

LIBRE COMPETENCIA



asimet

Diciembre 2014

Libre Competencia

Diciembre 2014



El compromiso y la prevención de conductas anticompetitivas son un deber en el mercado y la sociedad actual.

Introducción

Casos como el de la colusión de los Pollos y la colusión de las Farmacias han llamado la atención de todo el país y han puesto en el centro de la discusión pública el rol de la competencia en la economía y cómo los empresarios se enfrentan a ésta.

A diferencia de una economía centralmente planificada, una economía de mercado incentiva la eficiencia castigando a los que se desempeñan mal y premiando a los que lo hacen bien. Para que esto realmente suceda, es necesario que exista libre competencia entre los actores y, por lo tanto, siempre se debe estar atento a su defensa. “Es necesario fortalecer los principios de la libre competencia entre los colaboradores de las empresas, de todos los niveles jerárquicos, acerca de la importancia de respetar irrestrictamente la libre competencia, no solo por la integridad de la organización y sus accionistas – las sanciones por estas transgresiones son enormes, lo mismo que el daño reputacional que ellas conllevan– sino sobre todo por el de las personas (consumidores y sociedad), los propios empleados y la salud del sistema económico en el marco del cual la empresa opera”ⁱ.

En términos generales, la competencia se da en mercados donde existe libertad para elegir entre muchos oferentes y demandantes para un producto o servicio.

La libre competencia busca proteger a los consumidores, aumentando la eficiencia, calidad y cantidad en la provisión de bienes y en la prestación de servicios. Además, existe gran evidencia de que la competencia fomenta una mayor innovación ⁱⁱ (Segal, Whinston 2007) y aumenta la productividad de las industrias (Buccirosi et al. 2013).

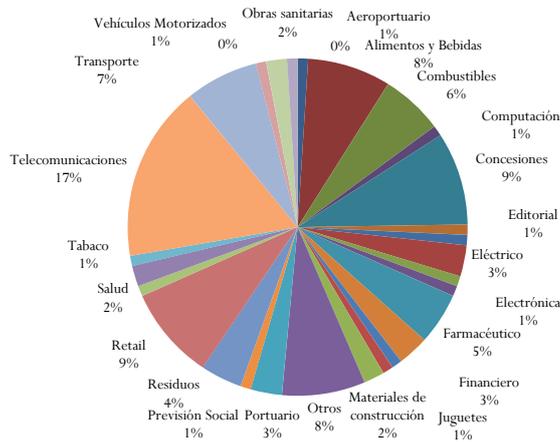
Una competencia sana y justa es necesaria para lograr la eficiencia económica que requiere el desarrollo del mercado y del país en general. Con una sana competencia se le entrega a los consumidores más y mejores bienes y servicios, y a precios más justosⁱⁱⁱ.

Por esto, la Asociación de Industrias Metalúrgicas y Metalmecánicas ha estado comprometida con una conducta comercial responsable y con “el respeto y promoción de la libre competencia en términos leales e igualitarios”, así como a “abstenerse de ejecutar acciones de cualquier clase que entorpezcan o alteren la libre competencia”^{iv}.

Sin embargo, todos los sectores de actividad económica están expuestos a potenciales casos que atenten contra los principios recién expuestos.

El gráfico N° 1 muestra la distribución de las causas contenciosas conocidas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. En él se observa que, a pesar de los pocos años que lleva funcionando esta institución, se han investigado causas en una gran diversidad de sectores económicos.

Gráfico N°1: Causas contenciosas conocidas por el TDLC, según mercado afectado



Fuente: TDLC

Un incumplimiento a las normas de libre competencia es un asunto serio, que puede resultar en grandes multas contra la compañía y **también contra las personas involucradas en las conductas.**

Las asociaciones gremiales (A.G.) no están ajenas a los problemas de libre competencia. La experiencia de casos como la colusión de los pollos, la de los buses o la de agencias de publicidad^v, demuestran la relevancia de que las A.G. tomen todos los resguardos necesarios para no facilitar prácticas que afecten o tiendan a afectar la libre competencia. En el recuadro “Asociaciones gremiales y libre competencia” se enumeran algunas de las recomendaciones emitidas por la Fiscalía Nacional Económica en su guía destinada específicamente a mitigar los riesgos propios de las asociaciones de empresas y los colegios profesionales.

Institucionalidad de la libre competencia

Estas materias están reguladas de forma general en el Decreto Ley N° 211 (“DL 211”) y de forma complementaria en otras leyes como, por ejemplo, la ley que regula la competencia desleal, la ley de protección al consumidor y la ley de propiedad intelectual.

Las principales autoridades encargadas de velar por el cumplimiento del DL 211 son el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) y la Fiscalía Nacional Económica (FNE). La FNE actúa como el órgano estatal especializado en realizar investigaciones por eventuales atentados a la libre competencia y el TDLC es el órgano encargado de resolver las

Asociaciones gremiales y libre competencia

Las asociaciones gremiales tienen por naturaleza cierto riesgo de infringir las normas de libre competencia. El hecho de sostener reuniones periódicas entre competidores representa de por sí un riesgo de conductas colusorias y, por lo tanto, debe estar sometida a protocolos especiales de buena conducta y otras conductas preventivas.

La Fiscalía Nacional Económica elaboró en 2011 una guía sobre “Asociaciones gremiales y libre competencia” en la que describe los riesgos inherentes a la actividad gremial y las precauciones que deben tomar estas organizaciones.

Si bien se reconocen los fines positivos y méritos que pueden tener las asociaciones gremiales, la FNE detectó que desde 1974 hasta el 2011, se han investigado 82 causas en las que se han involucrado A.G. y donde las sanciones pueden incluso llegar a la disolución de la misma.

Las principales recomendaciones de la FNE para evitar conductas anticompetitivas son:

1. Registro de reuniones y conservación de documentación:

Es recomendable llevar un registro de las reuniones organizadas y llevadas a cabo por las A.G. a través de actas donde conste la asistencia y de grabaciones donde se registre lo conversado.

2. Evitar intercambiar información relevante para la competencia:

Se debe evitar intercambiar cualquier información que sea de carácter reservado y de interés para la competencia. Especialmente aquéllas referidas a precios, costos y niveles de producción.

3. Contratación de asesoría especializada:

La FNE afirma que “es recomendable que las A.G. que sostengan reuniones periódicas, especialmente aquéllas en que existe el riesgo de que se discutan temas comerciales relevantes, cuenten con asesoría especializada”.

Además de las recomendaciones anteriores, la Fiscalía entrega una serie de criterios y consejos específicos para evitar este tipo de conductas y que se relacionan, entre otros, con: los criterios de afiliación, la publicidad y página web, la autorregulación y fijación de estándares técnicos, boicots, prestaciones de servicios a no afiliados etc...

contendientes que se susciten respecto de la eventual comisión de atentados contra la libre competencia. En términos simples, la FNE investiga y el TDLC sanciona cuando corresponde.

En la figura N°1 se explica la relación entre estas entidades en la tramitación de causas de carácter contencioso, es decir, aquellas causas que comprenden posturas rivales entre dos o más actores. Tanto la FNE como un actor privado pueden presentar un requerimiento (demanda cuando es entre privados) a empresas que podrían estar infringiendo la libre competencia.

La FNE está dirigida por el Fiscal Nacional Económico, quien es nombrado por el Presidente de la República mediante un proceso de Alta Dirección Pública (ADP). Por su parte, el TDLC está compuesto por cinco ministros, de los cuales, tres son abogados y dos son economistas.

Principales conductas que atentan contra la Libre Competencia

¿Cuáles son las conductas consideradas contrarias a la libre competencia? La ley no establece un listado objetivo de conductas atentatorias a la libre competencia, sino que sanciona de forma genérica “la ejecución o celebración individual o colectiva de cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia o que tienda a producir dichos efectos”.

El DL 211 sí ejemplifica específicamente y sanciona –entre otras– dos grandes grupos de conductas prohibidas: los acuerdos entre competidores (colusiones) y los abusos de posición dominante.

Acuerdos entre Competidores o prácticas concertadas entre ellos

El DL 211 sanciona todo tipo de acuerdos entre competidores, sean éstos expresos o tácitos, orales o escritos, firmados o no, ejecutados o pendientes. Por ejemplo, existen casos de colusión que se han firmado ante notario, acordando precios y castigos a quienes no cumplan. En el otro extremo, existen casos en que nunca se encontró una prueba formal del acuerdo pero se encontraron patrones que no podrían haberse cumplido sin alguna coordinación (como que los precios ofertados en licitaciones dependen del ciclo lunar).

Las prácticas concertadas y los acuerdos entre competidores sobre materias estratégicas o comerciales, son consideradas como acuerdos colusorios, si una de las partes detenta poder de mercado y busca incrementarlo o mantenerlo a través de estas prácticas. Por esto, está absolutamente prohibido conversar, discutir y/o acordar con los competidores explícitamente, tácitamente, directamente e indirectamente a través de terceros, asuntos relativos al negocio en el que se desempeñan.

A continuación se presentan algunos ejemplos de materias en las que pueden existir acuerdos entre competidores

- Los precios sobre un determinado bien o servicio.
- Fijación o establecimiento de condiciones de comercialización.
- Asignación de zonas geográficas o cuotas de mercado o clientes.
- Afectación de los resultados en procesos de licitación. Se incluye en estas conductas la comunicación a los demás interesados en la licitación de que no se presentará ninguna oferta. Como ejemplo de este tipo de conductas, actualmente se está discutiendo en el TDLC una colusión en el mercado del asfalto.

Figura N°1: Proceso usual de causas contenciosas



La explotación abusiva de una posición dominante en el mercado

En forma amplia, se entiende que una empresa tiene posición dominante en el mercado cuando tiene la capacidad de influir por sí sola en los principales clientes o competidores de un mercado.

Por regla general, el solo hecho de mantener una posición dominante en el mercado no se considera como un atentado a la libre competencia. Sin embargo, las empresas que se encuentran en esta posición deben tener cuidado y consideración en que las conductas de la empresa o las acciones de sus colaboradores no se traduzcan o interpreten como un abuso. Especial precaución debe existir al momento de:

- Pactar cláusulas de no competir;
- Efectuar ventas atadas, imponiendo a la venta de un producto la de otro producto distinto;
- Negarse a comercializar o vender productos o servicios;
- Efectuar prácticas predatorias, es decir, realizar ventas bajo el costo por períodos prolongados que busquen la exclusión de otro agente del mercado;
- Suscribir acuerdos de exclusividad. Por ejemplo, la Compañía Chilena de Fósforos fue multada por el TDLC por suscribir acuerdos de exclusividad con los supermercados que impedían la entrada de nuevos competidores al mercado.

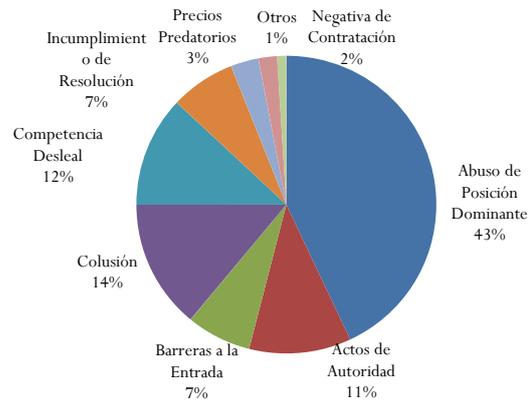
Las conductas anteriores no siempre suponen un atentado a la libre competencia, es por ello que deben ser revisados con precaución para evitar que sean consideradas abusivas desde la perspectiva de la libre competencia.

Como regla general, esto ocurre cuando se busca impedir o frenar el ingreso o crecimiento de otro actor en el mercado mediante prácticas comerciales cuestionables.

Sin embargo, existe una amplia literatura, jurisprudencia y análisis técnico para cada una de estas conductas que permite distinguir cuándo se está afectando la competencia y cuándo se está actuando de manera competitiva.

En el gráfico N° 2 se muestra la distribución de las conductas conocidas por el TDLC. En él se observa que la principal conducta vista por el Tribunal es el abuso de posición dominante, con un 43% del total y muy por sobre el 13% de las causas relacionadas con colusión.

Gráfico N°2: Causas contenciosas conocidas por el TDLC, según mercado afectado



Fuente TDLC

¿Por qué es tan importante dar cumplimiento a las normas de libre competencia?

Como ya se dijo, es fundamental el compromiso con el cumplimiento de la libre competencia porque así los mercados funcionan de manera eficiente, beneficiando a los consumidores y a toda la sociedad. Sin perjuicio de esto, es importante considerar que incurrir en actividades contrarias a la libre competencia, puede ocasionar otros costos a las empresas y a las personas involucradas que pueden ser significativos.

Imagen y confianza de los consumidores

Aunque difícil de cuantificar, el daño en imagen y confianza de los consumidores es probablemente el más importante de los perjuicios relacionados a las conductas anticompetitivas, llegando a disminuir de manera importante el valor de mercado de las empresas incluso en casos donde no hay multa debido a mecanismos de delación compensada (Graafland 2004).

Multas

La normativa de libre competencia establece ciertas multas en caso que se incurra en una conducta contraria a la libre competencia. Las multas son fijadas por el TDLC para cada empresa o ejecutivo en particular, y pueden ser aplicables a las empresas, a los directores, administrativos u otros involucrados. El monto de las multas es variable, teniendo como monto máximo aproximado de 30 millones de dólares en el caso de la colusión y 20 millones en el caso de cualquier otra conducta.

Sólo como referencia, se puede mencionar que de las 41 causas iniciadas en el TDLC y que han terminado en sentencia condenatoria, el promedio de las multas es de 28.489,5 UTM,

es decir, aproximadamente unos 417 millones de pesos. De todas maneras hay que considerar que existen casos en que las multas han sido muy altas, como en el caso de la colusión de los pollos, en que la multa total fue cercana a los 60 millones de dólares.

Acciones civiles de indemnización de perjuicios

Conjuntamente con las multas antes mencionadas, es posible que las personas afectadas por un acto contrario a la libre competencia, puedan interponer alguna acción de indemnización de perjuicios en contra de la compañía o las personas involucradas, una vez que el hecho haya sido probado en el TDLC. Los montos de las indemnizaciones son fijadas por los tribunales, dependiendo del daño causado a los consumidores finales.

Sanciones penales

Aunque es un tema que actualmente está en discusión, en Chile se podría terminar con penas de cárcel para algunos de los involucrados en casos de libre competencia. El Código Penal tipifica el delito de “fijación fraudulenta de precios”. Si bien es controversial que esta figura sea realmente aplicable, es evidente que hoy en día existe una exposición a investigaciones y sanciones de tipo penal.

¿Qué hacer? Prevenir en lugar de curar

La FNE fomenta la realización de programas de cumplimiento que apoyen a las empresas o asociaciones gremiales a prevenir en materia de libre competencia. Estos programas buscan ahorrarse futuras investigaciones, denuncias o demandas que pueden ser costosas y difíciles en términos personales.

Los programas consisten en analizar desde una perspectiva económica y legal la posición competitiva de cada una de las áreas de la empresa en su mercado relevante, describir los riesgos que enfrenta cada una de las áreas y, por último, instalar las capacidades para que la propia empresa sea capaz de prevenir cualquier conducta contraria a la libre competencia.

Los servicios prestados suelen incluir asesoría legal y económica, capacitación al personal, elaboración de protocolos e incluso sistemas de monitoreo de precios.

En términos generales, es recomendable que cualquier empresa que participe o interactúe en mercados donde hay pocos oferentes o compradores, tome las medidas necesarias para evitar problemas en esta materia. Invertir en prevención y evitar conductas anticompetitivas, o bien no arriesgarse a caer en estas conductas (muchas veces realizadas por ignorancia), reduce considerablemente el riesgo de pagar altas

multas, de perder a clientes fidelizados, de dañar la imagen frente a la opinión pública e incluso de ir a la cárcel.

¿Qué dice la Agenda de Productividad, Innovación y Crecimiento?

La Agenda de Productividad incluye en su capítulo de “mejores mercados” una reforma al actual sistema de protección de la libre competencia.

Los cambios anunciados, de los que se desconoce su detalle, se enfocan en el control preventivo de fusiones, el mejoramiento del mecanismo de delación compensada, un aumento de las multas por la vía de asociarlas a un porcentaje de los ingresos obtenidos por el infractor, la introducción de inhabilidades a personas naturales sancionadas y ajustes en el procedimiento para indemnizar a los afectados por conductas anticompetitivas

Además, la Agenda contempla mayores atribuciones a la FNE para investigar mercados que presenten problemas de competencia permanentes.

Para analizar las ventajas y desventajas de cada medida se requiere conocer los detalles de cada una, sin embargo, ya se puede deducir que apuntan a castigar con mayor severidad las conductas anticompetitivas.

En definitiva, existen en la sociedad actual una serie de tendencias que obligan a las empresas a estar preparadas e informadas en temas de libre competencia. En primer lugar, el mayor acceso a información y el empoderamiento de los consumidores aumentan los costos de las empresas de verse involucradas en estos casos. En segunda instancia, los avances en teoría y en estudios empíricos económicos permiten comprender mejor la importancia de la libre competencia y cómo fomentarla. Por último, los cambios en la legislación (los realizados y los por venir) apuntan hacia una mayor importancia de los temas relacionados a la libre competencia y hacen que sea fundamental para las personas, empresas y gremios; informarse y prepararse para cumplir con la ley y con las exigencias éticas de la sociedad actual.

Notas y referencias

ⁱ "Libre competencia: entre el ser y parecer" CPC 2013.

ⁱⁱ El efecto no es claro para algunas innovaciones, en particular aquellas relacionadas con la I+D, ya que en ocasiones las empresas requieren poder de mercado para rentabilizar su inversión (de hecho, eso es lo que hacen las patentes). Sin embargo, evidencia reciente muestra que incluso con el problema recién descrito, la libre competencia podría promover la innovación y la I+D (Segal, Whinston 2007).

ⁱⁱⁱ Una buen resumen de los costos (teóricos y empíricos) de los monopolios se encuentra en The Social Costs of Monopoly: A Survey And An Evaluation. Gumus 2006, MPRA.

^{iv} Código de Ética Asimet.

^v Pollos: C 236-11 - Requerimiento de la FNE contra Agrícola Agrosuper S.A. y otros

Buses: C 191-09 - Requerimiento de la FNE contra Asociación Gremial de Dueños de Mini Buses Agmital

Agencias de publicidad: C 177-08 - Requerimiento de la FNE contra ACHAP A.G y Otros.

Referencias

- Buccirossi et al. "Competition Policy and Productivity Growth: An Empirical Assessment" 2013. Review of Economic and Statistics
- Gumus, "The Social Costs of Monopoly: A Survey And An Evaluation" 2006, MPRA.
- Segal, Ilya, and Michael D. Whinston. 2007. "Antitrust in Innovative Industries." American Economic Review, 97(5): 1703- 1730.
- Graafland, "Collusion, reputation damage and interest in code of conduct: The case of a Dutch construction company" 2004 Tilburg University, CentER