



¿ES POSIBLE SANCIONAR POR PRECIOS EXCESIVOS EN TIEMPOS DE COVID-19?

Especial COVID-19

¿Es posible sancionar por precios excesivos en tiempos de Covid-19?

Mayo 2020



CentroCompetencia UAI

En medio de la crisis sanitaria y económica derivada del brote del coronavirus, en CeCo elaboramos una serie de artículos en los que reflexionamos críticamente sobre las herramientas de nuestro régimen de protección de la libre competencia para hacer frente a situaciones de emergencia. En este artículo, analizamos si la persecución de los denominados “precios excesivos o abusivos” en sede de competencia podría resultar justificada en contextos de emergencia como el actual.

Una de las primeras preocupaciones que surgieron para las autoridades de competencia en el contexto de la crisis del coronavirus fue el aumento explosivo de los precios de productos básicos para hacer frente al problema sanitario, como el alcohol gel, mascarillas y equipamiento médico. Debido a ello, han sido varios los organismos en el extranjero que han centrado su atención en la persecución de los denominados “precios excesivos o abusivos”. Ante este escenario, cabe preguntarse si este tipo de conductas podrían y/o deberían ser perseguidas por el derecho de la competencia en contextos de crisis como el actual.

Sanción de precios excesivos a nivel comparado

En el derecho de competencia, los precios excesivos constituyen un tipo de abuso explotativo que tiene lugar cuando una empresa cobra precios significativamente superiores a aquellos que se estiman competitivos. Es decir, éstos no implican una afectación a la estructura del mercado o a la dinámica competitiva del mismo, sino que **afectan directamente a los consumidores**. Sin embargo, la investigación y aplicación de sanciones a este tipo de prácticas ha sido controversial y no siempre aceptada por la doctrina y las diversas autoridades de competencia en el mundo.

Según han advertido algunos autores, **la tendencia global es a que el derecho de competencia no intervenga en materia de precios excesivos**¹. Las principales razones que se han otorgado desde esta vereda es que el **mercado se encargaría de corregir aquellas situaciones en que un competidor decide cobrar precios excesivos (por medio de la entrada de nuevos competidores) y que la sanción de estas conductas podría inhibir los incentivos de las empresas a invertir e innovar**. Además, se han resaltado las dificultades prácticas tras la determinación de cuándo un precio resulta excesivo bajo un estándar legal específico y la falta de remedios adecuados para este tipo de conductas, en tanto la aplicación de multas o la fijación precios “no excesivos” resultarían inefectivos o difíciles de aplicar.

Por su parte, **en favor de sancionar los precios excesivos**, se ha argumentado que sería contradictorio sancionar carteles o prácticas exclusorias por resultar éstas en último término en precios más altos y no perseguir casos que implican una explotación directa a los consumidores. En este contexto, se ha señalado que los precios altos por sí mismos no son los que incentivarían la entrada de nuevos competidores, sino los precios post-entrada (en tanto los incumbentes siempre podrían reducir sus precios una vez que un nuevo rival entre al mercado), por lo que la entrada solo se produciría cuando el entrante sabe que podrá ser más eficiente que el incumbente.

¹ Omar Vasquez, “Excessive Pricing: A View from Chile”, *The University of Oxford Centre for Competition Law and Policy*, Working Paper CCLP (L) 41 (10 de abril, 2015), <https://ssrn.com/abstract=2591931>.

A favor de la sanción de esta conducta también se ha sostenido que el poder para cobrar precios supra competitivos a largo plazo podría reducir los incentivos de la empresa dominante para aumentar su propia eficiencia e inversión y que en los mercados donde la dominancia no se ha adquirido en base a méritos (porque, por ejemplo, existen barreras estratégicas a la entrada), la intervención no distorsionaría los incentivos de las empresas. Además, la ciencia económica proveería diversos métodos útiles para analizar cuándo los precios pueden resultar excesivos, a la vez que podrían existir remedios adecuados frente a este tipo de conductas, como atacar la estructura del mercado que posibilita el cobro de precios excesivos².

Los diversos argumentos (en su mayoría económicos) de uno y otro lado se reflejan en las divergentes posiciones que han adoptado las autoridades de competencia en el mundo frente a esta figura legal.

En **Estados Unidos**, la jurisprudencia ha sido consistente en no aceptar el control de este tipo de prácticas como parte del derecho de competencia, a pesar de no existir un claro impedimento legal para ello. Así, por ejemplo, en el Caso Trinko se argumentó que los precios supra competitivos son el aliciente para posibles nuevos entrantes: “[l]a mera posesión de poder de mercado, y el consecuente cobro de precios monopólicos, no sólo no es ilegal; es un importante elemento del sistema de libre mercado. La oportunidad de cobrar precios monopólicos –a lo menos durante un breve tiempo– es lo que incentiva el emprendimiento empresarial en primer lugar; induce a tomar riesgos que producen innovación y crecimiento en la economía”³.

En nuestra región, siguen esta misma línea países como **México** y **Perú**, cuyas leyes de competencia no incluyen o derechamente excluyen la sanción de este tipo de prácticas.

En **Europa**, al contrario, el artículo 102 letra a) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea sanciona expresamente los precios excesivos, cuestión que ha sido respaldada en varias ocasiones por la jurisprudencia europea. Con todo, incluso en Europa, los casos de precios excesivos que han sido sancionados en la práctica son limitados en comparación a otros tipos de conductas unilaterales.

La sanción expresa también ha sido adoptada en legislaciones como la de **Sudáfrica**, y, en nuestra región, por **Colombia** (artículo 1 de la ley 155 de 1959). Por su parte, en **Brasil**, el CADE ha aceptado estas prácticas como parte del derecho de competencia solo en la medida en que tenga fines exclusorios⁴.

Los precios excesivos en el derecho de competencia chileno

En Chile, la textura abierta del artículo 3 del DL 211 permite sancionar precios excesivos. Ello, por cuanto la letra b) de dicho artículo 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*”.

Sin embargo, la aplicación práctica de esta norma para sancionar casos de precios excesivos ha sido escasa y controvertida y presenta evidentes desafíos.

2 Una completa revisión de estos argumentos en: Omar Vasquez, “Excessive Pricing: A View from Chile”, *The University of Oxford Centre for Competition Law and Policy*, Working Paper CCLP (L) 41 (10 de abril, 2015), <https://ssrn.com/abstract=2591931>.

3 *Verizon Communications, Inc v Law Offices of Curtis V Trinko*, LLP 157 L Ed 2d 823, 836 (2004). Citado en voto de minoría de la Sentencia N°140/2014 del TDLC.

4 Una completa revisión de los casos comparados y el chileno en: Eduardo Saavedra y Javier Tapia, “El control de los precios excesivos en el derecho de la libre competencia: análisis y propuesta”, *Estudios Públicos* 153 (2019), https://www.cepchile.cl/cep/site/docs/20190510/20190510161622/rev153_esaavedra_jtapia.pdf.

La primera vez en que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) revisó expresamente un caso de precios excesivos (Sentencia 93/2010, Requerimiento de la FNE contra Emelat), señaló que no le era posible erigirse como un regulador de precios a consumidores finales: “(...)este Tribunal estima que el mero hecho de que una empresa cobre precios excesivos sin que medie conducta abusiva alguna de su parte no constituye un caso de explotación abusiva de su posición dominante.”⁵ Y “(...) no es correcto sostener que este Tribunal -mediante el expediente de determinar, en un caso concreto, cuáles precios serían excesivos y cuáles no se erija en un regulador de precios a consumidores finales”⁶.

A pesar de que en dicha oportunidad la Corte Suprema señaló que los precios excesivos sí podían constituir una forma de abuso, terminó confirmando la sentencia del TDLC: “Que una de las modalidades que puede adoptar el abuso de una posición monopólica es el cobro de precios excesivos que carecen de justificación económica. Si dicho cobro injusto ha sido obtenido por una empresa que detenta tal posición por la presión que ello implica para el otro contratante -al carecer de la opción de elegir a otro prestador- debe ser sancionado en sede antimonopolio”⁷.

No obstante, previo a este caso el TDLC ya había sancionado conductas de precios abusivos, aunque siempre ligadas con cobros injustificados⁸, discriminación de precios⁹ o la infracción de obligaciones contractuales o legales¹⁰.

De hecho, con posterioridad al Caso Emelat, en su Sentencia N° 100/2010 (demanda de Nutripro S.A., y otras contra Puerto Terrestre Los Andes –PTA– y el Ministerio de Obras Públicas por cobro de precios excesivos en servicios de estiba y desestiba), el TDLC condenó a la demandada por haber abusado de su condición de monopolio legal mediante el cobro de la tarifa máxima de un servicio regulado, en circunstancias que éste no era efectivamente prestado y, adicionalmente, que dicho cobro carecía de justificación jurídica y económica¹¹. Sin embargo, aunque dejó abierta la posibilidad de sancionar casos de precios excesivos, la Corte Suprema revocó¹² el fallo del TDLC por considerar que no se acreditó que el cobro de tarifas tuvo efectos en el mercado y que éste se realizó en conformidad al respectivo contrato de concesión.

La posición desarrollada por el TDLC en el Caso Emelat, se vio reafirmada por un artículo académico escrito por el ese entonces presidente del TDLC, Tomás Menchaca. En su trabajo, Menchaca manifestó que el cobro de precios excesivos no constituiría por sí solo un abuso de posición dominante, sino que tendría que ir acompañada de otras figuras anticompetitivas¹³.

5 *Requerimiento de la FNE contra Empresa Eléctrica Atacama S.A.*, C-183-2008, Sentencia TDLC N° 93/2010 (2010), Considerando N° 30.

6 *Requerimiento de la FNE contra Empresa Eléctrica Atacama S.A.*, C-183-2008, Sentencia TDLC N° 93/2010 (2010), Considerando N° 31.

7 *Requerimiento de la FNE contra Empresa Eléctrica Atacama S.A.*, Rol N° 1022-2010, Sentencia de la Corte Suprema (2010), Considerando N° 3.

8 *Demanda de Constructora e Inmobiliaria Independencia Ltda. en contra de Aguas Nuevo Sur Maule S.A.*, C-79-2005, Sentencia TDLC N° 85/2009 (2009).

9 *Demanda de Demarco S.A. en contra de Coinca S.A y la I. Municipalidad de San Bernardo*, C-45-2004, Sentencia TDLC N° 37/2006 (2006). *Requerimiento de la FNE en contra de Lan Airlines S.A. y Lan Chile Cargo S.A.*, C-94-2006, Sentencia TDLC N° 55/2007 (2007). *Demanda de Atrex y otros contra SCL*, C-113-2006, Sentencia TDLC N° 75/2008 (2008). *Demanda de GTD Teleductos S.A. contra EFE*, C-100-2006, Sentencia TDLC N° 76/2008 (2008).

10 *Requerimiento de la FNE contra Empresa Eléctrica de Magallanes S.A.*, C-147-2007, Sentencia TDLC N° 73/2008 (2008).

11 *Demanda de Nutripro S.A. contra Puerto Terrestre Los Andes Sociedad Concesionaria S.A. y el Fisco*, Sentencia del TDLC N° 100/2010 (2010), Considerando N° 103.

12 *Demanda de Nutripro S.A. contra Puerto Terrestre Los Andes Sociedad Concesionaria S.A. y el Fisco*, Rol N° 6.100-2010, Sentencia Corte Suprema (2011).

13 Tomás Menchaca, “Se debe sancionar la fijación unilateral de precios excesivos?” en *La libre competencia en el Chile del bicentenario* (Santiago de Chile: Thomson Reuters, 2011) 249-66.

Sin embargo, en el caso más reciente sobre esta materia, en su Sentencia 140/2014 (Demanda de Condominio Campomar contra Inmobiliaria Santa Rosa de Tunquén Ltda. por el cobro de precios excesivos por los servicios de producción y distribución de agua potable), el TDLC aceptó que los precios excesivos serían una conducta anticompetitiva de acuerdo al DL 211. A pesar de que el caso se falló con dos votos en contra de los ministros Domper y Menchaca –quienes reafirmaron la anterior jurisprudencia del Tribunal en cuanto a que esta conducta no sería sancionable si no está ligada a otro tipo de abuso de posición dominante–, el organismo declaró expresamente su postura favorable a la sanción de esta figura anticompetitiva.

Aunque finalmente el Tribunal descartó la sanción en el Caso Campomar por no haberse acreditado que existía dominancia de la demandada, el voto de mayoría señaló que los precios excesivos se encuentran recogidos tanto en el inciso primero del art. 3 del DL 211, como en la letra b de dicha norma. La aceptación legal de esta figura, según la sentencia, se encontraría además respaldada por fundamentos doctrinarios, jurisprudencia internacional y en las decisiones pasadas en que el mismo Tribunal sancionó conductas vinculadas a precios excesivos. Desde una perspectiva normativa, el TDLC además afirmó su competencia para remediar toda manifestación de conductas anticompetitivas y su alto nivel de especialización para revisar este tipo de casos.

En términos prácticos, el TDLC además estableció que esta figura debe ser interpretada de manera selectiva y restrictiva: *“la práctica de imposición de precios excesivos debe ser interpretada de manera selectiva y restrictiva y, en consecuencia, el test que se establezca sólo está destinado a determinar cuándo un precio es extremadamente excesivo”*¹⁴. Con base en aquello, estableció un **test en dos etapas**. La primera consiste en **analizar el mercado relevante**, específicamente, determinar la fuente de la dominancia –para descartar si proviene de la innovación o inversiones pasadas– y, establecer si existen barreras a la entrada no transitorias que sean difícilmente superables en la práctica –es decir, más altas que aquellas que normalmente sirven para determinar la dominancia–. En segundo término, se debe **determinar si los precios cobrados resultan extremadamente excesivos**, para la cual es el Tribunal el encargado de determinar, sobre la base de la información disponible, el conjunto de estándares o *benchmarks* que tenga sentido económico utilizar en el caso concreto (por ejemplo, análisis de costos, de precios históricos y/o utilidades de la firma dominante).

Precios excesivos en el contexto del coronavirus

En el contexto de la pandemia, han sido varias las autoridades de competencia que han anunciado su intención de perseguir y/o vigilar casos de precios excesivos. Así ha sucedido en **Reino Unido**¹⁵, **Holanda**¹⁶, **Tailandia**¹⁷, **Ucrania**¹⁸ y **Turquía**¹⁹. Otras agencias han incluso abierto sus primeras investigaciones sobre este tipo de

14 *Demanda de Condominio Campomar contra Inmobiliaria Santa Rosa de Tunquén Ltda.*, Sentencia del TDLC N° 140/2014 (2014), Considerando N° 15.

15 “COVID-19: sales and pricing practices during Coronavirus outbreak”, *CMA* (5 de marzo, 2020), <https://www.gov.uk/government/news/covid-19-sales-and-pricing-practices-during-coronavirus-outbreak>.

16 “The Dutch Competition Authority reminds businesses to maintain compliance during the COVID-19 outbreak, including dominant companies avoiding excessive prices and all companies avoiding price fixing”, *Concurrences e-Competitions Preview* Art. N° 93.817 (18 de marzo, 2020), <https://www.concurrences.com/en/bulletin/news-issues/preview/the-dutch-competition-authority-reminds-businesses-to-maintain-compliance>.

17 “Thailand Warns Food Delivery Apps Of Overcharging During Covid-19”, *CPI* (1 de abril, 2020), <https://www.competitionpolicyinternational.com/thailand-warns-food-delivery-apps-of-overcharging-during-covid-19/>.

18 Anastasia Usova, “The Ukrainian Competition Authority issues recommendations to pharmacies and retailers against excessive prices for masks, examines price hikes for airline tickets, and monitors prices for disinfectants and consumption basket products”, *Concurrences e-Competitions Preview* Art. N° 93.914 (13 de marzo, 2020), <https://www.concurrences.com/en/bulletin/news-issues/preview/the-ukrainian-competition-authority-issues-recommendations-to-pharmacies-and->.

19 Gönenç Gürkaynak, Öznur İnanılır y Esen Ergül, “The Turkish Competition Authority announces zero tolerance policy against excessive

casos, como lo hicieron las autoridades de competencia de **Italia**²⁰ (que inició una investigación contra eBay y Amazon por el excesivo aumento de precios de alcohol gel registrados en esas plataformas); **Brasil**²¹ (que anunció una investigación por el aumento abusivo de precios contra los productores y distribuidores de productos de higiene como mascarillas y alcohol gel); y más recientemente, la Superintendencia de Industria y Comercio de **Colombia**²² (que formuló cargos contra una empresa de distribución de Equipos de Protección Personal por aumentar sus precios entre un 8 y 12% sin una justificación objetiva y razonable).

Sin embargo, la autoridad más activa a este respecto ha sido, sin duda, la Comisión de Competencia de **Sudáfrica**. El pasado 9 de abril, la Comisión presentó²³ ante el Tribunal de Competencia sudafricano su primer caso de precios excesivos en el contexto de la pandemia, en contra de una empresa que subió en un 888% los precios de las mascarillas entre diciembre de 2019 y marzo de 2020. Posteriormente, el 23 de abril, la autoridad presentó²⁴ otro caso similar contra una empresa vendedora de productos farmacéuticos por el cobro de precios excesivos de mascarillas quirúrgicas. La Comisión había declarado²⁵ con anterioridad que su prioridad en la crisis sería perseguir casos de precios excesivos, que son sancionados por la ley de competencia del país con multas de hasta el 10% a 25% de las ventas anuales de las empresas infractoras.

Además de esto, la **Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)** publicó el pasado 27 de abril un documento²⁶ con recomendaciones de política de competencia para hacer frente al Covid-19. En éste, el organismo afirmó que, a pesar de que los aumentos de precios pueden ser la consecuencia legítima de la escasez de productos con alta demanda o la interrupción de las cadenas de suministro internacionales, existe el riesgo de que las empresas exploten estratégicamente a los consumidores durante la crisis.

Esta figura explotativa en un escenario de aumento rápido y significativo de precios después de algún tipo de *shock* en la demanda o la oferta (por ejemplo, como resultado de un terremoto o una pandemia) a menudo se le conoce como **“price gouging”**. Según la OCDE, esta conducta podría ser perseguida en sede de competencia como un abuso de posición dominante (precios excesivos), pero también como una infracción a las leyes de protección al consumidor –cuando las autoridades tengan facultades para ello– o a través de controles de precios implementados por el gobierno. Sin embargo, la OCDE advirtió que estas políticas podrían implicar el riesgo de distorsionar los precios que de otro modo incentivarían una mayor producción o una entrada rápida al mercado para evitar la escasez.

price increases in the food sector during the COVID-19 outbreak”, *Concurrences e-Competitions Preview* Art. N° 93.904, (23 de marzo, 2020), <https://www.concurrences.com/fr/bulletin/news-issues/preview/the-turkish-competition-authority-announces-zero-tolerance-policy-against>.

20 “Coronavirus, l’Autorità interviene nel settore della vendita di prodotti igienizzanti e di mascherine”, *AGCM* (27 de febrero, 2020), <https://www.agcm.it/media/comunicati-stampa/2020/2/PS11705>.

21 “Cade inicia coleta de dados para subsidiar investigação no setor de produtos médicos-farmacêuticos”, *CADE* (20 de marzo, 2020), <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-inicia-coleta-de-dados-para-subsidiar-investigacao-no-setor-de-produtos-medicos-farmaceuticos>.

22 “Superindustria formula pliego de cargos a INMADICA ANDINA S.A. por presunta restricción a la libre competencia en el marco de la emergencia por el Covid-19”, *SIC* (5 de mayo, 2020), <https://www.sic.gov.co/slider/superindustria-formula-pliego-de-cargos-inmadica-andina-sa-por-presunta-restricci%C3%B3n-la-libre-competencia-en-el-marco-de-la-emergencia-por-el-covid-19>.

23 “Comission cracks down on excessive prices”, *CompCom* (15 de abril, 2020), <http://www.compcom.co.za/wp-content/uploads/2020/04/Media-Statement-COMMISSION-CRACKS-DOWN-ON-EXCESSIVE-PRICING.pdf>.

24 “A national pharmaceutical wholesaler distributor and retailer charged for inflating prices during COVID-19 disaster”, *CompCom* (23 de abril, 2020), <http://www.compcom.co.za/wp-content/uploads/2020/04/A-NATIONAL-PHARMACEUTICAL-WHOLESALE-DISTRIBUTOR-AND-RETAILER-CHARGED-FOR-INFLATING-PRICES-DURING-COVID-19-DISASTER.pdf>.

25 “COVID-19: Immediate response to anti-competitive conduct during the state of national disaster”, *CompCom* (20 de marzo, 2020), <http://www.compcom.co.za/wp-content/uploads/2020/03/CCSA-COVID-19-statement-20-March-updated.pdf>.

26 OECD, *OECD competition policy responses to COVID-19* (27 de abril, 2020), https://read.oecd-ilibrary.org/view/?ref=130_130807-eqxgniy-07u&title=OECD-competition-policy-responses-to-COVID-19.

El escenario de creciente vigilancia y preocupación por este tipo de casos ha llevado a diversos expertos a cuestionarse si es que, a pesar de las críticas y controversias históricamente asociadas a la figura de los precios excesivos, estos podrían de todas formas ser sancionados en circunstancias excepcionales como la propiciada por el Covid-19.

En una reciente columna²⁷, el ex economista jefe de la Comisión Europea, **Massimo Motta**, señaló que las críticas normalmente asociadas a la figura de precios excesivos podrían no ser aplicables bajo el actual contexto. Si bien una de las críticas usuales para no sancionar precios excesivos es que esto podría inhibir que las empresas aumenten su producción, según el economista, respecto de productos como los ventiladores mecánicos o tecnologías más complejas, las regulaciones de precios no producirían este efecto, simplemente porque el aumento de la oferta sería poco probable debido a la falta de infraestructura, insumos o capital humano.

Motta también recalcó que empresas que en tiempos normales no tendrían dominancia, sí podrían adquirirla en tiempos de crisis. Un ejemplo de aquello podría darse en el caso de los supermercados, porque los consumidores ya no podrán trasladarse para comprar en diversas tiendas, sino que se verán obligados a adquirir productos en los establecimientos más cercanos a sus hogares.

Además, frente a la usual crítica de la dificultad en determinar el *benchmark* adecuado para establecer cuándo un precio resulta excesivo, el experto se refirió a la posibilidad que entrega la situación de crisis de establecer un parámetro objetivo. Como ejemplo señaló el caso de Sudáfrica, cuyo gobierno dictó el pasado 19 de marzo un reglamento²⁸ bajo el cual considerará excesivos los precios fijados por sobre aquellos cobrados antes de la crisis –esto es, tres meses antes del 1 de marzo- a menos de que se justifiquen en el aumento de costos de producción.

De esta forma, el experto afirmó que en el escenario actual podría justificarse una intervención en sede de competencia contra casos de precios excesivos **en la medida en que los aumentos de precios se deban al incremento repentino de la demanda o al cautiverio de los consumidores y tengan poca relación con los esfuerzos de inversión de las empresas.**

Sin embargo, los argumentos planteados por Motta no son nuevos. En un **informe del 2011 desarrollado por la OCDE sobre precios excesivos** –que recoge la experiencia y regulación de varios países sobre la materia– se planteó la cuestión de que, a pesar de las severas críticas contra los precios excesivos, podrían existir razones válidas de política pública y/o interés general para que las autoridades de competencia intervengan, especialmente en tiempos de crisis económica, cuando el poder del consumidor se debilita. Esto podría darse, por ejemplo, en situaciones en las que es poco probable que se produzca la autocorrección del mercado dentro de un plazo razonable, especialmente debido a la existencia de altas barreras a la entrada²⁹.

Un razonamiento similar se puede apreciar tras la legislación aplicable en **Estados Unidos**, donde, a pesar de no sancionarse casos de precios excesivos en sede de competencia, existen leyes especiales en

27 Massimo Motta, "Price regulation in times of crisis can be tricky", *Daily Maverick* (22 de abril, 2020), <https://www.dailymaverick.co.za/opinionista/2020-04-22-price-regulation-in-times-of-crisis-can-be-tricky/>.

28 "Consumer and customer protection and national disaster management regulations and directions", *Ministerio de Industria y Comercio de Sudáfrica* (19 de marzo, 2020), https://www.gov.za/sites/default/files/gcis_document/202003/4311619-3dti.pdf.

29 OECD, *Policy Roundtables: Excessive Prices* (2011), <http://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49604207.pdf>, p. 254.

aproximadamente dos tercios³⁰ de los estados del país que establecen sanciones civiles y/o penales ante subidas de precios ilegítimas en situaciones de emergencia (leyes *anti-gouging*). De hecho, recientemente en California se presentó³¹ una demanda contra Amazon por subir en un 600% los precios de productos esenciales en el contexto de crisis del coronavirus, lo que constituiría una infracción a la Ley de Competencia Desleal de California. A una cuestión similar estaría apuntando la **CMA en Reino Unido**. Según señaló el sitio Mlex³², a partir de su última actualización a su política para hacer frente al Covid-19³³, dicha autoridad hizo presente al gobierno que la dictación de leyes de emergencia de tiempo limitado podrían dar una mejor solución para hacer frente al aumento de precios en el contexto de la crisis, dado que las leyes de competencia y de protección al consumidor en dicho país no estarían diseñadas para perseguir casos de *price gouging* en situaciones de emergencia.

Precios excesivos en tiempos de emergencia en Chile

En nuestro país, fuera del derecho de competencia, contamos con la Ley 16.282 de 1965 que vuelve vigentes ciertos delitos especiales en materia económica, una vez decretado el estado de catástrofe. Esta normativa, además de contemplar sanciones penales para conductas de acaparamiento, ventas atadas de bienes de primera necesidad y especulación, establece un delito de **alteración indebida de precios** que se configura sólo en la medida que se vendan determinados productos enlistados en dicha ley a precios mayores a aquellos previamente fijados por la autoridad pública, como sucedió hace unas semanas con las medidas de fijación de precios para exámenes establecida por el Ministerio de Salud³⁴.

La fiscalización de este tipo de conductas le compete al Ministerio Público –organismo que, según señaló la prensa nacional³⁵, hizo circular el pasado 7 de abril a sus funcionarios una minuta especialmente elaborada para clarificar y perseguir estos “delitos económicos”– y, en la práctica, ha sido el SERNAC quien ha derivado antecedentes de hecho al organismo para que se inicien eventuales investigaciones.

En **sede de competencia**, tanto la redacción del artículo 3 del DL 211 como cierta línea jurisprudencial (por ejemplo, voto de mayoría del Caso Campomar y sentencia de la Corte Suprema del Caso Emelat) parecerían permitir sancionar casos de precios excesivos. Así las cosas, y a pesar de que la cuestión acerca de si *deberían* sancionarse los precios excesivos sigue siendo controvertida por las posibles distorsiones que podría producir en los mercados, parecieran existir buenas razones, como las arriba descritas, para perseguir este tipo de casos en tiempos de emergencia como la que actualmente ha desencadenado el brote de coronavirus. Ello, por cuanto se trata de situaciones en que las fuerzas del mercado podrían quedar en suspenso y no estar operando o haciéndolo de manera demasiado imperfecta como para que el mercado pueda autocorregirse.

30 Mansee Khurana, “States push price-gouging measures as coronavirus fuels consumer fears”, *NBC* (20 de marzo, 2020), <https://www.nbcnews.com/politics/politics-news/states-push-price-gouging-measures-coronavirus-fuels-consumer-fears-n1163846>.

31 “Amazon Accused Of Price-Gouging In CA Class-Action Suit”, *CPI* (23 de abril, 2020), <https://www.competitionpolicyinternational.com/amazon-accused-of-price-gouging-in-ca-class-action-suit/>.

32 “Covid-19 profiteers may face tougher UK CMA crackdown via emergency legislation”, *Mlex* (24 de abril, 2020), <https://mlex.com/Corporate/DetailView.aspx?cid=1181748&siteid=167>.

33 “Protecting consumers during the coronavirus (COVID-19) pandemic: update on the work of the CMA’s Taskforce”, *CMA* (24 de abril, 2020), <https://www.gov.uk/government/publications/protecting-consumers-during-the-coronavirus-covid-19-pandemic-update-on-the-work-of-the-cmas-taskforce/protecting-consumers-during-the-coronavirus-covid-19-pandemic-update-on-the-work-of-the-cmas-taskforce>.

34 Resolución exenta 208 de 25 de marzo de 2020, Ministerio de Salud (26 de marzo, 2020), https://www.minsal.cl/wp-content/uploads/2020/03/1745861_web.pdf.

35 “Fiscalía evitará archivar causas y acuerdos reparatorios por acaparamiento y casos similares”, *El Mercurio Legal* (7 de abril, 2020), <https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Noticias-y-reportajes/2020/04/07/Fiscalia-evitara-archivar-causas-y-acuerdos-reparatorios-por-acaparamiento-y-casos-similares.aspx>.

Estas consideraciones bien podrían ser parte de un eventual análisis selectivo y restrictivo de precios excesivos, como el recientemente propuesto por el TDLC en el Caso Campomar. Como parte del análisis de **mercado relevante**, por ejemplo, la autoridad podría evaluar si en el caso concreto fue efectivamente improbable que se produjese una respuesta natural del mercado ante el aumento de precios (como nuevas entradas que disciplinaran al competidor o un rápido cambio de parte de los consumidores). **Mientras que para determinar si los precios resultaron extremadamente excesivos, podría resultar útil la aplicación de un *benchmark* basado en los precios cobrados con anterioridad al periodo de emergencia**, el cual debiera rebasarse de manera exagerada y sin justificación en costos.

Además de estas consideraciones, la situación de emergencia también podría debilitar eventuales reproches a que la autoridad de competencia se erija, en la práctica, como un regulador de precios. Ello, dado que **una eventual sanción justificada esencialmente en el contexto de la crisis del coronavirus no debería, en principio, inhibir a las empresas a fijar precios libremente una vez que se vuelva a la normalidad.**

Las hipótesis planteadas, en todo caso, tendrían que ser bien ponderadas con los posibles riesgos advertidos por la OCDE, en cuanto a que no impliquen distorsionar mercados que, a pesar de la crisis, puedan responder rápidamente a subidas abruptas de precios por existir bajas barreras a la entrada. En dichos casos, los precios podrían seguir siendo un indicador esencial para incentivar una mayor producción o una entrada rápida al mercado para evitar la escasez.

En suma, la herramienta de los precios excesivos, y su eventual persecución, es de dulce y agraz. Se requiere un "*cuidado clínico*" por parte de la autoridad, para que seleccione con prudencia y altura de miras, los casos que realmente ameritarían echar a andar el engranaje punitivo de la libre competencia respecto de abusos cometidos durante la pandemia sobre bienes esenciales para la sobrevivencia.



Este documento se encuentra sujeto a los términos y condiciones de uso disponibles en nuestro sitio web:
<http://www.centrocompetencia.com/terminos-y-condiciones/>

Cómo citar este artículo:

CentroCompetencia UAI, "¿Es posible sancionar por precios excesivos en tiempos de Covid-19?",
Investigaciones CeCo (mayo, 2020), <http://www.centrocompetencia.com/investigaciones>

Envíanos tus comentarios y sugerencias a info@centrocompetencia.com
CentroCompetencia UAI – Av. Presidente Errázuriz 3485, Las Condes, Santiago de Chile