

EL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN ENTRE COMPETIDORES EN LAS NUEVAS DIRECTRICES SOBRE ACUERDOS DE COOPERACIÓN HORIZONTAL

JOAN TORRELLES TORRELLES
Abogado

1. Introducción

«People of the same trade seldom meet together, even for merriment and diversion, but the conversation ends in a conspiracy against the public, or in some contrivance to raise prices. It is impossible indeed to prevent such meetings by, any law which either could be executed, or would be consistent with liberty and justice. But though the law cannot hinder people of the same trade from sometimes assembling together, it ought to do nothing to facilitate such assemblies, much less to render them necessary.»¹

Largo tiempo antes de la introducción de las primeras normas de defensa de la competencia a finales del siglo XIX, las reuniones entre competidores ya eran vistas con recelo por parte de algunos expertos, que argumentaban que dichas reuniones finalizaban irremediabilmente en conspiraciones para aumentar los precios. Años después, las autoridades de defensa de la competencia empezaron a analizar los intercambios de información entre competidores tratando de identificar qué intercambios de información y contactos entre competidores podrían tener el objeto o el efecto de restringir la competencia en el mercado.

Por un lado, los intercambios de información pueden ayudar a las empresas a competir de un modo más eficiente y, por lo tanto, resultar procompetitivos. Pero por otro lado, la comunicación de determinada información de carácter estratégico a uno o diversos competidores puede también restringir la competencia en el mercado. Las autoridades de defensa de la competencia tienen la tarea de diferenciar los intercambios de información que tienen un efecto neutral o positivo sobre

1. SMITH, A. 1776. *The Wealth of Nations*, Ch. X, Londres.

el mercado de aquellos que amenazan la competencia facilitando la realización de conductas colusorias.²

2. Efectos de los intercambios de información entre competidores sobre la competencia

El intercambio de información entre competidores en un mercado determinado, ya sea a través de asociaciones o de otras terceras partes independientes, no es inusual. Los intercambios de información pueden tener efectos procompetitivos en el mercado y resultar beneficiosos para los consumidores. Un adecuado conocimiento de las condiciones del mercado ayuda a las empresas a tomar decisiones comerciales más racionales, permitiéndoles incrementar su eficiencia económica. No obstante, el intercambio de información entre competidores también puede conllevar efectos anticompetitivos y, por ende, resultar perjudicial para la competencia. En particular, los intercambios de información pueden facilitar la colusión entre las empresas competidoras o acarrear la exclusión de terceros del mercado.

2.1 Posibles efectos procompetitivos de los intercambios de información entre competidores

Los intercambios de información entre competidores pueden generar diferentes tipos de eficiencias y ser altamente beneficiosos para un funcionamiento más adecuado del mercado. Una información fiable y completa sobre las condiciones del mercado o las estrategias del resto de competidores puede mejorar la calidad de las decisiones comerciales de las empresas activas en un determinado mercado. Una mayor cantidad de información sobre las condiciones comerciales, el volumen de demanda o el grado de capacidad que existe en un sector puede facilitar la adopción de decisiones comerciales más racionales y efectivas.³

Existen numerosas circunstancias en las que el intercambio de información entre competidores puede ser de utilidad para un mejor funcionamiento de los mercados. Así, por ejemplo, en mercados caracterizados por importantes fluctuaciones de la demanda, las empresas tienden a almacenar importantes reservas para ser capaces de atender a la demanda de productos en momentos puntuales. Si el intercambio de información incrementa la habilidad de las empresas de prever las

2. Vid. KÜHN, K.-U.; VIVES, X. *Information Exchanges Among Firms and their Impact on Competition* (junio 1994, revisado diciembre 1994).

3. Vid. WHISH, R. 2006. *Information Agreements, in The Pros and Cons of Information Sharing*, Konkurrensverket-Swedish Competition Authority, p. 19, disponible en http://www.kkv.se/upload/filer/trycksaker/rappor-ter/pros&cons/rap_pros_and_cons_information_sharing.pdf.

fluctuaciones de la demanda, dichos intercambios también pueden incrementar la eficiencia económica de las empresas permitiéndoles optimizar sus reservas y evitar casos de falta de producción o de sobreproducción. Además, los intercambios de producción entre empresas competidoras sobre volúmenes de negocio o previsiones de producción pueden reducir los costes de producción y reportar beneficios a los consumidores. El intercambio de información también puede mejorar la eficiencia económica en otros aspectos como, por ejemplo, permitiendo a las empresas determinar sus niveles de precios en función de un conocimiento más completo del mercado, facilitando la difusión de conocimientos técnicos, promoviendo la estandarización o innovación de productos o procedimientos, y/o proporcionando prácticas de *benchmarking*.⁴ Los competidores también pueden intercambiar información sobre nuevas tecnologías y los resultados de proyectos de I+D. El intercambio de información en estos ámbitos puede facilitar la aparición de nuevas empresas capaces de operar en el mercado.⁵ Por su parte, los consumidores también son potenciales beneficiarios del incremento de información sobre un determinado mercado, ya que cuanto mayor sea la información de que dispongan sobre los productos disponibles y sus precios, más fácil les será decidir qué productos prefieren adquirir.⁶ Así pues, los intercambios de información entre competidores pueden crear eficiencias en el mercado, resultando en un beneficio para los consumidores.

Como se indica más adelante, las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea⁷ a los acuerdos de cooperación horizontal («Directrices»)⁸ reconocen que los intercambios de información entre competidores pueden generar eficiencias en el mercado y resultar procompetitivos.⁹

2.2 Posibles efectos anticompetitivos de los intercambios de información entre competidores

A pesar de sus posibles efectos beneficiosos para el mercado, los intercambios de información entre competidores también pueden dar lugar a restricciones de la competencia. En particular, un intercambio de información es probable que sea

4. *Vid. Catch-22: The role for economics in the assessment of information exchanges under Article 81*, RBB Economics, septiembre 2008, p. 1, disponible en http://www.rbbecon.com/publications/downloads/rbb_brief_31.pdf.

5. *Vid. TEECE, D. J. 1994. Information Sharing, Innovation and Antitrust*, 62 ANTITRUST L. J. 465.

6. *Vid. WHISH, R, supra nota 3*, p. 20.

7. A resultas del Tratado de Lisboa, el artículo 81 del Tratado de la Unión Europea ahora se corresponde con el artículo 101 del TFUE.

8. Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal.

9. Directrices, *supra*, §57.

considerado anticompetitivo cuando sea susceptible de permitir a las empresas conocer las estrategias comerciales de sus competidores o comportar una exclusión de terceros contraria a la competencia.

La esencia de la competencia es que cada empresa debe actuar en el mercado de forma independiente respecto al resto de sus competidores. Si los competidores acuerdan intercambiar información detallada sobre sus respectivas políticas de precios, planes de inversión o proyectos de I+D, el intercambio de dicha información facilita que pueda producirse una acción coordinada.¹⁰ Así, mediante un incremento artificial de la transparencia del mercado, los intercambios de información pueden facilitar la coordinación del comportamiento competitivo de las empresas y restringir la competencia.¹¹ Los intercambios de información pueden incrementar la transparencia de un factor determinado (i.e. precios, capacidad de producción, volúmenes de venta, identidad de los clientes, etc.) ayudando a los competidores a coordinar su comportamiento en el mercado incluso en aquellos casos en los que no exista un acuerdo anticompetitivo entre ellos. Además, el incremento de la transparencia en el mercado también puede facilitar la estabilidad de una determinada conducta anticompetitiva.¹² Así, los intercambios de información que incrementan la transparencia de un mercado concreto pueden ser utilizados para monitorizar la adherencia de las partes a un determinado acuerdo anticompetitivo, o bien para controlar la eventual entrada de nuevos competidores en el mercado. Además, los intercambios de información también pueden dar lugar a la exclusión de terceros contraria a la competencia en un mercado relacionado.¹³

Las Directrices establecen que la compatibilidad de un intercambio de información con la normativa en materia de defensa de la competencia depende de las características del mercado en el que este tenga lugar (tales como el grado de concentración, la transparencia, la estabilidad, la simetría, la complejidad, etc.) y del tipo de información intercambiada, que puede modificar el entorno del mercado, facilitando la coordinación en el mismo.¹⁴ Estos parámetros se describen más extensamente a continuación.

3. El intercambio de información entre competidores en las directrices

En diciembre de 2010, la Comisión Europea hizo pública la versión final de las Directrices, que substitúan las anteriores Directrices de 2001 y proporcionaban

10. Vid. WHISH, R, *supra* nota 3, p. 20.

11. Directrices, *supra*, § 65-68.

12. Vid. *Catch-22: The role for economics in the assessment of information exchanges under Article 81*, RBB Economics, septiembre 2008, *supra* nota 4, p. 1.

13. Directrices, *supra*, § 69-71.

14. Directrices, *supra*, § 58.

un nuevo marco regulatorio para los tipos más comunes de cooperación horizontal entre competidores.¹⁵ En concreto, las Directrices se ocupan de las siguientes modalidades de acuerdos de cooperación horizontal: (i) intercambio de información entre competidores; (ii) investigación y desarrollo; (iii) producción; (iv) compra; (v) comercialización, y (vi) estandarización.¹⁶

Las Directrices analizan los intercambios de información entre competidores con detalle. La introducción en las Directrices de un capítulo relativo a los intercambios de información entre competidores responde a un doble objetivo. En primer lugar, desde la descentralización de la aplicación del Derecho de la Competencia introducida por el Reglamento 1/2003,¹⁷ la mayoría de casos relativos a intercambios de información entre competidores han sido resueltos por las autoridades nacionales de defensa de la competencia. En este sentido, uno de los objetivos de las Directrices es asegurar una aplicación consistente de la normativa sobre esta materia por parte de las autoridades nacionales.¹⁸ Por otro lado, la existencia de unas Directrices detalladas y precisas sobre esta materia también resultará de utilidad para que las empresas puedan analizar hasta qué punto pueden intercambiar información con competidores sin infringir la normativa en materia de defensa de la competencia.¹⁹

3.1 Ámbito de aplicación y estructura de las Directrices

Las Directrices analizan de forma detallada los intercambios de información entre competidores, incluyendo en su ámbito de aplicación los tipos más habituales de acuerdos de cooperación horizontal con independencia del grado de integración que estos impliquen.²⁰ La evaluación de los intercambios de información descrita en las Directrices consta de dos fases. La primera fase consiste en determinar si, de conformidad con el artículo 101.1 TFUE, el intercambio de información tiene un objeto anticompetitivo o unos efectos reales o potenciales restrictivos de la competencia. De ser así, la segunda fase del análisis consistirá en determinar si, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 101.3 TFUE, los beneficios de dicho

15. El término competidores utilizado en las Directrices incluye tanto a los competidores reales como a los potenciales. *Vid.* Directrices, *supra*, § 10.

16. Directrices, *supra*, § 5.

17. Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado.

18. *Vid.* OSSOWSKA, A. 2010. *Chapter on information exchange in the EC guidelines on horizontal agreements (in consultation) & How the policy fits with European case law*, 19 de mayo, p. 2, disponible en http://www.ucl.ac.uk/laws/conferences/cyprus/Ossowska_Cyprus2.pdf.

19. *Vid.* GIANNI, ORIGIONI, GRIPPO & PARTNERS, *Commission Public Consultation on Revised Rules for the Assessment of Horizontal Cooperation Agreements under EU Competition Law*, 25 de junio de 2010.

20. Directrices, *supra*, § 6. No obstante, aquellas operaciones que constituyen una concentración entre empresas, como por ejemplo, empresas en participación con plenas funciones, se encuentran exentas del ámbito de aplicación de las Directrices.

intercambio compensan los efectos restrictivos que el mismo pudiera ocasionar.²¹ Así pues, a modo de resumen, el análisis relativo a la existencia de un intercambio de información entre competidores y a su compatibilidad con las Directrices puede efectuarse dando respuesta a las siguientes preguntas:

- i) ¿Existe un acuerdo consistente en un intercambio de información entre competidores?
- ii) En su caso, ¿dicho acuerdo conlleva una restricción de la competencia por objeto?
- iii) Si no existe una restricción por objeto, ¿el intercambio de información tiene un efecto anticompetitivo real o potencial?
- iv) Si existe un intercambio de información entre competidores que tiene un objeto o efecto anticompetitivo, ¿dicho acuerdo reúne las condiciones necesarias para una excepción prevista en el artículo 101.3 TFUE?²²

A continuación, el presente artículo describe los criterios establecidos en las Directrices para dar respuesta a cada una de estas cuestiones.

3.2 Tipos de intercambios de información

Los competidores pueden intercambiar información en diferentes contextos. Dependiendo del contexto en el que el intercambio de información tiene lugar, su análisis en términos de competencia variará. En concreto, las Directrices diferencian tres situaciones en las que los intercambios de información entre competidores van a ser analizadas de forma distinta.

3.2.1 Intercambios de información que forman parte de otros acuerdos horizontales

En primer lugar, las Directrices diferencian los intercambios de información entre competidores que forman parte de otro tipo de acuerdo de cooperación horizontal (i.e. producción, estandarización, I+D, etc.). Las Directrices establecen que dichos intercambios de información deberán ser evaluados en el contexto de la evaluación del respectivo acuerdo de cooperación horizontal.²³ En este sentido, dichos intercambios de información no son susceptibles de comportar

21. Directrices, *supra*, § 20.

22. Vid. ESKENAZI, L. 2011. *Information exchange, associations and agreements between competitors: what changed in 2010*, 16 de marzo, disponible en http://boyanov.com/BNV_resources/uploads/2011/03/Information-exchange-associations-and-agreements-among-competitors-what-changed-in-2010_Liliana-Eskenzi.pdf

23. Directrices, *supra*, § 56.

riesgos anticompetitivos si se limitan exclusivamente a intercambiar la información necesaria para implementar el respectivo acuerdo de cooperación horizontal de que se trate.

3.2.2 Intercambios de información que forman parte de un acuerdo anticompetitivo

En segundo lugar, las Directrices consideran que los intercambios de información entre competidores también pueden formar parte de conductas anticompetitivas que tengan como objeto fijar precios o cantidades, o bien ser utilizados para monitorizar si los participantes en un cártel cumplen con las condiciones acordadas. En estos casos, se considerará que los intercambios de información forman parte de la conducta anticompetitiva y se analizarán como parte de la misma.²⁴

3.2.3 Intercambios de información «puros»

En tercer lugar, las Directrices analizan los intercambios de información «puros». Las Directrices establecen claramente que los intercambios de información entre competidores que no forman parte de ninguna otra conducta anticompetitiva también pueden dar lugar a restricciones de la competencia. Esta modalidad de intercambio de información entre competidores constituye el principal foco de atención de las Directrices.²⁵

3.3 Modalidades de intercambios de información «puros»

Los intercambios de información «puros» pueden adoptar distintas modalidades. En particular, la información puede ser compartida directamente entre competidores o bien indirectamente a través de un organismo común o de un tercero.²⁶ Además, la revelación unilateral de información estratégica por parte de una empresa a sus competidores también puede, en determinadas circunstancias, ser considerada anticompetitiva.²⁷

24. Directrices, *supra*, § 59.

25. Directrices, *supra*, § 58.

26. Directrices, *supra*, § 55.

27. Directrices, *supra*, § 62.

3.3.1 Intercambios de información directos

La primera modalidad en la que pueden producirse dichos intercambios de información consiste en la revelación de datos directamente por parte de una empresa hacia otro u otros competidores. Los intercambios de información directa constituyen la modalidad más simple y característica de intercambio de información entre competidores.

3.3.2 Intercambios de información indirectos

Las Directrices establecen que los intercambios de información que no se producen de forma directa entre competidores también pueden ser considerados anticompetitivos.²⁸ De hecho, los competidores también pueden intercambiar información de forma indirecta a través de asociaciones de empresas, organismos comunes o terceros.

3.3.2.1 Asociaciones de empresas

Las asociaciones de empresas efectúan muchas funciones valiosas tanto para sus miembros como para el público en general. Así, entre otras actividades, las asociaciones empresariales representan los intereses de las empresas que forman parte de la misma, desarrollan estándares industriales o proporcionan información útil sobre el funcionamiento de mercados específicos. Muchas de las actividades de las asociaciones empresariales hacen necesario el intercambio de determinada información entre sus miembros. Los datos intercambiados en el seno de una asociación pueden proporcionar información valiosa tanto para los miembros de la propia asociación como para el resto de las empresas competidoras. No obstante, debe tenerse en cuenta que el intercambio de determinada información específica en el seno de asociaciones empresariales también puede resultar anticompetitivo. En concreto, si los competidores pueden acceder a información comercial sensible presentada de forma desagregada (i.e. precios, inversiones, costes, clientes, etc.), dicho intercambio de información resultará contrario al Derecho de la Competencia.²⁹

Normalmente, el intercambio de información de carácter anticompetitivo en el seno de una asociación empresarial ha sido considerado como parte de las actividades de monitorización e implementación de acuerdos de fijación de precios o de reparto de mercados, siendo considerados como parte de una conducta de cártel.³⁰ No obs-

28. Directrices, *supra* § 55.

29. *Vid.* Guía para Asociaciones Empresariales, publicada por la Comisión Nacional de la Competencia.

30. *Vid.* WHISH, R. 2010. *Trade Associations and Exchange of Information*, 25 de agosto, disponible en <http://www.lcuc.cl/home2011/wp-content/documentos/presentaciones/presentaciones%20v%20jornada/RW.pdf>.

tante, la recopilación y diseminación de información a través de una asociación de empresas (sin la existencia de una conducta de cártel u otra conducta anticompetitiva) también puede constituir una conducta contraria al artículo 101 TFUE.

3.3.2.2 Intercambios de información «hub and spoke»

Las Directrices establecen que la información también puede intercambiarse de forma indirecta a través de proveedores o de minoristas de las empresas partícipes en el citado intercambio (conocidos como intercambios «hub and spoke»³¹). Mediante la referencia directa a esta modalidad de intercambios de información, la Comisión Europea evidencia su intención de evitar este tipo de prácticas. En este sentido, debe indicarse que los intercambios de información «hub and spoke» no son sencillos de probar, dado que las autoridades de defensa de la competencia tienen que acreditar que los proveedores o minoristas de las empresas implicadas conocían que la empresa pretendía intercambiar dicha información con uno o diversos competidores a través de ellos.

3.3.2.3 Intercambios de información a través de terceros

Las Directrices también analizan los intercambios de información llevados a cabo a través de terceros.³² Tradicionalmente, la Comisión Europea ha centrado sus investigaciones en aquellos intercambios de información en los que los competidores intercambiaban información comercial sensible bien directamente entre ellos bien a través de asociaciones empresariales. Sin embargo, esta posición tradicional fue superada en la decisión de la Comisión Europea en el caso *Peróxidos Orgánicos*,³³ en la que por primera vez la Comisión Europea decidió sancionar a una entidad consultora dedicada a la prestación de servicios a empresas y asociaciones. En la citada decisión, la Comisión Europea justificó la responsabilidad de la consultora sobre la base de que esta había desempeñado un papel principal para que los productores de peróxidos orgánicos pudieran llevar a cabo actividades de fijación de precios y reparto de mercados, participando activamente tanto en el encubrimiento del cártel como en su mantenimiento.³⁴ AC Treuhand apeló la decisión de la Comisión Europea ante el Tribunal de Primera Instancia, quien desestimó el recurso confirmando que una empresa no activa en el mercado en el que se produce la infracción puede ser considerada responsable de haber facilitado la conducta anticompetitiva.³⁵

31. Directrices, *supra*, § 55.

32. Directrices, *supra*, § 55.

33. Decisión de la Comisión Europea de 10 de diciembre de 2003 en el asunto COMP/E-2/37.857 *Peróxidos Orgánicos*.

34. Vid. FINE, F. L. 2010. *Information Exchanges under EU Competition Law: Heading for Regulatory Overload*, *Emerging Issues* 524, p. 4.

35. En algunos casos de cárteles durante la década de los ochenta la Comisión Europea ya había indicado que las conductas que facilitaban un cártel eran contrarias al artículo 101.1 TFUE. Sin embargo, la Comisión Europea no había sancionado a las empresas que habían colaborado en el funcionamiento del cártel.

Además, la Comisión Europea no dejó lugar a dudas sobre cuáles eran sus futuras intenciones en relación con la aplicación de las normas de defensa de la competencia frente a las empresas que faciliten la formación o el mantenimiento de un cártel. Así, en su decisión en el caso de los *Peróxidos Orgánicos*, la Comisión Europea estableció lo siguiente: «[l]a sanción contra AC Treuhand es limitada a causa de la novedad del planteamiento, pero el mensaje está claro: los organizadores o cómplices de cárteles, y no solamente los miembros del cártel, deben saber que se exponen a fuertes sanciones a partir de ahora.»³⁶ Con posterioridad a dicha sentencia, terceros independientes, tales como empresas consultoras, analistas de negocios e incluso periodistas pueden ser sancionados incluso cuando dichas empresas no se encuentran activas en el mercado en que el cártel ha tenido lugar.³⁷

En este sentido, la Comisión Europea debería clarificar en qué circunstancias los intercambios de información indirectos a través de terceros se consideran anticompetitivos. Como mínimo, la aplicación del artículo 101.1 TFUE debería requerir la existencia de pruebas claras de que los competidores pretendían utilizar los servicios de un tercero para llevar a cabo un objetivo anticompetitivo, y que el tercero conocía, o al menos debería haber conocido, dicho propósito. De lo contrario, la ampliación a terceros de la responsabilidad en casos de intercambios de información podría acarrear un excesivo efecto disuasorio sobre las empresas de consultoría y de prestación de servicios a empresas.³⁸

3.3.3 Difusión unilateral de información por parte de una empresa

Finalmente, la difusión unilateral de determinados datos por parte de una empresa hacia uno o diversos de sus competidores también puede, en determinadas circunstancias, ser considerado como un intercambio de información contrario a la normativa en materia de defensa de la competencia. El hecho de que sea una única empresa quien de forma unilateral divulgue determinada información no excluye la aplicación de la normativa de competencia. En concreto, las Directrices establecen que «[c]uando una empresa reciba datos estratégicos de un competidor (ya sea en una reunión, por correo o electrónicamente), se presumirá que ha aceptado la información y ha adaptado en consecuencia su conducta de mercado a menos que responda con una declaración clara de que no desea recibir tales datos».³⁹

36. Vid. VAN WEERT, W.; CHRISTIAN, G. 2009. *Cartel Facilitators Beware - AC Treuhand Spurs Competition Authorities into Action*, Global Competition Policy, agosto.

37. Vid. FINE, F. L., *supra* nota 34, p. 4.

38. *Id.*

39. Directrices, *supra*, § 62.

Por lo tanto, las Directrices presumen que un competidor o competidores que reciben datos estratégicos los aceptan y adaptan su conducta de mercado en concordancia. No obstante, las Directrices establecen que el competidor que recibe la citada información puede rebatir dicha presunción respondiendo con una declaración clara manifestando que no desea recibir tales datos

3.4 Existencia de un acuerdo o práctica concertada

Las Directrices establecen que un intercambio de información entre competidores únicamente puede ser contrario al artículo 101.1 TFUE si dicho intercambio se establece o forma parte de un acuerdo, una práctica concertada o una decisión de una asociación de empresas.⁴⁰ Con carácter general, las autoridades de defensa de la competencia consideran los intercambios de información como una modalidad de práctica concertada y, por lo tanto, se encuentran sujetos a la prohibición general que aplica a estas prácticas.⁴¹

Tal y como establecen las Directrices, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el concepto de práctica concertada se refiere a una forma de coordinación entre las empresas mediante la cual estas, sin haber llegado a la realización de un acuerdo propiamente dicho, sustituyen conscientemente los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas.⁴² En relación con la existencia de una práctica concertada, las Directrices establecen que «Los criterios de la coordinación y de la cooperación necesarias para determinar la existencia de una práctica concertada no exigen que se haya elaborado un plan real sino que deben entenderse habida cuenta del concepto inherente a las disposiciones del Tratado en materia de competencia, según las cuales cada empresa debe determinar independientemente la política que se propone adoptar en el mercado interior y las condiciones que se propone ofrecer a sus clientes.»⁴³ Así pues, las Directrices indican que el intercambio de información estratégica entre competidores puede constituir una práctica concertada si dicho intercambio reduce la incertidumbre estratégica en el mercado, reduciendo la independencia de la conducta de los competidores y disminuyendo sus incentivos para competir.⁴⁴

40. Directrices, *supra*, § 60.

41. *Vid.* FINE, F. L., *supra* nota 34, p. 2.

42. Directrices, *supra*, § 60. *Vid.* por ejemplo Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de junio de 2009 en el asunto C-8/08, *T-Mobile Netherlands Bv y otros* § 26 y Sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de marzo de 1993 en los asuntos acumulados C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 y C-125/85 a C-129/85, *Wood Pulp* § 63.

43. Directrices, *supra*, § 61.

44. En este sentido, téngase en cuenta que el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, mantiene la prohibición de las prácticas conscientemente paralelas.

Las Directrices clarifican que las empresas pueden adaptar su comportamiento inteligentemente a la conducta actual o prevista de sus competidores⁴⁵, pero «se opone rigurosamente a cualquier toma de contacto directa o indirecta entre competidores que tenga por objeto o efecto bien influir en la conducta en el mercado de un competidor real o potencial, bien desvelar a dicho competidor la conducta que se haya decidido adoptar o se tenga la intención de adoptar en el mercado, facilitando así un resultado colusorio en el mercado.»⁴⁶

3.4.1 Reciprocidad no necesaria

Para que pueda acreditarse la existencia de una práctica concertada no resulta necesario que exista un intercambio de información entre distintos competidores. Así, las Directrices establecen que la revelación unilateral de información estratégica por parte de una empresa a uno o diversos competidores, que la aceptan, también puede constituir una práctica concertada.⁴⁷ Por lo tanto, las Directrices disponen claramente que la reciprocidad no constituye un requisito necesario para inferir la existencia de una práctica concertada contraria al Derecho de la Competencia. En este sentido, las Directrices crean la presunción de que una empresa que recibe información estratégica de un competidor (ya sea mediante contactos por correo postal, correo electrónico, llamadas telefónicas, reuniones, etc.) acepta y utiliza dicha información para adaptar su conducta en el mercado. No obstante, una empresa puede rebatir dicha presunción respondiendo con una declaración clara que no desea recibir tales datos.⁴⁸

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha establecido que el concepto de práctica concertada no requiere de la existencia de contactos recíprocos, considerando que dicha práctica existe cuando una empresa revela sus futuras intenciones en el mercado a un competidor cuando este lo solicita o, como mínimo, lo acepta.⁴⁹ No obstante, las Directrices van más allá y establecen la presunción de que una empresa acepta y utiliza la información revelada por un competidor a menos que este responda con una declaración clara rechazando dicha información. La presunción creada por las Directrices cambia la carga de la prueba a las partes implicadas, que deberán demostrar que no tomaron en cuenta la información recibida para determinar su comportamiento en el mercado.⁵⁰ Esta carga de la prueba en ocasiones puede resultar difícil de conseguir.

45. Directrices, *supra*, § 62.

46. Directrices, *supra*, § 62.

47. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 15 de marzo de 2000 en los asuntos acumulados T-25/95 y otros, *Cimenteries*.

48. *Vid.* FINE, F. L., *supra* nota 34, p. 3.

49. Directrices, *supra*, § 63.

50. *Id.*

Así, por ejemplo, en caso de que futuras estrategias de mercado sean reveladas por una empresa oralmente en una reunión o mediante otro canal informal, previsiblemente va a ser difícil hacer constar que un competidor hizo una «declaración clara» manifestando que no deseaba recibir tales datos. Adicionalmente, también existe el riesgo de que algunas empresas puedan llegar a considerar que la información recibida por parte de alguno de sus competidores no reviste de carácter anticompetitivo y, en consecuencia, no considere necesario efectuar ninguna declaración al respecto. En este supuesto las autoridades de defensa de la competencia podrían interpretar dicha pasividad como una aceptación de la información por parte de la empresa receptora, que, por lo tanto, podría llegar a ser sancionada.

3.4.2 Anuncio unilateral de información comercial sensible

Por último, las Directrices establecen que los anuncios públicos por parte de una única empresa generalmente no constituyen una práctica concertada en el sentido del artículo 101 TFUE.⁵¹ En algunas ocasiones las empresas pueden estar interesadas en anunciar públicamente sus futuras intenciones comerciales. Por ejemplo este puede ser el caso de aquellas empresas que deseen informar a sus clientes de determinados cambios que van a producirse en la aplicación de algunas de sus condiciones comerciales (precios, tamaños, calidades, etc.).

Si bien las Directrices establecen que, con carácter general, dichos anuncios públicos de carácter unilateral no constituyen una práctica concertada, en algunas circunstancias pueden resultar problemáticos. En concreto, las Directrices no excluyen la posibilidad de que exista una práctica concertada en aquellos casos en los que un anuncio de carácter público por parte de una empresa vaya seguido por anuncios públicos de otros competidores, ya que las respuestas estratégicas de los competidores a los respectivos anuncios públicos podrían resultar en una estrategia para llegar a un entendimiento común sobre las condiciones de coordinación.⁵²

Mediante la inclusión de dicho *caveat*, las Directrices parecen aproximarse a la tendencia adoptada por la *Federal Trade Commission* estadounidense consistente en sancionar las llamadas *invitations to collude*.⁵³ No obstante, debe indicarse que en ningún momento las Directrices mencionan el grado de detalle que el anuncio público debe contener para resultar anticompetitivo. Si bien resulta posible que empresas competidoras puedan llegar a coordinar su conducta en el

51. Vid. por ejemplo *In Re: U-Haul Int'l, Inc. & AMERCO*, FTC File No. 081-0157; and *In re Valassis Comm'ns*, FTC File No. 051-0008.

52. Directrices, *supra*, § 73.

53. Directrices, *supra*, § 24.

mercado mediante la divulgación de anuncios públicos (ya sean declaraciones, anuncios en prensa, notas de prensa, etc.), sería necesario limitar la responsabilidad únicamente a aquellos casos en que los anuncios contengan información estratégica suficientemente detallada para permitir al resto de competidores anticipar efectivamente la conducta de la empresa emisora en el mercado. De otro modo, una interpretación amplia de esta figura podría crear incertidumbre e impedir a las empresas efectuar prácticas comerciales totalmente legítimas.

3.5 Restricción de la competencia por el objeto

El artículo 101.1 TFUE diferencia en principio entre dos tipos de acuerdos y prácticas concertadas: (i) aquellos que tienen el objeto de restringir la competencia (restricciones de la competencia por el objeto), y (ii) aquellos que no persiguen restringir la competencia, pero no obstante pueden acarrear efectos restrictivos sobre esta (efectos restrictivos de la competencia). La principal diferencia entre estos dos tipos de prácticas es que en el caso de restricciones de la competencia por el objeto, las autoridades de defensa de la competencia no se encuentran obligadas a demostrar la existencia de efectos anticompetitivos en el mercado.

Aplicando los mismos principios del artículo 101.1 TFUE, una de las principales novedades de las Directrices consiste en la introducción de una categoría de intercambios de información que, por su objeto, siempre van a comportar una restricción de la competencia en el mercado. Concretamente, las Directrices establecen que los intercambios entre competidores de datos individualizados sobre los precios o cantidades previstos en el futuro deberían considerarse una restricción de la competencia por el objeto.⁵⁴ Así pues, de acuerdo con el contenido de las Directrices, aquellos intercambios entre competidores que incluyan (i) datos individualizados (en contraposición con datos agregados); (ii) revelen intenciones futuras (en contraposición con datos actuales o históricos), y (iii) hagan referencia a precios o cantidades (el intercambio relativo a otros datos no estaría incluido) serían considerados como una restricción de la competencia por el objeto y, en consecuencia, no sería necesario examinar sus efectos reales o potenciales en el mercado.⁵⁵

Históricamente, la Comisión Europea únicamente había incluido dentro de la categoría de restricciones de la competencia por el objeto acuerdos horizontales particularmente graves, como por ejemplo acuerdos de fijación de precios, limitativos de la producción o de reparto de mercados. En estos casos, la propia

54. Vid. FINE, F. L., *supra* nota 34, p. 3.

55. Vid. *Catch-22: The role for economics in the assessment of information exchanges under Article 81*, RBB Economics, septiembre 2008, *supra* nota 4, p. 2.

naturaleza de la conducta presumía claramente la existencia de efectos negativos sobre la competencia en el mercado.⁵⁶ La inclusión de determinadas modalidades de intercambios de información «puros» en una categoría hasta ahora reservada para acuerdos horizontales especialmente graves parece excesiva, incluso cuando dichos intercambios de información hagan referencia a datos individualizados sobre precios o cantidades futuras. Tal y como se ha indicado anteriormente, los intercambios de información pueden producir tanto efectos procompetitivos como anticompetitivos, sin que su efecto sobre la competencia pueda determinarse de forma clara sin efectuar un análisis específico del mercado relevante en el que dichos intercambios se producen. Así, por ejemplo, los efectos anticompetitivos de un intercambio de información sobre precios futuros pueden ser rebatidos en el caso en el que el mercado sea demasiado dinámico para mantener una colusión basada en precios. La citada presunción también podría ser rebatida en aquellos casos en los que el intercambio de información no sea suficientemente preciso, detallado o frecuente para permitir a los competidores alcanzar un acuerdo sobre una línea común de conducta.⁵⁷ Además, la categorización de determinados intercambios de información entre competidores como una restricción de la competencia por el objeto parece introducir una excepción a la cada vez mayor influencia del análisis económico en la aplicación de la normativa europea de competencia.⁵⁸

Por otro lado, es importante señalar que las Directrices incluyen un elemento subjetivo para determinar cuándo un determinado intercambio de información posee un objeto anticompetitivo. En concreto, las Directrices establecen que si bien la intención de las partes no constituye un factor necesario para determinar el carácter anticompetitivo de un acuerdo, la Comisión Europea puede no obstante tenerla en cuenta en su análisis.⁵⁹ Si bien todavía es pronto para saber cómo la Comisión Europea va a poner en práctica dicha previsión, la inclusión de dicho criterio subjetivo para determinar el carácter contrario a la competencia de un acuerdo puede previsiblemente resultar problemático.

3.6 Efectos restrictivos de la competencia

Si un intercambio de información no constituye una restricción de la competencia por el objeto, entonces será necesario analizar si dicho intercambio puede dar

56. *Vid. Catch-22: The role for economics in the assessment of information exchanges under Article 81*, RBB Economics, septiembre 2008, *supra* nota 4, p. 3.

57. Directrices, *supra*, § 25.

58. Directrices, *supra*, § 27 y 75.

59. Directrices, *supra*, § 75.

lugar a efectos restrictivos de la competencia. Previsiblemente la mayoría de los intercambios de información que deban ser analizados a la luz de las Directrices estarán incluidos en esta categoría, ya que el ámbito de aplicación de las restricciones de la competencia por el objeto se encuentra limitado a determinadas categorías específicas de intercambios de información.

Las Directrices contemplan que para que un intercambio de información produzca efectos restrictivos de la competencia debe ser probable que produzca un impacto negativo apreciable en uno o varios de los parámetros de la competencia tales como el precio, la producción, la calidad del producto, la variedad de productos o la innovación.⁶⁰ Los efectos restrictivos sobre la competencia de un intercambio de información «dependerán tanto de las condiciones económicas imperantes en los mercados de referencia como de las características de la información intercambiada».⁶¹ Por lo tanto, para determinar si un intercambio de información entre competidores puede conllevar efectos anticompetitivos será necesario analizar en detalle (i) el mercado afectado por el intercambio de información, y (ii) las características del intercambio de información.

3.6.1 Características del mercado

La estructura del mercado resulta importante para determinar si un intercambio de información puede resultar anticompetitivo. Las Directrices establecen que es más probable que las empresas alcancen un resultado colusorio cuando actúen en mercados suficientemente (i) transparentes; (ii) concentrados; (iii) sencillos; (iv) estables, y (v) simétricos. Ello se debe a que en mercados que reúnan las características anteriores las empresas pueden llegar a un entendimiento común sobre las condiciones de la coordinación y controlar y castigar las desviaciones.⁶² No obstante, debe tenerse en cuenta que los intercambios de información también pueden permitir a las empresas alcanzar resultados colusorios en otras situaciones de mercado.⁶³

3.6.1.1 Transparencia

Un mercado transparente puede facilitar la colusión permitiendo a las empresas llegar a un entendimiento sobre las condiciones de la coordinación o aumentando la estabilidad del resultado colusorio. Cuanto más elevado sea el grado de transparencia en el mercado en términos de precios, producción, demanda, cos-

60. Directrices, *supra*, § 77.

61. *Id.*

62. Directrices, *supra*, § 78.

63. Directrices, *supra*, § 79.

tes, inversiones, etc., más probable será que un intercambio de información pueda generar efectos restrictivos sobre la competencia.⁶⁴

3.6.1.2 *Grado de concentración del mercado*

La presencia de un número reducido de competidores en el mercado facilita que los intercambios de información entre estos puedan resultar en una práctica colusoria. Resulta más fácil para un reducido número de competidores coordinar su comportamiento en el mercado y controlar las eventuales desviaciones. Además, los beneficios resultantes de la conducta colusoria son mayores en mercados concentrados, dado que los beneficios de la conducta colusoria deberán repartirse entre menos empresas. Por el contrario, es menos probable que ocurran efectos anticompetitivos cuando existe un número elevado de competidores en el mercado.⁶⁵

3.6.1.3 *Características del producto*

Resulta más probable que los intercambios de información puedan producir efectos restrictivos en mercados no complejos, como por ejemplo aquellos en que existe un único producto homogéneo. Por el contrario, en mercados caracterizados por un gran número de productos diferenciados es menos probable que los intercambios de información entre competidores puedan producir efectos anticompetitivos.⁶⁶

3.6.1.4 *Estabilidad del mercado*

Es más probable que se produzcan efectos anticompetitivos cuando el intercambio de información se produce en un tipo de mercado en el que las condiciones de la oferta y de la demanda se mantienen relativamente estables. Un mercado inestable, caracterizado por una demanda volátil, cambios de cuotas de mercado sustanciales y frecuentes nuevos entrantes dificulta que pueda llegarse a un resultado colusorio.⁶⁷

3.6.1.5 *Estructura del mercado*

Finalmente, es más probable que se produzcan efectos anticompetitivos cuando el mercado presenta estructuras simétricas. Cuando las empresas son homogéneas en términos de costes, demanda, cuotas de mercado, gama de productos, capacidades, etc., es más probable que dichas empresas puedan llegar a un entendimiento común sobre las condiciones de la coordinación.⁶⁸

64. Directrices, *supra*, § 80.

65. Directrices, *supra*, § 81.

66. Directrices, *supra*, § 82.

67. Directrices, *supra*, § 83.

68. Directrices, *supra*, § 84.

Además de los factores anteriores, las Directrices también hacen referencia a otras condiciones que facilitan la aparición de efectos anticompetitivos en el mercado. Específicamente, las Directrices consideran que es más probable que se produzcan efectos anticompetitivos en mercados en los que las empresas dan más valor a los beneficios que podrían obtener gracias al resultado colusorio que a los beneficios que podrían obtener subcotizando los precios respecto de aquellos de sus competidores,⁶⁹ cuando las empresas operan en el mismo mercado durante mucho tiempo,⁷⁰ y cuando las empresas pueden aplicar consecuencias severas a aquellos competidores que o bien no se adhieran o bien se desvíen de la conducta colusoria.⁷¹

3.6.2 Características de la información intercambiada

El segundo factor a tomar en consideración para determinar si un intercambio de información entre competidores puede resultar anticompetitivo es el tipo y las características de la información intercambiada. En concreto, las Directrices establecen que, a tal efecto, los siguientes factores deberán ser examinados:

3.6.2.1 Información estratégica

El intercambio de datos estratégicos entre competidores tiene más probabilidades de producir efectos restrictivos de la competencia. Las Directrices califican como estratégicos un amplio grupo de datos, incluyendo aquella información referida a precios (precios reales, descuentos, aumentos, reducciones o rebajas), listas de clientes, costes de producción, cantidades, volúmenes de negocios, ventas, capacidades, calidades, planes de comercialización, riesgos, inversiones, tecnologías y programas de I+D y los resultados de estos. La información relativa a precios y cantidades es la información considerada como más estratégica, seguida por la información sobre los costes y la demanda.⁷²

Como norma general, la información relativa a precios, cantidades, costes y demanda, listas de clientes y costes de producción puede ser considerada como «información de alto riesgo», ya que dicha información es la más probable que dé lugar a consecuencias anticompetitivas. La información relativa a capacidades, calidad, planes de comercialización, inversiones, tecnologías y programas de I+D es menos probable que pueda llegar a ser considerada anticompetitiva, si bien aún así existe un cierto nivel de riesgo en su intercambio.⁷³

69. Directrices, *supra*, § 85.

70. Directrices, *supra*, § 86.

71. *Vid.* Liliana Eskenazi, *supra* nota 22, p. 27.

72. Directrices, *supra*, § 87.

73. Directrices, *supra*, § 88.

3.6.2.2 Cobertura del mercado

Únicamente cuando un intercambio de información cubra una parte suficientemente amplia del mercado de referencia va a ser capaz de producir efectos anti-competitivos. Sobre este punto, debe indicarse que las Directrices voluntariamente omiten definir qué constituye «una parte suficientemente amplia del mercado», estableciendo que dicha cuestión dependerá de los hechos concretos de cada caso y del tipo de intercambio de información en cuestión.

3.6.2.3 Nivel de agregación de los datos

Los intercambios de datos verdaderamente agregados que dificultan suficientemente el reconocimiento de la información individualizada de cada empresa es poco probable que pueda producir efectos anticompetitivos. Por el contrario, el intercambio de datos individuales de cada empresa es probable que pueda producir efectos anticompetitivos en el mercado.⁷⁴

3.6.2.4 Antigüedad de los datos

El intercambio de datos históricos no es probable que produzca un resultado colusorio. Por el contrario, el intercambio relativo a intenciones futuras de las partes es considerado problemático desde el punto de vista del Derecho de la Competencia. Las Directrices no especifican un umbral a partir del cual los datos pueden ser considerados históricos, estableciendo que ello depende de las características específicas del mercado de referencia y, en particular, de la frecuencia de las renegociaciones de precios en el sector.⁷⁵ Anteriores decisiones de la Comisión Europea han indicado que la información con una anterioridad superior a un año puede ser considerada histórica.⁷⁶ No obstante, dicha presunción puede ser rebatida.

3.6.2.5 Frecuencia del intercambio de información

Los intercambios de información frecuentes facilitan un mejor entendimiento en el mercado y un control de las desviaciones. En consecuencia, los intercambios frecuentes de información incrementan el riesgo de un efecto colusorio. Las Directrices no definen la frecuencia con la que la información requiere ser intercambiada para facilitar un resultado colusorio, limitándose a indicar que ello depende de la naturaleza, la antigüedad y la agregación de los datos. Como regla general, los intercambios de información frecuentes es menos probable que den lugar a un resultado colusorio en mercados inestables. Por otro lado, en mercados más estables caracterizados por la existencia de contratos a largo plazo, un

74. Directrices, *supra*, § 89.

75. Directrices, *supra*, § 90.

76. *Vid.* GREENBERG TRAUIG MAHER, *EU competition: information exchanges and antitrust compliance*, p. 2.

intercambio de información menos frecuente podría ser suficiente para alcanzar un resultado colusorio.⁷⁷

Sin perjuicio de lo anterior, debe tenerse en cuenta que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea consideró en su sentencia de 2009 en el asunto *T-Mobile Netherlands*⁷⁸ que un intercambio de información limitado a una única reunión entre competidores puede resultar anticompetitivo. En este sentido el Tribunal indicó que aquello relevante en dicho caso no era el número de reuniones efectuado, sino si la reunión efectuada permitía a las empresas participantes tomar en cuenta la información intercambiada para fijar su conducta en el mercado en cuestión.⁷⁹

3.6.2.6 Disponibilidad de la información

Cuando la información intercambiada no resulta accesible a competidores o clientes, es más probable que dicho intercambio pueda crear efectos anticompetitivos. Los intercambios de información verdaderamente pública no es probable que produzcan un efecto colusorio. Las Directrices diferencian entre «información verdaderamente pública» e «información de dominio público». El concepto «información verdaderamente pública» hace referencia a aquella información que generalmente se encuentra igualmente accesible en términos de costes de acceso a todos los competidores y clientes, incluyendo aquellas empresas que no forman parte del sistema de intercambio. Por el contrario, incluso si los datos intercambios son «de dominio público», no serán verdaderamente públicos si los costes de la obtención de dichos datos disuaden a otras empresas y a los consumidores de conseguirlos.⁸⁰

Además, cuando la información es intercambiada de forma pública, siendo la información igualmente accesible en términos de coste a todos los competidores y clientes, es menos probable que dicho intercambio puede producir efectos restrictivos.⁸¹

3.6.3 Evaluación de conformidad con el artículo 101.3 TFUE

Si un intercambio de información entre competidores infringe, ya sea por tener un objeto o un efecto anticompetitivo, el artículo 101.1 TFUE, será necesario analizar si dicho intercambio de información puede beneficiarse de la excepción prevista en el artículo 101.3 TFUE. Para ello deberá determinarse si los efectos

77. Directrices, *supra*, § 91.

78. Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de junio de 2009 en el asunto C-8/08, *T-Mobile Netherlands Bv y otros*.

79. *Vid.* FINE, F, *supra* nota 34, p. 7.

80. Directrices, *supra*, § 93.

81. Directrices, *supra*, § 94.

procompetitivos del intercambio de información compensan sus efectos anti-competitivos. En cualquier caso, debe indicarse que cuando la Comisión Europea considera que un intercambio de información restringe la competencia por su objeto, resulta poco probable que dicho intercambio pueda satisfacer las condiciones establecidas en el artículo 101.3 TFUE.⁸²

La excepción del artículo 101.3 exige del cumplimiento de las siguientes cuatro condiciones, y es importante destacar que la carga de la prueba del cumplimiento de dichas condiciones recae sobre la empresa que invoca los beneficios de dicha disposición.⁸³

3.6.3.1 Mejoras de la eficiencia

El primero de los requisitos del artículo 101.3 TFUE establece que los intercambios deben generar mejoras de eficiencia en el mercado. Los intercambios de información sobre los costes de otros competidores pueden ayudar a las empresas a ser más eficientes. Así, los intercambios de información entre competidores pueden dar lugar a ahorros de costes importantes, permitiendo reducir las existencias innecesarias o haciendo posible una entrega más rápida de productos perecederos en las zonas con una elevada demanda y su reducción en las zonas de baja demanda.⁸⁴ El intercambio de datos sobre clientes entre empresas que operan en mercados con información asimétrica también puede dar lugar a eficiencias. Asimismo, los intercambios de información genuinamente públicos también pueden beneficiar a los consumidores ayudándoles a tomar decisiones más informadas y reduciendo sus costes de búsqueda.⁸⁵

Como regla general, las Directrices consideran que el intercambio de información relativo a datos actuales y antiguos es más probable que pueda generar mejoras de la eficiencia que el intercambio de información sobre las intenciones futuras de las partes.⁸⁶

3.6.3.2 Carácter indispensable

Las restricciones de la competencia que derivan de un intercambio de información deben resultar indispensables para alcanzar las mejoras en la eficiencia identificadas. Para tener carácter indispensable, las partes deberán probar que el objeto de los datos, la agregación, la antigüedad, la confidencialidad y la frecuencia, así como la cobertura del intercambio acarrear el mínimo de riesgos indispensables para generar las mejoras de eficiencia alegadas. Además, el intercambio no deberá incluir información que trascienda las variables pertinentes

82. Vid. FINE, F., *supra* nota 34, p. 8.

83. Directrices, *supra*, § 48.

84. Sin embargo, en el asunto Bananas la Comisión Europea sancionó el intercambio de información relativo a las tendencias de la oferta y de la demanda en un mercado concentrado. Vid. FINE, F., *supra* nota 34, p. 8.

85. Directrices, *supra*, § 95-99.

86. Directrices, *supra*, § 100.

para alcanzar las mejoras de eficiencia alegadas. El intercambio de datos individualizados relativos a intenciones futuras, especialmente si hace referencia a precios y cantidades, es menos probable que pueda ser considerado indispensable.⁸⁷

3.6.3.3 *Beneficio para los consumidores*

Las mejoras de eficiencia obtenidas por las restricciones deben transmitirse a los consumidores en una medida que compense los efectos restrictivos de la competencia causados por el intercambio de información (por ejemplo, mediante precios más bajos, productos de mayor calidad, mejor información sobre el mercado, etc.). Así pues, mejoras en la eficiencia que únicamente beneficien a las empresas en un intercambio de información no cumplirán los requisitos del artículo 101.3 TFUE.⁸⁸ En este sentido, como regla general, cuanto menor sea el poder de mercado de las partes implicadas en el intercambio de información, más probable es que las mejoras de eficiencia se transmitan a los consumidores en una medida que compense los efectos restrictivos de la competencia.⁸⁹

3.6.3.4 *No eliminación de la competencia*

Finalmente, los intercambios de información no deben permitir a las empresas participantes eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos relacionados con el intercambio de información.⁹⁰

4. Conclusiones

Los intercambios de información entre competidores pueden ayudar a las empresas a competir de una forma más eficiente en el mercado y, por lo tanto, resultar procompetitivos. Por otro lado, la revelación de información estratégica también puede dar lugar a efectos anticompetitivos en el mercado. Las Directrices codifican la jurisprudencia europea sobre esta práctica y describen con detalle los criterios utilizados para analizar los intercambios de información entre competidores. Resulta útil para las autoridades nacionales de defensa de la competencia así como también para las empresas conocer los criterios utilizados por la Comisión Europea en relación con los intercambios de información entre competidores. De aquí que la introducción de un capítulo en las Directrices clarificando la posición de la Comisión Europea resulte positiva tanto para los operadores en el mercado como para los asesores legales.

87. Directrices, *supra*, § 101-02.

88. *Vid.* GREENBERG TRAUIG MAHER, *EU competition: information exchanges and antitrust compliance*, p. 3.

89. Directrices, *supra*, § 103.

90. Directrices, *supra*, § 104.

No obstante, las Directrices contienen algunos puntos discutibles. En particular, la inclusión de intercambios de información «puros» que por su objeto pueden restringir la competencia en el mercado puede resultar excesiva. Además, el lenguaje y los criterios utilizados por las Directrices resultan muy amplios, incluyendo numerosas variables, escenarios hipotéticos y excepciones. Este hecho podría dificultar el objetivo de clarificación perseguido por las Directrices y facilitar el incremento de casos relativos a intercambios de información entre competidores por parte de las autoridades nacionales de defensa de la competencia.

COMUNICACIÓN Y PRESA TELEFÓNICA Y TELEVISIÓN

REGULACIÓN DE LA COMUNICACIÓN Y PRESA TELEFÓNICA Y TELEVISIÓN
Comisión de Competencia
AUTORIDAD REGULADORA DE
Energía
Ministerio de Energía y Turismo
Comisión Nacional de la Competencia

1. Introducción

El 22 de 2014 se promulgó con la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) las operaciones de intercambio de información entre los grupos empresariales de los sectores regulados de la energía eléctrica, telefonía y televisión por cable de Chile, en la adaptación de la Ley de Defensa de la Competencia y Televisión y Telefonía.

La promulgación de las operaciones simplifica el cumplimiento de los requisitos de información en materia de defensa económica, que implican el acceso a ciertos puntos

1. Excepción en la comunicación de información entre los grupos empresariales de los sectores regulados de la energía eléctrica, telefonía y televisión por cable de Chile.
2. Excepción en el cumplimiento de los requisitos de información en la adaptación de la Ley de Defensa de la Competencia y Televisión y Telefonía.
3. Excepción en la adaptación de la Ley de Defensa de la Competencia y Televisión y Telefonía.

