trataba estrictamente de un mercado altamente concentrado, también expertos sobre la materia, los medios de prensa, la ciudadanía en general, y un número de congresistas que presentaron sus respectivas iniciativas legislativas, que se sumaba a los proyectos de ley que ya se habían registrado, y también por parte del Poder Ejecutivo. En total fueron doce proyectos de ley de parte de los congresistas y uno del Poder Ejecutivo, presentados ante el Parlamento.

Uno de los puntos clave en el proceso legislativo fue que en el seno del Congreso de la República ya se venía discutiendo la necesidad de una ley que regulara las fusiones y adquisiciones, a través del Grupo Pro Inversión y Generación de Empleo, como se describirá con mayor detalle en lo que concierne al proceso de agendación de la materia.

Es importante asimismo, destacar que ya en el año 2006 la OCDE había advertido en un estudio sobre el Perú, el incremento de la concentración empresarial en Perú. "Perú ha sido testigo de un incremento de la concentración en muchos sectores. Algunos de los mercados en los que el

Review. Documento presentado ante la Segunda Conferencia del Foro Latinoamericano de Competencia. Washington D.C., 14-15 Junio, 2004. Lima: INDECOPI. 86. En este sentido también: OECD (2015). Competition and Market Studies in Latin America: The Case of Chile, Colombia, Costa Rica, Mexico, Panama and Peru, Paris: OECD Publishing. Disponible en http://www.oecd.org/daf/competition/competition-and-market-studies-in-latinamerica2015.pdf OECD & ECLAC (2012) Latin American Economic Outlook 2012: Transforming the State for Development, Paris: OECD Publishing. Disponible en http://dx.doi.org/10.1787/leo-2012-en

INDECOPI ha encontrado o está investigando prácticas de fijación concertada de precios y abuso de posición dominante han llegado a estar mucho más concentrados debido a las fusiones y el control de las fusiones quizá hubiese evitado estos problemas".²¹⁹ Esta recomendación se reitera en el peer review sobre el Perú en el año 2018.²²⁰

9.2.1 La agendación de la materia en el Congreso de la República

Bajo tales consideraciones, tuvo lugar un debate público en el Congreso de la República sobre la regulación de fusiones y adquisiciones que se prolongó por un espacio de año y medio. El debate fue promovido por la Moción 557 del 29.09.2016 y se organizó a través del Grupo multipartidario Pro Inversión y Generación de Empleo (GPIGE) adscrito a la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera, dando lugar al desarrollo de diversas audiencias públicas, iniciándose la primera el 05.12.2016.

Al respecto, tuve el privilegio de poder asesorar al GPIGE del Congreso de la República²²¹ a lo largo del periodo que duró el debate público y, en efecto, desde el Grupo de Trabajo GPIGE se establecieron los fundamentos para el desarrollo del texto de la ley de control de concentraciones, y que hoy se encuentra publicado a través del Decreto de Urgencia Nº 013-2019.

Los resultados del debate concluyeron con la presentación de los siguientes productos: 1) El Informe Final del GPIGE ante la Presidencia de la Comisión de Economía el 15.03.2018, "Análisis de una Política de Regulación y Control de Fusiones y Adquisiciones para prevenir distorsiones del mercado que puedan afectar la libre competencia y los derechos de los consumidores y usu-arios", con todo el detalle; 2) El Anteproyecto de ley el 14.11.2017, sobre el cual se recibieron comentarios posteriores, y 3) El Proyecto de Ley Nº 2604/2017-CR registrado el 21.03.2018, Ley que

OECD. (2006). Derecho y política de la competencia en América Latina. Exámenes inter-pares en Argentina, Brasil, Chile, México y Perú. Disponible en https://www.oecd.org/daf/competition/40282837.pdf pp.466

OECD. (2018). Exámenes Inter-Pares de la OCDE y el BID sobre el Derecho y Política de Competencia. Disponible en

https://www.oecd.org/daf/competition/PERU-Peer-Reviews-of-Competition-Law-and-Policy-SP-2018.pdf

Zúñiga, T. (2019) El control de concentraciones empresariales en el Perú: Fundamentos para su regulación. Revista Ius et Veritas Nº 56, p. 227. Disponible en http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/20300/20253

Asimismo: EnfoqueDerecho.com. (2018, abril 24). Control de concentraciones - Dr. Iur. Tania Zúñiga F. Enfoque Derecho. Disponible en https://www.enfoquederecho.com/2018/04/24/control-de-concentraciones-dr-iur-tania-zuni-ga-f/

Redacción La República. (2017, diciembre 16). Tania Zúñiga: "El control de concentraciones contribuye a la reducción de la pobreza". La República. Disponible en https://larepublica.pe/economia/1158893-el-control-de-concentraciones-contribuye-a-la-reduccion-de-la-pobreza/

 $A cademia \ de \ la \ Magistratura.\ (2019, mayo\ 10).\ II\ Programa\ Latinoamericano\ de\ capacitación\ para\ jueces.\ Disponible\ en\ \underline{https://www.amag.edu.pe/es/content/ii-programa-latinoamericano-de-capacitacion-para-jueces-0}$

regula las fusiones y adquisiciones empresariales para promover la competencia.²²²

Lo interesante del proceso legislativo fue que la génesis de un marco jurídico para la reforma se fue legitimando desde el inicio y a lo largo del camino, permitiendo el intercambio plural de posiciones y puntos de vista, debido a la participación y presencia de ministros de Estado en varias ocasiones durante las audiencia públicas (participaron los ministros de las carteras de economía, comercio, producción, y energía y minas); se contó con la asistencia asimismo de los presidentes tanto de la autoridad de competencia, el INDECOPI, como de los organismos reguladores, OSIPTEL, OSINERGMIN. También participaron los altos representantes de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras de Fondo de Pensiones y de la Superintendencia del Mercado de Valores, así como la Defensoría del Pueblo, entre otras autoridades públicas. Asimismo, se contó con la participación y asistencia de representantes de las organizaciones internacionales como la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) y de expertos académicos de universidades peruanas. La OECD participó por escrito remitiendo sus comentarios al GPIGE del Congreso de la República, en la cual reiteraba los hallazgos y recomendaciones expresadas en los peer review elaborados por los expertos de la OECD.²²³

Sin lugar a dudas, uno de los aspectos a resaltar fue la participación de los más altos representantes de los diversos gremios empresariales que expusieron sus puntos de vista y observaciones a la introducción del control de concentraciones; parte de los argumentos que se expusieron fueron los siguientes: 1) se trata de una economía pequeña de mercado, y el control sería un obstáculo para la generación de economías de escala; 2) el control podría ser considerado un desincentivo para el crecimiento de las empresas y las inversiones; 3) el control de conductas anticompetitivas podría considerarse un sustituto, no hay necesidad de ejercer un control ex ante para evaluar el funcionamiento del mercado.

Concluido el debate público, el día 02.05.2019 fue aprobado por el Pleno del Congreso de la República el texto consolidado sobre la base de los dictámenes de la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera y de la Comisión de Defensa del Consumidor.²²⁴ El texto aprobado sufrió algunos cambios en los días previos a su aprobación sobretodo en cuan-

Del Castillo, J. (2018, marzo 21). Proyecto de Ley Nº 2604, Ley que regula las fusiones y adquisiciones empresariales para promover la competencia. Disponible en http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/ Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL0260420180321.pdf

OECD-IDB. (2018). Peer Reviews of Competition Law and Policy: Peru. Disponible en https://www.oecd.org/daf/competition/oecd-idb-peer-reviews-of-competition-law-and-policy-peru-2018.htm

 $^{224 \}qquad \text{Texto consolidado: Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos.} \\ (2019, septiembre 12). Ley de control previo de operaciones de concentración económica. Disponible en http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc01_2011.nsf/Docpub/15A88D24AE5477380525847300638C3F/\$FILE/PL00353.pdf$

to a la aplicación del control en los mercados financieros, bancarios y de mercado de valores, sin embargo, el texto final al basarse en los dictámenes de la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera y de la Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores recogía las prácticas recomendadas internacionalmente por la UNCTAD, ²²⁵ la OECD, el Banco Mundial, ²²⁶ la Unión Europea y la International Competition Network, los tratados comerciales suscritos por el Estado Peruano, considerando la importancia de la convergencia normativa orientada a la seguridad jurídica de las operaciones transfronterizas y el bienestar de los consumidores. El envío de la autógrafa al Poder Ejecutivo sin embargo no se pudo realizar debido a un error advertido en la Segunda Disposición Complementaria Final, quedando pendiente la votación de un nuevo texto sustitutorio para la Agenda del Pleno del Congreso.

9.2.2 La publicación del Decreto de Urgencia y las modificaciones en el contexto de la pandemia por la COVID-19

9.2.2.1 El Decreto de Urgencia Nº 013-2019

El Poder Ejecutivo publicó el 19.11.2019 el Decreto de Urgencia Nº 013- 019²²⁷ que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial, texto que recoge prácticamente en su totalidad el texto aprobado por el Pleno del Congreso de la República del 02.05.2019, con algunos cambios relativos a la vigencia por tan solo 5 años, y el mantenimiento de disposiciones sobre las operaciones de concentración en aquellos mercados sujetos a supervisión de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradora de Fondo de Pensiones, y de la Superintendencia del Mercado de Valores.

El Decreto de Urgencia tiene como finalidad la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores. En el procedimiento de control previo, la autoridad tiene en

La UNCTAD ha elaborado una Ley Modelo de Competencia (Model Law on Competition) que sirve de guía y cuyos capítulos se actualizan cada cierto tiempo durante las sesiones del Intergovernmental Group of Experts (IGE). Para mayor información sobre el IGE, visitar su página web disponible en https://unctad.org/en/Pages/DITC/Competition-Law-and-Policy.aspx

Banco Mundial. (2017). A Step Ahead: Competition Policy for Shared Prosperity and Inclusive Growth. Washington, DC: World Bank, p. 6 y ss. Disponible en https://www.oecd.org/publications/a-step-ahead-competition-policy-for-shared-prosperity-and-inclusive-growth-978-1-4648-0945-3.htm

Texto completo del Decreto de Urgencia Nº 013-2019: Presidencia de la República. (2019, noviembre 18). Decreto de urgencia Nº 013-2019 que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial. Diario Oficial del Bicentenario. Disponible en https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-de-urgencia-que-establece-el-control-previo-de-opera-decreto-de-urgencia-n-013-2019-1828320-1/

Es preciso indicar, que el Poder Ejecutivo había presentado el Proyecto de Ley Nº 4110 que recogía el aspecto de la participación de las dos Superintendencias en el procedimiento de evaluación. Disponible en: http://www.congreso.gob.pe/pley-2016-2021

cuenta, además de los principios establecidos en el Artículo IV del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, el Principio de proporcionalidad: cuando se establezcan condiciones, obligaciones de hacer o de no hacer, califiquen infracciones, impongan sanciones o alguna otra medida de restricción de un derecho relativo a la operación de concentración, guardan conformidad con los límites de la facultad atribuida por ley manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba proteger a fin de que respondan a lo estrictamente necesario. Asimismo, el Principio de transparencia e independencia, por el cual los órganos competentes deben actuar en el desarrollo del procedimiento de control previo de manera transparente y con absoluta imparcialidad política, económica o de cualquier otra índole, demostrando independencia respecto de sus apreciaciones personales, y finalmente el Principio de confidencialidad, por el cual los órganos competentes deben guardar reserva respecto de la información a la que tengan acceso en el procedimiento de control previo, otorgándole, en su caso, el carácter de confidencial, evitando que se ponga en peligro el interés legítimo de las empresas o de las personas.

Se estableció un umbral absoluto, de conformidad con las recomendaciones de la ICN y las prácticas internacionales. De esta manera quedó establecido el umbral para la obligación de la presentación de la solicitud de autorización de la operación de concentración empresarial.

"Artículo 6.- Umbral para el control previo de operaciones de concentración empresarial 6.1 Una operación de concentración empresarial se sujeta al procedimiento de control previo cuando de manera concurrente se cumpla lo siguiente: a) La suma total del valor de las ventas o ingresos brutos anuales en el país de las empresas involucradas en la operación de concentración empresarial haya alcanzado durante el ejercicio fiscal anterior a aquel en que se notifique la operación, un valor igual o superior a ciento dieciocho mil (118 000) UIT, y b) El valor de las ventas o ingresos brutos anuales en el país de al menos dos de las empresas involucradas en la operación de concentración empresarial hayan alcanzado durante el ejercicio fiscal anterior a aquel en que se notifique la operación, un valor igual o superior a dieciocho mil (18 000) UIT cada una."228

Asimismo, se indicó que en la evaluación de las operaciones de concentración empresarial, ala autoridad deberá considerar la generación de eficiencia económica: "Artículo 7.5 En el análisis de la capacidad de la operación de concentración empresarial para producir eficiencia económica, se pueden considerar eficiencias productivas, de asignación o innovativas. Las eficiencias

La UIT (Unidad Impositiva Tributaria) es un índice que se actualiza anualmente y que para el año 2020 equivale a S/4300.00 en moneda nacional, aprobado por Decreto Supremo N° 380-2019.EF.

económicas cumplen los siguientes requisitos: a. Ser demostradas por los agentes económicos solicitantes, b. Tener un carácter inherente a la concentración, c. Estar dirigidas a compensar los efectos restrictivos a la competencia identificados y mejorar el bienestar de los consumidores, d. Ser susceptibles de ser transferidas al consumidor, y e. Ser verificables por la autoridad."

Uno de los aspectos que se diferencia del texto aprobado por el Congreso de la República es el referido al artículo 16, respecto del cual se establece la participación concurrente a través de informes vinculantes en la evaluación de operaciones de concentración en el mercado bancario y financiero, y el del mercado de valores. A continuación se describe el texto del articulado.

Respecto de la participación vinculante de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones

"Artículo 16.2.-

El control previo de operaciones de concentración de agentes económicos comprendidos en el ámbito de la regulación y supervisión de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones lo efectúa el Indecopi, sin perjuicio del control previo de carácter prudencial y de estabilidad financiera que corresponde a la referida Superintendencia, en virtud de lo establecido en la Ley No 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, y sus modificatorias. Procede la operación de concentración empresarial si se tiene la autorización tanto del Indecopi como de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras de Fondos de Pensiones, cada uno en el ámbito de sus competencias.

16.3 Tratándose de operaciones de concentración empresarial que incluyan empresas del sistema financiero que captan depósitos del público o empresas de seguros, que presentan riesgos relevantes e inminentes, que comprometan la solidez o estabilidad de las referidas empresas o de los sistemas que integran, solo se requiere el control previo de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones en su ámbito de competencia, dada la naturaleza y el carácter reservado de dicha situación, la cual debe ser determinada por la Superintendencia.

Respecto de la participación vinculante de la Superintendencia de Mercado de Valores "Artículo 16.4.-

El control previo de operaciones de concentración empresarial de agentes económicos a los que

la Superintendencia del Mercado de Valores les hubiere otorgado autorización de funcionamiento lo efectúa el Indecopi, sin perjuicio del control previo de carácter prudencial que realice la Superintendencia del Mercado de Valores, en virtud de lo establecido por el Decreto Legislativo No 861, Ley del Mercado de Valores, y el Decreto Ley No 26126, que aprueba el Texto Único Concordado de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Mercado de Valores. Procede la operación de concentración empresarial si se tiene la autorización tanto del Indecopi como de la Superintendencia del Mercado de Valores, cada uno en el ámbito de sus competencias"

Al respecto, lo que se observa sobre este articulado es el tratamiento singular para el caso de ambos mercados, a diferencia de los informes no vinculantes que se solicita a los organismos reguladores, en general. La explicación que se ha advertido es que se trataría de aspectos que pueden dar lugar a un efecto de riesgo sistémico en la economía y que, dada la necesidad del análisis sensible que podría originar consecuencias ulteriores en los "consumidores" o usuarios, se requiere sea vinculante el pronunciamiento de dichas entidades públicas por medio de un informe especializado con incidencia en la evaluación y pronunciamiento de la autoridad. Como se puede verificar, de la lectura del articulado, se trataría de un aspecto de concurrencia de autoridades en el marco de la evaluación de la concentración empresarial, es decir cada una en el marco de sus respectivas competencias, podría dar lugar a pronunciamientos válidos y con incidencia en la autorización de la operación de concentración.

9.2.2.2 Las modificaciones en el contexto de la pandemia por la COVID-19

Meses después de publicado el Decreto de Urgencia 013-2019, el mundo entero tuvo que reaccionar a la COVID-19, y la legislación de competencia y otras medidas sobre el funcionamiento de los mercados se vieron afectados. Es así que en ese contexto, en mayo de 2020 fue publicado el Decreto Legislativo 1510.²²⁹ Este decreto realizó una incorporación al articulado sobre las empresas en crisis, que se consideró pertinente su regulación, a la luz de los efectos de la pandemia. Al respecto, se incluyó e el artículo 7 del Decreto de Urgencia Nº 013-2019 lo siguiente: "Artículo 7. Análisis de la operación de concentración empresarial (...) 7.2 En el procedimiento de control previo, el órgano competente tiene en consideración, entre otros, los siguientes factores: (...) i. La grave situación de crisis de alguna de las empresas involucradas y la necesidad de realizar la operación de concentración, debidamente acreditadas por las partes notificantes."

²²⁹ Texto completo del Decreto Legislativo Nº 1510: Presidencia de La República. (2020, mayo 11). Decreto Legislativo Nº 1510. Diario Oficial del Bicentenario. Disponible en https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-legislativo-n-1510-1866264-1/

Con ello, el legislador quiso dejar claro que durante la evaluación de la operación, ante la autoridad de competencia, se pudiera introducir como criterio la situación de empresas que no puedan continuar en el mercado y que deban ser liquidadas, absorbidas o adquiridas por las operaciones de concentración empresarial. Sin lugar a dudas, esto significa una declaración sobre la inviabilidad de la empresa en el mercado.²³⁰

Sin embargo, también es importante mencionar que, paralelamente, se publicaron cuerpos normativos para poder introducir medidas que permitan apuntalar el orden económico y la actividad empresarial. Tal es el caso del Decreto Legislativo Nº 1511,231 "Procedimiento acelerado de refinanciación concursal [PARC] para asegurar la continuidad de la cadena de pagos ante el impacto del covid19", que se inicia ante el INDECOPI. El denominado PARC tiene como finalidad proteger a la empresa, reprogramar sus obligaciones impagas, evitar su insolvencia, la pérdida de negocios y fuentes de empleo y, con ello, asegurar la recuperación del crédito y la continuidad en la cadena de pagos en la economía nacional a todo nivel. De esta manera, las entidades calificadas, es decir, las empresas que se encuentren bajo el ámbito de la Ley General Concursal, pueden celebrar acuerdos con sus acreedores para definir un plan de refinanciación empresarial. Este instrumento supone un medio por el cual las empresas no requieran llegar a su liquidación, sino más bien crear las condiciones para poder superar las consecuencias del COVID-19, y que los acreedores, por su parte, entiendan y colaboren en la sostenibilidad de la empresa y la cadena de pagos y evitar así un mayor efecto negativo sobre la economía nacional.

El Decreto Legislativo Nº 1510 ordenó asimismo el motivo de la postergación de la entrada en vigencia del DU 013-2019 debido al COVID-19, en el marco de las disposiciones normativas generales vigentes sobre la suspensión de plazos de los procedimientos administrativos en el marco de las medidas sanitarias y lockdown en todo el territorio nacional.

Cabe señalar, que las medidas que se tomaron con motivo de la COVID-19 consideraron también la capacidad de respuesta de la autoridad de competencia frente a procedimientos administrativos en marcha y que a través del home office, o trabajo remoto, podrían los órganos competentes resolver. En cuanto al trabajo y capacidad de respuesta de la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI, se aprobó, por ejemplo, la última solicitud de la operación de concentración empre-

Al respecto ver: Torres, A. (2020, mayo 13). Tania Zúñiga Fernández: "Reactivar la economía para que las concentraciones se reduzcan". La República. Disponible en https://larepublica.pe/economia/2020/05/13/coronavirus-en-pe-ru-tania-zuniga-fernandez-opina-que-hay-que-reactivar-la-economia-para-que-las-concentraciones-se-reduzcan/

Texto del Decreto Legislativo Nº 1511: Presidencia de la República. (2020, mayo 11). Decreto Legislativo Nº 1511. Diario Oficial del Bicentenario. Disponible en https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-legislativo-n-legislativo-n-1511-1866264-2/ Se ha indicado que este instrumento contiene algunos elementos del Chapter 11 de la ley concursal americana.

sarial en pleno periodo de la COVID-19, constituyendo un elemento de evaluación del significado de esta operación para el funcionamiento del mercado eléctrico en el territorio nacional.²³²

En particular, las medidas que durante este periodo de excepción se han venido introduciendo en el ámbito de la legislación de competencia, o con incidencia en la sostenibilidad de los mercados, exige de parte del operador del derecho, realizar un trabajo incluso de interpretación, para poder ver cual es el alcance de la normativa que se proporciona en tiempos de crisis. En el Perú, las modificaciones se han venido produciendo en el marco de decretos, que explica la política del Poder Ejecutivo en un contexto económico sin precedentes y que, entre otros aspectos, ha dado lugar a dos asuntos que han llamado la atención: 1) la postergación de la entrada en vigencia del régimen del control de concentraciones por casi seis meses adicionales a la fecha de entrada en vigencia original; y 2) la vigencia limitada solo cinco años, lo cual debe ser corregido, porque una ley puede ser objeto de modificaciones, revisiones, incorporaciones normativas, pero su vigencia no debería limitarse a cinco años.

Es importante considerar que los objetivos de reactivación de la economía conducen a un espacio de mayor alcance de análisis, respecto de lo cual, la demanda deprimida ocasiona un efecto irreversible en el funcionamiento de los mercados; en definitiva, parte del sector empresarial tendrá que adaptarse a la "nueva normalidad", algunos se reinventarán, se adaptarán, y otros cerrarán y entrarán en un procedimiento concursal, cumpliéndose el efecto darwinista de sobrevivencia bajo las condiciones originadas por la pandemia.

Por otro lado, se ha publicado recientemente la Resolución Ministerial 212-2020-EF/15,²³³ que comprende la pre-publicación del texto del Reglamento del Decreto de Urgencia 013-2019, que amerita ser evaluado, dada su importancia en el desarrollo normativo. Relevante es también, que se considere la elaboración de lineamientos para poder garantizar un mejor entendimiento y orientación para los agentes económicos. En particular, en lo concerniente a los espacios de competencia atribuidas a la entidades del Estado en el mercado bancario y financiero, y el del mercado de valores, convendría precisar a través de guidelines, así como también en lo que con-

Al respecto: Resolución 007-2020/CLC-INDECOPI del 27.032020, que autoriza con condiciones la operación de concentración empresarial de adquisición de la empresa Luz del Sur S.A.A., notificada por China Yangtze Power International Co. Limited. (CYPI). El 30 de octubre de 2019. CYPI solicitó a la Comisión de Libre Competencia autorización de la operación de concentración empresarial, pues adquirirían el 100% de las acciones de Sempra Americas Bermuda Ltd. y el 50% de las acciones de Peruvian Opportunity Company S.A.C., obteniendo así el control de Luz del Sur A.A. e Inland Energy S.A.C.

Texto completo de la Resolución Ministerial 212-2020-EF/l5: https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/disponen-la-publicacion-del-proyecto-de-decreto-supremo-que-resolucion-ministerial-n-212-2020-efl5-1872988-l/https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1039431/RM212_2020EFl5.pdf

cierne a la delimitación del mercado relevante, materia muy importante, más aún si se considera la importancia de la digitalización y la adaptación de la oferta a un nuevo perfil de consumidor, así como los efectos transfronterizos de las operaciones de concentración empresarial.

9.3 Comentarios finales

La publicación de un régimen legal sobre control de concentraciones empresariales es de la mayor trascendencia, tomando en cuenta que han transcurrido casi tres décadas desde la entrada en vigencia de la primera ley de competencia en el Perú a principios de la década de los noventa, que estableció un régimen legal exclusivamente sobre conductas anticompetitivas.

Con la aprobación de un control de concentraciones empresariales se completa la política de competencia en el Perú. El control de conductas, denominado control ex post, se complementa con el control de estructura de mercados, denominado control ex ante, uno no puede sustituir al otro. La experiencia adquirida por la autoridad de competencia en evaluación de cárteles, así como la evaluación ex ante limitada al sector eléctrico, es importante para poder fortalecer la implementación de este nuevo instrumento.

El Congreso de la República inició un trabajo muy importante en el desarrollo de la política y legislación de competencia en el Perú, atravesando un proceso legislativo de convergencia y fases de convocatoria inclusivos mediante sesiones de trabajo y audiencias con diversos sectores, que ha sido saludado por la OECD y la UNCTAD. El trabajo realizado deberá ser complementado con las decisiones de política y legislación que realice el Poder Ejecutivo, en particular, del Ministerio de Economía y Finanzas, la Presidencia del Consejo de Ministros, la autoridad de competencia, el INDECOPI, y las autoridades que intervienen en el procedimiento de evaluación, como los organismos reguladores, OSIPTEL, el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minas (OSINERGMIN), la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, y la Superintendencia del Mercado de Valores.

El COVID-19 impacta en la economía nacional, en particular en pleno contexto de reformas de la legislación de libre competencia y, además, en año preelectoral, con expresiones de tensión política. Es precisamente en este contexto, que el Perú se encuentra en una situación de tareas pendientes para la debida implementación del régimen legal del control de concentraciones empresariales.

En muchos países de la región este instrumento se viene aplicando desde hace varias décadas en

todos los sectores de la actividad económica, en el caso del Perú, se cuenta con la experiencia en el sector de la industria eléctrica.

Será necesario acudir al intercambio y cooperación a través de la OECD, la UNCTAD, la Unión Europea, de otras autoridades de competencia y a expertos nacionales e internacionales.

En ese sentido, las autoridades nacionales competentes deben poner todo su esfuerzo en garantizar las condiciones para su aplicación, condiciones no sólo de orden regulatorio, sino también de tipo administrativo e institucional que permitan brindar seguridad jurídica, transparencia y predictibilidad a los agentes económicos y a los consumidores, en el marco del funcionamiento de los mercados.

Anexo ${
m N}^{
m o}$ l Tabla l .- Desarrollo de la legislación sobre control de concentraciones en América Latina

Desarrollo de la legislación sobre control de concentraciones en América Latina		
1950 - 1980	1990 - 1999	2000 - actualidad
Colombia (1959, 1964)	Venezuela (1991)	Uruguay (2000, 2007)
Chile (1973)	México (1991)	Argentina (2001)
	Colombia (1992)	El Salvador (2006)
	Brasil (1994)	Honduras (2006)
	Costa Rica (1994)	Nicaragua (2006)
	Bolivia (1994) ¹	Panamá (2007)
	Panamá (1996)	México (2006)
	Perú (1997, 1998) ²	Colombia (2009, 2013)
	Argentina (1999)	Ecuador (2011)
		Brasil (2012)
		Paraguay (2013)
		Chile (2016)
		Perú (2019,2020)

Nota: 1: Bolivia aplica el control bajo la Ley del Sistema de Regulación Sectorial (SIRESE), no tiene ley de competencia.

III. RELACIONES ENTRE COMPETENCIA Y CONSUMO

Capítulo 10

México: Competencia económica, consumo y precios excesivos

Lucía Ojeda Cárdenas²³⁴

10.1 Introducción

La explotación de precios por parte de los productores o distribuidores en perjuicio de los con-

sumidores es una preocupación que concierne a la política de competencia y de protección al

consumidor. En particular cuando esta explotación se presenta en bienes de consumo necesa-

rio, o esenciales, para enfrentar alguna situación inesperada como la que se vive con motivo del

COVID-19.

Por otro lado, la legislación mexicana de competencia reconoce la prerrogativa que tienen los

comerciantes para establecer los precios a los que ofrecerá sus productos en el contexto de una

economía de mercado, considerando que en un entorno en el que presenten condiciones de

competencia efectiva, los precios reflejarán un nivel que permita maximizar el bienestar social.

De esta forma, es racional y esperado que los agentes reaccionen a las condiciones de mercado

prevalecientes en un momento dado.

El mismo precepto constitucional que protege la libre competencia y concurrencia, tutela la pro-

tección de los consumidores.235 De esta forma, las provisiones para proteger la libre competen-

cia- y con ello el funcionamiento eficiente de los mercados- y la protección al consumidor, son

políticas complementarias que generan beneficios netos a los consumidores.

No obstante, en México, las autoridades encargadas de aplicar la política de competencia y de

protección al consumidor son diferentes y, aunque existe comunicación entre éstas, existen aún

importantes retos de coordinación para asegurar que estas políticas complementarias tengan

plena vigencia y congruencia en su aplicación. Este es el caso de los precios excesivos cuyo trat-

amiento, tanto en la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE) como en la Ley Federal de

Protección al Consumidor (LFPC), no terminan de embonar de manera plenamente congruente.

Socia en SAI Derecho y Economía y profesora en CIDE (México).

Última fecha de modificación: Junio 02, 2020.

235 Véase artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

10.2 La política de competencia y facultades de la Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE)

El papel de la política de competencia, además de sancionar y prevenir las prácticas de obstaculicen o finjan la competencia, se centra en eliminar aquellas barreras que impidan que la competencia funcione adecuadamente y que protegen a los agentes económicos de la presión que los obligaría a bajar precios o a ofrecer mejores condiciones a los consumidores. De esta forma, el papel de la política de competencia es la de un árbitro que aplica sanciones, previene creación de situaciones que dañen la competencia y retira obstáculos en la dinámica del juego.

Bajo este concepto, ¿qué facultades tiene COFECE cuando se presenta abruptamente un alza de precios como sucede en el contexto de la pandemia?

Los precios altos o excesivos pueden derivar de acuerdos o coordinaciones lícitas entre competidores (prácticas monopólicas absolutas)²³⁶ creando distorsiones artificiales de mercado y en cuyos casos COFECE está obligada a investigar y castigar a los infractores, pero no a regular precios. La prohibición absoluta de los acuerdos horizontales ha sido un arma fundamental para la eliminación de la colusión, así como la disciplina que impone la legislación para la imposición libre de precios.

En el contexto de la pandemia, COFECE ha emitido algunas advertencias a competidores respecto de potenciales violaciones a la Ley derivadas de coordinaciones que pudieran elevar el precio. Ese es el caos de las advertencias que COFECE emitió a la Cámara Nacional de la Industria Azucarera y Alcoholera por un aumento en el precio del alcohol²³⁷ y a a Asociación Nacional de Desarrolladores Inmobiliarios para que evite posibles acuerdos entre competidores de este mercado.²³⁸

No obstante, incrementos de precios también pueden derivar de decisiones unilaterales y, conforme a la LFCE, cada agente tiene la plena libertad de decidir el precio que debe de fijar para sus

²³⁶ Artículos 53 y 54 de la LFCE.

Comisión Federal de Competencia Económica. (2020, marzo 30). Envía COFECE prevenciones a la Cámara Nacional de la Industria Azucarera y Alcoholera por un aumento en el precio del alcohol, sus derivados y algunos insumos para su elaboración, que podría ser producto de un acuerdo entre agentes económicos. Disponible en https://www.cofece.mx/envia-cofece-prevenciones-a-la-camara-nacional-de-la-industria-azucarera-y-alcoholera/

²³⁸ _Comisión Federal de Competencia Económica. (2020, marzo 31). Previene COFECE a la Asociación Nacional de Desarrolladores Inmobiliarios para que evite posibles acuerdos entre competidores de este mercado. Disponible en https://www.cofece.mx/previene-cofece-a-la-asociacion-nacional-de-desarrolladores-inmobiliarios/

productos. Lo que no se vale es hacerlo en forma coordinada con sus competidores.

En ese sentido, contrario a lo que algunos erróneamente creen y por regla general, la LFECE no permite imponer sanciones a agentes económicos que, de forma unilateral, han decidido subir sus precios, salvo que con ello se esté desplazando artificialmente a otros agentes económicos. ²³⁹ La excepción es cuando esta fijación de precios excesivos está dirigido a desplazar competidores. ²⁴⁰ Por ello, antes de vincular un aumento de precios a un comportamiento anticompetitivo es necesario revisar si no hay situaciones de mercado que explican la evolución de precios. En efecto, los precios pueden subir por diversas circunstancias. En el caso de la pandemia, razones como un crecimiento abrupto e importante en la demanda, así como la disrupción momentánea de cadenas logísticas o productivas, explicarían razonablemente un incremento en precios. En este contexto, un aumento de precios permite nivelar la demanda de tal forma que también se prevenga el desabasto del producto. En ausencia de ese incremento del producto se generaría escasez hasta que la oferta reaccionara nivelando otra vez los precios. De este modo, el control de precios de productos ante choques momentáneos no resolvería el problema y, por el contrario, podría traer efectos adversos al consumidor al generar una escasez y un mercado negro que, de cualquier forma, se aprovecharía de la situación.

Por supuesto, la resolución de esta situación no es sencilla y los países han adoptado diferentes acercamientos al problema y, al igual que en casos de guerras y otros escenarios de crisis, las voces para el establecimiento de controles de precios surgen.

En este sentido, Massimo Motta ha considerado que una respuesta a la situación de precios excesivos en este contexto a través de la adopción de controles de precios puede ser ineficiente. De hecho, considera que en los casos en que la oferta puede responder de manera relativamente oportuna, es preferible atacar el problema introduciendo incentivos temporales (fiscales o subsidios) a través de los cuáles el gobierno pueda reducir el riesgo de los productores. ²⁴¹

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (1999). Regulatory Reform in Mexico. Disponible en http://www.oecd.org/mexico/2507136.pdf

[&]quot;La conducta ilícita se define solamente en relación con las prácticas de exclusión a expensas de rivales u otras empresas en la cadena de distribución, y no en función de las prácticas abusivas a expensas de los consumidores. Es de esperar que el abuso del poder en el mercado que permite cobrar a los consumidores precios superiores a los que pagarían en condiciones competitivas esté sujeto a una corrección automática, ya que ese tipo de conducta por lo general llevará al ingreso en el mercado de nuevos proveedores."

En este caso, estaríamos frente a una estrategia de estrangulamiento de márgenes, discriminación o denega ciones de trato constructivos con efectos de exclusión.

Motta, M. (2020, mayo). The competition Commission has now referred its first Covid-19 excessive pricing case to the Competition Tribunal. The commission alleges that a local manufacturer of medical face masks earned mark-ups in excess of 500% between 31 January 2020 and 5 March 2020, by increasing the price of a box of face masks

Por supuesto, si la situación se recrudece en razones de la estructura del mercado, entonces una respuesta de la política de competencia puede ser efectiva. En particular, cuando no existen condiciones de competencia en los mercados, los precios altos pueden indicar la existencia de la explotación de precio derivada de la existencia de agentes con poder sustancial. Así, sólo como un supuesto de excepción y de último recurso, COFECE está facultada para iniciar un procedimiento que puede desembocar en una regulación de precios: esto es, cuando existan indicios de la ausencia de condiciones de competencia en un mercado, ²⁴² pues únicamente en este caso los precios a pagar por los consumidores se derivarán de una posición de mercado privilegiada, que no podrá ser modificada en el corto plazo por la presencia de uno o más competidores. ²⁴³

En este caso, cuando COFECE declare la ausencia de condiciones de competencia en un mercado, facultará, según las leyes sectoriales aplicables, al regulador del sector a establecer bases tarifarias o regulación de precios.²⁴⁴ No obstante, estas medidas subsistirán sólo mientras haya ausencia de condiciones de competencia efectiva en el mercado en cuestión. En cuanto éste sea apto para responder a las fuerzas del mercado, existirán condiciones adecuadas de competencia y será innecesaria la regulación de precios respectiva.

Por otro lado, es importante destacar que, aun cuando algunas jurisdicciones permiten castigar la explotación de precios (i.e. precios excesivos) como una práctica de abuso de dominancia, la política de competencia mexicana optó por una intervención correctiva, más que sancionadora o reguladora de precios.²⁴⁵ En efecto, como ya se mencionó, al momento de adoptar una ley en materia de competencia en 1992, México venía de un periodo de control de precios que había desincentivando la inversión e innovación que rigidizó mercados, propiciando la captura del regulador y no necesariamente beneficiaba al consumidor.²⁴⁶

from R41 to R500. But what is 'excessive pricing' and how is it determined? Daily Maverick. Disponible en https://www-dailymaverick.co.za/opinionista/2020-04-22-price-regulation-in-times-of-crisis-can-be-tricky/amp/

²⁴² Artículos 9 y 96 de la LFCE, según corresponda.

Véase: Comisión Federal de Competencia Económica. (2015, agosto). Herramientas de Competencia Económica. P. 32, 33 y 35. Disponible en

 $[\]underline{https://www.cofece.mx/cofece/images/Documentos_Micrositios/HerramientasCompetenciaEconomica_250815_vfl.}\\ \underline{pdf}$

²⁴⁴ Artículo 9 de la LFCE.

Véase páginas 5 y 20 en Comisión Federal de Competencia Económica. (2015, agosto). Herramientas de Competencia Económica. Disponible en

 $[\]underline{https://www.cofece.mx/cofece/images/Documentos_Micrositios/HerramientasCompetenciaEconomica_250815_vfl.}\\ \underline{pdf}$

En México, hasta el precio de entrada al cine estuvo controlado lo que derivó en el rezago de la inversión en el mercado de exhibición cinematográfica.

La reforma a la LFCE en el 2014 introdujo un procedimiento cuyo efecto final es corregir situaciones de mercado que generen resultados sub-óptimos para la sociedad: el procedimiento para eliminar barreras a la competencia y regular el acceso a insumos esenciales. Este procedimiento está inspirado en el modelo del Reino Unido para poder responder a situaciones en los que el mal desempeño del mercado genera precios excesivos y, por consiguiente, la manera de corregir la situación es interviniendo con regulación o eliminado.

10.3 Protección al consumidor y facultades de la Procuraduría Federal del Consumidor (PROFECO)

La LFPC contiene disposiciones diversas que protegen a los consumidores respecto de prácticas engañosas y abusivas. En materia de precios, una violación clara a la LFPC sería cobrar al consumidor un precio diferente al que es marcado o exhibido. Igualmente, PROFECO está facultada para vigilar el respeto de precios máximos cuando así hayan sido establecidos, cumpliendo con los procedimientos legales respectivos.²⁴⁷

Igualmente, el artículo 128 Bis de la LFPC, que faculta a PROFECO para sancionar con clausura total o parcial de hasta 90 días y con multa los casos particularmente graves previstos en el artículo 128 TER, incluye como conducta prohibida el notorio incremento de precios de bienes que: (i) por las circunstancias especiales del mercado afecten los derechos de un grupo de consumidores, o (ii) se cometa aprovechando la escasez o dificultad en el abastecimiento de un bien. Sin embargo, ni la Ley ni su Reglamento contiene criterios claros para poder actualizar estos supuestos

Por otro lado, existe también, desde hace varios años, en el Código Penal Federal un delito relacionado con el acaparamiento de bienes y el alza de precios que no ha sido exitosamente aplicado -al menos- desde que se adoptó la primera Ley de competencia en México en 1992. Conforme a este precepto son ilegales los actos que afectan gravemente el consumo nacional y, en particular, tipifica "la venta con inmoderado lucro, por los productores, distribuidores o comerciantes en general".²⁴⁸

Más aún, en enero de 2018 se reformó la LFPC para incluir el artículo 10 Bis que expresamente establece que los proveedores no podrán incrementar "injustificadamente" precios por fenómenos

²⁴⁷ Artículos 8 y 24 de la LFPC.

²⁴⁸ Artículo 253 (g) del Código Penal Federal.

naturales, meteorológicos o contingencias sanitarias." Igualmente, el Reglamento de la Ley emitido en diciembre del 219 establece que serán consideradas prácticas abusivas "la manipulación de precios y tarifas como consecuencia de fenómenos naturales, meteorológicos o contingencias sanitarias."

De esta forma, el marco legal vigente faculta a PROFECO a sancionar "incrementos de precios injustificados" y "manipulación de precios" sin establecer, de nueva cuenta, parámetros para que la autoridad administrativa considere cuando se actualizan estas situaciones. En efecto, en la medida en la que el gobernado no tiene la posibilidad de conocer previo a su conducta bajo qué criterios la autoridad considerará actualizada una u otra figura (incremento injustificado o manipulación), la construcción de esos extremos inevitablemente quedará en manos del aplicador. lo que abrirá un frente claro de impugnación ante el poder judicial de cualquier sanción que se pretenda aplicar. El problema aquí es de certidumbre jurídica.

Adicionalmente, una "manipulación de precios" de forma unilateral sólo es posible cuando se cuenta con poder de mercado, sin que esto sea tomado en cuenta para establecer el ilícito.

Así, a pesar de que el marco legal de protección al consumidor permitiría sancionar precios excesivos en el contexto de la pandemia, la aplicación de éstas enfrentará importantes obstáculos en el contexto de un procedimiento de impugnación ante las autoridades judiciales.

En abril de 2020, PROFECO anunció haber iniciado procedimientos administrativos a 23 supermercados y 223 comercios minoristas por incrementos injustificados de precios. Además, se emitieron 75 apercibimientos a grandes productores y distribuidores de huevo, frijol, azúcar y otros productos de consumo básico, entre ellos Bayer, Bachoco, Huevo San Juan, Danone, Farmacias Guadalajara, Maseca, Jumex, Avícola y Piscícola de los Altos, entre otros. 249 Si bien estas acciones pudieran tener efectos disuasivos, no es claro la fortaleza con la que eventuales sanciones pudieran resistir el escrutinio del poder judicial en cuanto a los extremos que se deben acreditar para efectos de actualizar la infracción.

Estos mismos obstáculos han enfrentado otras autoridades del mundo. Por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Competencia del Reino Unido, en el caso de Flynn Pharma Limited y Pfizer

Procuraduría Federal del Consumidor. (2020, abril 23). Inicia Profeco procesos administrativos a 23 supermercados y 223 comercios minoristas [Comunicado de Prensa]. Gobierno de México. Disponible en https://www.gob.mx/profeco/prensa/inicia-profeco-procesos-administrativos-a-23-supermercados-y-223-comercios-minoristas?idiom=es

Inc. Vs. la Autoridad de Competencia de este país, confirmó la decisión del Tribunal de primera instancia mismo que consideró que los criterios utilizados por la Autoridad de Competencia no eran adecuados para determinar que el procesado había fijado precios inequitativos. Ello en razón que la autoridad a había omitido fijar un precio o rango base para determinar cuándo se puede considerar que hay precios inequitativos. De esta forma, la Corte reafirmó la importancia de tener parámetros claros para analizar si un precio es o no excesivo.²⁵⁰

10.4 Comentario final

Sin duda, en los momentos de crisis es necesario adoptar medidas para minimizar los potenciales daños que la situación pudiera acarrear a la población. Estos son momentos en los que la acción decidida de los gobiernos no sólo es esperada, sino exigida.

En tiempos de crisis existe una amplia tentación a establecer medidas de regulación que logren controlar en el corto plazo una situación indeseada pero que, al sentar bases de control, tienden a perpetuarse y son difíciles de levantar o eliminar una vez que la emergencia ha pasado. Asimismo, la implementación de medidas de protección o regulación en una industria generan inmediatamente la iniciativa de repetirse en otros casos, empoderando a aquellas industrias que tienen mayor capacidad de cabildeo.

Esto sucede también cuando se toman medidas de control de precios ante aumentos excesivos provocados, muchas veces, por la situación coyuntural que afecta las cadenas logísticas o que provocan aumento de la demanda en la forma de compras de pánico. En estas situaciones es relevante identificar con qué herramientas cuentan los Estados para hacer frente a la situación. En este sentido, México cuenta con herramientas que le proporciona la LFCE para evitar que los agentes económicos se aprovechen de la situación y se coordinen para afectar a los consumidores; igualmente, presenta herramientas para atender situaciones en las que permite moderar acciones injustificadas para la fijación de precios. Por otro lado, la LFPC, aún cuando cuenta con disposiciones que tratan de lidiar con una situación como ésta, no provee de los parámetros adecuados que permitan identificar situaciones en las que amerite una sanción por un actuar indebido de los agentes económicos.

Una mayor coordinación entre las autoridades responsables para tutelar la competencia

The Competition and Markets Authority Vs Flynn Pharma Limited and Pfizer Inc. (2020, marzo 10). The Commission of the European Union. Disponible en https://www.catribunal.org.uk/sites/default/files/2020-04/1275-76_Flynn_CoA_Judgment_100320.pdf

económica y la protección al consumidor, podrían ayudar a establecer los criterios que permitieran la adopción de una política congruente e integral para hacer frente a los retos de corto, mediano y largo plazo derivados de una situación como la actual.

Igualmente, en este contexto, las autoridades de competencia tienen una especial responsabilidad por ejercer sus funciones de abogacía de forma efectiva, evitando medidas que en el corto plazo puedan ser favorables pero que, en el largo plazo, impliquen llegar a ineficiencias.

En este contexto, existen varias voces que llaman a una mayor intervención del gobierno en la industria y protección, argumentando medidas necesarias para apoyar la subsistencia de las empresas nacionales. Es ahora, más que nunca, que es importante considerar que la competencia económica es parte esencial de las medidas que deberán prevalecer para reactivar la actividad económica en beneficio de los consumidores.

Capítulo 11

Producto defectuoso y riesgo de desarrollo en tiempos de COVID-19

Fernando Pico Zúñiga²⁵¹

La pandemia del COVID-19, así como las medidas que frente a ella han tomado diferentes gobiernos, ha tenido un impacto significativo en la conducta de las personas, especialmente en la forma de relacionarse y consumir. En definitiva, cuando las condiciones en que vivimos cambian, mudan también con ellas nuestras necesidades, nuestra forma de pensar y ver el mundo, nuestra manera de actuar.

Ciertamente, el confinamiento y el distanciamiento social, medidas dirigidas a evitar la transmisión del virus, han vigorizado el comercio electrónico²⁵² y, con él, derechos de los consumidores, propios de ese campo, que antiguamente no tenían la importancia que ahora florece —la reversión de pagos, el retracto y, en general, las compras a distancia—. En ese mismo sentido, derechos como el de garantía han entrado en suspensión durante el periodo de aislamiento, en atención al riesgo de contacto con personas y productos que, en el marco de una reparación o reposición, puedan estar contagiados del virus. Además, debido al aumento de la demanda que han tenido los productos sanitarios, de limpieza y de cuidado personal, la información, publicidad, el control precios y de compra de dichos bienes ha sido un aspecto trascendental para asegurar, primero, su uso adecuado y, segundo, su distribución equitativa.

Siendo así, el COVID-19, que ha contagiado también nuestras relaciones, se ha paseado en mayor o menor grado por las normas de protección al consumidor. El Derecho del Consumo, y cada una de sus figuras e instituciones, no ha sido inmune a la pandemia y, más bien, ante este estado de cosas, se le exige eficacia y efectividad para salvaguardar, entre otros, los derechos de adecuado aprovisionamiento, control de calidad, información y seguridad de los consumidores.

En relación con este último asunto, las nociones de producto defectuoso y riesgo de desarrollo adquieren un valor protagónico y vertebral en el marco de la pandemia del COVID-19 y lo que

²⁵¹ Profesor de Derecho del Consumo Universidad Javeriana (Colombia).

Última fecha de modificación: Junio 08, 2020.

Hurtado, L. (2020, junio 03). Comercio electrónico en aumento por crisis del COVID-19: BBVA. Caracol Radio. Disponible en

https://caracol.com.co/radio/2020/06/03/economia/1591202502_068328.html

²⁵³ Decreto 686 de 2020. Ministerio de Comercio Industria y Turismo. República de Colombia.

algunos ya vienen denominando post COVID-19. En efecto, y sin perjuicio del impacto que ha tenido el virus en otras figuras del Derecho del Consumo, el producto defectuoso, su régimen de responsabilidad y el riesgo de desarrollo, se torna ahora más relevante dados los peligros que en la salud y en la integridad de las personas pueden causar los productos sanitarios y farmacéuticos, en circulación o por producirse, dirigidos a prevenir la infección o mitigar sus consecuencias dañinas.

Con fundamento en ello, me propongo en esta intervención, sin pretensión de exhaustividad y más bien a modo de invitación, primero, profundizar en las razones que motivan por qué es importante hablar de producto defectuoso y riesgo de desarrollo en tiempos de COVID-19; segundo, exponer las nociones de producto defectuoso en Colombia, Brasil, Perú y México, haciendo énfasis en el concepto adoptado por la Ley colombiana; y, tercero, reseñar la noción de riesgo de desarrollo, su regulación en los países enlistados anteriormente, para explicar así su implicación en los productos sanitarios y farmacéuticos paliativos del COVID-19. Todo ello con el propósito de pensar y analizar estas temáticas que, sin duda, tienen y tendrán implicaciones en nuestras vidas, ahora amenazadas por el COVID-19 y por algunos productos que dicen y dirán mitigarlo o evitarlo.

11.1 ¿Por qué es importante hablar de producto defectuoso y riesgo de desarrollo en tiempos de COVID-19?

Hacia principios del mes abril de 2020 se conocieron diferentes noticias acerca de productos sanitarios que, aunque fabricados y comercializados para diagnosticar el contagio del virus y prevenir su transmisión, no funcionaban.

Los medios de comunicación, entre ellos, El País (España),²⁵⁴ la BBC (Reino Unido)²⁵⁵ y El Tiempo (Colombia),²⁵⁶ indicaron que existían kits de diagnóstico rápido de COVID-19, producidos en China y distribuidos a varios países del mundo, que carecían de fiabilidad para detectar el contagio del COVID-19. En ese mismo sentido, se informó de la existencia de ventiladores defectu-

Sevillano, E. (2020, marzo 26). Los test rápidos de coronavirus comprados en China no funcionan bien. El País. Disponible en

 $[\]underline{https://elpais.com/sociedad/2020-03-25/los-test-rapidos-de-coronavirus-comprados-en-china-no-funcionan.html}$

Redacción BBC. (2020, abril 01). Coronavirus | El escándalo de los defectuosos productos chinos para el coronavirus detectados en Europa. BBC. Disponible en

https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-52111281

²⁵⁶ Investigación El Tiempo. (2020, marzo 31). Indagan quién envió a Bélgica, desde Colombia, tapabocas defectuosos. El Tiempo. Disponible en

 $[\]underline{https://www.eltiempo.com/unidad-investigativa/indagan-quien-envio-a-belgica-desde-colombia-tapabocas-defectuosos-479144}$

osos y se conocieron tapabocas que, a pesar de ser distribuidos como no transmisores del virus, permitían su propagación.

Sumado a ello, algunos gobiernos sugirieron el consumo de determinados productos y medicamentos que, al parecer y muchas veces sin estudios previos, atacan las causas y tratan las consecuencias lesivas del virus.

Más todavía, de acuerdo con información publicada por el New York Times, ²⁵⁷ la industria farmacéutica viene adelantando una carrera acelerada con alrededor de 90 proyectos de vacuna, con técnicas y métodos de producción diferentes.

Este escenario, exige la atención de la autoridad sanitaria, farmacéutica y de consumo. Pero, para lo que interesa, invita al análisis que, desde las implicaciones legales y en particular del Derecho del Consumo, pueden tener los riesgos ocasionados por bienes o servicios catalogados como defectuosos, así como los latentes perjudiciales de la innovación o el progreso. Allí reside la importancia de abordar y profundizar en los conceptos de producto defectuoso y riesgo de desarrollo.

11.2 Breve introducción al concepto de producto defectuoso²⁵⁸

Veamos en el siguiente cuadro las nociones legales de producto defectuoso en Brasil, Colombia, México y Perú, para luego proceder a su explicación a partir de la definición prevista en la Ley colombiana —Ley 1480 de 2011—.

DEFINICIÓN PRODUCTO DEFECTUOSO

Sanger, D., Kirkpatrick, D., Zimmer, C., Thomas, K., Wee, S..(2020, mayo 02). Profits and Pride at Stake, the Race for a Vaccine Intensifies. The New York Times. Disponible en https://www.nytimes.com/2020/05/02/us/politics/vaccines-coronavirus-research.html

Ver: Bercovitz, R. (1986, abril). La responsabilidad de los fabricantes en la Directiva de las Comunidades Europeas de 25 de julio de 1985. Estudios sobre consumo, Núm. 7; Bercovitz, A. (s.f.). Reflexiones críticas sobre la protección de los consumidores en el Derecho español; Bercovitz, R. (1987). Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores. Madrid; Thomson Reuters (compilador). (2009). Comentarios del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007). Pamplona: Editorial Aranzadi; Cepeda, M. (s.f.). La responsabilidad de fabricante por productos defectuosos (en el derecho comparado y la legislación colombiana) [en línea]. Bogotá: 217 Revista de Derecho Privado, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes; Calvão da Silva, J. (1990). Responsabilidade civil do produtor. Coimbra: Editorial Livraria Almeida; Clark, Alistair M. Product Liability. London: Sweet & Maxwell; Durand, J. (2007). Tratado de derecho del consumidor en el Perú. Lima: Editorial Universidad San Martin de Porres; Gutiérrez, P. (2006). Responsabilidad civil por productos defectuosos. Cuestiones preliminares. Granada: Editorial Comares; Lois, A. (1996). La responsabilidad del fabricante por los defectos de sus productos. Madrid: Editorial Tecnos; Solé i Feliu, J. (1997). El concepto de defecto del producto en la responsabilidad civil del fabricante. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch; Stoppa, A. (1992-1993). The concept

País	Ley de protección al consumidor	Norma definición producto defectuoso	Definición
Brasil	Código de Defensa del Consumidor (Código de Defesa do Consumidor) Ley 8.078 de 1990	Art. 12 § 1 Ley 8.078 de 1990	"[] O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: I - sua apresentação; II - o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III - a época em que foi colocado em circulação.[]"
Colombia	Estatuto del Con- sumidor Ley 1480 de 2011	Art. 5, numeral 17 Ley 1480 de 2011	"[] 17. Producto defectuoso es aquel bien mueble o inmueble que en razón de un error el diseño, fabricación, construcción, embalaje o información, no ofrezca la razonable seguridad a la que toda persona tiene derecho. []"
México	Ley Federal de Pro- tección al Consum- idor 24 de diciembre de 1992	No existe norma que regule el concepto	No existe norma que regule el concepto
Perú	Código de Protec- ción y Defensa del Consumidor Ley 29.571	Art. 102 Ley 29.571	"Es producto defectuoso el que no ofrece la seguridad a la que las personas tienen derecho, tomando en consideración las circunstancias relevantes, tales como: a. El diseño del producto. b. La manera en la cual el producto ha sido puesto en el mercado, incluyendo su apariencia, el uso de cualquier marca, la publicidad referida al mismo y el empleo de instrucciones o advertencias. c. El uso previsible del producto. d. Los materiales, el contenido y la condición del producto."

Tabla 1. Definiciones Producto Defectuoso

of defectiveness in the Consumer Protection Act 1987: a critical analysis. En: Legal Stud., Nº 12-13; Tamayo, J. (2016). Responsabilidad por productos defectuosos. Bogotá: Editorial Legis; Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 30 de abril de 2009, expediente 25899 3193 992 1999 00629 01.

Las legislaciones latinas que han optado por regular la responsabilidad por productos defectuosos lo han hecho con sustento en la evolución del strict product liability norteamericano y, a partir de allí, como se acaba de ver, han adoptado el criterio de la razonabilidad general para determinar si, en condiciones normales de uso, un producto es inseguro, capaz de causar daño a la vida, salud e integridad de las personas, y, en consecuencia, defectuoso.

De este modo, cuando la definición legal colombiana indica que el producto defectuoso "[...] es aquel bien mueble o inmueble que (...) no ofrezca la razonable seguridad a la que toda persona tiene derecho," como también lo hace la brasilera y la peruana, dice que la razonabilidad subjetiva, la razón individual con respecto al producto –la del consumidor, el productor y/o el proveedor–, es irrelevante para determinar su inseguridad. Interesa, más bien, valorar el juicio conjunto, el del destinatario medio del producto, el buen padre de familia, así como la del productor medio ideal, el buen hombre de negocios. El juez y la administración lo apreciarán en cada caso concreto, sumado a otros tantos elementos no menos importantes –la duración, la información, la puesta en servicio, instalación y mantenimiento del producto, etc.–.

La importancia de esclarecer la existencia de un producto defectuoso reside en que el consumidor puede precaver los daños que ese bien o servicio genera. En efecto, el régimen de productos defectuosos está constituido por dos grandes subsistemas: primero, las campañas de seguridad, recalls o, como lo denomina la ley colombiana, el deber de informar, y; segundo, la responsabilidad por productos defectuosos.

El primero, el de las campañas de seguridad, es un sistema eminentemente preventivo y de corte administrativo. Exige que un miembro de la cadena de producción y/o distribución, que conoce de la existencia de un producto defectuoso, irrazonablemente inseguro, lo informe a la autoridad competente y tome las medidas correctivas frente a los consumidores y el público para evitar o mitigar los perjuicios que se puedan causar o se hayan causado. En Colombia, se encuentra reglado en el artículo 19 de la Ley 1480 de 2011 y desarrollado entre los artículos 2.2.2.52.1 a 2.2.2.52.10 del Decreto 1074 de 2015.

RECALL O CAMPAÑA DE SEGURIDAD EN COLOMBIA

Consecuencias legales para el productor y/o proveedor que conoce de la existencia de un producto defectuoso

Decreto 679 de 2016, integrado al Decreto 1074 de 2015 —Único del Sector Comercio, Industria y Turismo—

Acción	¿Cuándo?	Sustento normativo
Elaborar y presentar ante la Superintendencia de Indu- stria y Comercio un plan de acción	Dentro de los tres (3) días calendario siguientes al conocimiento de la existen- cia del producto defectuoso	Art. 2.2.2.52.3 del Decreto 1074 de 2015
Tomar medidas concretas para la evasión y mitigación de los daños	Inmediatamente se conoce de la existencia del produc- to defectuoso	Art. 2.2.2.52.4 del Decreto 1074 de 2015
Tomar medidas inmediatas frente a los productos de- fectuosos no despachados o comercializados	Inmediatamente se conoce de la existencia del produc- to defectuoso	Art. 2.2.2.52.5 del Decreto 1074 de 2015
Tomar medidas inmedia- tas frente a los productos defectuosos despachados o comercializados	Inmediatamente se conoce de la existencia del produc- to defectuoso	Art. 2.2.2.52.6 del Decreto 1074 de 2015
Tomar acciones frente a los productos aislados y recogidos	Desde el momento que se tengan identificados y aisla- dos los productos defectuo- sos	Art. 2.2.2.52.7 del Decreto 1074 de 2015

Tabla 2. Consecuencias legales para el productor y/o proveedor que conoce o debe conocer de la existencia de un producto defectuoso

El segundo, el régimen de la responsabilidad por productos defectuosos, es un sistema reactivo y de raigambre privada. Procura que, ante la comisión de un daño ocasionado por un producto defectuoso, el productor y/o proveedor reparen a la víctima de los perjuicios sufridos. En Colombia se encuentra ordenado por los artículos 20, 21 y 22 del Estatuto del Consumidor.

Así las cosas, y en atención al poco espacio con el que contamos, interesa simplemente anotar, que en estos tiempos de incertidumbre y urgencia, la trascendental labor que las autoridades de consumo de los diferentes países están llamadas a desarrollar a fin de evaluar la condición defectuosa de los productos que, denominados preventivos o paliativos del COVID-19, se producen y comercializan en los mercados. En estas circunstancias es vital contar con información suficiente y productos seguros, que efectivamente traten el virus e impidan su transmisión, y no con bienes o servicios que agraven sus consecuencias lesivas, empeoren la condición de los pacientes

afectados o permitan su contagio. ¡Qué la cura no salga más irrazonablemente insegura que la enfermedad!

11.3 Breve introducción al concepto de riesgo de desarrollo259

Otro de los temas que debe llamar la atención en el marco actual y posterior al COVID-19, es el riesgo de desarrollo, risk of development o risco de desenvolvimento. Los peligros del progreso.

Inicialmente, el riesgo de desarrollo es una hipótesis fáctica. Se trata de aquella situación en la cual un producto resulta defectuoso como consecuencia de que la ciencia y la técnica, posterior a su puesta en circulación, encuentra que ese producto era irrazonablemente inseguro y causante de daños que no era posible atribuírsele en el momento en que circuló porque, en ese entonces, la ciencia y la técnica disponible no permitían revelarlo.

Mucho cuidado, no se trata de la existencia de una versión mejorada del producto. La producción, o comercialización de una mejora, no hace defectuoso al bien o servicio anterior —ya lo han dicho varias legislaciones²⁶⁰ y la doctrina lo ha denominado excepción del estado del arte o state of the art²⁶¹—. Obedece más bien, reitero, a que los estudios científicos y técnicos, disponibles en el momento de la circulación del producto, encuentran que el bien o servicio comercializado era seguro, pero, luego, su adelanto demostró lo contrario.

Por ello, desde lo jurídico podemos definir al riesgo de desarrollo como el latente dañoso de un producto que lo convierte en defectuoso y cuya existencia, a la luz de la ciencia y la técnica, era imposible de conocer en el momento de su puesta en circulación.

Siendo así, las implicaciones jurídicas del riesgo de desarrollo se revelan, con mayor fuerza, en

Álvarez, M. (1997). The defence of development risks in Spanish law. Consumer Law Journal, Issue 5; Garrido, L. (2007). La responsabilidad por riesgo de desarrollo en material de consumo. Kemelmajer de Carlucci. Aída. Responsabilidad Civil. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores; Hodges, C. (1998, julio). Development Risks: Unanswered Questions. The Modern Law Review, Vol. 61; Mantilla, F., Ternera, F. (2014). El riesgo de desarrollo en la responsabilidad por productos del derecho colombiano. Revista Ius et Praxis, No. 1; Pico, F. (2018-2019). El riesgo de desarrollo en la Responsabilidad por Productos Defectuosos. Bogotá: Ed. PUJ e Ibañez; Prieto, R. (2005) El riesgo de desarrollo: un supuesto paradójico de la responsabilidad por productos. Madrid: Editorial Dykinson; Salvador, P., Solé i Feliu, J. (1999). Brujos y aprendices. Los riesgos de desarrollo en la responsabilidad de producto. Madrid, Barcelona: Editorial Marcial Pons; Salvador, P., Rubí, A. (s.f.). Excepción por riesgo de desarrollo; Gómez, F., Salvador, P. (2008). Tratado de Responsabilidad Civil del Fabricante. Pamplona: Editorial Thomson Civitas; Salvador, P., Solé, J., Seuba, J., Ruiz, J., Carrasco, J., Luna, A. (2001). Los riesgos de desarrollo. Barcelona: Indret Revista para el análisis del Derecho.

Al respecto ver: Art. 137, numeral 3. Real Decreto Legislativo 1 de 2007 (España). Disponible en https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-20555; Art. 6, numeral 2. Directiva 85/374 (Unión Europea). Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:31985L0374&from=ES

²⁶¹ Sentencia Day v. Barber-Colman Co.10 Ill. App.2d 494 (1956)135 N.E.2d 231.

el campo de la responsabilidad por producto defectuoso y en aquellos sectores de la producción íntimamente ligados con el avance constante hacia nuevos bienes o servicios, entre ellos, y para lo que ahora nos interesa, el farmacéutico y sanitario. Más cuando hoy existe una comprensible carrera por hallar un medicamento o vacuna que se ocupe de curar las consecuencias del COVID-19 o sortear su inoculación.

De ahí que sea necesario preguntarnos ¿cómo ordenan las diferentes legislaciones el riesgo de desarrollo en la responsabilidad por productos defectuosos? y ¿cuáles son sus implicaciones? Al respecto podemos encontrar tres grandes formas de regular la materia: primero, aquellas legislaciones que no lo consagran como una causal de exoneración de responsabilidad —Brasil, Perú—; segundo, aquellos ordenamientos que lo incorporarán como causal de exoneración de responsabilidad —Colombia—, y; tercero, las legislaciones que, estableciéndose como causal de exoneración de responsabilidad, disponen unos sectores de la economía no cobijados por ella —España²⁶²—. Veamos.

RIESGO DE DESARROLLO			
Riesgo de desarrollo → noción jurídica → latente dañoso de un producto que lo convierte en defectuoso y cuya existencia, a la luz de la ciencia y la técnica, era imposible de conocer en el momento de su puesta en circulación			
País	Ley de protección al consumidor	Norma referen- cia	Inclusión Sí / No
Brasil	Código de Defensa del Consumidor (Código de Defesa do Consumidor) Ley 8.078 de 1990	Art. 12 a 17 Ley 8.078 de 1990	No lo incluye
Colombia	Estatuto del Consumidor Ley 1480 de 2011	Art. 22, numer- al 6 Ley 1480 de 2011	"[] Solo son admisibles como causales de exoneración de la responsabilidad por daños por producto defectuoso las siguientes: () 6. Cuando en el momento en que el producto fue puesto en circulación, el estado de los conocimientos científicos y técnicos no permitía descubrir la existencia del defecto. Lo anterior, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 19 de la presente ley. []"

México	Ley Federal de Pro- tección al Consumi- dor 24 de diciembre de 1992	No existe un régimen legal de responsabi- lidad por pro- ductos defectu- osos	No existe un régimen legal de responsabilidad por productos defectuosos
Perú	Código de Protección y Defensa del Con- sumidor Ley 29.571	Art. 100 a 103 Ley 29.571	No lo incluye

Tabla 3. Regulaciones del riesgo de desarrollo

¿Qué sucede en materia de responsabilidad del productor y/o proveedor si una persona consume un producto suministrado como capaz de curar el COVID-19 y, con posterioridad a la comercialización y el consumo, la ciencia y la técnica revela que ese bien o servicio era defectuoso y causante de daños que el consumidor sufrió? Es la inquietud que, en tiempos de desarrollo, en tiempos de COVID-19, debe asaltarnos y responderse.

Siendo así, y a modo de invitación al diálogo, lo que revela el riesgo de desarrollo es una tensión entre riesgo y utilidad. Una tensión propia de la existencia humana, pues, en sí misma, la vida implica inseguridades. Que nos lo diga precisamente el COVID-19, que nos lo comprueben los casos históricos de riesgo del desarrollo.²⁶³ Las sociedades creen dar un paso más, dejando el lugar tal vez seguro donde creían estar. Pero, ¿realmente estamos seguros donde nos encontramos? Para avanzar, es necesario ir hacia lo inexplorado, hacia la novedad.

Precisamente por ello, el profesor norteamericano John Wade propone un nuevo criterio para evaluar y determinar la condición defectuosa del producto. ²⁶⁴ Wade, dejando de lado el juicio de razonabilidad, de la expectativa legítima y general de seguridad, propone el test de riesgo-utilidad o risk-utility test. Bajo este examen se evalúa qué tan inseguro y qué tan benéfico, en términos de bienestar general, es el producto acusado como defectuoso. De este modo, si el producto es más riesgoso que útil, se considerará defectuoso, de lo contrario, si es más útil que riesgoso, no lo será. Así planteado ¿es posible aplicar el test de riesgo-utilidad en nuestras legislaciones gobernadas por la razonabilidad?; ¿es posible aplicar el test de riesgo-utilidad en los supuestos de la causal de exoneración por riesgo de desarrollo en aquellas legislaciones que la consagran?

El caso hito en materia de riesgo de desarrollo es el del fármaco de la Talidomida, recetado hacia los años cincuenta a las mujeres en estado de gravidez a propósito de evitar las náuseas y que produjo malformaciones en los bebés.

Wade, J. (1973). On the Nature of Strict Liability for Products. En: 44 Miss. Law Journal 825.

Les anticipo mi respuesta: sí. ¿Qué piensan ustedes? Abramos el diálogo.

Por último, y en relación con lo expuesto, me plantean dos interrogantes: primero, ¿Cuál es el rol que juega la autoridad administrativa en materia de productos defectuosos?, y; segundo, ¿Los productos fabricados deben pasar por un test de riesgo-utilidad? ¿El fabricante debe evaluar el riesgo de sus productos?

Sobre la primera inquietud, debo reiterar que el Estatuto del Consumidor colombiano establece en su artículo 19, y sus normas desarrolladoras, el llamado deber de información o campañas de seguridad, conocido en el extranjero como recalls. Obedece a una responsabilidad administrativa, subjetiva, bajo la cual el miembro de la cadena de producción o comercialización, que sabe o debe saber que su producto es defectuoso, está en la obligación de informar el hecho a la autoridad competente, en nuestro caso la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), y tomar las medidas correctivas. Todo ello con el fin de evitar o mitigar los daños a los consumidores.

Para el efecto, el Decreto Único del Sector Comercio, Industria y Turismo determina entre otras, unas obligaciones relacionadas con construir y ejecutar un plan de acción, retirar de forma inmediata los productos defectuosos del mercado y reportar avances a la autoridad. De no hacerlo, la SIC puede imponer multas; eso sí, después del debido proceso administrativo sancionatorio. Ahora, sin perjuicio de ello, en Colombia hay otra autoridad que no puede perderse de vista, particularmente en materia sanitaria: el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (INVIMA). El INVIMA es la autoridad que controla la calidad de medicamentos y productos sanitarios, ²⁶⁵ lo cual es sumamente importante frente aquellos fármacos que, en el marco de la actual pandemia, se comercializan como preventivos del COVID-19. En ese orden de ideas, no es menor el control de calidad que efectúan organismos como el INVIMA en nuestro país. Recuérdese la relevancia que tuvo en su momento la Agencia de Medicamentos y Alimentación (FDA, por sus siglas en inglés) en los Estados Unidos de Norteamérica para impedir el ingreso en masa de la Talidomida. Se logró precisamente gracias a una inspectora de la FDA, Frances Oldham.

De ahí que, en materia de inspección, vigilancia y control de productos, el papel tanto de la SIC como del INVIMA sean vertebrales.

En lo que respecta al segundo interrogante, todos los fabricantes hacen una evaluación de segu-

 $^{265 \}qquad \text{Decreto 2078 de 2012 (Colombia). Disponible en } \underline{\text{http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_2078_2012.html#:~:text=El%20Invima%20tiene%20como%20objetivo,%2C%20alimentos%2C%20bebidas%2C%20cosm%C3%A9ticos%2C}$

ridad de sus productos. Es más, dentro del uso razonable del bien o servicio, el fabricante tiene una expectativa de seguridad. Tanto que en las industrias y, en especial en el sector farmacéutico, el deber, la obligación, es informar las consecuencias secundarias de un producto, en el marco de una evaluación de su uso razonable, para que el consumidor tenga la información suficiente de esas consecuencias peligrosas que puede generar el consumo del bien.

Lo que sucede es que, además de esas expectativas de seguridad del productor, los consumidores tienen sus propias perspectivas de seguridad sobre el producto. Que pueden ser concordantes o disímiles.

Precisamente, es en este último evento donde habrá de evaluarse la posible condición irrazonablemente insegura del producto, su calidad de defectuoso. Recuérdese que la valoración defectuosa del bien o servicio no depende en exclusiva de la irrazonable inseguridad que considere el productor o el consumidor. La valoración pende del examen conjunto de dichas estimaciones que deberá hacer el Juez o la Administración en el caso concreto.

Entonces, es cierto que el fabricante hace y deberá hacer una evaluación de seguridad de su producto, pero eso no impide que deje de existir la exposición a la expectativa de seguridad que sobre el bien o servicio tengan los consumidores y el público en general.

Capítulo 12

Retos de competencia asociados a la emergencia causada por el COVID-19 en México

María José Contreras de Velasco²⁶⁶

Una de las interrogantes que pronto empezaremos a plantearnos es ¿qué retos tendremos que enfrentar una vez que la emergencia haya pasado?, empezar a reflexionar sobre la vida post COVID-19 requiere plantearnos tres tipos de problemas, o retos. El primero, las cosas que hemos hecho durante la crisis, aquellas que tenemos que acotar para evitar que su impacto se vuelva permanente en el tiempo. El segundo, las cosas de las que tendremos que encargarnos inmediatamente después de que termine la crisis. Finalmente, abordaré aquellas que tenemos que pensar en el largo plazo.

Como Directora General de Promoción a la Competencia en la Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE), intentaré enmarcar esta reflexión en el potencial de las acciones de promoción, en aquellas de abogacía, y en cómo estas pueden contribuir a solventar los retos presentes y los que están por venir. No sobra advertir que lo que planteo en este texto es una opinión propia y para nada compromete la posición de la COFECE.

En el primer grupo, haremos referencia a los retos que vamos a tener como consecuencia de las medidas o decisiones que tomamos durante el contexto de crisis, para ello voy a utilizar dos ejemplos; el primero, que es bastante específico a México, se refiere a un acuerdo que emitió el Centro Nacional de Control de Energía (CENACE). Recientemente la COFECE emitió una opinión acerca de este acuerdo que se justifica encuadrado en una situación particular de baja demanda de electricidad en las últimas semanas. En este acuerdo se implementan una serie de medidas que, en opinión de la Comisión, podrían ser contrarias a la competencia. Sin embargo, este acuerdo no es muy claro respecto a cuándo estas medidas se van a dejar de aplicar, o qué tendría que pasar u observarse en la red eléctrica para que estas medidas dejen de tener efecto. Me parece que este es un buen ejemplo de acciones que se han llevado a cabo en el contexto de la crisis, e independientemente de la discusión de si están justificadas técnicamente o no, que me parece que no es motivo de este escrito, son medidas que tienen que acotarse muy bien en el

Directora General de Promoción a la Competencia en la Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE) y profesora en la Universidad IBERO (México). Las opiniones contenidas en este texto son personales y no comprometen la posición de la COFECE.

Última fecha de modificación: Mayo 27, 2020.

tiempo para que la afectación a la competencia no se extienda de manera innecesaria más allá del periodo de crisis.

Son este grupo de medidas las que tenemos que vigilar y dejar sin efecto tan pronto las cosas empiecen a regresar a la normalidad, sobre todo en el entendido de que si se afecta la competencia en el mercado energético, seremos los consumidores mexicanos los que terminaremos pagando tarifas de electricidad más altas.

Por otra parte, la COFECE emitió al inicio de esta crisis un comunicado en el que se compromete a revisar de manera expedita los acuerdos o las adquisiciones que surjan en este contexto, esto con la intención de acelerar la resolución de estos temas y no retrasar, o no representar un obstáculo en este sentido. Una discusión interesante es la que se desató en semanas pasadas por la aprobación provisional de la autoridad de competencia del Reino Unido sobre la operación de Amazon comprando a Deliveroo, y el argumento de la autoridad fue que autorizaba de manera preliminar esta operación por el desgaste financiero que había tenido Deliveroo como resultado del COVID-19. Entonces este argumento de failing firm, de "si no dejas que me compren de todas maneras voy a quebrar" nos obliga a tener cuidado para que dicho argumento no se sobre-utilice como pretexto en el contexto del COVID-19. Para resumir, creo que el papel de las autoridades de competencia sigue siendo aprobar y dar celeridad para que ocurran las operaciones que son eficientes para el mercado y que generan beneficios para los consumidores y frenar aquellas operaciones que puedan generar falta de competencia o dañar potencialmente la competencia y al consumidor.

Otro ejemplo importante donde las medidas que hemos tomado en el contexto de esta crisis y que tendremos que repensar o regresar a su normalidad cuando la situación de emergencia termine, es el tema de las contrataciones públicas. Muchos países se han visto obligados a realizar adquisiciones o compras públicas a través del mecanismo de adjudicaciones directas sin que existan condiciones de competencia. Se entiende y se justifican estas acciones en el contexto de la crisis, no obstante, va a ser muy importante en cuanto termine esta situación y las cosas vuelvan a la normalidad, que aboguemos de nuevo por la competencia en la contratación pública. En esta nueva realidad, el trabajo de promoción de la competencia tomará más relevancia que nunca, será una herramienta importante en la búsqueda de condiciones estables donde los gobiernos vuelvan a incorporar los principios de competencia en sus contrataciones, en el entendido de que ésta es la mejor forma de hacer un uso eficiente de los recursos públicos.

En el segundo grupo de las medidas que, en mi opinión, tendríamos que estar atentos a implementar en el momento en que se termine la crisis, tiene que ver con regulaciones que pueden implementarse, o que quizá se buscan implementar, para atender la crisis económica que se anticipa vendrá en muchos países, derivados de la contingencia.

Si bien es válido y muchas veces necesario que los gobiernos implementen medidas, políticas públicas, incluso regulaciones en mercados específicos, va a ser muy importante que aboguemos porque estas intervenciones estén siempre orientadas a la competencia y que busquen, en la medida de lo posible, mantener la neutralidad competitiva en los mercados. En México se han dado casos en los que son funcionarios públicos quienes facilitan acuerdos colusorios, o los que promueven la adopción de regulaciones anticompetitivas, con la intensión de generar beneficios a un grupo muy específico de productores, sin tomar en cuenta, o sin entender completamente, el daño que estas medidas le causan al consumidor a la hora de implementar un acuerdo o que se implemente alguna regulación que limita la competencia o la entrada a productores más eficientes al mercado.

En estos escenarios, las autoridades de competencia en México y en los países en que se den situaciones similares tendrán una labor importante que hacer para garantizar que las medidas, las políticas públicas y los programas que se lleven a cabo en la atención a la crisis económica que se derivará de esta emergencia, sean lo más proclives o lo más respetuosos de la competencia en el mercado. Lo anterior, debido a que quizá limitar la competencia temporalmente tenga beneficios de corto plazo, pero en el largo plazo la eficiencia de los mercados, vía la competencia, es la mejor forma de que los consumidores paguemos precios justos y tengamos bienes y productos de buena calidad.

Aquí también podemos incluir esa tentación que quizá tienen los gobiernos de empezar a aplicar medidas proteccionistas en términos de comercio exterior, cuotas compensatorias, incluso tarifas arancelarias. Tendremos que estar muy pendientes, los interesados en la competencia, que estos esfuerzos tomen en cuenta la visión de los consumidores, quienes muchas veces cuando se imponen estas regulaciones o cuotas, no están representados en las mesas en las que se toman las decisiones. Por ello nos toca velar por que la visión del consumidor esté reflejada.

Esta crisis está demandando acciones en diferentes mercados, acciones que quizá nunca hubiéramos imaginado, que quizá no hubiésemos tomado en otro contexto. Creo que lo que va a ser importante ahí es acotar esas medidas a la temporalidad de la crisis, que en este momento parece

imposible prever cuándo terminará, pero eventualmente va a terminar y eventualmente tendremos que levantar esas medidas, levantar esas restricciones a los mercados y hacer que vuelvan a la normalidad y vuelvan a la eficiencia. Entonces, aunque las autoridades de competencia en este momento quizá no tienen las facultades, la libertad o incluso el conocimiento técnico para frenar ciertas medidas que sí se pudieran estar necesitando en los mercados incluso cuando pudieran ser contrarias a la competencia, va a ser importante que quienes las emitan busquen que sean lo menos intrusivas a la competencia y que estén acotadas a cierto tiempo y a la emergencia. Si son respuesta a la emergencia pues deberían de eliminarse cuando esta termine y definir desde ahora parámetros claros de qué tendría que ocurrir, qué tendríamos que observar para decir que esas medidas cumplieron con su objetivo y por lo tanto pierdan efecto. Es importante que todos tomemos el rol de exigir que las medidas y acciones que se tomen en este contexto de emergencia consideren desde ahorita condiciones para que se levanten y para que los mercados vuelvan a la normalidad.

Finalmente, en las medidas de largo plazo, una vez hayamos terminado la crisis sanitaria y atendido inmediatamente la crisis económica que de esta puede derivarse, tendremos que seguir empujando por medidas y por legislaciones que promuevan la competencia en los mercados. Sobre todo, en los mercados que tradicionalmente en países como México no han sido abiertos a la competencia, o en los que todavía encontramos restricciones regulatorias que podrían ser eliminadas, y que en el mediano y largo plazo podrían beneficiar al consumidor. Aquí podemos mencionar dos tipos; el primero son las que están orientadas específicamente a los precios que pagamos los consumidores, por ejemplo, remover barreras para que entren los medicamentos genéricos a los mercados, remover obstáculos regulatorios para que se puedan instalar gasolineras de distintas marcas que puedan competir y ofrecernos precios más baratos. El segundo tipo de reformas que vamos a tener que discutir, son las que están orientadas a facilitar la vida de los negocios. Vuelven a la vida todas las discusiones que tenemos pendientes en el sector financiero, cómo hacer más fácil el acceso al crédito para las empresas, por ejemplo, reformas que se han discutido mucho en los servicios notariales, en los servicios profesionales que pueden ayudar a que los negocios puedan recuperarse pronto, y que podamos ver una actividad económica más boyante en el mediano y largo plazo, posteriores a esta crisis.

La idea con que los quiero dejar es que, más allá de las discusiones que estamos teniendo en este momento, también tenemos que empezar a pensar hacia adelante qué focos rojos empiezan a visualizarse y qué puede hacer la promoción de la competencia, o la abogacía de la competencia, para evitar que por tratar de mediar situaciones temporales, o inmediatas, generemos una afectación más grande en los mercados en perjuicio de los consumidores.

Capítulo 13

Consumo y competencia en tiempos de COVID-19: Sinopsis del panorama brasileño

Juliana Oliveira Domingues²⁶⁷

En Brasil, el Departamento de Protección y Defensa del Consumidor (DPDC) del Ministerio de Justicia ha tomado muchas medidas para garantizar los derechos del consumidor sin perjudicar la competencia de los sectores más afectados. En este texto, intentaré dar una visión general de las actividades de protección del consumidor en el Gobierno Federal de Brasil y, para ello, elegiré una conducta puntual para explorar qué está en boga ahora: los precios abusivos.

El DPDC de Brasil, es un coordinador del sistema nacional de protección del consumidor. En este Departamento tenemos competencias para promover estudios de mercado, ayudar a formular políticas públicas y promover acciones para la protección y defensa del consumidor.

De acuerdo con nuestras acciones, vale la pena destacar que tenemos tres Coordinaciones Generales que actúan entre sí: una que hace los estudios y el monitoreo del mercado, la segunda que hace la consultoría técnica y sanciones administrativas, y tenemos una tercera que coordina el sistema nacional de información de protección al consumidor.

En la Coordinación-General de Estudios y Monitoreo de Mercado, hemos emitido más de treinta opiniones sobre proyectos de ley que están directamente relacionados con la pandemia de COVID-19. Además, hasta el inicio de mayo del 2020, tenemos ciento veintiún notificaciones emitidas, relacionadas con los efectos del coronavirus en las relaciones de consumo. Actualmente, estamos preparando otras notas técnicas que están en progreso, todas directamente relacionadas con las demandas generadas por la pandemia.

En la Coordinación-General de Consultoría Técnica y Sanciones Administrativas, tuvimos trece medidas relacionadas con los efectos del coronavirus. Una de ellas está relacionada con la plataforma Zoom, que asumió una relevancia considerable en el contexto de distancia social, debido al supuesto intercambio de datos de sus usuarios. Desde el comienzo del período pandémico, el DPDC ha enviado casi 100 notificaciones a las empresas, a través de la Coordinación de Consumo

²⁶⁷ Directora del Departamento de Protección y Defensa del Consumidor (DPDC) del Ministerio de Justicia de Brasil y Profesora en la Universidad de São Paulo (Brasil).

Última fecha de modificación: Mayo 29, 2020.

y Salud Seguros (CCSS), para garantizar los derechos de los consumidores.

Entre las principales razones de las notificaciones, el DPDC solicitó a las empresas aclaraciones sobre los productos que podrían poner en riesgo la salud y la seguridad de los consumidores, además de exigir la formalización de los retiros del mercado. Como ejemplo, después de informar a Anvisa²⁶⁸ sobre los riesgos de un determinado medicamento, el DPDC determinó que las empresas responsables deberían informar a los consumidores y adoptar las medidas determinadas en el Código de Protección al Consumidor para retirar el producto del mercado.

Además, las notificaciones tenían como objetivo actualizar los datos de las campañas de retirada en curso, a fin de analizar la efectividad de las acciones de las empresas. También se enviaron otras notificaciones con la posición del DPDC sobre medidas efectivas para combatir los productos falsificados en las plataformas de comercio electrónico, dado que dichos productos pueden ser perjudiciales para el consumidor. Nuestro Departamento continuará actuando para proteger la salud y seguridad del consumidor, así como para salvaguardar otros derechos establecidos por el Código de Protección al Consumidor. Se analizarán las respuestas de las empresas para que se adopten las medidas relevantes en cada caso.

Por fin, la tercera Coordinación-General que actúa en el Sistema General de Información y Protección al consumidor, centra su atención en encontrar formas de facilitar el diálogo entre consumidores y proveedores, haciendo orientaciones y emitiendo cartas a centenas de grandes empresas en el Brasil en diversos segmentos. Los sectores y servicios esenciales, principalmente, han sido notificados para que se unieran a la plataforma www.consumidor.gov.br. Luego explicaré con más detalle esta plataforma, pues creo que es muy importante en el contexto de la pandemia.

Con el estado de calamidad pública, declarado en marzo de 2020 debido a la pandemia de COVID-19, nosotros comprendemos que el consumidor queda en una situación de vulnerabilidad particular, ya que las medidas de distancia social cambiaron la dinámica del mercado, y todas las relaciones con los consumidores. En este escenario, el derecho fundamental a promover-la protección del consumidor que nosotros tenemos en nuestra Constitución Federal, ²⁶⁹ adquiere

El reporte, en portugués, está disponible en https://www.novo.justica.gov.br/news/mjsp-multa-empresa-em-r-6-5-milhoes-por-vender-remedio-de-pressao-alta-com-impurezas-que-podem-causar-cancer.

DPDC ha notificado a las compañías farmacéuticas que retiren del mercado los medicamentos para la presión arterial que contienen ingredientes activos cancerígenos. Debido a la negativa de uno de los laboratorios, DPDC aplicó una multa de R\$ 6,5 millones por la infracción.

²⁶⁹ Constitución Federal de la República Federativa de Brasil: Art. 5. Todos son iguales ante la ley, sin distinción

pautas especiales, que están esbozadas por el reciente desafío de hacer viables las relaciones con los consumidores, con la imposición de la distancia social.

Con el fin de promover la protección del consumidor, emitimos la Ordenanza número 15-2020²⁷⁰, que obliga a las empresas de todos los sectores relacionados con servicios públicos y las actividades esenciales estén registradas en la plataforma www.consumidor.gov.br, además de los agentes económicos que figuran entre las doscientas empresas más reclamadas en el sistema de información nacional de protección del consumidor. Nosotros creemos que el uso de la plataforma permite mitigar muchos conflictos del consumo, hace un espacio especial para la negociación entre los consumidores y las empresas.

En los meses de marzo y abril de 2020, nuestra coordinación general de estudios y monitoreo de mercado, produjo notas técnicas con orientaciones generales sobre el impacto del coronavirus en las relaciones con los consumidores, especialmente en el sector de transporte aéreo, sector turístico, e involucrando relaciones contractuales con instituciones educativas y centros de actividad física. Hay una gran preocupación con los abusos cometidos, como fue el caso del reajuste de los precios de la leche y el queso.

13.1 Abuso de precios en la perspectiva del derecho del consumidor

Tratando específicamente el abuso de precios, es importante reflexionar sobre la configuración de la práctica, de acuerdo con el código de protección del consumidor de Brasil. Nosotros propusimos una nota técnica sobre el tema, muy reciente, motivada por el aumento de los valores de alcohol en gel, máscaras,²⁷¹ y después tuvimos el problema con la leche y con otros productos esenciales. ²⁷²

de ningún tipo, garantizando a los brasileños y extranjeros que residen en el país la inviolabilidad del derecho a la vida, libertad, igualdad, seguridad y propiedad, en los siguientes términos: (...) XXXII - el Estado promoverá, de conformidad con la ley, la protección del consumidor. Disponible en portugués en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

La Ley a la que se refiere la Constitución es el Código de Protección al Consumidor, una regla responsable por establecer reglas de protección y defensa del consumidor, de orden público e interés social.

La iniciativa dirigida al registro obligatorio en la plataforma se debe al aislamiento social impuesto por las autoridades para evitar la propagación del coronavirus. En el contexto de una pandemia, se necesitan mecanismos que permitan a los consumidores abordar sus problemas de consumo de forma remota, sin salir de sus hogares, evitando la propagación de la enfermedad y el movimiento de judicialización. Ordenanza número 15/2020. Disponible, en portugués, en http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-15-de-27-de-marco-de-2020-250710160.

Nota técnica número 8 - Abuso de precios. Disponible, en portugués, en https://www.justica.gov.br/seus-di-reitos/consumidor/notas-tecnicas/anexos/nota-tecnica-no-8-2020.pdf.

Nota técnica número 23 - Aumento de precio de la leche y el queso. Disponible, en portugués, en https://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/notas-tecnicas/anexos/NotaTcnica232020.pdf.

En la nota técnica explicamos que había una avalancha de personas en los supermercados y farmacias para abastecerse de alimentos, medicamentos y productos que podrían prevenir la infección con el nuevo virus. Este movimiento provocó un fuerte aumento de la demanda, sin que las empresas estuvieran preparadas para ofrecer lo suficiente. Esto naturalmente provocó el aumento de precios de varios productos en Brasil.

Nuestro Departamento explicó que los momentos de crisis pueden impulsar un movimiento brusco de la demanda, debido a la inseguridad del consumidor. Además, hay una disminución en la oferta de productos causada por las paras en las líneas de producción. La suma de los efectos - es decir un aumento brusco de la demanda y una disminución de la oferta - inevitablemente afecta el precio de los productos considerados esenciales. De hecho, los momentos de crisis, generalmente dejan espacio para el comportamiento abusivo y el oportunismo de los agentes económicos.

Sin embargo, definir parámetros de legalidad, o ilegalidad, para obtener ganancias no es una tarea simple, mucho menos trivial. Específicamente con respecto a los precios abusivos y una situación de COVID-19, el análisis de un posible abuso de aumento en los productos y servicios debe examinar toda la cadena de suministro de productos y servicios. Además, es importante analizar las hojas de cálculo de costos para el periodo anterior de la pandemia.

El exámen es necesario para identificar cuáles fueron las causas que dejaron al proveedor sin opciones, o motivados a aumentar el precio del producto o servicio. También es importante para notar la presencia o ausencia de competencia. Explicamos que, ya que hay mercados muy competitivos, existe una imposibilidad lógica de elevar los precios a niveles muy superiores a los costos marginales. Sería otra forma de llamar el aumento excesivo de precios.

Después de identificar el producto que se revisará por abuso, las compañías que actúan competitivamente en la cadena de producción, y también analizar la materia prima del producto, debemos explorar la justificación económica del aumento de precios. Hacer un análisis de las disposiciones legales aplicables y buscar una explicación del razonamiento económico.

Es por esa razón, que el DPDC en Brasil, emitió una nota técnica que contiene una guía para el análisis de precios abusivos, después de recibir muchas quejas sobre supuestos precios abusivos. Nuestro objetivo fue construir una base económica para el tema de los precios abusivos, que se reflejan en el siguiente gráfico:

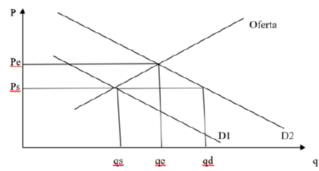


Gráfico 1. Oferta y demanda en el contexto de precios excesivos.

En el Gráfico l, las condiciones asumidas son que. i) un mercado competitivo está en equilibrio en la intersección entre la curva de oferta y demanda Dl, con la cantidad negociada "qs" al precio "Ps"; II) el gobierno considera que este precio Ps es justo"; III) hubo un desplazamiento de la demanda, como el representado por el aumento de la demanda de alcohol en gel y mascarillas. Este desplazamiento es representado por el cambio en la curva de demanda de Dl a D2.

Al permitir que el mercado se ajuste a la nueva situación, el precio aumenta de Ps a Pe y la cantidad intercambiada de "qs" a "qe". En la hipótesis de que el gobierno decide que Ps es un precio justo, y que cualquier precio más alto será considerado abusivo, lleva a cabo una intervención para reducir el precio a este valor Ps.

Como el precio justo considerado equivale a "Ps es menor que Pe", la cantidad negociada será qs <qe, en la intersección entre la curva de oferta y la línea horizontal trazada desde Ps. A este precio Pe, hay una cantidad de "qd", lo que implica un exceso de demanda en relación con la oferta de qd-qs. Es decir, a precio Ps, la cantidad ofrecida será menor que la cantidad demandada.

La legislación brasileña de protección al consumidor busca defendernos de posibles aumentos de precios irrazonables.²⁷³ Por consecuencia, no debemos olvidar que el sistema económico de Brasil se basa en la libre iniciativa como principio constitucional²⁷⁴ y en la libre fluctuación de precios de mercado.

Código de Defensa del Consumidor. Art. 39. El proveedor de productos o servicios está prohibido, entre otras prácticas abusivas: (...) X - elevar el precio de productos o servicios sin causa. Disponible, en portugués, en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm

Constitución Federal de la República Federativa de Brasil: Art. 1. La República Federativa de Brasil, formada por la unión indisoluble de Estados y Municipios y el Distrito Federal, constituye un Estado de derecho democrático y tiene como fundamentos: (...) IV - los valores sociales del trabajo y la iniciativa libre. Disponible, en portugués, en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

Teniendo en cuenta que los proveedores tienen la autonomía para cambiar los precios cobrados por sus productos y servicios, el análisis de abuso de precios debe ser realizado caso por caso por las agencias de protección al consumidor.²⁷⁵ El análisis del abuso de precios siempre debe considerar posibles desplazamientos de oferta y demanda que alteran inesperadamente el equilibrio del mercado.

Es por eso que el DPDC emitió la nota técnica número 8, que contiene los siguientes pasos para identificar precios abusivos:

- 1. Identifique el producto que se analizará para detectar abuso (en el caso de la pandemia de COVID-19, el alcohol en gel fue uno de los productos investigados);
- 2. Identificar compañías que operan competitivamente en este mercado;
- 3. Identificar la cadena de suministro, incluido el producto crudo;
- 4. Pedir facturas de compra y venta con series históricas confiables, al menos una serie de tres meses;
- 5. Identificar si existe racionalidad económica en el aumento de precios o si se deriva pura y simplemente del oportunismo del emprendedor.

Estas pautas están destinadas a las agencias de protección al consumidor en Brasil, que existen en todos los niveles de la Federación. Nosotros creemos que un análisis cuidadoso, desde un punto de vista jurídico-económico, siempre debe tener en cuenta los posibles choques de oferta y demanda que alteran inesperadamente el equilibrio del mercado. Siendo entonces el análisis caso a caso, la mejor manera de avanzar en este análisis.

Así, Brasil está avanzando en las investigaciones y estamos haciendo muchos pareceres, supervisiones y posicionamientos sobre proyectos de ley. Incluso en estos momentos de crisis, estamos trabajando con temas delicados que están surgiendo como propuestas legislativas sobre la congelación del precio de los medicamentos durante la pandemia y la moratoria de contratos esenciales bancarios y de seguros.

Entonces hay muchos fraudes que están surgiendo casi diariamente y estamos trabajando como

Procons son agencias de protección al consumidor estatales y municipales cuya tarea principal es aplicar directamente sanciones administrativas a los proveedores que violen las reglas de protección al consumidor. Al respecto, véase página 437 en: Lima, C., et al. (2017). Manual de Direito do Consumidor, octava edición– São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais.

nunca en un comité de crisis en el Gobierno Federal para avanzar en estos análisis. Específicamente para hacer el análisis de los precios abusivos, especialmente involucrando productos y servicios esenciales.

En el escenario de la pandemia, las relaciones con los consumidores se han vuelto más propensas al conflicto y al mercado a abusar en detrimento del consumidor. Entonces nuestras investigaciones de precios abusivos siguen y hay otras medidas que surgen casi a diario.

También hemos visto muchas medidas locales populistas y aparentemente benignas que pueden dañar el entorno competitivo, ²⁷⁶ generar una disminución de la oferta y perjudicar al consumidor. Es por eso que nuestro trabajo en Brasil ha buscado, dentro de lo posible, garantizar que los efectos nocivos de la pandemia no estén en la esfera de los derechos del consumidor y estamos haciendo una articulación fuerte con las autoridades de defensa de la competencia y con las agencias reguladoras que cuidan de muchos servicios esenciales.

13.2 Comercio electrónico

Sobre el comercio electrónico este año hemos notificado aproximadamente veinte empresas con varios modelos de negocios en comercio electrónico; desde aquellos que operan en todas las etapas de la venta, hasta aquellos que registran proveedores de ropa, accesorios y electrodomésticos.

En abril recomendamos a las plataformas de comercio electrónico la implementación de medidas preventivas, también estamos estudiando medidas represivas, para combatir la venta de productos falsificados. Nuestro objetivo es inhibir la comercialización de artículos que dañen la seguridad del consumidor. También tenemos una preocupación mayor considerando el aumento de la venta de bienes por medios digitales debido a medidas para combatir el nuevo coronavirus. Esa es una preocupación permanente.

Además, hicimos una investigación en el DPDC involucrando varias plataformas digitales, marketplaces y redes sociales, para mapear sus políticas contra los productos falsificados. Como resultado, enumeramos los principales problemas y preparamos una recomendación de mejores

Una de las unidades de Procon, organismo responsable por la protección del consumidor a nivel estatal, fijó los precios del gas de cocina, decisión que ha sido ampliamente condenada por las autoridades de protección de la competencia. Disponible, en portugués, en https://blogs.oglobo.globo.com/lauro-jardim/post/cade-condena-tabela-mento-de-precos-do-gas-de-cozinha-em-sp.html

prácticas para una mayor protección del consumidor. Nosotros entendemos, yo particularmente, que es una acción necesaria que las empresas verifiquen el comercio de productos ilegales. Así, los marketplaces deben informar a los organismos competentes aquí en Brasil, como el Consejo Nacional para Combatir la Piratería (CNCP) y nuestro, así como informar todas las medidas que ya han adoptado para los interesados. Yo creo que esa una forma de facilitar para nosotros las investigaciones y la adopción de medidas para reprimir el acto ilegal.

También hemos advertido, en abril de este año (2020), que las plataformas digitales son responsables por los daños causados a los consumidores y que ellas no están exentas de obligaciones legales. Esta es una apreciación común que surge de aquellos que entienden que sólo medían la comercialización de productos, pero, sin embargo, el consumidor utiliza la plataforma digital y el marketplace por tener confianza en el sitio.

Así, la empresa no puede olvidar que hay una responsabilidad civil aplicable. De igual manera, enviamos, en la última semana de abril, las recomendaciones para la autorregulación de los mercados buscando mejorar la protección del consumidor y encaminamos nuestro análisis a la Comisión de Estudios Permanentes de Accidentes del Consumo y para todas las agencias asociadas del DPDC, porque tenemos autoridades que son municipales y estatales que también cuidan de los derechos del consumidor.

13.3 Consideraciones finales

En definitiva, en el escenario de la pandemia, las relaciones con los consumidores se han vuelto más propensas a los conflictos y al abuso del mercado en detrimento del consumidor. Es decir, en este escenario que el desempeño del DPDC del Ministerio de la Justicia brasileño es aún más fundamental. El trabajo de nuestras Coordinadores-Generales dentro del Departamento demuestra que en términos de políticas públicas estamos haciendo todo lo posible para que los efectos nocivos de la pandemia no empañen la esfera de los derechos del consumidor tanto en la frente represiva como en la preventiva y educativa.

Capítulo 14

Breve reflexión acerca de la necesidad de protección transfronteriza de los consumidores

María Carolina Corcione Morales²⁷⁷

La ubicación geográfica tanto de un consumidor como del empresario que le provee bienes y servicios no debería ser un determinante para establecer cuáles son los derechos que tiene el consumidor en sus transacciones. Igualmente, ante supuestos problemáticos similares, como, por ejemplo, los desencadenados por la emergencia sanitaria asociada al COVID-19, los gobiernos, respetando recíprocamente su autonomía, deben buscar mecanismos de cooperación que permitan brindar a los consumidores el mismo nivel de protección.

Frente a esta última afirmación, si se hiciera rápidamente un ejercicio comparativo de medidas adoptadas por los distintos países frente a supuestos idénticos en materia de transporte aéreo, servicios turísticos y espectáculos públicos cancelados durante o con ocasión de la pandemia, se obtendrían escenarios que, si bien a primera vista lucen similares, tienen un margen de interpretación distinto.

En Colombia, mediante Decreto Legislativo 482 de 2020, el Gobierno Nacional dispuso que "[E] n los eventos en que las aerolíneas reciban solicitudes de retracto, desistimiento y otras circunstancias relacionadas con la solicitud de reembolso, podrán realizar, durante el periodo que dure la emergencia y hasta por un año más, reembolsos a los usuarios en servicios prestados por la misma aerolínea."²⁷⁸

Tratándose de otros prestadores de servicios turísticos, se dispuso mediante el Decreto 557 de 2020 que "[E]n los eventos en que los prestadores de servicios turísticos con inscripción activa y vigente en el Registro Nacional de Turismo reciban solicitudes de retracto, desistimiento y otras circunstancias relacionadas con la solicitud de reembolso, podrán realizar, durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, con ocasión de la pandemia derivada del Coronavirus COVID-19, y hasta por un año más, reembolsos a los

²⁷⁷ Superintendente Delegada para la Protección al Consumidor de la Superintendencia de Industria y Comercio y como profesora de la Universidad de Los Andes y de la Universidad Externado (Colombia). Última fecha de modificación: Julio 01, 2020.

Artículo 17 del Decreto 482 de 2020, Por el cual se dictan medidas sobre la prestación del servicio público de transporte y su infraestructura, dentro del Estado de Emergencia, Económica, Social y Ecológica.

usuarios en servicios que ellos mismos presten."279

Por otra parte, en materia de espectáculos públicos de las artes escénicas, el Decreto 818 de 2020 señaló que "[E]n los casos en que los productores de espectáculos públicos de las artes escénicas de que trata la Ley 1493 de 2011, con inscripción activa y vigente en el Portal Único de espectáculos Públicos -PULEP, y los operadores de boletería con autorización vigente otorgada por el Ministerio de Cultura, reciban solicitudes de retracto, desistimiento y otras situaciones relacionadas con el reembolso o la devolución por la venta de boletería y entrega de derechos de asistencia a espectáculos públicos de las artes escénicas que iban a ser realizados desde el 12 de marzo de 2020, fecha en la que inició la emergencia sanitaria por causa del coronavirus COVID-19 en todo el territorio nacional según la declaratoria del Ministerio de Salud y Protección Social, podrán realizar la devolución o el reembolso de los derechos de asistencia a los espectáculos efectivamente cancelados, aplazados o reprogramados, durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social con ocasión de la pandemia derivada del Coronavirus COVID-19 y hasta por un año más."²⁸⁰

Así las cosas, un consumidor que haya suscrito un contrato con una empresa prestadora de cualquier de los servicios mencionados en Colombia, ante la imposibilidad de la ejecución de la prestación convenida, no recibirá el dinero pagado, sino que podrán compensar dicho valor en servicios para que los disfrute con posterioridad a la superación de la emergencia sanitaria.

La Comisión Europea, en recomendación del 13 de mayo de 2020 relativa a los bonos ofrecidos a los pasajeros y a los viajeros como alternativa al reembolso de viajes combinados y servicios de transporte cancelados en el contexto del COVID-19, manifestó que los viajeros tienen derecho a recibir un reembolso íntegro en dinero, pero también se les puede ofrecer un bono para disfrutar en servicios. Sin embargo, de ofrecerse un bono, éstos deben estar asegurados o protegidos para garantizar su cumplimiento en caso de que el empresario transportista entre en una situación de insolvencia.²⁸¹

En Italia, la posición adoptada por el gobierno va en línea con las soluciones adoptadas en Co-

²⁷⁹ Artículo 4 del Decreto 557 de 2020, Por el cual se adoptan medidas transitorias en materia de turismo y registros sanitarios para las micro y pequeñas empresas, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica.

Artículo 5 del Decreto 818 de 2020, "Por el cual se adoptan medidas especiales para la protección y mitigación del impacto del COVID-19 en el sector cultura, en el marco del Estado de Emergencia Económica Social.

Comisión Europea. (2020, mayo 13). Recomendación de la Comisión de 13.5.20 relativa a los bonos ofrecidos a los pasajeros y a los viajeros como alternativa al reembolso de viajes combinados y servicios de transporte cancelados en el contexto de la pandemia de COVID-19. Disponible en https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/recommendation_vouchers_es.pdf

lombia. Según lo indicado por la autoridad de protección al consumidor- Autorità Garante de la Concorrenza e del Mercato- ante la cancelación de vuelos y de servicios de hospedaje, los empresarios podrán ofrecer un voucher de servicios como compensación en lugar de reembolsar el dinero pagado, pudiéndose proceder a la entrega del voucher sin el consentimiento del consumidor frente a esta opción de reparación. ²⁸²

Ahora bien, en el Reino Unido, la autoridad de protección al consumidor- Competition & Markets Authority- indicó que esperaba que, ante la cancelación de tiquetes aéreos, servicios de hospedaje y otros eventos, los empresarios ofrecieran un reembolso total del dinero cancelado por los consumidores.²⁸³

Por otra parte, en materia de espectáculos, la autoridad chilena de protección al consumidor-Servicio Nacional del Consumidor- recordó que la ley establece que los consumidores tienen derecho a que se les devuelva todo lo pagado, incluyendo el cargo por servicio. Sin embargo, menciona que la empresa podrá ofrecer al consumidor alternativas en caso de reprogramación. Tratándose de servicios de transporte aéreo y agencias de viajes, dice la autoridad que "si bien, en términos generales, ante servicios que no sean prestados, el consumidor puede solicitar la devolución de su dinero, también la empresa puede entregar alternativas equivalentes considerando las circunstancias extraordinarias generadas por la emergencia sanitaria mundial."²⁸⁴

Este ejercicio podría repetirse en todos los países en donde se prestan estos servicios y se podrían encontrar soluciones que atendiendo, claro está, la realidad de cada mercado, podrían ampliar o

En un comunicado de prensa de la autoridad italiana de protección al consumidor se dijo: "L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, a seguito delle numerose lamentele ricevute negli ultimi mesi da parte dei consumatori, è intervenuta per segnalare al Parlamento e al Governo la disciplina d'emergenza di cui all'art 88-bis del cosiddetto decreto Cura Italia (legge 17 marzo 2020 n.18 convertito con modifiche dalla legge n.27/2020). La recente normativa consente agli operatori del settore turistico di emettere un voucher - in luogo del rimborso – per "ristorare" viaggi, voli e hotel cancellati per circostanze eccezionali e situazioni soggettive connesse con l'emergenza da Covid-19. Tale compensazione può sostituire il rimborso senza la necessità di un'apposita accettazione da parte del consumatore". Comunicado de prensa disponible en https://www.agcm.it/media/comunicati-stampa/2020/5/ST23

Al respecto, el gobierno del Reino Unido en su página de orientación frente a las distintas medidas adoptadas con ocasión del COVID-19 señaló: "The restrictions on travel and business activity resulting from the coronavirus outbreak have resulted in the cancellation of holidays, travel, event bookings and other services. In most cases, the CMA would expect consumers to be offered a full refund where no service is provided, including where a consumer cancels, or is prevented from receiving any services, because of the restrictions that apply during the current lockdown".

 $[\]label{lem:competition & Markets Authority. (2020, mayo 21). Protecting consumers during the coronavirus (COVID-19) pandemic: update on the work of the CMA's Taskforce. Disponible en$

 $[\]frac{https://www.gov.uk/government/publications/cma-coronavirus-taskforce-update-21-may-2020/protecting-consumers-during-the-coronavirus-covid-19-pandemic-update-on-the-work-of-the-cmas-taskforce}{}$

Servicio Nacional del Consumidor de Chile. (2020, marzo 18). Derechos de los consumidores ante suspensión de eventos y servicios por Coronavirus. Disponible en https://www.sernac.cl/portal/604/w3-article-58398.html

restringir los derechos que tienen los consumidores en cada una de estas jurisdicciones.

En todos los casos, la pregunta a formularse sería la misma: ¿por qué, siendo los derechos de los consumidores universalmente reconocidos, deben tener tratamientos distintos ante problemáticas similares dependiendo de su ubicación geográfica?

Las Directrices de Naciones Unidas para la Protección del Consumidor aprobadas el 16 de abril de 1985, ampliadas posteriormente por el Consejo Económico y Social en su resolución 1999/7 del 26 de julio de 1999 y revisadas y aprobadas por la Asamblea General en su resolución 70/186 del 22 de diciembre de 2015, contemplaron como dentro de sus objetivos, los siguientes:

"I. Objetivos

Teniendo en cuenta los intereses y las necesidades de los consumidores de todos los Estados Miembros, y particularmente de los que están en desarrollo, reconociendo que los consumidores afrontan a menudo desequilibrios en cuenta a capacidad económica, nivel de educación y poder de negociación y teniendo en cuenta que los consumidores deben tener el derecho de acceso a productos que no sean peligrosos, así como la importancia de promover un desarrollo económico y social justo, equitativo y sostenible y la protección del medio ambiente, las presentes Directrices para la Protección del Consumidor persiguen los siguientes objetivos:

a) Ayudar a los países a lograr o mantener una protección adecuada de sus habitantes en calidad de consumidores;

(...)

d) Ayudar a los países a poner freno a las prácticas comerciales abusivas de todas las empresas, a nivel nacional e internacional, que perjudiquen a los consumidores;

(...)

f) Fomentar la cooperación internacional en la esfera de la protección del consumidor.

(...)".

La emergencia sanitaria desatada por el COVID-19 puede efectivamente poner en riesgo la continuidad de muchos negocios desarrollados por empresarios a nivel nacional e internacional y, por consiguiente, su capacidad de reacción frente a las reclamaciones de consumidores. Pero también puede ser aprovechada por algunos inescrupulosos para obtener ventajas en detrimen-

to de los intereses y necesidades de los consumidores en donde el marco legal de protección es menos riguroso. Y ante la globalización de los mercados, en donde los mismos jugadores se repiten en los distintos escenarios locales, sumado el auge del comercio electrónico que tiene la capacidad de conectar a todos los seres humanos rompiendo todas las fronteras, los países, como lo señalan las Directrices apenas referidas, deben buscar la forma de poner freno a estos abusos transfronterizos y buscar a través de la cooperación una protección integral, efectiva y equitativa de los consumidores del mundo.

El verdadero reto está en cómo lograr esa protección transfronteriza de los derechos de los consumidores sin desconocer la autonomía legislativa de los países y la restricción de aplicación espacial, o territorial, que tienen las leyes dictadas por un Estado, sin descontar que algunas de estas normas únicamente tienen la capacidad de ser aplicadas a los consumidores nacionales ubicados en territorio nacional.

Una primera solución para enfrentar este reto es la cooperación entre autoridades de protección al consumidor. Esta cooperación puede materializarse en la conformación de redes en donde se desarrollen proyectos de manera concertada, reconociendo las competencias de cada autoridad en la materia, que tengan como objetivo identificar prácticas abusivas y desarrollar herramientas para que las agencias puedan ejecutar sus actividades de manera más eficiente, y para que los consumidores tengan mejores elementos para tomar decisiones de consumo que no sean producto de la inducción a error o confusión.

La red internacional de agencias de protección al consumidor- International Consumer Protection and Enforcement Network, ICPEN-²⁸⁵ es un claro ejemplo de esta cooperación. El programa de trabajo que conciertan sus miembros incluye la conformación de grupos que tienen como objetivo lograr soluciones conjuntas para problemáticas similares.

La Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia ostentó la presidencia de ICPEN en el período 2019-2020 y dentro de su programa de trabajo se abordaron, entre otros, temas como: i) la detección de prácticas abusivas en el sector financiero y en las plataformas digitales; ii) las buenas prácticas en materia de marketing digital dirigidas a niños;²⁸⁶ iii) las quejas transfronter-

The International Consumer Protection Enforcement Network: https://icpen.org/

Superintendencia de Industria y Comercio. (2020, junio 30). Miembros de ICPEN adoptan un conjunto de Principios para mejores prácticas en materia de marketing digital dirigido a niños. Disponible en https://www.sic.gov.co/noticias/miembros-de-icpen-adoptan-un-conjunto-de-principios-para-mejores-pr%C3%Alcticas-en-materia-de-marketing-digital-dirigido-ni%C3%Blos

izas de consumidores y la plataforma e-consumer.gov. Este último tema fue trabajado además al interior del Enforcement Steering Group de la red que tiene como propósito principal discutir qué se requiere para que las autoridades puedan efectivamente corregir las conductas abusivas de los empresarios que afectan, de manera simultánea, a consumidores ubicados en distintos mercados.

La autoridad de protección al consumidor de los Estados Unidos- Federal Trade Commission-como miembro de este grupo de trabajo, ha liderado la creación y consolidación de la plataforma E-consumer.gov en donde participan más de 35 agencias de protección al consumidor y en la cual los consumidores pueden presentar sus quejas contra proveedores de bienes y servicios ubicados en cualquier parte del mundo. Con esta información, las distintas agencias pueden rastrear el fraude internacional y pueden efectuar investigaciones, identificar nuevas estafas, dar seguimiento a acciones regulatorias o de aplicación de la ley, y detectar las tendencias en consumo.²⁸⁷

Por otra parte, la cooperación también puede materializarse a través del compromiso de la adopción de buenas prácticas. En el 2003, el Consejo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos- OCDE, adoptó la Recomendación en materia de fraude transfronterizo²⁸⁸ en donde se invita a los países a establecer un sistema doméstico para combatir las prácticas comerciales transfronterizas que resultan siendo fraudulentas y engañosas.

Adicionalmente, en el 2016, la OCDE expidió la Recomendación para la protección al consumidor en el comercio electrónico y en ella, expresamente, se recomienda equipar a las autoridades de protección al consumidor con la capacidad de proteger de manera eficaz a los consumidores en el comercio electrónico, intercambiar información y cooperar en asuntos transfronterizos.²⁸⁹ Ahora bien, todos los aspectos antes reseñados para lograr una protección transfronteriza de los derechos de los consumidores están sujetos a la voluntad de los países de cooperar entre sí y de adoptar buenas prácticas que permitan corregir las conductas abusivas de los empresarios. Esa voluntad requiere de una fluida comunicación entre agencias y del trabajo y seguimiento constante de las alertas que entre ellas mismas se identifiquen. Requiere de la creación de sinergias

²⁸⁷ econsumer.gov. (s.f.) ¡Reporte en línea estafas internacionales! Disponible en https://econsumer.gov/es/FileAComplaint#crnt

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (2003). OECD Guidelines for Protecting Consumers from Fraudulent and Deceptive Commercial Practices Across Borders. Disponible en https://www.oecd.org/sti/consumer/2956464.pdf

²⁸⁹ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (2016). Protección al consumidor en el Comercio Electrónico: Recomendación de la OCDE. DIsponible en https://www.oecd.org/internet/consumer/proteccion-al-consumidor-en-el-comercio-electronico.pdf

que resulten efectivas y esto depende fundamentalmente de: i) encontrar un objetivo común que funja como pilar orientador para los involucrados, ii) entender que existe una diversidad tan amplia como cada quien pueda imaginar y iii) que, en esa diversidad, direccionada hacia un objetivo común, es donde existe la verdadera riqueza para lograr una protección fuerte, eficiente y efectiva.

Pero, si esa voluntad no existe, la cooperación para proteger los derechos de los consumidores de manera transfronteriza queda reducida a una serie de declaraciones recogidas en instrumentos internacionales sin vocación de implementación.

Ante esta realidad, y con evidente preocupación frente a los retos que impone la globalización y el comercio electrónico, los países que integran el Comité de Política de Consumo de la OCDE están actualmente trabajando en un kit de herramientas de acciones concretas que los países puedan implementar a nivel legislativo para que sea posible que las agencias de protección al consumidor,²⁹⁰ al margen de la cooperación que ya se prestan, tengan competencia para colaborar, investigar y tomar medidas correctivas entre ellas contra empresarios que vulneren los derechos de los consumidores con independencia del lugar en que se realizó la transacción y siendo indiferente la nacionalidad del consumidor afectado.

Este kit de herramientas aún no ha sido aprobado en su versión final por la OCDE pero, si bien la decisión de adoptar obligaciones legales en este sentido queda sometida a la discrecionalidad de cada miembro, es un paso más firme para lograr este nivel de protección para los consumidores. Esto abre paso a otra discusión más amplia, ojalá objeto de posteriores reflexiones y trabajos académicos que orienten los consensos diplomáticos: la necesidad de construir las bases del derecho internacional aplicable a los contratos y relaciones de consumo.

²⁹⁰ La versión del documento aún no ha sido puesta a disposición del público, su circulación únicamente es oficial y se trabaja en el Comité de Políticas de Consumo bajo el título "Implementation Toolkit on Legistative Actions for Consumer Protection Enforcement Cooperation".

Capítulo 15 La respuesta de la Fiscalía Nacional Económica de Chile

Ricardo Riesco Eyzaguirre²⁹¹

Estamos viviendo una época compleja, con problemas que trascienden fronteras y para los cuales no estábamos preparados ni tenemos todas las respuestas. No es momento ni para llaneros solitarios ni para iluminados. Es tiempo de humildad y de trabajo duro. Por eso, hoy es más pertinente que nunca compartir experiencias con otras autoridades del mundo.

La pandemia ha generado una crisis sanitaria y económica que no tiene precedentes en la historia reciente. Es una crisis multidimensional, pero creo que las autoridades de competencia hacemos bien si seguimos enfocadas en cumplir con la única misión que nos corresponde: resguardar la competencia en los mercados, muchos de los cuales hoy están profundamente deprimidos.

Esto no es una tarea menor, sino que muy trascendental: resguardando la competencia en los mercados, nuestros países y nuestros ciudadanos se verán menos golpeados, durante y después, de la crisis económica causada por la pandemia.

En concreto, para la Fiscalía Nacional Económica de Chile (FNE) esto se traduce hoy en tres grandes desafíos. En primer lugar, un desafío de carácter institucional. Como FNE debemos seguir funcionando. Tenemos dificultades para mantener la continuidad de nuestros servicios, pero no podemos paralizarnos. Es necesario encontrar formas creativas e innovadoras para no interrumpir nuestra labor.

En segundo lugar, un desafío desde una perspectiva conductual. Como FNE debemos fiscalizar que, durante y después de la crisis económica, no se distorsionen las dinámicas competitivas de los mercados. Con esto me refiero a ciertos ilícitos como carteles, señalización de precios y precios excesivos, cuya comisión se hace más probable respecto de bienes considerados esenciales durante la pandemia. También me refiero a los acuerdos de colaboración entre competidores, que en algunos casos pueden ser necesarios mientras dure la crisis sanitaria, pero respecto de los

²⁹¹ Fiscal Nacional Económico (Chile). Última fecha de modificación: Junio 12, 2020.

cuales se deben adoptar, como siempre, precauciones para que no den pie a ilícitos.

Por último, y en tercer lugar, un desafío desde una perspectiva estructural. Como FNE debemos fiscalizar que, durante y después de la crisis económica, no se distorsionen las estructuras competitivas de los mercados, especialmente mediante concentraciones empresariales que reduzcan sustancialmente la competencia en el corto, mediano y largo plazo. Con esto me refiero a la excepción o defensa de empresa en crisis, cuyos exigentes requisitos siguen vigentes.

Respecto al primer desafío de la FNE, los hechos demuestran que la pandemia, lejos de paralizar su trabajo, lo ha intensificado. Es difícil determinar cuándo comenzó la crisis sanitaria en nuestro país. El Presidente de Chile, al menos, decretó Estado de Excepción Constitucional de Catástrofe el 18 de marzo de 2020. Desde esa fecha, la FNE ha presentado una acusación por colusión en el mercado de la extinción de incendios forestales mediante helicópteros, una consulta sobre las bases de licitación de una gran estación intermodal de transporte de Santiago, un acuerdo extrajudicial en el mercado de los medios de pago y un acuerdo extrajudicial en el mercado de la leche fresca. También somos una de las pocas agencias del mundo que no ha suspendido ni la continuidad de las investigaciones ni los nuevos ingresos de concentraciones empresariales.

En este ámbito, desde el 18 de marzo, la FNE ha dictado 8 resoluciones de inicio, una resolución que extiende la investigación a Fase 2 y 8 resoluciones de término, aprobando 7 concentraciones empresariales en forma pura y simple y una con medidas de mitigación.

La FNE ha realizado todas estas actividades en funcionamiento "de emergencia," es decir, con sus 117 funcionarios trabajando desde sus hogares. Adoptamos esta forma de trabajo rápidamente porque así lo habíamos hecho un par de meses antes a raíz del "estallido social" del 18 de octubre de 2019. A propósito del "estallido social", durante la pandemia la FNE también ha participado en el Congreso Nacional en un proyecto de ley del Poder Ejecutivo que busca aumentar la sanción penal para carteles que recaigan sobre bienes y servicios de primera necesidad, así como entregarle a la FNE nuevas herramientas para perseguir carteles.

Con lo anterior, resurgió el debate, zanjado el año 2016 a favor de la FNE, sobre cuál es el órgano que debe tener el monopolio de la acción penal por colusión. Esto es de la máxima importancia porque está en juego la gran efectividad que ha tenido el combate contra los carteles en Chile durante la última década.

De todo lo dicho, bien se puede decir que, en la práctica, la FNE se encuentra en funcionamiento "de emergencia" desde hace casi 8 meses. Y, en ese complejo contexto, creo que la FNE ha estado a la altura de las circunstancias.

Respecto al segundo desafío de la FNE, no es un misterio que ha habido shocks de demanda y oferta significativos respecto de productos considerados esenciales durante la crisis sanitaria. Este desacople entre la demanda y la oferta genera escasez. Ello, sumado a un eventual incremento de costos, puede causar un aumento de los precios. Lo relevante es que este aumento de precios incentiva una mayor producción, la que prontamente debiese ajustar la demanda con la oferta y debiese llevar a una baja o al menos a estabilizar los precios.

No obstante, son épocas en que las fallas de mercado se profundizan y, por eso mismo, la FNE ha estado monitoreando las fluctuaciones de precios para detectar aumentos que no correspondan a las dinámicas competitivas de los mercados. Este monitoreo lo hacemos con herramientas de Big Data, especialmente scraping de precios, en el mercado privado y público, ya que la FNE tiene acceso a la base de datos de ChileCompra.

Es de público conocimiento que hemos recibido denuncias sobre aumentos indebidos de precios. Ahora estamos analizando si ellos se deben a acuerdos o prácticas concertadas entre competidores o a abusos unilaterales.

En cualquier caso, es necesario reconocer que los casos sobre precios excesivos son complejos de configurar, aunque son teóricamente posibles en Chile como una manifestación de abuso unilateral explotativo. Requieren la prueba de requisitos muy exigentes, como son: (i) la dominancia del agente económico, (ii) un aumento de precio desproporcionado y sin justificación objetiva en un aumento de costos y (iii) la existencia de barreras a la entrada insoslayables, como ha señalado el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) de Chile.

También estamos analizando potenciales casos de señalización de precios, o price signaling, que se han hecho habituales para ciertas asociaciones gremiales pese a que pueden servir como mecanismo de coordinación indebida entre competidores. Si llegamos a la convicción de que los aumentos de precios se deben a algún ilícito, lo perseguiremos con todo el peso de la ley. Además de las multas aplicables, los agentes económicos también quedarían sujetos a eventuales indemnizaciones de perjuicios.

Por último, me quiero referir a los acuerdos de colaboración entre competidores. Mientras dure

una pandemia, si no existen otras alternativas menos gravosas, la colaboración entre competidores puede ser necesaria para producir, distribuir bienes o para prestar servicios que se consideran esenciales y que, sin esa colaboración, sencillamente dejarían de estar disponibles para los consumidores. Mientras se tomen los resguardos pertinentes para evitar el traspaso de información sensible que no sea la estrictamente indispensable para que los competidores puedan colaborar, un acuerdo de esta naturaleza sería lícito no sólo porque sería necesario, sino también porque sus eficiencias serían mayores a sus riesgos.

Así lo señaló públicamente la FNE en una declaración pública del 3 de abril de 2020. Así lo ha señalado también la jurisprudencia reciente tanto del TDLC como de la Corte Suprema en el "Caso Gasmar" y en el "Caso Latam/American Airlines," ambos del año 2019.

No obstante, yo al menos no he sabido que durante la crisis sanitaria se estén ejecutando en Chile acuerdos de colaboración entre competidores, al menos no en materias tales como la producción o distribución de alimentos o el transporte terrestre o aéreo. Lo que tampoco sé es si esta clase de acuerdos no existen porque no han sido necesarios en Chile o, alternativamente, porque los agentes económicos buscan certezas que nuestra institucionalidad de libre competencia, sencillamente, no puede otorgar dentro de los plazos de la crisis sanitaria, pese a la flexibilidad que ha mostrado el TDLC al respecto.

La institucionalidad chilena de libre competencia –con un órgano administrativo persecutor como es la FNE y un tribunal especializado como el TDLC, cuyas decisiones son revisadas por la Corte Suprema– tiene enormes virtudes en épocas de normalidad, como su independencia política, su carácter técnico y el otorgamiento de las máximas garantías de debido proceso a las partes. No obstante, la institucionalidad chilena de libre competencia no se caracteriza especialmente por su flexibilidad, lo que efectivamente podría ser una desventaja en una época excepcional como ésta. Y quiero señalar que la flexibilidad que se adopte en estos tiempos ciertamente no depende de si la autoridad entiende o no la gravedad de la crisis actual, de si tiene mala o buena voluntad, de si está dispuesto a ser parte de la solución o no, sino que depende de los límites que impone la propia ley que estamos obligados a cumplir. Porque el artículo 7 de la Constitución Política de Chile, que asumo tiene su equivalente en las cartas magnas de la mayoría de los países, señala que los órganos públicos no pueden atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente le hayan conferido la Constitución y las leyes, siendo nulo todo acto en contravención a ello.

Entonces, ¿Qué podría estar dificultando la celebración y ejecución de acuerdos de colaboración entre competidores en Chile?

En primer lugar, que, a diferencia de las concentraciones empresariales, no existe a su respecto un sistema de control obligatorio y ex ante. En segundo lugar, que la FNE, como órgano persecutor, no puede otorgar a su respecto inmunidad, sino que, a lo sumo, una especie de inmunidad de persecución estatal derivada del archivo de una investigación, lo que no impediría que terceros impugnaran y persiguieran responsabilidad por dichos acuerdos con posterioridad. Finalmente, en tercer lugar, que el TDLC sí puede otorgar inmunidad de responsabilidad respecto de acuerdos de colaboración entre competidores, pero sólo luego de un procedimiento público establecido por ley que tiene una duración promedio, sólo en primera instancia, de 269 días o aproximadamente 9 meses. Con fecha 7 de abril de 2020, el TDLC dio una importante señal de flexibilidad, dentro de lo posible, al dictar un Auto Acordado que establece que, cuando se trate de acuerdos de colaboración entre competidores para asegurar el suministro de bienes indispensables durante el estado de catástrofe, podrá otorgar una especie de "autorización provisoria de ejecución", sin perjuicio de continuar después con el procedimiento establecido por ley y de la eventual impugnación que de dichos acuerdos puedan hacer terceros. Que yo sepa, no obstante, hasta la fecha no se ha hecho uso de dicho Auto Acordado. De estimarse necesaria una mayor flexibilidad en esta materia, se requerirían cambios legales que, con alto grado de probabilidad, no alcanzarían a implementarse durante la crisis sanitaria.

En consecuencia, en caso de ser indispensable una colaboración entre competidores durante la crisis sanitaria, el llamado es doble. Por un lado, a celebrar y ejecutar los acuerdos conforme a los parámetros establecidos por el TDLC y la Corte Suprema, así como por las guías emanadas de las principales autoridades de competencia del mundo. Por otro lado, y de necesitarse más certezas por los agentes económicos, a solicitar la "autorización provisoria de ejecución" del Auto Acordado del TDLC.

Para finalizar, me refiero al tercer desafío de la FNE, que busca que durante y después de la crisis económica no se distorsionen las estructuras competitivas de los mercados. Atendida la severidad de la crisis económica y a que se anticipa que la recuperación será lenta, se han levantado voces pidiendo a las autoridades de competencia ser más flexibles y agilizar al máximo aquellas concentraciones que involucren a empresas en crisis. En Chile estas voces son quizás más potentes, porque a esta crisis se suma la que vivimos antes a raíz del denominado "estallido social." Pese a que entendemos la gravedad de la crisis económica, es importante recordar que cuando revisa concentraciones empresariales la FNE tiene un mandato legal que cumplir: verificar que

la concentración empresarial no reduzca sustancialmente la competencia en el mercado. Para cumplir con ese mandato legal, la FNE hace un análisis prospectivo, de corto, mediano y largo plazo, de cómo sería la competencia en ese mercado después de materializada la concentración empresarial.

Es una tarea compleja y muy sensible, porque cualquier error que cometamos nos dejará sujetos en ese mercado a una estructura competitiva poco adecuada cuyos efectos se prolongarán en el tiempo, quizás incluso indefinidamente, porque todos sabemos la enorme dificultad de deshacer estructuras ya consolidadas. Ello es grave porque afecta a todos los consumidores con mayores precios, menor cantidad o menor calidad.

Por eso, y pese a la crisis actual, hay que ser muy cuidadosos con la excepción o defensa de empresa en crisis, pues nunca se debe olvidar que, al final, no es más que un contrapeso a los riesgos unilaterales o coordinados que se derivan de una concentración empresarial.

Justamente hasta el 9 de junio de 2020, la FNE nunca había tenido la oportunidad de explicar, en un caso concreto, cuál es su entendimiento de la excepción o defensa de empresa en crisis, salvo por los requisitos señalados en la Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración de 2012. En esta misma fecha, la FNE autorizó que se llevara a cabo una concentración en el mercado de la distribución de combustibles líquidos en la zona sur de Chile, toda vez que, pese a que generaba riesgos unilaterales de aumento de precios, llegó a la convicción que las partes habían acreditado en forma fehaciente todos los requisitos de la excepción o defensa de empresa en crisis.

En resumen, la FNE se convenció de que: (i) la empresa adquirida se encontraba en una situación de inviabilidad económica sostenida en el tiempo que tenía el carácter insuperable. La pandemia, así como el "estallido social", habían profundizado la situación económica de la empresa adquirida, pero no constituían su causa única, directa e inmediata; (ii) la salida de la empresa adquirida y de sus activos del mercado era inevitable e inminente; (iii) la salida de la empresa adquirida del mercado no podía evitarse por otros medios menos gravosos para la competencia; y (iv) para los consumidores era preferible la concentración empresarial versus la salida del mercado de la empresa adquirida y de sus activos.

Vamos a estar muy atentos a cómo evoluciona la actual crisis económica, pero éste es el entendimiento de la FNE respecto a cómo y cuándo se configura la excepción o defensa de empresa en crisis.

Como se puede ver, ha sido y seguirá siendo una época muy activa y muy intensa para la FNE. Nos

vamos a seguir esforzando por promover y proteger la competencia en los mercados, especialmente durante la crisis sanitaria causada por el COVID-19, pues de ello depende en buena parte que podamos salir más rápido y de mejor manera de la actual crisis económica.

Capítulo 16

La respuesta de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia de República Dominicana

Jhorlenny Rodríguez Rosario²⁹²

Como es bien sabido, en respuesta a la pandemia y con interés de mitigar sus efectos en la economía y las condiciones de competencia en los mercados, las autoridades de competencia hemos tenido que evaluar y poner en marcha en el corto plazo, varias iniciativas y medidas dirigidas tanto a los gobiernos como al sector privado, en el entendido de que favorecen el desempeño de los mercados en estos tiempos de incertidumbre y crisis social y económica. En su mayoría, las referidas medidas se han orientado principalmente a:

- Promover la priorización y distribución de productos y servicios considerados vitales en el contexto actual:
- Permitir temporalmente la coordinación y colaboración necesaria entre agentes económicos para evitar desabastecimiento o escasez de dichos bienes y servicios esenciales;
- La flexibilización de los criterios utilizados para la revisión de los procedimientos de control de concentraciones, así como la adaptación de dichos procedimientos y sus plazos a las condiciones actuales;
- Otras, incluso, han intervenido mediante la controversial figura de precios excesivos; y, finalmente,
- Defender vigorosamente el cumplimiento de la Ley de competencia incluso durante este tiempo de pandemia.

En nuestro caso como autoridad de competencia reciente de República Dominicana, hace poco más de 3 años que nuestra ley entró en vigencia y con ello el ejercicio pleno de nuestras funciones de defensa y abogacía de la competencia. A los fines de determinar nuestro radio de acción en el marco de la pandemia de COVID-19, hemos valorado el alcance de las atribuciones que le han sido reconocidas a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (PRO-COMPETENCIA),

²⁹² Directora Ejecutiva de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia - PRO-COMPETENCIA, (República Dominicana). Última fecha de modificación: Junio 16, 2020.

las cuales tienen notas distintivas respecto a aquellas potestades con que cuentan una gran parte de las demás agencias.

Por ejemplo, la ley dominicana no tipifica como infracción aquellas prácticas que podrían configurar precios excesivos. Tampoco contempla atribuciones en materia de control de concentraciones; ni sanciones o algún tipo de condicionamiento respecto de los acuerdos verticales, salvo en caso de que involucren a un agente con posición dominante, por lo que cualquier medida que quisiéramos adoptar en el marco de dichas figuras resultaría en un desbordamiento de nuestras facultades, violatorio del principio de tipicidad.

Al respecto, hemos podido notar que la mayoría de las medidas adoptadas por las agencias de competencia a raíz del COVID-19 tienen que ver con la valoración de las operaciones económicas y acuerdos de colaboración entre agentes económicos, con el propósito de intentar aclarar en qué medida éstos acuerdos podrían resultar conformes o no con la normativa de competencia vigente en cada país. De hecho, a partir de la experiencia y los precedentes jurisdiccionales, muchas autoridades incluso han definido y planteado cuáles tipos de colaboraciones hipotéticas entre competidores no serían objeto de persecución por parte de la autoridad en el marco de la pandemia.

Sin embargo, a diferencia de lo que ha sucedido en otras jurisdicciones, en PRO-COMPETENCIA hemos adoptado una posición más conservadora y prudente en ese sentido y hemos decidido no suavizar la interpretación de las disposiciones que sobre los acuerdos entre competidores ha establecido la ley de competencia dominicana, considerando el poco tiempo que tiene aplicándose con carácter de orden público, a las distintas áreas de la actividad económica nacional.

Adicionalmente, es importante destacar que el primer caso en materia de acuerdos entre competidores de la autoridad de competencia dominicana se encuentra actualmente en fase decisoria ante el Consejo Directivo. Por lo que está pendiente que dicho órgano decisor determine cuál será el estándar legal que aplicará para interpretar los acuerdos entre competidores contemplados en nuestra normativa, la cual establece que, en principio, dichos acuerdos serán siempre prohibidos, salvo en aquellos casos que se pruebe que generan eficiencia económica o incentiven la innovación e inversión productiva.

Esta situación particular, sumada a que el legislador no le ha reconocido a PRO-COMPETENCIA facultades de control previo de operaciones económicas, ni le permiten revisar y validar la colab-

oración entre empresas ex ante, ha limitado en cierta forma el alcance de las medidas de carácter orientativo que están siendo dirigidas a las empresas para lidiar con esta situación de crisis y de aparente excepción a las reglas de libre mercado.

En efecto, la autoridad ha entendido que para poder establecer una regla discriminatoria para ciertos acuerdos entre competidores se requiere que dicho órgano decisor haya establecido, previamente en sus precedentes decisorios, si analizará dichos acuerdos conforme la regla per se, o, por el contrario, si considerará que se juzgarán siempre bajo la regla de la razón, y que sería a partir de dicha interpretación que podría identificarse criterios explícitos para considerar cuáles acciones podrían estimarse como perjudiciales y cuáles, por el contrario, podrían reputarse como beneficiosas o eficientes para el mercado.

A la luz de las circunstancias anteriormente descritas, nuestra Autoridad ha procurado mantener un equilibro adecuado entre: primero, no obstaculizar que los agentes económicos adopten medidas para satisfacer la demanda del país y que sean necesarias para hacer frente a los efectos de esta crisis y; segundo, que no se utilice la situación actual como excusa para desplegar conductas anticompetitivas y eludir la aplicación de la ley.

En todo caso, desde PRO-COMPETENCIA hemos manifestado nuestro respaldo a todas las iniciativas público-privadas, es decir, aquellas tomadas tanto por las autoridades como por las empresas para lograr el correcto abastecimiento y racionamiento de bienes. De igual forma, hemos manifestado que no tenemos intención de accionar o perseguir las cooperaciones entre empresas, hasta donde sea necesario, para proteger a los consumidores y asegurar el suministro, siempre con la salvedad de que, en cambio, no se tolerarán explotaciones o colusiones ni intercambio de información a largo plazo que puedan afectar estrategias de negocios o establecimiento de precios.

Por otro lado, hemos promovido enfáticamente a través de las redes sociales y demás canales de difusión disponibles, como una medida de simplificación burocrática cónsona con el principio de eficacia, la utilización del Buzón de Colaboración,²⁹³ el cual es una herramienta creada por PRO-COMPETENCIA para que ciudadanos y empresas puedan informar sobre cualquier situación que podría ser considerada como una restricción a la libre y leal competencia, sobre todo en el contexto actual, sin necesidad de cumplir los requisitos formales exigidos para la presentación de denuncias.

Esta herramienta, al igual que el Formulario de Presentación de Denuncias, se encuentra disponible 24/7 en nuestra página web, por lo que se ha ajustado perfectamente a los tiempos actuales.

A través de dicha herramienta, y en el contexto de la crisis, se han recibido varias denuncias o llamados de alerta respecto a situaciones consideradas por particulares como anormales o anticompetitivas, incluso en materia de abogacía de la competencia, las cuales han motivado la realización de los correspondientes requerimientos de información y están siendo analizadas por nuestros equipos de Defensa, Promoción de la competencia y de Estudios Económicos y de Mercado.

De igual forma, PRO-COMPETENCIA se ha mantenido monitoreando los mercados afectados por la pandemia con el fin de determinar si hay indicios de infracción de la Ley, que ameriten el inicio del correspondiente procedimiento de investigación.

Cabe destacar la receptividad de las autoridades nacionales tomadoras de decisiones en la gestión de la crisis generada por el COVID-19, en especial la Comisión de Alto Nivel para la Prevención y Control del Coronavirus, a los fines de fungir como órgano consultivo para la adopción de las medidas y políticas públicas a implementarse en favor de las empresas y sectores productivos, para que las mismas promuevan y mantengan el dinamismo y eficiencia en los mercados, acorde con los principios del derecho de la competencia.

Igualmente, nos encontramos en contacto directo con el órgano rector de las compras y contrataciones públicas nacionales, a los fines de detectar comportamientos anormales o eventualmente anticompetitivos por parte de los oferentes en los procesos de compras públicas de emergencia ejecutadas por la Administración durante este período. La intención es también poder realizar un diagnóstico sobre la evolución y el comportamiento de los precios de los productos considerados de carácter esencial, con el objetivo de determinar si los mismos podrían ser resultado de prácticas anticompetitivas que exijan el inicio de las actuaciones correspondientes.

Otra iniciativa importante que destacar, en lo que concierne a las operaciones cotidianas de la institución, es que PRO-COMPETENCIA dispuso la suspensión de los plazos de los procedimientos administrativos, a los fines de evitar que la situación por la que atravesamos incluya entre sus indeseables consecuencias la afectación de los procedimientos de investigación en curso.

Finalmente, debo destacar los esfuerzos que ha venido realizando el personal de PRO-COMPE-TENCIA durante este período de emergencia para el cumplimiento de nuestra misión a pesar de las condiciones no tan favorables. Durante este tiempo, la institución ha operado a través del teletrabajo y, más recientemente, con el 50% de la planilla presencial y el restante a través del teletrabajo, enfrentando la nueva "covidianidad".

A modo de conclusión, debo establecer que en PRO-COMPETENCIA, como autoridad joven, seguimos dando seguimiento y estudiando las medidas recomendadas por los organismos especializados en la materia, al igual que aquellas adoptadas por autoridades con mayor nivel de madurez y experiencia, a los fines de valorar la pertinencia de replicarlas y promover la preservación de mercados competitivos.

Capítulo 17

La respuesta de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado de Ecuador

Danilo Sylva Pazmiño²⁹⁴

Quiero referirme a la situación del contexto de la economía ecuatoriana. Si bien es cierto que todos los países hemos sido golpeados por los efectos del COVID-19, no es menos cierto que Ecuador, según refiere el Fondo Monetario Internacional, es uno de los países más afectados. El país atravesaba ya un proceso de recesión económica. Además, en octubre del 2019, incluso antes de Chile, enfrentamos problemas de orden social y político, que impactaron en la economía ecuatoriana.

Como efecto de la paralización de las actividades (por la cuarentena), se estima que el Producto Interno Bruto (PIB) del Ecuador caerá 9,6%. La falta de liquidez es preocupante: hay un elevado déficit fiscal y el desempleo seguirá creciendo. La pandemia nos encontró sin reservas. El tejido empresarial se ha visto afectado severamente. Es un escenario económico desalentador.

17.1 ¿Cómo nos encuentra institucionalmente el COVID-19?

Desde finales de 2018, cuando asumimos como equipo la gestión de la Superintendencia, el principal objetivo planteado fue fortalecer el papel de la institución como autoridad de competencia y lograr que la política de competencia sea tomada como prioritaria.

En los primeros años de gestión de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (SCPM), la autoridad se vio tentada a incursionar en ciertas acciones que no necesariamente se vinculaban con la promoción y defensa de la competencia, como por ejemplo, con acciones de defensa del consumidor o con actividades de inclusión económica,, por lo que nuestro trabajo se ha enfocado en alejarnos de todas esas acciones que no tienen nada que ver con la defensa de la competencia y diseñamos un plan de trabajo para enfocarnos en nuestra verdadera misión.

Las líneas de acción fundamentales han sido: i) enfocar la gestión de la Superintendencia para fortalecer la promoción y defensa de la competencia lo que ha conllevado poner énfasis en el reclutamiento de expertos en la materia y en la actualización y capacitación del personal que lab-

²⁹⁴ Superintendente de Control del Poder de Mercado (Ecuador). Última fecha de modificación: Julio 07, 2020.

ora en la institución; ii)reformar procesos para potenciar el trabajo técnico; ii) realizar reformas de normativa interna y promover reformas legales o reglamentarias; y, algo fundamental; iii) trabajar con aliados internacionales, así como con otras agencias como con organismos internacionales, organizaciones de la sociedad civil y con las universidades, entre otros..

17.2 ¿Qué hitos podemos destacar en estas actuaciones desarrolladas?

Tomando en cuenta que hay un antecedente generado por la autoridad ecuatoriana, relacionado con delación, que ha sido muy cuestionado por expertos, nos propusimos dotar de seguridad jurídica a esta herramienta, para lo cual reformamos el instructivo. Hemos sido muy cuidadosos en la nueva normativa, con el propósito de garantizar, entre otros aspectos la confidencialidad. Hecho lo cual, presentamos el programa de delación compensada.

Con el apoyo del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) hemos trabajado una metodología para eliminar barreras normativas. Además, hace poco, luego de un arduo trabajo se publicó la Guía de Prácticas Desleales, con el propósito de determinar y especificar, cuándo y cómo la autoridad de competencia ecuatoriana conoce, investiga y sanciona las prácticas desleales que afecten a la competencia.

Estamos trabajando articuladamente con la academia con el propósito de enriquecer reformas normativas que hemos realizado y otras que están trabajándose, así como propuestas de reformas a la ley y al reglamento a la ley.

Dentro de nuestro objetivo de posicionar a la entidad como agencia de competencia, solicitamos una evaluación técnica a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y al Banco Interamericano de Desarrollo (BID). Solicitamos un examen inter-pares para Ecuador en septiembre del 2019 y en diciembre del mismo año recibimos la respuesta favorable. Estamos en pleno proceso y tenemos la certeza que para la Superintendencia, así como para el Ecuador, las conclusiones y recomendaciones que se plasmen en el informe van a ser esenciales para la mejora de la política de competencia, más todavía si se toma en cuenta la situación económica y social en el contexto post COVID-19.

A partir del 12 de marzo de 2020, con la declaración de la de emergencia sanitaria, estamos trabajando en modalidad de teletrabajo. Los plazos y términos de los procedimientos administrativos se encuentran suspendidos, primero, para evitar que se puedan afectar los derechos de los administrados y, segundo, por cumplimiento del mandato del decreto de emergencia expedido

por el Presidente de la República. Los asuntos que no tienen que ver con procedimiento administrativo sancionador, estamos tendiendo por medio de un buzón y una ventanilla virtual.

Considerando las dificultades económicas que el país venía atravesando, que se han agravado por los efectos del confinamiento, estamos conscientes de que habrá algunas empresas que entren en dificultades o en crisis. Frente a ello, se instauró un procedimiento abreviado para la autorización de operaciones de concentraciones económicas a fin de atender emergentemente las peticiones, pero esto no quiere decir que vamos a flexibilizar el rigor técnico de nuestra unidad de análisis, pero consideramos que frente a situaciones extraordinarias se requerirán también medidas extraordinarias.

.

En el camino consideramos que era necesario levantar la suspensión de los términos para atender específicamente las solicitudes de concentraciones empresariales y estamos desarrollando aplicativos tecnológicos para atender y tramitar electrónicamente las peticiones que nos sean presentadas.

En cuanto a prácticas anticompetitivas, hemos hecho un monitoreo constante de posibles prácticas colusorias, para lo cual coordinamos con otras instituciones públicas como, por ejemplo, el Servicio Nacional de Compras Públicas (SERCOP) y la Fiscalía General del Estado.

Los actos de corrupción, entiendo que ha sido muy generalizado en muchos países, nos han puesto en alerta y han requerido mucha atención de nuestros técnicos. Hemos tenido mucho trabajo. Nuestra unidad de acuerdos y prácticas restrictivas está trabajando sin descanso, fruto de lo cual tenemos identificados algunos e importantes indicios que servirán para iniciar algunos procedimientos administrativos sancionadores, tan pronto reactivemos los plazos y términos.

En prácticas desleales también estamos monitoreando posibles conductas contrarias a la ley. fundamentalmente, relacionados con ciertos productos que eventualmente se ofrecen de una calidad defectuosa.

Hemos tenido actividades en abogacía de la competencia. Se han emitido comunicados y exhortos, así como recomendaciones a la autoridad rectora de compras públicas, al Ministerio de Salud y a la autoridad de control sanitario. Consideramos que para atender las necesidades de atención en salud a la población, las adquisiciones de medicamentos e insumos médicos seguirá incrementándose . Por ello, es necesario que se arbitren las medidas necesarias a fin de que en

las compras públicas se asegure la mayor participación de oferentes que aseguren un proceso competitivo en los procesos.

También expedimos normativa tendiente a obtener una agilización de trámites en las instituciones públicas, ya que identificamos que los operadores encuentran algunos obstáculos de tramitología para la comercialización de insumos médicos o productos de primera necesidad durante la emergencia sanitaria. Abrió la oportunidad de acompañar a los operadores para presentar recomendaciones a algunas instituciones del Estado para que eliminen algún trámite que esté obstaculizando el normal ejercicio de actividades económicas.

Además de la reforma al instructivo de delación y considerando que es fundamental tener herramientas jurídicas robustas que puedan generar un efecto disuasivo, hemos solicitado la reforma a la normativa para el cálculo de multas. De esta manera, los operadores frente a la posibilidad de enfrentar multas severas y cuantiosas, o se inhiben de realizar prácticas ilegales, o si lo hacen ven en la delación la oportunidad de obtener una exención o rebaja de multa

17.3 ¿Qué retos nos quedan?

No se sabe todavía cuándo finalice y cómo termine este "reseteo" a la economía, como han denominado algunos economistas. Vamos a seguir nosotros insistiendo y poniendo énfasis en el posicionamiento de la autoridad que esté en sintonía con las tendencias globales en política de competencia. Estamos trabajando con las agencias para mejorar la regulación e ir eliminando las barreras de entrada y salida que estén perjudicando a la competencia. Somos conscientes de que en un modelo de Estado, como el que nosotros tenemos, hay muchas regulaciones que están impidiendo que haya la libre competencia. En ese escenario tendremos mucho trabajo por delante.

También hemos identificado que hay que hacer reformas ineludibles a nuestra ley y a su reglamento. Proseguiremos fortaleciendo el equipo técnico. Tenemos muchas dificultades ocasionadas por el recorte presupuestario que se ha originado por la obligada austeridad que la crisis fiscal demanda, sin embargo, tenemos la certeza que el equipo estará a la altura de las circunstancias. Finalizo con algo fundamental y esencial: el trabajo técnico y apegado a la ley es lo que permitirá a la SCPM consolidarse como agencia de competencia y acompañar el desarrollo de la política de competencia en el Ecuador.

Capítulo 18

El rol de la autoridad de competencia colombiana en tiempos de crisis

Juan Pablo Herrera Saavedra²⁹⁵

18. 1 Introducción

Las siguientes reflexiones representan la síntesis de mi intervención el pasado 9 de junio de 2020 a propósito de la amable invitación que la Academic Society for Competition Law (ASCOLA) le ha realizado a la autoridad de competencia colombiana para hablar sobre los retos y desafíos derivados de esta pandemia, al lado de autoridades pares de la región de tanta relevancia como la Fiscalía Económica de Chile, la Superintendencia de Control de Poder de Mercado de Ecuador y la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia de República Dominicana.

Esta invitación cobra aún más relevancia teniendo en cuenta que es la primera vez que se tiene la oportunidad de participar en un evento de diálogo entre autoridades de la región desde que Colombia es país miembro de pleno derecho de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). No son días fáciles, pero somos conscientes desde la Superintendencia de Industria y Comercio que jugamos un rol fundamental para garantizar, hoy más que nunca, el buen funcionamiento de los mercados. Por ello, la importancia de compartir y a la vez aprender de las valiosas experiencias que autoridades de la región enfrentan en el marco de esta importante iniciativa.

Se reconoce también que las autoridades de competencia tenemos la importante misión de enviar mensajes claros a los mercados que diariamente vigilamos y monitoreamos, a efectos de garantizar que el derecho de interés colectivo a la libre competencia económica pueda salvaguardarse y que los propósitos del mismo: bienestar del consumidor, eficiencia económica y libre participación de los agentes en el mercado se cumplan efectivamente.

Para ello, y a manera de introducción, en la agencia colombiana, hemos querido ser categóricos en la aplicación del régimen de libre competencia en estos momentos desafiantes, siendo rigurosos en el entendimiento de cuáles son las herramientas con las que cuenta la economía

Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia. Superintendencia de Industria y Comercio (Colombia). Última fecha de modificación: Julio 26, 2020.

colombiana en esta materia, y a su vez propender por promover y proteger los mercados. En ese sentido, y atendiendo a estas nuevas realidades, la autoridad de competencia ha querido, por una parte, recordar cuáles son los acuerdos que se reconocen como admisibles entre competidores y a la vez reconocer y tipificar todas y cada una de las conductas que, dentro del régimen de libre competencia, se clasifican como anticompetitivas.

Es por ello, que este documento se dividirá en tres partes además de esta breve introducción: en primer lugar, se presentará el reto que trae consigo para la autoridad hablar de acuerdos entre competidores, en segundo lugar, se harán unas reflexiones sobre el rol de la autoridad de competencia frente a presuntas conductas de precios excesivos y, finalmente, unas breves palabras refiriéndome a la misión del control de integraciones empresariales en tiempos de COVID-19 antes de plantear las reflexiones finales de este valioso ejercicio reflexivo.

18. 2 Acuerdos entre competidores

El pasado 11 de mayo de 2020, la Superintendencia de Industria y Comercio expidió la Resolución 20490,296 mediante la cual hizo un ejercicio de recordar a la economía en general la validez de cierto tipo de acuerdos entre competidores. Este pronunciamiento de la autoridad de competencia se encuentra perfectamente alineado con decisiones administrativas que se remontan al año 2013 y con sustento en una guía proferida por la autoridad precisamente sobre ese tema. En estos actos administrativos, la autoridad de competencia estableció un marco de análisis con tres condiciones necesarias a efectos de evaluar qué tipo de acuerdos entre competidores son admisibles. Sin querer fijar posición doctrinal alguna en este breve texto y simplemente haciendo referencia a las generalidades de contexto, recordó que todo acuerdo que genere eficiencias en el mercado, que estas se trasladen a los consumidores, se evidencie que no existe una vía alterna para alcanzar el resultado que se persiga con el acuerdo y no genere efectos exclusorios en el mercado, se considera admisible desde la perspectiva de la libre competencia.

Adicionalmente, enfatizó que este tipo de acuerdos se encuentran permitidos más aún en momentos en los cuales de lo que se trata es de encontrar alternativas viables que reflejen la solidaridad que los diferentes agentes económicos pudieran tener sobre los más vulnerables dentro del mercado, a efectos de superar la emergencia y la situación crítica de nuestros conciudadanos.

Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. (2020, mayo 11). Resolución Número 20490, Por la cual se fijan criterios que facilitan el cumplimiento del régimen de protección de la libre competencia económica en el marco de la Emergencia Económica, Social y Ecológica declarada mediante el Decreto 417 de 2020. Disponible en https://www.sic.gov.co/repositorio-de-normatividad

Adicionalmente, se reconoció la importancia que tiene para la autoridad de competencia avanzar en el análisis adecuado de monitoreo y seguimiento de estos acuerdos a efectos de verificar y garantizar que los mismos no sean un marco de conductas que puedan terminar convirtiéndose en lesivas para la libre competencia económica.

Reconoce la autoridad que no todo acuerdo entre competidores es per se restrictivo de la competencia y, en ese sentido, la autoridad quiso ser enfática en coadyuvar a que se diferencie entre lo que se puede y no se puede hacer en los mercados nacionales a fin de encontrar un justo balance entre la protección de la competencia, pero a su vez en dar viabilidad a acciones de colaboración y de solidaridad frente a los más desfavorecidos en los que la sociedad en su conjunto pueda resultar beneficiada.

Es importante reconocer que, bajo ninguna circunstancia, la autoridad de competencia quiere convertirse en obstáculo para enfrentar esta pandemia, siempre que se respete la libre competencia económica y se transmitan al interior de los mercados los beneficios que se derivan de esta.

18. 3 Precios excesivos y libre competencia

Por otra parte, la autoridad de competencia colombiana en su ejercicio de análisis y revisión cuidadosa de instrumentos disponibles para proteger la libre competencia, encontró como marco normativo una disposición que, si bien en los últimos años ha sido aplicada en un número reducido de casos en Colombia, es sin lugar a dudas un referente permanente de aplicación y discusión a lo largo del desarrollo del derecho de competencia en diferentes jurisdicciones del planeta. Es por ello que, en tiempos tan críticos como los que enfrentamos, no sobra bajo ninguna circunstancia, dejar de tenerla como posible herramienta para salvaguardar la libre competencia económica. Esta disposición se encuentra vigente en el régimen de libre competencia colombiano desde 1959, a través de la Ley 155, que en su artículo primero propone lo siguiente:

"Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar, la libre competencia, con el propósito de determinar o mantener precios inequitativos en

prejuicio de los consumidores y de los productores de materias primas." (subrayado fuera de texto).

Como se puede apreciar, más allá de acuerdos anticompetitivos, abusos de posición de dominio y otras conductas, existe en la norma colombiana una prohibición general que reprocha toda clase de prácticas, procedimientos y sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a generar precios inequitativos. Esta última mención impone un reto más que relevante en condiciones normales y, como pasaré a explicar, representa un enorme desafío en su administración ante las circunstancias actuales.

En primer lugar, entiende la autoridad de competencia colombiana que el régimen de libre competencia está concebido sobre la premisa fundamental de que es el mercado el mecanismo que por excelencia asigna recursos y, en virtud de ello, los precios se conciben como variables de señalización y de incentivos a efectos de corregir las posibles distorsiones que puedan presentarse en condiciones normales.

No obstante, ante un choque exógeno tan retador como el que enfrentamos en la actualidad derivado del COVID-19, los consumidores en el mercado no solamente enfrentan retos muy fuertes, a efectos de protegerse del virus, sino que sus posibilidades de sustitución y su capacidad de elección se ven fuertemente limitadas.

Por su parte, muchos productores en este contexto ven restringida su capacidad de ofrecer bienes y servicios generando no solo un contexto de baja, o nula, elasticidad precio de la demanda en cierto tipo de bienes esenciales para enfrentar el COVID-19, sino restricciones de oferta de algunos agentes de mercado, lo que potencializa el riesgo de darle a algunos agentes en el mercado posiciones privilegiadas para abusar en estas condiciones de debilidad de competencia.

Lo anterior se traduce en oportunidades para que uno o un grupo de agentes tome ventaja de estas situaciones y genere efectos explotativos con sus acciones que se enmarcarían como notorias e importantes distorsiones en los mercados. De esta afirmación se derivan dos implicaciones: la primera, que la autoridad de competencia deberá revisar muy cuidadosamente a través del análisis caso a caso cuáles son las realidades del mercado, cuál es la naturaleza de la conducta y si existen elementos suficientes para concluir que lo observado no encuentra justificación ni en la estructura de costos de la empresa, ni en la dinámica del mercado; la segunda, es precisamente entender que la autoridad de competencia es respetuosa del libre juego de oferta y de demanda

y bajo ninguna circunstancia podría calificar como condición suficiente para tipificar un caso, bajo este escenario de precio excesivo, cualquier variación de precios del mercado.

Se trata esta conducta como un caso absolutamente excepcional para ser tenido en cuenta en situaciones extremadamente particulares, en las cuales, luego de hacer un ejercicio minucioso y detallado de las realidades del mercado, no se encuentre explicación alguna desde la lógica del mercado de la situación que pudiera estar configurándose.

Claramente el reto más grande detrás del análisis económico de esta conducta parte del reconocimiento del benchmark o contrafactual idóneo para saber qué está sucediendo en el mercado, y precisamente es fundamental en este punto la labor de contar con información veraz y ordenada que de cuenta de la evolución del precio o de los precios de uno o un grupo de productos antes y durante la etapa de pandemia, pues esta información terminará siendo muy valiosa en aras de calificar preliminarmente la licitud o no del comportamiento.

El reto de la autoridad de competencia es no perder su rol de inspección, vigilancia y control, detectar conductas que tengan la potencialidad de distorsionar significativamente mercados que se encuentran debilitados estructuralmente en materia de competencia producto de la pandemia y, en cualquier caso, emprender acciones para que, a través de la disuasión, se permita retornar a situaciones en las que la oferta y la demanda sean las que asignen de manera eficiente los recursos en esos mercados.

En ese sentido, no se trata de entrar a crear marcos normativos en situaciones críticas como las que enfrentamos actualmente, se trata de reconocer palmo a palmo cuáles son las herramientas ya disponibles consagradas en nuestro régimen para hacer una aplicación adecuada, ponderada, reflexiva y técnicamente soportada. Por supuesto, el compromiso de la autoridad de competencia se mantiene incólume en su persecución de abusos de posición de dominio y carteles empresariales en todos y cada uno de los mercados de la economía nacional.

18. 4 Control de integraciones empresariales en tiempos de COVID-19.

En cuanto a lo que tiene que ver con el control previo de integraciones empresariales, es preciso anotar que se reconoce la necesidad de utilizar todas las herramientas disponibles para defender la libre competencia económica y los beneficios que de ella se derivan para los agentes en el mercado. Particularmente se reconoce que este instrumento se enmarca dentro del Régimen

de Libre Competencia Económica como una herramienta eminentemente preventiva, o tipo ex – ante. Este instrumento busca que, a través de las operaciones de integración empresarial, no se presente una indebida restricción de la libre competencia, evitando así concentraciones en el mercado que desequilibren el balance propio de la libre competencia.

En ese sentido, la autoridad de competencia, de cara a la emergencia económica, social y ecológica provocada por el virus COVID-19, se vio abocada a suspender los términos en materia de control a integraciones empresariales durante un período de casi dos meses, luego de un análisis exhaustivo y minucioso de la realidad institucional y de la economía colombiana. Durante este tiempo, se pensó en brindar las herramientas necesarias para un control previo a integraciones empresariales adecuado en el marco de nuevas condiciones de interacción, en donde el componente de infraestructura digital fuese el centro de interacción y pudiese reemplazar muchos de los trámites presenciales necesarios en la aplicación de este instrumento.²⁹⁷

Dentro de la emergencia económica provocada por el COVID-19, un reto para la Superintendencia de Industria y Comercio fue cómo abordar las investigaciones y requerimientos de información a las empresas que desean iniciar un proceso de integración empresarial, por tal motivo se adoptó una posición coherente con la historia del régimen de integraciones empresariales, consecuente con la situación que enfrenta actualmente la economía colombiana, en lo concerniente a empresas en crisis, de acuerdo con el historial de decisiones en el tiempo.

En primer lugar, se analizó la situación de aquellos agentes de mercado que argumentaron estar en la situación de empresas en crisis. Para esto, dichas empresas tenían que acreditar que la empresa en crisis fuese condenada a causa de sus problemas económicos abandonar el mercado en un futuro próximo; no existiera otra alternativa o proyecto real o alcanzable menos anticompetitivo; y, que el daño a la competencia generado por la operación fuese comparable con aquel que provocaría la salida del mercado de los activos de la empresa en crisis. Dichas condiciones deberían cumplirse de manera conjunta y su análisis estaría sujeto a las condiciones y realidades de cada operación de integración particular, en virtud de las distintas características de las empresas y los mercados involucrados.

En segundo lugar, y como un reto no menor, es consciente la autoridad de que uno de los retos más importantes se concentrará en el análisis de eficiencia que pueda ser recibido por las intervinientes, de acuerdo a lo que prevé la Ley, especialmente en tiempos en los que la economía estará sujeta a cambios relevantes y significativos derivados de esta pandemia. Se reconoce que el

principal reto se centrará en reconocer que las intervinientes deberán demostrar que los efectos benéficos que la operación trae para los consumidores exceden el posible impacto negativo sobre la competencia y que tales efectos no pueden alcanzarse por otros medios. En igual sentido, las intervinientes deberán comprometerse a trasladar los efectos benéficos a los consumidores.

18. 5 Conclusiones

En el marco de la emergencia económica, social y ecológica provocada por el COVID-19, y previendo los efectos que esta situación ha generado en el país, es importante que la Superintendencia de Industria y Comercio mantenga su firme propósito de defender la libre competencia económica y, en ese sentido, continúe realizando la labor de inspección, vigilancia y control a los mercados nacionales, detectando posibles prácticas anticompetitivas, a través de herramientas cada vez más efectivas y acordes con los desarrollos derivados de los avances observados en campos como la analítica de datos y la teoría económica, avanzando en la elaboración de estudios de mercado en distintos sectores de la economía. Lo anterior, de cara a proteger y promover la libre competencia económica en todos y cada uno de eslabones de las cadenas de valor que componen la economía colombiana.

Adicionalmente, la autoridad de competencia es consciente de que el marco normativo del derecho de interés general que protege, cuenta con herramientas jurídicas que permiten otorgar soluciones oportunas y eficaces a las necesidades que enfrentan los diferentes mercados en la coyuntura actual. Para esto, se ha resaltado a lo largo de este texto, la importancia del uso de instrumentos como los acuerdos permitidos entre competidores y la empresa en crisis en materia del control de integraciones empresariales. Esto, además de desplegar investigaciones por la posible infracción de los preceptuado en la prohibición general en materia de libre competencia, concretamente en relación con la prohibición de fijar precios que pudiesen ser tildados como inequitativos de acuerdo a la norma.

Por último, aunque no menos importante, es reconocer que para la autoridad de competencia colombiana el papel de la cooperación internacional como una plataforma que permite suministrar herramientas y reflexiones, como las compartidas en este libro, resulta ser de la mayor relevancia en la coyuntura actual.

No resulta ser un tema menor para la agencia colombiana ser copresidentes del Grupo de Abogacía de la Red Internacional de Competencia al lado de agencias pares de Noruega y de Hong Kong y participar activamente en el grupo directivo de la misma red. El compromiso de trabajar en favor de la libre competencia en el mundo es evidente para esta agencia y por ello celebramos toda iniciativa de interacción y de intercambio de experiencias entre agencias.

De igual manera, la participación permanente en el Comité de Competencia de la OCDE y su activa interacción con la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), son tan solo ejemplos de la relevancia que los temas internacionales representan para la autoridad colombiana. Por ello, valoramos aportar y aprender al mismo tiempo en cada uno de los espacios de interacción que se organizan alrededor del mundo, convencidos en el deseo de contribuir día tras día en la consolidación de una cultura de respeto y cumplimiento de las normas del régimen de libre competencia en todo el mundo.

Esperamos poder seguir aportando y enriqueciendo las discusiones encaminadas en fortalecer el buen funcionamiento de los mercados en Colombia y América Latina y, como lo dije al inicio de este texto, convencidos en que la difusión de buenas prácticas entre autoridades enriquece la discusión académica en la materia y permite seguir construyendo importantes discusiones en aras del fortalecimiento de la política de competencia en todos los mercados.