



Medidas en materia de acuerdos adoptadas por las autoridades de competencia globales como resultado de la covid-19 (de marzo a julio de 2020)

Jesús Alfonso Soto Pineda

*Doctor en Derecho y Ciencia Política
por la Universidad Autónoma de Madrid*

Extracto

Como resultado de las diversas estrategias y medidas implementadas alrededor del globo por las autoridades nacionales, supranacionales e internacionales de defensa de la libre competencia, como respuesta a la crisis suscitada por la covid-19, el artículo presenta, a través de un enfoque material, no territorial, las características, similitudes y diferencias de aquellas, así como los criterios jurídico-sustantivos y jurídico-procesales que sustentan o desaconsejan su puesta en marcha o extensión, más allá de las fases primarias de mayor impacto, suscitadas por la pandemia.

Palabras clave: covid-19; competencia; autoridades de competencia; medidas adoptadas; acuerdos; flexibilización; fortalecimiento.

Fecha de entrada: 22-09-2020 / Fecha de aceptación: 09-10-2020

Cómo citar: Soto Pineda, J. A. (2020). Medidas en materia de acuerdos adoptadas por las autoridades de competencia globales como resultado de la covid-19 (de marzo a julio de 2020). *Revista CEFLegal*, 238, 111-132.





Measures about agreements adopted by the competition authorities worldwide by reason of the covid-19 (from March to July 2020)

Jesús Alfonso Soto Pineda

Abstract

Because of the different strategies and measures implemented and developed around the globe by national, supranational and international authorities of competition, in response to the crisis created by the covid-19, this paper presents, through a material –non-territorial– approach, the characteristics, similarities and differences of those approaches and the substantive and procedural criteria of the antitrust, that support or discourage their implementation and their extension beyond initial phases, of higher impact, provoked by the pandemic.

Keywords: covid-19; antitrust; authorities of competition; adopted measures; agreements; flexibility; strengthening.

Citation: Soto Pineda, J. A. (2020). Medidas en materia de acuerdos adoptadas por las autoridades de competencia globales como resultado de la covid-19 (de marzo a julio de 2020). *Revista CEFLegal*, 238, 111-132.



Sumario

- 1. Introducción
 - 2. La clara relevancia concurrencial de la covid-19
 - 3. Especificidad o generalidad
 - 4. Flexibilidad vs. fortalecimiento de la política de competencia
 - 4.1. Medidas en materia de acuerdos
 - 4.1.1. Flexibilización
 - 4.1.2. Fortalecimiento
 - 5. Conclusiones
- Referencias bibliográficas



1. Introducción

La política de competencia es una de las piezas fundamentales de la política económica. Con el objetivo de garantizar que la actividad económica se desarrolla en espacios de libertad y lealtad, favorece el acompasamiento de la oferta y la demanda, así como la provisión de alternativas de satisfacción de las necesidades de los consumidores en lo que a bienes y servicios se refiere, disciplinando las conductas empresariales con capacidad para distorsionar la competencia en el mercado en detrimento de la libertad del consumidor (Jones y Sufrin, 2019, pp. 1 y 2).

A pesar de que otros bienes jurídicos protegidos por el derecho y sus instituciones se han visto menoscabados en mayor medida como resultado de la crisis suscitada por la covid-19, las economías nacionales y globales han soportado de forma importante los efectos de la desaceleración causada por la pandemia, situación que ha provocado respuestas económicas variopintas y heterogéneas aplicadas tras la eclosión de la coyuntura, que han tenido como piezas fundamentales a la política y el derecho de la competencia.

Como resultado de aquello, las autoridades nacionales, supranacionales e internacionales de competencia, se han encargado de articular paquetes informativos o de medidas, a través de los cuales han desarrollado las bases y las condiciones de las estrategias y enfoques de defensa de la competencia, que han decidido aplicar como respuesta a la excepcional situación.

Pese a que las aproximaciones han sido, en algunos casos, análogas, y muy a pesar de que la vocación final de todas las medidas ha sido proteger los mercados y mantener e incrementar el bienestar de los consumidores cuando acuden al mercado para adqui-

rir productos y servicios, la realidad es que los enfoques también pueden ser divididos en facciones contrapuestas procesal y sustantivamente hablando, que vale la pena identificar unificadamente en atención a sus condiciones y características materiales.

En ese sentido, el presente documento aborda las estrategias que se han aplicado entre marzo y julio de 2020 en variados sistemas de defensa de la competencia erigidos alrededor del globo. En la primera parte expone los argumentos y razonamientos que pueden haber llevado a los diversos responsables de la política económica a concederle relevancia concurrencial a la situación suscitada por la covid-19, como resultado de las inmoderaciones y desequilibrios que usualmente emergen de las épocas de dificultad social, generando concentraciones de poder de mercado, menoscabos en el bienestar de los consumidores y desequilibrios en la oferta y la demanda.

A renglón seguido, en la segunda parte, el documento se centra en la presentación y reflexión que surge de la dualidad de enfoques técnico-jurídicos, de corte procesal, que se aplicaron en el marco de la mencionada crisis, por parte de las autoridades de competencia, toda vez que algunas de ellas se inclinaron por un mensaje de generalidad en la aplicación de las medidas articuladas para responder a los efectos de la pandemia, mientras que otros prefirieron un lenguaje de mayor especificidad, basado en la disposición taxativa de los mercados, sobre los cuales se ponía el foco de la aplicación de las medidas excepcionales estructuradas para garantizar el acompasamiento, previamente enunciado, de la oferta y la demanda.

En la tercera parte, el artículo realiza una presentación concreta de la mayor parte de las medidas sustantivas, de corte concurrencial, que se aplicaron entre el mes de marzo de 2020 y el mes de julio del mismo año, en materia de acuerdos entre empresas. Como se detalla en el documento, las medidas adoptadas para disciplinar los pactos y colaboraciones entre competidores se basaron principalmente en la flexibilización o en el fortalecimiento de la aplicación de las normas de libre competencia, dado que el fundamento de la política de competencia, de las instituciones garantes de la concurrencia alrededor del globo y de las culturas empresariales y sociales, no es idéntico. Razón por la cual el artículo se permite encuadrar materialmente las medidas adoptadas por las autoridades de defensa de la competencia globales, en la flexibilización, fortalecimiento o en la combinación de aquellas estrategias, realizando reflexiones concurrenciales acerca de las mismas, con antelación a la presentación de las conclusiones, resultado de la investigación elaborada.

2. La clara relevancia concurrencial de la covid-19

La competencia en los mercados se puede ver claramente distorsionada por la emergencia internacional causada por la Covid-19. La función de la aplicación pública de las normas *antitrust* ejercida por las autoridades de competencia es pieza fundamental de la

batalla contra la pandemia, tanto en las fases críticas de confinamiento como en las posteriores –no menos demandantes– de reconstrucción y regeneración social y económica¹.

Solo mediante la promoción y abogacía de la competencia, así como a través del ejercicio de controles *ex ante* y *ex post* eficaces y dinámicos –sustentados en una capacidad sancionadora–, se pueden prevenir y remediar las conductas anticompetitivas con mayor capacidad distorsiva, erigidas en torno a la oportunidad empresarial que brota de la excepcionalidad ocasionada por la pandemia.

Es indudable que el contexto que se ha asentado en los mercados, en virtud de la enfermedad en cuestión, configura, en términos concurrenciales, un riesgo, dado que es precisamente en tiempos de dificultad, como los generados por la covid-19, cuando se producen en los mercados dinámicas de desestabilización de la oferta y la demanda, distorsiones concertadas de las condiciones aleatorias, en las cuales se deben desenvolver las actividades económicas, o conductas restrictivas de la competencia, entre otras.

No es poco habitual, como demuestran los precedentes, que en épocas excepcionales se produzcan especulaciones en materia de precios, acuerdos entre competidores dirigidos a erigir barreras de entrada al mercado, consolidaciones significativas de poder, conductas unilaterales de carácter abusivo o asimetrías de largo recorrido, entre otros.

La libre competencia es y continuará siendo una prioridad, tanto en tiempos de habitualidad como de excepcionalidad, con covid-19 o sin ella. Y es así, pues solo a través de la rivalidad entre operadores se logran, independientemente de las circunstancias, mejores calidades, condiciones y precios de acceso a productos y servicios. Sin embargo, ejercer la política de competencia en tiempos como los de la covid-19 merece ciertas cautelas ineludibles, propias del conjunto de materias adheridas a la política económica, cautelas que deben estar dirigidas a prevenir que la crisis ocasione daños irreparables en la economía y que se produzcan decrecimientos insuperables de gran impacto social.

Así, en virtud de todo lo anterior, la función de las supervisoras y protectoras naturales de la competencia en los mercados –las autoridades públicas de competencia– debe estar enfocada, tal y como demuestran las políticas implementadas por muchas de ellas tras el estallido de la pandemia, en contener adecuadamente en el corto plazo las deformaciones naturales causadas por el miedo, la incertidumbre y la especulación, imponiendo ciertas

¹ Al respecto, el comunicado del 8 de abril de 2020, de la United Nations Conference on Trade and Development, <<https://unctad.org/en/pages/newsdetails.aspx?OriginalVersionID=2325>>. Del mismo modo, de 20 de abril de 2020, de la International Competition Network, <<https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2020/04/SG-Covid19Statement-April2020.pdf>>, y de 26 de mayo de 2020 de la Organización para la cooperación y el desarrollo económico, <<https://www.oecd.org/competition/Co-operation-between-competitors-in-the-time-of-COVID-19.pdf>>.

reglas especiales y temporales de carácter sustantivo y procesal, que, con las dificultades propias de la excepcionalidad de la situación, permitan que los fundamentos concurrenciales de la materia, de defensa directa de los mercados y transversal de los consumidores, se vean satisfechos.

Si bien esta relevancia de la covid-19 y sus efectos es clara para la mayor parte de las autoridades del *antitrust* alrededor del globo, la excepcionalidad de la cuestión pone de manifiesto que no existe un manual natural de instrucciones que permita eludir completamente el error y garantizar el éxito. Las autoridades de competencia de las economías de mayor relevancia mundial, a pesar de su membresía a la red internacional de defensa de la competencia, no han garantizado homogeneidad en las medidas y, por tanto, difícilmente garantizarán equivalencia en los resultados de las medidas adoptadas.

El derrotero en todos los casos ha sido el mismo, pero las políticas empleadas han sido distintas –como también lo serán sus efectos–. Veámoslo.

3. Especificidad o generalidad

A pesar de la sintonía que las autoridades de competencia globales han mostrado tener en lo relativo a la imperiosa articulación de medidas concurrenciales de respuesta a los efectos de la pandemia, el alcance de las medidas implementadas por ellas, a pesar de tener similitudes, es dispar. En algunos sistemas las medidas han estado delimitadas con claridad y taxatividad al circunscribir a ciertos mercados directamente relacionados con la gestión de los efectos causados por la enfermedad dichos mandatos. Por el contrario, en otros regímenes se ha determinado que las condiciones excepcionales de aplicación de las normas *antitrust* que demanda la pandemia deben destinarse a todos aquellos sectores y operadores especialmente afectados por la interrupción de la actividad económica o, incluso, en algunos se ha decidido extender, sin límites, las medidas excepcionales a todos los mercados de producto y geográficos vigentes, como si de una patente de curso de tratase.

Las vías a través de las cuales se han articulado las excepciones también han sido diferentes. La mayor parte de países informaron de las medidas a sus ciudadanos a través de comunicados de prensa o publicaciones en las páginas web de las autoridades. Otros sistemas, por el contrario, optaron por proferir decretos y normativas de urgencia. En todos los casos, sin lugar a dudas, la gestión de esta circunstancia excepcional ha permitido evidenciar la eficacia institucional y operativa de los diversos sistemas de protección de la libre competencia, así como el nivel de independencia o sujeción a su gobierno.

En Estados Unidos, por ejemplo, claramente con el objetivo de controlar *ex ante* la futura litigiosidad que tiene capacidad de generar la implementación de medidas concurrenciales de carácter excepcional –en virtud de su tradición– las reglas implementadas se apli-

caron, taxativamente, solo en los mercados farmacéutico y de los suministros sanitarios. En el país norteamericano las normas de protección de libre competencia no fueron modificadas en su espíritu, en su alcance o en su aplicación. La Federal Trade Commission y el Departamento de Justicia de los Estados Unidos se limitaron a ponerse a disposición de las empresas y operadores económicos para asistirles cuando así lo requiriesen, sin determinar con detalle a qué hacía referencia dicha asistencia². Atendiendo a su cultura jurídica, en los Estados Unidos las autoridades prefirieron analizar caso a caso y mercado a mercado las implicaciones de implementar medidas (de flexibilización del régimen o de fortalecimiento de los controles demandados por cada mercado involucrado –tal y como se verá en el siguiente epígrafe–).

Aquella realidad permite apreciar que en dicho país las medidas excepcionales han sido, y son, en mayúsculas, especiales y coyunturales, así como que tienen una vocación concreta y definida en el tiempo que permite interpretar, en principio, que hay una circunscripción y delimitación más clara del alcance que deben atesorar aquellos mandatos.

Ese ejemplo estadounidense ha sido poco replicado en los sistemas de protección de la libre competencia globales, pues en todo caso en el país norteamericano el importante músculo institucional y funcional del sistema *antitrust* permite aquello que en otros sistemas se encuentra vetado. No solo el poderío del Departamento de Justicia y de la Federal Trade Commission crea ese idóneo ecosistema concurrencial, sino también la propia litigiosidad del sistema, que tiene erigidos a los operadores económicos como elementos disuasivos imprescindibles³.

Mientras en los Estados Unidos se aplicó aquella estrategia de «eterización» y abstracción, en la Unión Europea se emplearon ríos de tinta y cuantiosas iniciativas normativas para establecer las reglas excepcionales, sin que aquellas atendieran necesariamente a una técnica legislativa eficaz. Y es que además de «enterrar» a sus ciudadanos en un mar de reglamentos, comunicaciones, recomendaciones y fuentes normativas análogas tras la declaración de sendos estados de alarma –o equivalentes– en sus países miembros⁴, exten-

² Estados Unidos. Departamento de Justicia y Federal Trade Commission, Joint Antitrust Statement regarding Covid-19. 24 de marzo de 2020. <<https://www.justice.gov/atr/joint-antitrust-statement-regarding-covid-19>>. En el mencionado comunicado, las autoridades estadounidenses de competencia se refirieron a diversos ejemplos, listados, de acuerdos de cooperación entre competidores, *joint ventures*, modificaciones estructurales y pactos análogos, con capacidad para garantizar el abastecimiento de productos y servicios básicos, gracias a la colaboración entre operadores en materia de innovación, desarrollo, logística y procedimientos.

³ Resultan de importancia en este punto los estudios al respecto realizados por Lande (2004), Buccirosi, *et al.* (2009) y Ortiz Laverde y Soto Pineda (2017).

⁴ Así, por ejemplo, el comunicado de 30 de abril de 2020 a través del cual trasladó a la ciudadanía la Guía práctica de garantía de la libertad de movimiento de trabajadores críticos y la implementación de restricciones temporales de traslados no esenciales en la UE, <<https://ec.europa.eu/commission/presscorner/>

dió a todos sus mercados el gran catálogo de reglas especiales que articuló en respuesta a los efectos de la emergencia, a pesar de que en algunos de ellos la desaceleración e impacto provocado por los efectos de la covid-19 no generaba, ni parecía –o parece– tener capacidad para generar, menoscabos⁵.

Algo similar sucedió en el Reino Unido, país en el cual además de emitir medidas extraordinarias para garantizar el abastecimiento y el acceso a medicamentos y suministros sanitarios, se sirvieron de mecanismos de urgencia para favorecer a sectores como el financiero, el bursátil y el de seguros⁶. Circunstancia que desde el *antitrust* puede ser analizada y valorada, en la misma medida, como positiva y negativa, pues si bien no es posible identificar un solo mercado que no se vea impactado por la pandemia y sus efectos, también es cierto que la intensidad de la conmoción no es idéntica en todos los sectores. Por lo que es sin duda menester es que las medidas articuladas e implementadas respondan a un estándar de calibración y cálculo, que tome en consideración las mencionadas divergencias y también los distintos formatos que se deben poner en marcha para supervisar su cumplimiento.

Indudablemente todos y cada uno de los formatos empleados para aplicar las medidas especiales para amortiguar los efectos de la covid-19 tienen luces y sombras. No solo porque, *per se*, y sobre la base de su naturaleza, la técnica del *antitrust* no es matemática, sino también porque la implementación de las disposiciones excepcionales se encuentra influenciada por la cultura social y jurídica del territorio sobre el cual tiene jurisdicción cada autoridad, lo que genera que los resultados de una misma medida sean algunas veces divergentes, a pesar de que las medidas sean idénticas.

De la comparativa entre sistemas se extrae un claro acierto: la atención especial que en virtud de la pandemia se ha prestado a los mercados. Asimismo se extrae que los sectores económicos «en primera línea de batalla», como los de alimentación y canasta familiar, suministros médicos y sanitarios, vivienda, servicios públicos y todas y cada una de las logísticas involucradas con aquellos, se pueden apreciar como prioritarios en todos y cada uno de los sistemas *antitrust* que han optado por articular mandatos concurrenciales especiales de respuesta a la pandemia.

Saldados aquellos aspectos imperativos, cada autoridad ha realizado una interpretación autónoma de las necesidades de sus «administrados» y ha articulado con nulo, menor o

[detail/es/mex_20_560](#)>; así como las reglas especiales que la Comisión Europea unificó en su sitio web como respuesta a la pandemia, <<https://ec.europa.eu/competition/antitrust/coronavirus.html>>.

⁵ Acerca de dicha cuestión, resultan de relevancia los comentarios realizados por Stefano (5 de mayo de 2020).

⁶ Una adecuada unificación de la colección de las respuestas de la autoridad de competencia británica a la covid-19 y sus efectos puede encontrarse en <<https://www.gov.uk/government/collections/cma-covid-19-response>>.

mayor detalle, el paquete de medidas a aplicar. A los ejemplos previamente esgrimidos se unen ejemplos latinoamericanos que han estado inclinados en alguna de aquellas direcciones.

En la República Dominicana la autoridad de competencia, ProCompetencia, aun dando sus primeros pasos, ha tenido que encargarse de liderar en gran parte la respuesta concurrencial a la pandemia. Haciéndolo ha optado por una vía más similar a la implementada por las autoridades estadounidenses, apelando a la generalidad⁷. En las comunicaciones que trasladó a la ciudadanía apeló incluso a la «sensatez y el respeto a la ley», pero no erigió estrategias concretas de respuesta⁸. Realidad que es similar a lo acaecido en Centroamérica, o incluso en Colombia⁹, Perú, Chile y Ecuador, países en los cuales las autoridades de competencia –salvo en lo alusivo a los sectores económicos de «primera línea de batalla»– prefirieron no establecer condiciones prolijas y concretas vinculadas con las consecuentes especializaciones del mercado, prefiriendo así esperar a que el natural desarrollo de las actividades¹⁰ de los operadores se encargase de evidenciar las necesidades de remediar y sancionar, *ex post*, aquellas que menoscabasen claramente la competencia.

La apertura mostrada por las mencionadas autoridades que, como se verá en los apartados subsiguientes, también impacta en los aspectos materiales de las mismas, contrasta con el detalle que se les ha dado a las medidas en sistemas como el de la Unión Europea. Siendo clara la multiculturalidad de la mencionada comunidad, así como la heterogeneidad de los intereses de los países miembros –a pesar de que forman parte armónica de una única unidad– y de las múltiples empresas locales y foráneas que desarrollan sus actividades en su territorio (Soto, 2014, p. 329), la realidad es que la complejidad de la situación, al parecer, desde su perspectiva –tal y como demuestran sus actos y decisiones– amerita un desarrollo más profundo de las medidas.

⁷ República Dominicana, Procompetencia. Comisión Nacional de Defensa de la Competencia. Comunicado de 23 de marzo de 2020. <<https://procompetencia.gob.do/procompetencia-monitorea-comportamiento-empresarial-durante-emergencia-por-el-coronavirus/>>.

⁸ De forma análoga, Portugal, Autoridade da Concorrência. Comunicado de 21 de mayo de 2020. <http://www.concorrenca.pt/vEN/News_Events/Comunicados/Pages/PressRelease_202007.aspx>.

⁹ Colombia, Superintendencia de Industria y Comercio. «Llamado a gremios para que protejan los derechos del consumidor y la libre competencia»: <<https://www.sic.gov.co/slider/superindustria-hace-llamado-gremios-para-que-protejan-los-derechos-del-consumidor-y-la-libre-competencia>>.

¹⁰ Ejemplo adecuado de ello es la Resolución n.º SCPM-DS-2020-017 de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado en Ecuador, que mediante el mencionado documento les informó a los ciudadanos que se encargaría de recopilar, centralizar y gestionar los pedidos de simplificación regulatoria procompetencia remitidos por los diversos operadores económicos, para facilitar la provisión de bienes y servicios durante la emergencia sanitaria: <<https://www.scpm.gob.ec/sitio/simplificacion-de-tramites-procompetencia/>>. Del mismo modo, la autoridad ecuatoriana planteó, a través de un comunicado, las condiciones que se aplicarían a contratantes y proveedores en la situación de emergencia: <<https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2020/04/Comunicado-SCPM-SERCOP-13-04-20.pdf>>.

4. Flexibilidad vs. fortalecimiento de la política de competencia

Las diferencias de estrategia de las autoridades de competencia para contener los efectos de la covid-19 no se cifieron exclusivamente al planteamiento generalista o específico de los mercados involucrados. Así como se presentaron diferencias en dicha «parcela», la determinación de si las medidas de contención tenían que significar relajación o –por el contrario– fortalecimiento de las normas de libre competencia (o incluso si la vía idónea era una amalgama de aquellas) ha sido otro de los aspectos que ha llamado la atención en el marco concurrencial internacional.

Dado que la preocupación principal de las autoridades de competencia siempre ha sido en la mencionada crisis garantizar el acceso a los bienes y servicios básicos «en primera línea de batalla» –canasta familiar, suministros sanitarios, servicios públicos, vivienda y sus respectivas logísticas–, la duda se basó en si se debía confiar en la autorregulación del mercado, flexibilizando por tanto la aplicación de las normas *antitrust*, o si por el contrario se debía fortalecer la supervisión de los mercados estrechando el cerco en torno a las conductas y operadores que pusiesen en riesgo el acceso enunciado.

Defendieron la primera «doctrina» de flexibilización, principalmente, los sistemas de tradición del *common law*, con economías de capital especialmente liberalizadas, tales como los Estados Unidos, Australia, el Reino Unido o Sudáfrica, países que además de detener por un tiempo prudencial los procesos concurrenciales en marcha¹¹, limitaron la aplicación de las normas de libre competencia. En algunos casos, incluso, como ya se manifestó, a todos los mercados, estuviesen estos involucrados con las necesidades primarias de los ciudadanos para contener la pandemia, o no.

En el extremo opuesto han estado países como Rusia, España, El Salvador, Polonia, Francia y aquellos Estados de la Unión Europea en los cuales se han centrado en el análisis exhaustivo y remedio de los «precios excesivos» con capacidad para afectar el abastecimiento de bienes y servicios necesarios para combatir los efectos de la pandemia.

Muy a pesar de que las dos vías enunciadas parecen en principio contrapuestas, algunas autoridades de competencia incluso decidieron transitar entre dos aguas, trasladando a los «administrados» un mensaje de flexibilidad muy atado a uno de precaución y uso responsable de dicha libertad por parte de las empresas, so pena de asumir las consecuencias

¹¹ Medida implementada con asiduidad en los sistemas de protección de la libre competencia. Así, por ejemplo, en México: <<https://www.cofece.mx/covid19/>>; en España: <https://www.cnmc.es/plazos_administrativos>; en Italia: <<https://www.agcm.it/media/dettaglio-notizia?id=2b88e620-408b-4444-b8be-a45fa78f78b2&parent=News&parentUrl=/media/news>>; y en Uruguay: <<https://www.gub.uy/sistema-nacional-emergencias/comunicacion/noticias/informacion-interes-actualizada-sobre-coronavirus-covid-19-uruguay>>.

sancionatorias del sistema cuando las conductas de estas impidiesen que el abastecimiento básico estuviese garantizando, en las mejores condiciones posibles, en materia de calidad y de precios.

A través de los supuestos de hecho concretos y las condiciones particulares que han articulado las autoridades para evitar la colusión, puede ser más satisfactorio el entendimiento de la cuestión, tal y como se verá en los epígrafes posteriores del presente texto.

4.1. Medidas en materia de acuerdos

En atención a que la colusión es el prototipo de conducta prohibida en los regímenes de protección de la libre competencia internacionales, los principales debates concurrentiales en el contexto de crisis se han desarrollado en torno a ella, con el objetivo de que la ponderación de los beneficios y los inconvenientes de las conductas colaborativas entre competidores no menoscabase los principios fundamentales del *antitrust*, pero tampoco conllevase implementar un entorno de extrema rigidez que no permitiese satisfacer las necesidades de suministro de bienes y servicios de los consumidores.

4.1.1. Flexibilización

En el marco *antitrust* internacional, así como en un número importante de sistemas domésticos de protección de la libre competencia, ha estado siempre presente durante la crisis –y en los tiempos posteriores a la misma– la idea de lograr que las bondades de los enlaces entre competidores –que se antojan esenciales en tiempos de dificultad y excepcionalidad– no impidiesen el acceso a bienes y productos fundamentales, sino que, por el contrario, fuesen un mecanismo de garantía del suministro.

Así, por ejemplo, la Federal Trade Commission y el Departamento de Justicia estadounidenses emitieron una declaración conjunta el 24 de marzo, que coincide en su espíritu con las comunicaciones que fueron emitidas la misma semana por la Comisión Europea y la Red europea de autoridades de competencia, como respuesta a los retos del coronavirus.

En los mencionados documentos se hizo hincapié en la necesidad de flexibilizar la aplicación de la defensa de la competencia a los actos de comunicación, cooperación y coordinación entre competidores, pues a través de estos enlaces se podían garantizar tanto la producción como la distribución de bienes y servicios de primera necesidad.

Muchas cadenas productivas y de suministro se interrumpieron en virtud de las restricciones de movilidad que se impusieron a ambos lados del Atlántico, poniendo en riesgo el bienestar de los consumidores. En ese contexto, las autoridades de competencia de los Estados Unidos y la Unión Europea determinaron análogamente –aunque no con el mismo

alcance-, que en todo caso estaba justificado que las empresas compartiesen entre ellas conocimientos técnicos, planes de innovación y desarrollo, infraestructuras y procesos durante la coyuntura, siempre y cuando aquello no conllevara que también intercambiasen datos específicos sobre precios, costes de producción, salarios, márgenes o incluso que realizaran concertaciones relativas a precios, divisiones de mercados o ventas atadas¹².

En las comunicaciones que se emitieron en los dos sistemas *antitrust* enunciados se manifestó que la permisividad planteada no configura bajo ningún concepto una habilitación sin límites a la generación de enlaces entre competidores, pues las empresas tendrían que seguir actuando durante la coyuntura con la misma responsabilidad de cumplimiento habitual, evitando que sus conductas pudiesen ser confundidas con menoscabos al mercado. Tanto en Estados Unidos como en la Unión Europea se dispuso con cierta claridad que las autoridades de competencia prestarían incluso especial atención a las conductas dirigidas de forma pormenorizada a maximizar las ganancias¹³, principalmente en los mercados de productos que resultasen esenciales para solventar la crisis o para proteger la salud y el bienestar de los consumidores¹⁴.

De forma análoga en el Reino Unido se emitieron normas de urgencia en las cuales «se invitaba» a los supermercados a garantizar el abastecimiento, a través de la coordinación de sus procedimientos y el uso compartido de recursos materiales, como depósitos, materiales industriales o vehículos, así como de sus recursos humanos y personales¹⁵. La mi and Markets Authority (en lo sucesivo, CMA) creó un modelo de satisfacción de las medidas de coordinación, en el cual manifestó que en todo caso, para ser considerados válidos, los enlaces entre competidores debían (a) ser necesarios y adecuados para garantizar el abastecimiento, (b) estar dirigidos a satisfacer las necesidades del interés público, (c) generar bienestar en los consumidores, (d) estar relacionados con las demandas y conflic-

¹² Las autoridades de competencia estadounidenses emitieron el 24 de marzo de 2020 un comunicado en el cual aceleraron los tiempos de aprobación de todos aquellos acuerdos entre empresas, dirigidos a garantizar los suministros básicos de productos esenciales mediante la implementación de procesos eficaces, en un tiempo no mayor a una semana. <<https://www.justice.gov/atr/joint-antitrust-statement-regarding-covid-19>>.

¹³ El Departamento de Justicia confirió autorizaciones a los operadores de la industria farmacéutica y de los mercados vinculados con las materias primas de los productos sanitarios. Así, el 4 de abril de 2020: <<https://www.justice.gov/opa/pr/department-justice-issues-business-review-letter-medical-supplies-distributors-supporting>>; y el 20 de abril del mismo año: <<https://www.justice.gov/opa/pr/department-justice-issues-business-review-letter-medical-supplies-distributors-supporting>>.

¹⁴ Al respecto, la carta de patrocinio emitida por la Dirección general de Competencia de la Comisión Europea, de 8 de abril de 2020 (COMP/OG-D[2020/044003]), relativo a la coordinación en la industria farmacéutica para incrementar la producción y mejorar el suministro urgente requerido por los hospitales para el tratamiento de los pacientes de covid-19. <https://ec.europa.eu/competition/antitrust/medicines_for_europe_comfort_letter.pdf>.

¹⁵ Reino Unido, publicación del 19 de marzo de 2020. *Supermarkets to join forces to feed the nation*. <<https://www.gov.uk/government/news/supermarkets-to-join-forces-to-feed-the-nation>>.

tos provocados por la pandemia, y (e) tener un marco temporal limitado a las necesidades surgidas de la covid-19¹⁶.

Aquellas medidas implementadas en el Reino Unido¹⁷ son muy similares a las que puso en práctica la Australian Competition & Consumer Commission, quien a través de comunicados y autorizaciones promovió la coordinación de la industria sanitaria para que sus operadores pudiesen compartir información acerca de los suministros disponibles de material médico¹⁸, articular estrategias para fortalecer la producción de los materiales e implementos sanitarios relacionados con la contención de la pandemia, repartir entre ellos las diversas órdenes de producto o, incluso, compartir medios materiales y humanos para garantizar la oferta adecuada demandada por los particulares.

El paquete de medidas australiano incluso flexibilizó las condiciones de competencia, en lo que a colusión se refiere, en otros mercados¹⁹, como el bancario o el de suministros básicos²⁰ de la canasta familiar²¹. Así, dispuso que los bancos debían coordinarse y pactar vías colaborativas de apoyo a las pymes que sufriesen dificultades económicas en virtud de la pandemia. En los suministros básicos, del mismo modo, dispuso que además de com-

¹⁶ El modelo se desarrolló a través de los comunicados de la CMA de 19 y 25 de marzo de 2020. El primero, *Covid-19: CMA approach to essential business cooperation* <<https://www.gov.uk/government/news/covid-19-cma-approach-to-essential-business-cooperation>>; y el segundo, *CMA approach to business cooperation in response to COVID-19*. <<https://www.gov.uk/government/publications/cma-approach-to-business-cooperation-in-response-to-covid-19/cma-approach-to-business-cooperation-in-response-to-covid-19>>.

¹⁷ La flexibilización en el Reino Unido, en todo caso, no significó que la autoridad detuviese los procesos en marcha o no le diese prioridad a los asuntos que involucrasen empresas que estuviesen en grave riesgo económico como resultado del coronavirus. Así, por ejemplo, se refirió al caso Amazon/Deliveroo, emitiendo comentarios preliminares el 17 de abril y el 24 de junio de 2020: <<https://www.gov.uk/government/news/cma-revises-provisional-findings-in-amazon-deliveroo-case>>;

¹⁸ Véase el comunicado de 3 de abril de 2020: <<https://www.accc.gov.au/media-release/medicine-manufacturers-to-coordinate-on-covid-19-response>>; y de 7 de abril de 2020: <<https://www.accc.gov.au/media-release/private-and-public-hospitals-to-cooperate-on-covid-19-in-victoria-and-queensland>>.

¹⁹ Un ejemplo adicional de esa apertura de las medidas flexibles a otros mercados esenciales para la economía nacional lo configura el comunicado de la *Bundeskartellamt* alemana, que, expedido el 9 de junio de 2020, está dirigido a dar soporte a la Asociación alemana de la industria automotriz (VDA – por sus siglas en alemán–) en el desarrollo de un marco de condiciones para solventar la crisis generada por la covid-19. <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilung/2020/09_06_2020_VDA.html>.

²⁰ Australia, Australian Competition & Consumer Commission, comunicado de 3 de abril de 2020: <<https://www.accc.gov.au/media-release/shopping-centres-to-co-operate-to-support-retail-tenants>>.

²¹ También flexibilizó la política de competencia en el mercado de los hidrocarburos: <<https://www.accc.gov.au/media-release/oil-companies-allowed-to-co-operate-to-secure-fuel-supply-during-covid-19-pandemic>>; en el sector de la energía: <<https://www.accc.gov.au/media-release/co-operation-to-support-reliable-energy-sector-authorised>>; y en el mercado de los seguros, promoviendo los acuerdos de cooperación entre operadores.

partir recursos, los operadores debían coordinarse y cooperar para garantizar el acceso de la ciudadanía a los productos básicos, pero también ampliar el espectro de adquisición de dichos productos a través de la puesta en marcha o fortalecimiento de cadenas productivas.

La mencionada «apertura» y relajación de las normas *antitrust* también ha sido implementada en Sudáfrica, donde mediante una exención a la aplicación de las normas de competencia de aquel país –en concreto a las secciones cuatro y cinco relativas a las prácticas horizontales y verticales en materia de colusión– se otorgó a los operadores del mercado sanitario la posibilidad de coordinarse y compartir recursos materiales, logísticos y humanos²². Doctrina que se ha aplicado también en China, donde la State Administration for Market Regulation (SAMR) abrió un plazo especial de concesión de excepciones, de dos días, para favorecer el combate contra la pandemia, plazo en el cual se notificaron variados acuerdos de colaboración entre competidores y del cual se desprendió un paquete de garantías de abastecimiento de productos y servicios básicos involucrados con el bienestar de los consumidores en época de pandemia²³, tales como víveres, combustibles, energía o logísticas de servicios, entre otros.

Algo similar sucedió en otros países como Brasil, donde el Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade)²⁴ tomó medidas de flexibilización similares; en los Países Bajos, donde se hizo lo propio mediante comunicados de la Authority for Consumers & Markets²⁵; en Finlandia, a través de la Competition and Consumer Authority²⁶, así como por parte del

²² Conducta análoga a la implementada en terceros Estados africanos como Namibia, Mauricio, Kenia, Malawi, Zambia, Tanzania, Seychelles y Nigeria. Una reseña al respecto en Naidu y Nxumalo (2020): <<https://www.bakermckenzie.com/en/insight/publications/2020/05/competition-authorities-respond-to-covid19>>.

²³ China, State Administration for Market Regulation, Comunicación del 3 de abril de 2020. Fuente original: <http://gkml.samr.gov.cn/nsjg/fldj/202004/t20200405_313859.html>. Hallada a través de la fuente consultada: <<https://globalcompetitionreview.com/article/1225217/samr-to-expedite-certain-merger-reviews-during-covid-19>>.

²⁴ Brasil, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Comunicado de 28 de mayo de 2020, *Cade avalia colaboração entre concorrentes devido à crise do novo coronavírus*: <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-avalia-colaboracao-entre-concorrentes-devido-a-criese-do-novo-coronavirus>>. En consonancia con aquella comunicación, son también comunicados de la misma institución, relacionados con los acuerdos de colaboración en cuestión, de 23 de junio de 2020, *Cade institui Grupo de Trabalho para elaborar documento com orientações sobre colaboração entre concorrentes*: <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-institui-grupo-de-trabalho-para-elaborar-documento-com-orientacoes-sobre-colaboracao-entre-concorrentes>>; y de 5 de junio de 2020, por el cual se autoriza la colaboración entre BRF, Coca-Cola, Mondelez, Nestlé y Pepsico debido a la crisis del coronavirus: <<http://en.cade.gov.br/cade-authorizes-collaboration-among-ambev-brf-coca-cola-mondelez-nestle-and-pepsico-due-to-the-new-coronavirus-crisis>>.

²⁵ Países Bajos, Authority for Consumers & Markets. Comunicado de 24 de junio de 2020. <<https://www.acm.nl/nl/publicaties/toezicht-acm-tijdens-coronacrisis>>.

²⁶ Finlandia, Competition and Consumer Authority. <<https://www.kkv.fi/en/current-issues/press-releases/2020/23.3.2020-exceptional-circumstances-caused-by-the-coronavirus-to-affect-the-application-of-the-competition-act/>>.

gobierno noruego, que aplicó una exención temporal en materia de acuerdos y prácticas concertadas que conlleva un marco de actuación de la autoridad de competencia, solo en casos de estricta necesidad²⁷.

Otros países –en este caso latinoamericanos– como Chile²⁸, República Dominicana, Colombia y Ecuador²⁹, se unieron a esta doctrina de flexibilización junto a la mayor parte de los Estados centro y suramericanos, que valoraron en tiempos de pandemia como imperativo permitir los acuerdos de colaboración entre competidores, en atención a que no hacerlo podía ser ineficiente en términos económicos, así como también contraproducente para los consumidores, quienes en virtud de una competencia activa –más apetecible en tiempos de normalidad que de excepcionalidad– podrían no ver satisfechas sus necesidades más básicas.

4.1.2. Fortalecimiento

La flexibilidad en lo alusivo a la coordinación y cooperación entre competidores ha sido claramente una vía asiduamente aplicada por las autoridades de competencia en tiempos de covid-19. No obstante, no ha sido la única, toda vez que, como se ha manifestado, algunas autoridades han entendido que lo que requiere una situación de esta naturaleza no es una flexibilización –o por lo menos no en exclusiva–, sino por el contrario una aplicación estricta y rigurosa de las normas de libre competencia –principalmente en los mercados de productos y servicios básicos–.

Así, un relevante exponente de la defensa de la competencia en Latinoamérica, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual del Perú (INDECOPI), reaccionó a la pandemia manifestándole a los ciudadanos que la excepcionalidad de la cuestión no removía, ni siquiera temporalmente, la aplicación de las normas de competencia³⁰. Las prohibiciones en materia de colusión en dicho sentido se mantuvieron inamovibles. La presencia de otros acuerdos debidamente dispuestos en la normativa *anti-trust* peruana, que no se encuentran en el núcleo duro de los cárteles, y que por lo tanto no se encuentran prohibidos *per se*, tales como pactos que no tengan como finalidad exclusiva

²⁷ Noruega. Norwegian Competition Authority. <<https://konkurransetilsynet.no/the-norwegian-competition-authoritys-work-during-the-coronavirus-pandemic/?lang=en>>. En sentido análogo, Islandia, Icelandic Competition Authority. <<https://konkurransetilsynet.no/the-norwegian-competition-authoritys-work-during-the-coronavirus-pandemic/?lang=en>>.

²⁸ Chile, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. <https://www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/wp-content/uploads/2020/04/Auto-Acordado-21-2020.pdf>.

²⁹ Ecuador, Superintendencia de Control del Poder de Mercado. <<https://www.scpm.gob.ec/sitio/micrositio-scpm/>>.

³⁰ Perú. Indecopi. <<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>>.

la fijación de precios, los repartos de mercados, las concertaciones licitatorias o las limitaciones de la oferta, permiten a los operadores desarrollar sus actividades a través de dinámicas colaborativas en las cuales se encuentren involucrados competidores directos, también en tiempos de excepcionalidad, sin que aquello conlleve una flexibilización del sistema.

En Perú se ha entendido que la correcta interpretación de los instrumentos que las normas *antitrust* ponen en disposición de los ciudadanos es más que suficiente para amoldarse en términos empresariales a los efectos de la pandemia. Otras agencias, como la mexicana Comisión Federal de Competencia Económica³¹ o la chilena Fiscalía Nacional Económica³², han realizado comunicados similares al peruano, en los que, de forma resumida, no flexibilizaron –o se limitaron a flexibilizar la defensa de la libre competencia–, sino que por el contrario informaron que en tiempos de pandemia el control seguiría siendo exhaustivo, pues las responsabilidades vinculadas con el funcionamiento de los mercados eran incluso mayores que en épocas de habitualidad, al involucrar criterios estrechamente vinculados con el bienestar de los ciudadanos y el orden público.

La mencionada forma de proceder coincide en su espíritu con las acciones que ha emprendido la Competition Commission de la India³³, la Federal Antimonopoly Service of the Russian Federation en Rusia³⁴, la Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato en Italia³⁵, la autoridad griega³⁶ de la competencia o incluso la Polish Office of Competition and Consumer Protection, que han estrechado el cerco en torno a probables colusiones entre los operadores involucrados con productos sanitarios (mascarillas, guantes, geles), y han iniciado investigaciones profundas sobre ellos, así como sobre conductas aparentemente concertadas de falseamiento de la oferta de los suministros de protección sanitarios necesarios en hospitales y centros de salud³⁷.

³¹ México, Cofece. <https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2020/03/COFECE-012-2020_COFECE-COVID-19.pdf>. De igual relevancia, la respuesta a las preguntas relacionadas con el comunicado COFECE-012-2020. <<https://www.cofece.mx/respuesta-a-preguntas-relacionadas-con-el-comunicado-cofece-012-2020/>>.

³² Chile, Fiscalía Nacional Económica. <<https://www.fne.gob.cl/declaracion-publica/>>. Del mismo modo, resultan valiosas las advertencias que la misma institución realizó acerca de que el estado de catástrofe por covid-19 podría ser utilizado para cartelizarse o realizar otros actos anticompetitivos: <<https://www.elmostrador.cl/mercados/2020/04/03/fne-advierte-que-estado-de-catastrofe-por-covid-19-podria-ser-utilizado-para-cartelizarse-o-realizar-otros-actos-anticompetitivo/>>.

³³ India. Competition Commission of India. Comunicado del 19 de abril de 2020. <https://www.cci.gov.in/sites/default/files/whats_newdocument/Advisory.pdf>.

³⁴ <<https://globalcompetitionreview.com/article/1216448/coronavirus-round-up-cooperate-to-«feed-the-nation»-uk-government-tells-retailers>>.

³⁵ <<https://www.agcm.it/media/comunicati-stampa/2020/2/PS11705>>.

³⁶ Grecia, Hellenic Competition Commission, comunicado del 22 de abril de 2020: <<https://www.epant.gr/en/enimerosi/press-releases/item/891-press-release-dawn-raids-in-the-food-sector.html>>.

³⁷ En Chile, la Fiscalía Nacional Económica continuó ejerciendo activamente sus potestades de protección de los mercados, en el contexto de crisis. Así, presentó un requerimiento por colusión contra tres

Sistemas como el italiano³⁸ incluso han extendido ese mensaje de rigurosidad a otras facetas³⁹. En dicho país, en el cual se comprende normativamente una regulación en materia de «precios excesivos», se iniciaron investigaciones profundas contra operadores como Amazon o eBay por incrementos muy importantes en los precios de geles y alcoholes⁴⁰, investigaciones dirigidas principalmente a identificar si se presentaron colusiones y conductas exclusorias concertadas o simplemente conductas unilaterales de la misma índole, circunstancia que se ha replicado en los Países Bajos por parte de la Authority for Consumers & Markets⁴¹ y en Sudáfrica, por la Competition Commission⁴².

empresas de helicópteros para el combate y extinción de incendios forestales y contra dos ejecutivos que facilitaron la coordinación anticompetitiva y la ejecución de los acuerdos: <<https://www.fne.gob.cl/fne-acusa-por-colusion-a-tres-empresas-de-helicopteros-para-el-combate-y-extincion-de-incendios-forestales-y-a-dos-ejecutivos-que-ejecutaron-los-acuerdos/>>. Del mismo modo, aprobó una compra de estación de servicio por parte de Copec tras tener por acreditada la excepción de empresa en crisis: <<https://www.fne.gob.cl/fne-aprueba-compra-de-estacion-de-servicio-por-parte-de-copec-tras-tener-por-acreditada-la-excepcion-de-empresa-en-tesis/>>; presentó una consulta al TDLC para que se revisen las bases de licitación del terminal intermodal de Pedro Aguirre Cerda, pidiendo suspender la licitación: <<https://www.fne.gob.cl/fne-presento-consulta-al-tdlc-para-que-se-revisen-las-bases-de-licitacion-del-terminal-intermodal-de-pedro-aguirre-cerda-y-pidio-suspender-licitacion/>>; y ha trasladado al TDLC propuestas de acuerdos extrajudiciales en los mercados de la leche fresca: <<https://www.fne.gob.cl/tdlc-aprueba-acuerdo-extrajudicial-de-la-fne-con-soprole-y-prolesur-para-cautelar-la-libre-competencia-en-el-mercado-de-adquisicion-de-leche-fresca/>> y los medios de pago: <<https://www.df.cl/noticias/mercados/banca-fintech/tdlc-no-aprueba-acuerdo-extrajudicial-entre-la-fne-y-transbank/2020-04-29/170334.html>>.

³⁸ Italia. L'autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Comunicado acerca de las implicaciones de la tutela de la concurrencia a raíz de la covid-19. <<https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/Testo%20Comunicazione%20cooperazione%20e%20COVID-19.pdf>>.

³⁹ Circunstancia que también se presentó en Colombia, mediante la resolución de la Superintendencia de Industria y Comercio número 19922 de 2020, de 4 de mayo, «por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos» por presuntos precios excesivos de bienes básicos de protección contra la pandemia: <<https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Normativa/Resoluciones/RESOLUCIÓN%20PÚBLICA%2019922%20DE%202020.pdf>>.

⁴⁰ Italia. L'autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. Comunicado de 7 de mayo de 2020: <<https://www.agcm.it/media/comunicati-stampa/2020/5/DS2620>>. También sucedió en el Reino Unido, donde la CMA notificó el 19 de junio de 2020 que estaba realizando una investigación exhaustiva por posibles precios excesivos y «desleales» de los geles hidroalcohólicos. <<https://www.gov.uk/cma-cases/hand-sanitiser-products-suspected-excessive-and-unfair-pricing>>.

⁴¹ Comunicado de 24 de junio de 2020: <<https://www.acm.nl/nl/publicaties/toezicht-acm-tijdens-corona-crisis>>. En él, la autoridad manifestó en la fase inicial del confinamiento provocado por la pandemia que una de sus prioridades era controlar y disciplinar todos y cada uno de los comportamientos empresariales que configurasen precios excesivos o inequitativos, toda vez que la política de competencia de aquel país comprende multas de gran rigurosidad para tal conducta, que pueden ir desde el 10 % hasta el 25 % de los valores cultivados por la empresa infractora (o las empresas infractoras) en materia de ventas.

⁴² Comunicado de 20 de marzo de 2020: <<http://www.compcom.co.za/wp-content/uploads/2020/03/CCSA-COVID-19-statement-20-March-updated.pdf>>.

Si bien en la primera etapa del confinamiento demandado por la pandemia es cierto que múltiples autoridades de competencia decidieron aligerar las cargas del *antitrust* frente a las empresas⁴³, muchas de ellas acompañaron aquello en las semanas subsiguientes –y algunas de ellas desde el inicio– con el refuerzo de sus políticas delatorias y sus canales de denuncia. Ejemplo de ello es la Superintendencia de control del poder de mercado en Ecuador (SCPM), que aprovechó la crisis para concentrarse en aquella necesidad, fortaleciendo la confidencialidad y la seguridad jurídica del acogimiento al programa delatorio.

Por otro lado, la Comisión Europea, la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia en España (CNMC)⁴⁴, la CMA del Reino Unido⁴⁵, la Procompetencia en República Dominicana, la gran mayoría de Estados miembros de la Unión Europea⁴⁶, la Superintendencia de Competencia de El Salvador⁴⁷ e incluso la ya enunciada SCPM en Ecuador abrieron buzones de denuncia que pusieron a disposición de los ciudadanos –y publicitaron de forma asidua entre ellos–, que han mostrado alta eficacia y que han suscitado un incremento importante de las investigaciones en curso de los mencionados organismos.

De todos ellos, tal vez la más alta eficacia de los canales de denuncia se ha alcanzado en España, donde la CNMC abrió investigaciones, fruto de quejas ciudadanas, a operadores funerarios presuntamente coludidos, a empresas del sector financiero de carácter bancario y asegurador y a empresas de materias primas necesarias para la producción de geles hidroalcohólicos y otros productos sanitarios.

Como se observa, las vías de respuesta a los efectos de la pandemia que ha azotado a todos y cada uno de los países del globo han sido variopintas y heterogéneas. En algunos países, con el objetivo de garantizar el éxito de las medidas, las autoridades de competencia se han puesto a total disposición de los operadores económicos para subsanar con celeridad las dudas que puedan surgir en el seno de las compañías acerca del alcance o repercusión de una colaboración con sus competidores. Para ello se han dispuesto incluso

⁴³ Ejemplos adicionales de ellos. En Francia, la Autorité de la Concurrence. <<https://www.autoritedelaconcurrence.fr/en/press-release/adaptation-time-limits-and-procedures-autorite-de-la-concurrence-times-health>>.

⁴⁴ España, CNMC. <<https://www.cnmc.es/balance-buzon-covid-7-abril-20200407>>.

⁴⁵ Reino Unido, CMA. <<https://www.coronavirus-business-complaint.service.gov.uk>>.

⁴⁶ La CMA británica ha creado un grupo de trabajo para responder a los retos de la covid-19. Grupo que publica de forma periódica en un micrositio de la autoridad los avances en materia concurrencial y las investigaciones y procesos en curso, vinculados con prácticas desleales en materia de reembolsos y cancelaciones, subidas injustificadas en los precios de bienes y servicios esenciales, o análisis y desarrollo de las denuncias recibidas por la CMA en el buzón de quejas, que ha puesto a disposición de todos los operadores. Así, en su versión de 3 de julio de 2020: <<https://www.gov.uk/government/publications/cma-coronavirus-taskforce-update-3-july-2020/update-on-the-work-of-the-cmas-taskforce>>.

⁴⁷ El Salvador, Superintendencia de Competencia. <<https://www.sc.gob.sv/index.php/centro-de-denuncias-covid19/>>.

términos y plazos estrictos de respuesta a las solicitudes, cuando estas estén relacionadas con la salud y la seguridad pública.

Es claro que la flexibilización no necesariamente debe pugnar con el fortalecimiento en la atención a posibles conductas anticompetitivas. De hecho, varios países y sistemas han optado por un sistema mixto en el cual la regla de la razón ha vuelto a hacerse preponderante en el debate concurrencial. En Colombia, por ejemplo, la Superintendencia de Industria y Comercio ha comprendido aquella premisa y se ha escorado por la determinación de los requisitos que en tiempos de excepcionalidad debe tener una conducta concertada para ser efectivamente anticompetitiva: que no genere eficiencias y que tenga objetivos meramente exclusorios, lo que comprueba que se inclina por flexibilizar sin perder de vista, con rigurosidad, las necesidades de supervisión⁴⁸. Razonamiento compartido por las autoridades estadounidenses⁴⁹, canadienses⁵⁰ y de la Unión Europea⁵¹, que del mismo modo han aplicado una estrategia primordialmente dual, de flexibilidad conductual y atención pormenorizada y rigurosa de las autoridades a aquellos comportamientos que configuren riesgos al buen funcionamiento de los mercados.

5. Conclusiones

1. Del catálogo de medidas implementadas, algunas llaman la atención en virtud del razonamiento que las sustenta, el formato a través del cual se han implementado o la delimitación vaga o suficientemente definida de la excepción. Si bien la palabra clave en el 100

⁴⁸ Resultado de esa lógica es, por ejemplo, la Resolución 25183 de 2020 de la Superintendencia de Industria y Comercio, de 1 de junio de 2020, por la cual se ordenó la apertura de una investigación y se formuló pliego de cargos contra una empresa comercializadora de productos de relevancia sanitaria, por haber fijado, presuntamente, un precio inequitativo del gel antibacterial: <https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Noticias/2019/Resolucio%20de%20Apertura%20FARMALATAM%20COLOMBIA%20S_A_S_%20VP%20Firmada.pdf>.

⁴⁹ En los Estados Unidos la Federal Trade Commission y el Departamento de Justicia expidieron un nuevo comunicado conjunto el 13 de abril de 2020, en el cual informaron de que se encontraban haciendo un monitoreo exhaustivo de las posibles colusiones entre empleadores, en materia laboral, toda vez que configuraban una desventaja inherente para los trabajadores. <<https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-and-federal-trade-commission-jointly-issue-statement-covid-19-and>>. Circunstancia que demuestra que el fortalecimiento en la aplicación de las normas *antitrust*, muy a pesar de la flexibilización de las medidas que se entrevió en el primer comunicado conjunto de las mencionadas autoridades estadounidenses, también fue aplicado durante la etapa más crítica de la pandemia en el país norteamericano.

⁵⁰ Canadá, Competition Bureau. <<https://www.canada.ca/en/competition-bureau/news/2020/04/competition-bureau-statement-on-competitor-collaborations-during-the-covid-19-pandemic.html>>.

⁵¹ Unión Europea, Comisión Europea. <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/framework_communication_antitrust_issues_related_to_cooperation_between_competitors_in_covid-19.pdf>.

% de los casos ha sido «cooperación», ya que lo que vienen a regular es el tratamiento que en cada sistema se le da a aquella, la explicación que se ha trasladado al ciudadano acerca del alcance de la misma no es siempre análoga. Circunstancia que llama la atención, pues con iniciativas ya en marcha, como la de la International Competition Network, con intranets en funcionamiento de intercambio de información tan cooperativas y evolucionadas, con la realización de foros internacionales recurrentes y con la similitud de las bases que comparten los sistemas de defensa de la competencia, las diferencias de enfoque no deberían ser, en algunos casos, tan profundas.

2. La reflexión que en todo caso emerge de las excepciones y flexibilizaciones aplicadas en algunos regímenes de libre competencia globales es que, tal y como sucede con otras políticas sociales y económicas, vale la pena velar, desde ya, porque la excepcionalidad no se convierta en habitualidad; a menos que la buena práctica concurrencial a potenciar sea la de fortalecer el régimen y generar un sistema altamente disuasivo que en sí mismo prevenga, por su existencia y funcionamiento, a los operadores potencialmente infractores de aplicar estrategias anticompetitivas.

3. Los últimos 30 años la política de competencia se ha fortalecido a pasos agigantados, superando importantes obstáculos –principalmente relacionados con la injerencia y la captura de la autoridad por parte de gobiernos y poderes económicos–, razón que sustenta aún más, si cabe, que se deba prestar especial atención al alcance de las excepciones y que se le deba realizar un seguimiento exhaustivo, pues solo de aquel modo se garantizará que no se conviertan en accesos directos a la inmoderación.

Referencias bibliográficas

- Buccirossi, Paolo, Ciari, Lorenzo, Duso, Tomaso, Spagnolo, Giancarlo y Vitale, Cristiana. (2009). Deterrence in Competition Law. *Discussion Paper*, 285, presentado en la Governance and the Efficiency of Economic Systems. <http://www.sfbtr15.de/dipa/285.pdf>.
- Jones, Alison y Sufrin, Brenda. (2019). *EC Competition Law. Text, Cases and Materials*. Oxford University Press.
- Lande, Robert H. (2004). Five Myths about antitrust damages. *University of San Francisco Law Review*, 40.
- Naidu, Lerisha y Nxumalo, Sphesihle. (2020). *African Competition Authorities Respond to the COVID-19 Crisis*.
- Ortiz Laverde, Sandra y Soto Pineda, Jesús Alfonso. (2017). Análisis del poder disuasorio de la protección de la libre com-



petencia en Colombia: norma jurídica y autoridad pública. *Dikaion*, 26, 2.

Soto Pineda, Jesús Alfonso. (2014). La defensa de la competencia y el alcance de las ayudas públicas en el marco de los tratados de libre comercio. *Vniversitas*, 128.

Stefano, Gianni de (5 de mayo de 2020). Ecompetition Law: Bring the Informal Guidance On. *Journal of European Competition Law & Practice*.