

A VUELTAS CON LOS INTERCAMBIOS DE INFORMACIÓN

LUIS BERENGUER FUSTER
Presidente de la CNC*

I. Los intercambios de información como conductas anticompetitivas

No cabe duda de que el siempre controvertido tema de la licitud o ilicitud de los intercambios de información entre empresas se encuentra de plena actualidad entre nosotros y, por ello, no quisiera dejar de intentar realizar algunas aportaciones al estado del debate. Posiblemente determinadas decisiones en los últimos años de la Comisión Nacional de la Competencia («CNC»)¹ y la publicación de las Directrices de la Comisión Europea para el análisis de los acuerdos de cooperación horizontal («Directrices» o «Directrices Horizontales»)² han contribuido a poner de actualidad el debate y, con ello, el tema ha sido frecuentemente objeto de análisis en estudios y seminarios.³

* Como resulta obvio, las opiniones expresadas en este artículo son personales y no comprometen al organismo que presido. Agradezco a Vera Sopena especialmente la ayuda prestada para la elaboración de este trabajo y, con carácter general, su capacidad de trabajo y la calidad del mismo, sobradamente demostradas durante todo el tiempo de su pertenencia a mi gabinete.

1. Ver, entre otras, las resoluciones de la CNC de 2 de julio de 2009, Expte. 2759/07, *Teléfonos Móviles*; de 21 de enero de 2010, Expte. S/0084/08, *Fabricantes de Gel*; de 15 de junio de 2010, Expte. S/0018/07, *Precios Leche*; de 7 de febrero de 2011, Expte. S/0155/09, *STANPA*; de 2 de marzo de 2011, Expte. S/0086/08, *Peluquería Profesional*; de 31 de marzo de 2011, Expte. S/0181/09, *Conservas*; de 27 de mayo de 2011, Expte. S/0128/09, *Fabricantes Envases de Hojalata*, y de 24 de junio de 2011, Expte. S/0185/09, *Bombas de Fluidos*.
2. Comunicación de la Comisión Europea por la que se aprueban las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal, DO C 11 de 14 de enero de 2011, pág. 1.
3. Los intercambios de información entre competidores han sido tratados prolijamente por la doctrina, muy especialmente tras la Sentencia del TJUE de 4 de junio de 2009, en el asunto C-08/08, *T-Mobile* y la publicación por la Comisión Europea de su primer borrador de Directrices para el análisis de los acuerdos de cooperación horizontal. Ver, entre otros, CAPOBIANCO, A., «Information exchange under EC Competition Law» en *Common Market Law Review* Vol. 41, Issue 5, Kluwer Law International 2004, pág. 1247-1276; ALBORS LLORENS, A. «Horizontal agreements and concerted practices in EC competition law: Unlawful and legitimate contacts between competitors», en *The Antitrust Bulletin*, Vol. 51, nº 4/Winter 2006, pág. 837-876; HAY, G. «Horizontal Agreements: Concept and Proof», en *The Antitrust Bulletin*, Vol. 51, nº 4/Winter

Como bien se ha puesto de manifiesto por todos quienes están participando en el debate, el problema dista de tener los perfiles nítidos que tanto place a los juristas que acostumbran, acostumbramos si es que entre ellos se me incluye, a anteponer a casi todo el principio de seguridad jurídica o, si se quiere hacer una traducción más literal del término inglés, de certeza legal. Pero es difícil encontrarla, y desde luego mi aportación no va a contribuir a conseguir esa certeza tan querida por los juristas. Porque, al fin y al cabo, resulta evidente que entre los dos extremos del debate caben infinidad de posturas que pueden ir, si se quiere simplificar, desde considerar, no me atrevo a decir que ilícito pero al menos sí altamente sospechoso e indiciario de ilicitud, cualquier contacto entre competidores, incluso sin recurrir a la conocida frase de Adam Smith sobre a qué se dedican los empresarios cuando se reúnen, aunque sea con motivo festivo,⁴ hasta, en el otro extremo, la consideración de que el intercambio de información beneficia las decisiones estratégicas de las empresas por cuanto permite ajustar las previsiones de la demanda y los suministros y permite aumentar la eficiencia

2006, pág. 877-914; VIVES, Xavier, «Information sharing: economics and antitrust» en Occasional Paper 07/11 IESE Business School, University of Navarra, enero 2007; PASCUAL PONS, C. «Las prácticas facilitadoras de resultados anticompetitivos» en *Gaceta Jurídica* nº 5 Nueva Época, La Ley, Sept.-Oct. 2008, pág. 17 a 28; PADILLA, J. «Note for the Roundtable on Information Exchanges between competitors under Competition Law», DAF/COMP(2010)28, OCDE; KÜHN, K. «Note for the Roundtable on Information Exchanges between competitors under Competition Law» DAF/COMP(2010)27, OCDE; OVERGAARD, B., MOLLGAARD, H. P., «Information Exchange, Market Transparency and Dynamic Oligopoly» en *Economics Working Papers from School of Economics and Management, University of Aarhus*, 26 marzo 2007; FERNÁNDEZ, C. «Intercambios de Información» en PETITBO, A. y MARTÍNEZ-LAGE, S. (Direc.), *Los Acuerdos Horizontales entre Empresas*, Fundación Rafael del Pino, Ed. Marcial Pons, Madrid 2009; WHELAN, P. «Trading negotiations between retailers and suppliers: a fertile ground for anti-competitive horizontal information exchange», en *European Competition Law*, Vol. 5, nº 3, diciembre 2009, pág. 823-845; LORCA MORALES, T., «El intercambio de información en las asociaciones empresariales: hasta dónde es posible llegar sin incurrir en una infracción del derecho de la competencia», en *Gaceta Jurídica* nº 18 Nueva Época - Nov.-Dic. 2010, pág. 60 a 74, en la pág. 69; KÜHN, K. «Policy Design for Information Exchange. Does Experimental Evidence Help?», OSSOWSKA, A. «Economics & administrable rules in the information exchange chapter. EC guidelines on horizontal agreements (in consultation)», VERGÉ, T. «French Case Law on Information Exchanges» y, de nuevo, OSSOWSKA, A. «Chapter on information exchange in the EC guidelines on horizontal agreements (in consultation) & How the policy fits with European case law» en *International Conference on Competition Law and Policy*, conferencia organizada por la University College of London (UCL) e IMEDIPA en Chipre, 21 y 22 de mayo, 2010; BENNET, M. «The economics of information exchange» y WOODS, D. «New Commission Rules on Horizontal Co-Operation Agreements Information Exchange» en *The New Legal Framework For Horizontal Cooperation Agreements*, conferencia organizada por el Global Competition Law Centre (GCLC) del Colegio de Europa en Bruselas, 16 de febrero de 2011; y ESTEVAN DE QUESADA, C., «Prácticas facilitadoras y sistemas de intercambio de información» en ALONSO LEDESMA, C. y otros, *La aplicación privada del Derecho de la competencia*, Ed. Lex Nova, Madrid, 2011, pág. 851 a 862. También se trataron ampliamente los intercambios de información entre competidores en las *IV Jornadas de la Comisión Nacional de la Competencia*, celebradas en la sede de la CNC en Madrid el 21 de junio de 2011, con la celebración de una mesa redonda coordinada por el presidente del Consejo Galego da Competencia, Francisco Hernández y en la que participaron GUTIÉRREZ CARRIZO, I. «Intercambios de Información», ESTEVA-MOSSO, C. «El análisis de los intercambios de información» y GANUZA, J.J. «Information Exchange and Collusion (in Auctions and Procurement)». Sus intervenciones están disponibles en la página web de la CNC: <http://www.cnccompetencia.es/Inicio/ConocerlaCNC/Actos/tabid/230/ContentID/348286/Default.aspx>.

4. SMITH, A. *La Riqueza de las Naciones*, Ed. Alianza, Madrid, 1997, libro 1, capítulo 10, apdo. 82. En concreto, en su versión inglesa, Adam Smith afirmaba que «*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.*»

empresarial sin dañar innecesariamente la competencia, por lo que debería merecer, en su caso, una exención a la prohibición. Como se puede fácilmente comprender, entre ambas posturas media un abismo y, como siempre ocurre, habrá que llegar a puerto en las zonas templadas, con independencia de que en este punto hallar ese puerto seguro que desearían las empresas resulta muy difícil, por no decir imposible, por lo que, aunque sea una cierta manera de adelantar las conclusiones, sería oportuno mandar el mensaje de la conveniencia de reducir al máximo, si no fuera posible suprimir, cualquier intercambio de información entre competidores que afecte a decisiones estratégicas en el más amplio sentido de la palabra. Indudablemente en ese punto se encontraría el deseado puerto seguro. Y, además, y posiblemente siga adelantando conclusiones, que la necesidad de analizar cada caso concreto haga difícil obtener, porque nunca hay dos casos iguales, unas líneas doctrinales generalmente aplicables. Tal vez lo importante sea obtener un método de análisis, y esa es la primera y más importante de las conclusiones que se pueden obtener, aunque me haya anticipado a reflejarla al principio de estas líneas.

Nadie duda de que la transparencia de la información puede conseguir mercados más eficientes, en la medida de que puede mejorar la adopción de acuerdos que produzcan mejores precios y mayores beneficios, permite ajustar las predicciones de demanda y por ello mejorar los precios, al reducir la incertidumbre puede aumentar las inversiones, y reduce los problemas de selección negativa e, incluso en determinados sectores, puede ser necesaria.⁵

Si tal es cierto, no es menos cierto que los aspectos negativos derivados del hecho de que los competidores puedan poseer la misma información entre ellos intercambiada puede facilitar, o ser un elemento necesario, para la colusión, o cuanto menos para la coordinación de las conductas y las estrategias y, en ese supuesto, difícilmente podrán encontrarse elementos positivos que compensen los elementos negativos sobre la competencia, por lo que cualquier intercambio de información merece la atención de las autoridades de competencia.

Ahora bien, el problema es que tal tarea resulta cualquier cosa menos sencilla. Los instrumentos que las normas de la competencia permiten para combatir las manipulaciones del mercado son limitados y de hecho se reducen con carácter general a la persecución de las conductas con base en la colusión y los abusos de la posición dominante. Por ello, con frecuencia, en las conductas, como ocurre en las que ahora analizamos, que presentan perfiles menos nítidos es frecuente acudir a conceptos menos detectables por los medios probatorios tradicionales, como son las prácticas concertadas o conscientemente paralelas, o los abusos de la posición colectiva de dominio, aun cuando las dificultades de la aplicación de

5. Todos estos aspectos fueron puestos de manifiesto por Matthew Bennet, director del área económica de la OFT en su presentación de 16 de febrero de 2011 en GCLC en Bruselas, BENNET, M. *op. cit. supra*, en nota a pie de pág. n.º 3, con referencia a los trabajos de Jensen (2007), Kuhn y Vives (1995), Dixit (1989).

esta última figura a los intercambios de información, queda descartada⁶ con toda lógica.

Es cierto que la legislación española permite explorar las posibilidades de aplicar a este tipo de conductas el artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia de 2007 («LDC»)⁷ cuando las conductas afecten, lo cual resulta indudable, a la competencia, pero hasta el momento la CNC no se ha atrevido a realizar tal análisis y los comentaristas no se han adentrado por esa vía que, no obstante presentar ciertas dificultades, no debe ser rechazada en absoluto.⁸

Posiblemente tenía razón cuando se señalaba, en un tema en buena medida relacionado con este como es el relativo a las conductas conscientemente paralelas, que el problema radica en el hecho de que los juristas y los economistas hablamos de cosas diferentes y así, cuando entre juristas se habla de prácticas colusorias, infieren un intercambio de palabras, mientras que los economistas, cuando hablan de colusión, piensan en estrategias.⁹

Y es al mismo tiempo cierto que en la medida en la que se ha ido intensificando la aplicación de la legislación de la competencia y se han ido sancionando, cada vez con mayor intensidad, los acuerdos colusorios, algunas empresas han ido intentando conseguir por otras vías los mismos efectos positivos, para ellas, de la

6. ESTEVAN DE QUESADA, C., *op. cit. supra*, nota a pie de pág. nº 3, en la pág. 852.

7. Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, BOE nº 159, de 4 de julio de 2007, pág. 28848.

8. La conveniencia del mantenimiento o no del controvertido artículo 7 de la LDC de 1989 (Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, BOE nº 170 de 18 julio de 1989, pág. 22747, en adelante «LDC de 1989», derogada por la actual LDC de 2007, *Ibid*) fue objeto de un buen número de debates con ocasión del Libro Blanco y la tramitación del Proyecto de ley de defensa de la competencia, triunfando definitivamente su mantenimiento como artículo 3 de la LDC de 2007, con ciertas modificaciones. Tras la entrada en vigor de la LDC el artículo ha quedado en cierta medida obviado y los acendrados debates del pasado parecen haber pasado a mejor vida, no puedo ocultar que con cierto sentimiento de frustración por quienes siempre hemos defendido que el precepto ofrece ciertas posibilidades para perseguir conductas anti-competitivas que solo con interpretaciones que podrían considerarse forzadas de los artículos 1 y 2 pueden conseguirse. Sin duda la tendencia a tomar precedentes comunitarios o de otras jurisdicciones donde no existe un precepto similar contribuye a dificultar esta vía, en la que en cualquier caso sería necesario profundizar. Superado en buena medida el debate sobre si las conductas desleales deben limitarse a las reguladas en la Ley de Competencia Desleal (Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, BOE nº 10 de 11 de enero de 1991, pág. 959, recientemente modificada por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, BOE nº 315 de 31 de diciembre de 2009, p. 112039, en adelante «LCD»), no debe olvidarse que el artículo 3 de la LDC puede aplicarse a las conductas desleales por resultar objetivamente contrarias al principio de la buena fe, es decir con aplicación de la cláusula general del artículo 4 de la LCD. Si alguien, por ejemplo el líder barométrico, facilita la información unilateralmente con la intención de señalar un «punto focal para la coordinación» (STIGLER, G. «The Economics of Information» en *The Journal of Political Economy*, Vol. LXIX, nº 3, The University of Chicago Press, junio 1961, citado por BENNET, M., *op. cit. supra* en nota a pie de pág. nº 3) aun cuando los restantes operadores se vean forzados a seguirle, debilitando de esta forma el elemento consensual necesario para la aplicación del artículo 1 de la LDC, podría, en términos hipotéticos, estar vulnerando objetivamente el principio de la buena fe. Con posterioridad, al analizar la Resolución de la CNC de 2 de julio de 2009, Expte. 2759/07, *Teléfonos Móviles*, se volverá sobre esta cuestión.

9. El profesor Herbert Hovenkamp concretamente decía que: «*One reason the courts have had difficulty writing conspiracy rules is that lawyers and economists understand the concept so differently. For lawyers, collusion consists mainly of communicated words (...). In contrast, when industrial organization economists think of collusion, their minds typically do not call up "contracts". Rather, they think of games and strategies, and these are typically much less verbal than the lawyer's idea of agreement will permit.*» Ver HOVENKAMP, H., *The antitrust enterprise: principle and execution*, Harvard University Press, 2005, pág. 126.

colusión sin merecer la persecución de las autoridades de la competencia.¹⁰ O por decirlo de otra manera, las infracciones de la competencia se han ido sofisticando y, en esa medida, se ha complicado considerablemente la persecución de determinadas conductas, aun cuando sus efectos negativos sobre el mercado, sobre el interés público, sean los mismos que los de otras conductas colusorias más burdas, menos sofisticadas.

Y en este apartado no puedo ocultar que los límites fijados en ciertos expedientes de autorización singular no han contribuido a aportar claridad al problema.¹¹ Nuevamente se ha puesto de manifiesto como el formalismo del derogado, afortunadamente, sistema de notificación y autorización singular ha causado estragos en ciertas zonas de la aplicación de las normas de la competencia en las que, como ocurre en el tema de los intercambios de información, es necesario incidir en el análisis individualizado, caso a caso, sin obtener, como desearían los recalcitrantes buscadores de la certeza legal, unas nítidas líneas sobre lo que se puede o no se puede hacer. Pero, naturalmente el formalismo que comporta el expediente de notificación o autorización singular exigía el diseño de tales líneas que o pueden quedar obsoletas o, y ello es peor, distorsionadas por interpretaciones interesadas que van ampliando los límites de lo permitido. Un argumento más para reforzar los argumentos de los críticos, entre los que me encontraba, de ese procedimiento.

Otro problema adicional puede plantearse en la dificultad de ofrecer una respuesta unívoca a todos los supuestos que se pueden englobar dentro del concepto genérico de intercambio de información, ya que, como resulta lógico, en su seno se pueden encontrar un buen número de conductas que presentan perfiles diferentes y que, por lo tanto, pueden tener tratamiento distinto. Las Directrices de la Comisión Europea sobre acuerdos horizontales señalan, en su apartado 55, que el intercambio de información puede revestir diversas formas: los competidores pueden compartir los datos de forma directa, o bien de forma indirecta a través de un organismo común o de un tercero, y señala a continuación una casuística como corresponde al objetivo de unas directrices. Ahora bien, si se hace un esfuerzo de sistematización de las diversas modalidades, podrían simplificarse los supuestos en los que los intercambios de información se producen en el contexto de un acuerdo

10. ESTEVAN DE QUESADA, C., op. cit. *supra*, en la nota a pie de pág. n° 3, en la pág. 851 señala con acierto el precedente de los «Gary's dinners», unas cenas organizadas en los primeros años del pasado siglo por el presidente de la United States Steel Corporation en las que informalmente se cambiaban informaciones sobre precios y cuotas de producción del acero, con el convencimiento de que en dichas intercambios, al no mediar ningún acuerdo, no violaban las normas antitrust. Con el tiempo las autoridades de la competencia se dedicaron a investigar tales cenas y ya en 1920 el Tribunal Supremo de los Estados Unidos decidió que constituirían un caso de fijación de precios.

11. Conviene recordar en este punto, además de la larga saga de expedientes de autorización singular relativos a la creación de registros de morosos, algunos especialmente significativos en la elaboración de la doctrina del extinto TDC, como fueron la Resolución del TDC de 3 de junio de 1996, asunto *Servicio Trip / ASNEF*, Expte. A 164/96 y Resolución del TDC de 7 de julio de 1997, Expte. A-209/97, *Fichero Asnef-Sic*; Resolución de 9 de abril de 2002, Expte. A 296/01, *Anuario Videográfico*; Resolución TDC de 30 de marzo de 2004, Expte. A 329/02, *Estadísticas Cerveceros I*; Resolución del TDC de 11 de julio de 2007, Expte. A 360/06, *Estadísticas de Cerveceros (II)*.

más amplio que puede ser considerado como cártel, otro supuesto diferente sería el de la información unilateralmente facilitada, en público o en privado, a los competidores. Podría señalarse que, en sentido semántico, el verdadero intercambio, exige una información recíproca, y este es otro supuesto; otro supuesto sería cuando la información se facilita por un tercero, sea este ajeno o bien una organización común y, finalmente se pueden señalar algunos problemas que se plantean cuando el intercambio de información tiene lugar, en materia de distribución comercial, entre proveedores y distribuidores. Como se comprenderá hay una amplia panoplia de supuestos en los que resulta difícilmente admisible una única respuesta, y ello por no hablar del contenido de la información, de la frecuencia o de otras modalidades. De la misma forma hay supuestos en los que fácilmente pueden plantearse sin objeciones que algunos intercambios de información constituyen supuestos de prohibición por objeto, mientras que en otros será necesario analizar si la prohibición procede por los efectos, reales o potenciales, anticompetitivos.

Pero, naturalmente, en cualquiera de las modalidades inicialmente planteadas el elemento consensual y la bilateralidad aparecen más o menos nítidos, pero resultan esenciales, ya que hemos de movernos en el campo de los acuerdos colusorios. Pero ello no nos puede hacer olvidar que no es lo mismo una información unilateral, por mucho que exista un tácito entendimiento de que la información se facilita para, y sus receptores tácitamente así lo esperan, realizar paralelismos conscientes, que el intercambio recíproco de informaciones sensibles, porque en ese supuesto el elemento consensual aparece nítido. Por no hablar del intercambio de información que no se presenta aislado, sino como parte integrante de un cártel. La conducta bilateral y el consentimiento estarán presentes en todos los supuestos pero existirá mayor o menor dificultad para probarlo.

Naturalmente las Directrices de la Comisión sitúan el análisis de los intercambios de información en el campo de la aplicación del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea («TFUE»), por lo que se dedica en varios de sus apartados¹² a determinar el elemento consensual que obviamente requiere la presencia de varios actores. Y en este capítulo se señalan, para diferenciar el concepto de práctica concertada del lícito paralelismo que supone «el derecho de las empresas a adaptarse juiciosamente a la conducta visible o prevista de sus competidores»,¹³ que el elemento fundamental se encuentra en la existencia de contactos entre los competidores, sean directos o indirectos, que tengan por objeto influir en la conducta de los competidores o bien desvelar las conductas que se tiene previsto adoptar en el mercado.

12. Aptos. 60 a 63 de las Directrices Horizontales, cit. *supra* en nota a pie de pág. nº 2, bajo la rúbrica genérica: «Prácticas concertadas».

13. Apto. 61 de las Directrices, *Ibid.*

En segundo lugar se señala¹⁴ que no es necesaria la reciprocidad en la información. A efectos de la prohibición carece de importancia que la transmisión sea unilateral o bien que todas las empresas se informen recíprocamente de sus intenciones. Resulta obvio que, a pesar de los esfuerzos realizados por los autores de las Directrices para señalar la igualdad de los supuestos, la bilateralidad y el elemento consensual aparecen con desigual intensidad en uno y otro supuesto, siendo naturalmente más débil en el supuesto de la información unilateral y, por ello, conscientemente se señala que cuando una empresa reciba datos estratégicos de un competidor, se presume que ha aceptado la información y se ha adaptado a la conducta del mercado «a menos que responda con una declaración clara de que no desea recibir tales datos».¹⁵ Una exigencia que puede plantear no pocas dificultades probatorias a quien haya escuchado la información pero en nada esta haya influido en su comportamiento o estrategia.

Resulta, por lo tanto, evidente que existe una gran diferencia de supuestos si tenemos en cuenta la presencia, con mayor o menor intensidad o al menos con mayor o menor evidencia, del elemento consensual. Y para reforzar los supuestos menos evidentes puede resultar necesario mencionar que en este orden de cosas se ha considerado en algunos supuestos que el intercambio de información constituye una práctica facilitadora,¹⁶ y ello puede ser cierto en el supuesto de la transmisión unilateral de la información, pero si se trata de una información recíproca no se debe hablar de práctica facilitadora puesto que será más sencillo hablar de la existencia de un verdadero concierto de voluntades para amoldar los comportamientos competitivos. Es decir de un acuerdo.

En cualquier caso, como quiera que los problemas de las distintas modalidades de los intercambios de información plantean problemas diferentes de competencia, o tal vez sea más correcto señalar no tanto que planteen problemas diferentes de competencia sino que precisan de enfoques diferentes para analizar los problemas de competencia que persiguen, producen o pueden producir, deben analizarse por separado los distintos supuestos, con especial referencia a

14. Apto. 62 de las Directrices, *Ibid.*

15. Apto. 62 de las Directrices, *Ibid.* En buena medida se trata de un supuesto analizado por la CNC en las Resoluciones de 21 de enero de 2010, Expte. S/0084/08, *Fabricantes de Gel* y de 29 de junio de 2011, Expte. S/0224/10, *Colomer* respecto a la conducta de Colomer. En el expediente que dio lugar a la primera de las citadas resoluciones no se había imputado a Colomer porque solo se había acreditado su participación en la primera de las reuniones que fue considerada el inicio del cártel, pero el hecho de que no se hubiera aclarado suficientemente el momento en el que decidió desvincularse de las reuniones y así como la indudable realidad de que en la reunión a la que asistió recibió determinada información que pudo determinar su comportamiento en el mercado, dieron lugar a que el Consejo de la CNC instase a la Dirección de Investigación a que se incoase un nuevo expediente, que dio lugar a la segunda de las resoluciones citadas en la que se sancionó a Colomer por haber formado parte de un cártel desde la primera de las reuniones a la que asistió hasta tres meses después cuando se conoció su deseo de desvincularse del mismo.

16. PASCUAL PONS, C. «Las prácticas facilitadoras de Resultados Anticompetitivos», op. cit. *supra*, en la nota a pie de pág. nº 3, en la pág. 23; ESTEVAN DE QUESADA, C. op. cit. *supra*, en la nota a pie de pág. nº 3, en la pág. 856.

los supuestos que han sido analizados en Resoluciones de la CNC (o en su caso del extinto Tribunal de Defensa de la Competencia o «TDC»).

II. Diversas modalidades de intercambio de información

1. Información unilateralmente transmitida

Este supuesto consiste en el hecho de que un operador, normalmente aunque no necesariamente, el incumbente, facilita a sus competidores con carácter previo a su adopción, determinadas informaciones estratégicas sin exigencia de reciprocidad. Esta transmisión normalmente se realizará con cierta publicidad, lo cual, si bien es cierto que facilita su prueba, ofrece al mismo tiempo un argumento de descargo. Puede señalar quien así actúa que el objetivo de su conducta no es anticompetitivo, sino facilitar información al mercado y no específicamente a sus competidores. Ahora bien, ¿es ese el objetivo real de la transmisión de la información? Pues desde la racionalidad del comportamiento no resulta descabellado señalar que esta información así facilitada puede tener como objetivo disminuir incertidumbres sobre los comportamientos de sus rivales o, dicho de otro modo, invitar al paralelismo de los demás facilitando la coordinación. La cuestión no resulta sencilla de analizar y será necesario someter a una cuidadosa observación todos los elementos, particularmente el momento en el que la transmisión de la información se produce. Es este un supuesto típico de práctica facilitadora. Ahora bien el hecho de que este tipo de información se realice con cierta publicidad no es ni mucho menos descartable que haya supuestos en los que la información se transmita en privado de un competidor a otro.

Las Directrices de la Comisión dedican dos apartados a estos supuestos.¹⁷ Se parte de la premisa de que tales intercambios, que en realidad son prácticas facili-

17. Así, en el aptdo. 62 de las Directrices se analiza el supuesto de una comunicación facilitada de forma restringida en los siguientes términos: «62. Una situación en la que solo una empresa revela información estratégica a su competidor o competidores que la acepta(n) también puede constituir una práctica concertada [47]. Estas revelaciones pueden ocurrir, por ejemplo, a través de contactos por correo postal, correo electrónico, llamadas telefónicas, reuniones etc. En este caso carece de importancia si solo es una empresa la que unilateralmente informa a sus competidores de su comportamiento previsto en el mercado, o si todas las empresas participantes se informan recíprocamente de sus respectivas deliberaciones e intenciones. Cuando es una única empresa la que revela a sus competidores información estratégica referente a su futura política comercial, se reduce para todos los competidores implicados la incertidumbre estratégica en cuanto a la operación futura del mercado y se incrementa el riesgo de disminución de la competencia y de comportamiento colusorio [48]. Por ejemplo, es probable que la simple asistencia a una reunión [49] en la que una empresa revela sus planes de precios a sus competidores se incluya en el ámbito de aplicación del artículo 101, incluso aunque no haya un acuerdo explícito de subir los precios [50]. Cuando 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 [51].»

Por su parte, el aptdo. 63 analiza un supuesto de anuncio realizado unilateral y públicamente: «63. Un anuncio de una empresa hecho de forma unilateral y verdaderamente pública, por ejemplo a través de un periódico, no suele constituir una práctica concertada a tenor del artículo 101, apartado 1 [52]. Sin embargo, en

tadoras, constituyen una práctica concertada. Pero de su texto se pueden realizar ciertas consideraciones.

En primer lugar, cuando se habla del supuesto de las comunicaciones privadas, se considera que resulta intrascendente que sea una empresa la que facilite la información o que bien todas las empresas la faciliten recíprocamente. Este apartado, que puede resultar equívoco, solo puede entenderse en el supuesto de que no haya propiamente dicha una información recíproca previamente concertada sino que, en realidad, se trate de diversas transmisiones unilaterales de información que coincidan en el tiempo. Un empresario notifica, por ejemplo, sus precios, y los restantes, de forma autónoma, le responden con la misma información, pero ese es un supuesto y otro muy diferente es el que con carácter previo a la reunión o el correo, los diversos competidores hayan acordado transmitirse recíprocamente la información. En este último supuesto no solo puede haber práctica facilitadora, sino que se puede afirmar la evidente existencia de una colusión, e incluso, como más adelante se señalará, de un cártel de intercambio de información. Es decir, que el elemento consensual aparece en toda su extensión. Y lo mismo cabría decir del supuesto de la comunicación pública a que se refiere el apartado siguiente (63). Una cosa es que ante un anuncio, los demás repliquen con sus propios anuncios y otra cosa es que exista una estrategia de comunicar, con una cierta cadencia temporal, los anuncios de cada uno. El problema es que en el texto de las Directrices se considera ilícito cualquier tipo de comunicación, como práctica concertada, a no ser que «cuando 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 que no desea recibir tales datos».¹⁸ La verdad es que la exigencia de este comportamiento puede resultar un tanto llamativa e incluso desproporcionada. Podemos considerar, como se ha señalado con anterioridad, que estas consideraciones de la Comisión están motivadas para encontrar el elemento bilateral y consensual por la vía de una cierta flexibilización, que no es inhabitual en la Comisión, del elemento consensual o del relativo a la bilateralidad. Porque la verdad es que un anuncio, realizado en una reunión, por un correo o mediante anuncio público, también podría ser considerado como una conducta unilateral. Es cierto que si a esta información se responde con reciprocidad e incluso adaptando a ella el comportamiento competitivo, puede existir la reciprocidad,

función de los hechos subyacentes a cada asunto, no puede excluirse la conclusión de que existe una práctica concertada, por ejemplo cuando el citado anuncio vaya seguido por anuncios públicos de otros competidores, especialmente porque las respuestas estratégicas de los competidores a los respectivos anuncios públicos (consistentes, por ejemplo, en reajustes de sus propios anuncios anteriores en respuesta a los anuncios de los competidores) podrían resultar ser una estrategia para llegar a un entendimiento común sobre las condiciones de la coordinación.»

18. Apto. 62 de las Directrices *in fine*. La Comisión se basa para realizar esta consideración en las Sentencias del TJUE, ambas de 8 de julio de 1999, en el asunto C-199/92 P, *Hüls*, aptdo. 162; y en el asunto C-49/92 P, *Anic Participazioni*, aptdo. 121.

pero si tal no se produce, la práctica facilitadora seguirá existiendo pero difícilmente podrá ser sancionada por el artículo 101 del TFUE, aunque habrá que tener en cuenta multitud de factores en tal supuesto. Otra cosa es si una conducta consistente en facilitar a los competidores unilateralmente datos que deban permanecer secretos, conducta a la que difícilmente puede presumírsele una intención diferente a la de facilitar un comportamiento paralelo, puede considerarse como una conducta objetivamente contraria al principio de la buena fe y, en la legislación española, perseguir la conducta por el artículo 3 de la LDC. Vaya por delante que exclusivamente se apunta esta vía como una posibilidad a indagar y requerirá de un análisis más profundo que el que en estas líneas se ofrece, pero, teniendo en cuenta que la Comisión Europea no dispone de esa posibilidad, resulta evidente que ese camino convierte en innecesarias las ficciones de bilateralidad que a veces son puestas en cuestión,¹⁹ o también el analizar las conductas de los receptores de esa información, y si han modificado o no, y si lo han hecho voluntariamente o forzados, su estrategia competitiva como consecuencia de la información recibida.

Algunas de las cuestiones planteadas aquí han sido objeto de análisis en recientes Resoluciones de la CNC, concretamente en las de *Teléfonos Móviles*²⁰ y *Colomer*.²¹

Analicemos en primer lugar el supuesto de la Resolución de la CNC en el asunto *Teléfonos Móviles*. Como consecuencia de determinado cambio normativo, las empresas de teléfonos móviles debieron proceder a un cambio tarifario. Movistar anunció el cambio que iba a introducir con cierta antelación sobre la fecha legalmente establecida, con lo que permitió que los otros operadores (Vodafone y

19. Sentencia del TJUE de 6 de enero de 2004, asuntos acumulados C-2/01 P y C-3/01 P, *Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV y Comisión c. Bayer AG*, aptdos. 101 y 102 (asunto «ADALAT»). La Comisión, en su Decisión 96/478/CE, de 10 de enero de 1996, *ADALAT*, DO L 201 de 9 de agosto de 1996, pág. 1, había considerado que un sistema de gestión de inventarios ideado por Bayer por el que fijaba las cantidades a suministrar a los distribuidores de medicamentos, negando el suministro de cantidades superiores a las calculadas, constituía un acuerdo. La Comisión se había basado en la jurisprudencia clásica del TJUE en materia de distribución conforme a la cual, el acatamiento por un distribuidor de las condiciones comerciales, incluso impuestas, de un suministrador, constituía un acuerdo susceptible de infringir el art. 101 TFUE si se ubicaba en el marco de unas «relaciones comerciales continuadas». En estos casos, no era preciso demostrar una aceptación expresa para apreciar la existencia de un acuerdo. Sin embargo, los hechos en *ADALAT* eran ligeramente distintos, y primero el TPI y luego el TJUE constataron que no era posible extraer la conclusión de un acuerdo en un sistema de «gestión de inventario» como el impuesto por Bayer. En concreto, el TJUE afirma que «considerar que se puede declarar la existencia de un acuerdo prohibido por el artículo 85, apartado 1, [ahora art. 101.1 del TFUE] del Tratado tomando como único fundamento la expresión de una política unilateral destinada a impedir las importaciones paralelas tendría como efecto confundir el ámbito de aplicación de este precepto con el del artículo 86 del Tratado [ahora art. 102 del TFUE]» (aptdo. 101 de la Sentencia). De hecho, para la existencia de un acuerdo en estas circunstancias, el TJUE matizó que «(p)ara que un acuerdo en el sentido del artículo 85, apartado 1, del Tratado pueda estimarse celebrado mediante una aceptación tácita, es necesario que la manifestación de voluntad de una de las partes contratantes con un objetivo contrario a la competencia constituya una invitación a la otra parte, ya sea expresa o implícita, para realizar en común dicho objetivo; con más razón aún cuando ese acuerdo no beneficia a primera vista, como ocurre en el presente asunto, a la otra parte, a saber, los mayoristas» (aptdo. 102 de la Sentencia).

20. Resolución de la CNC de 2 de julio de 2009, Expte. S/2759/07, *Teléfonos Móviles*.

21. Resolución de la CNC de 29 de junio de 2011, Expte. S/0224/10, *Colomer*, que tiene su origen en la Resolución de la CNC de 21 de enero de 2010, Expte. S/0084/08, *Fabricantes de Gel*.

Orange), que tenían previsto establecer un diferente régimen, amoldaran sus tarifas a las que el incumbente había anunciado. La Dirección de Investigación de la CNC consideró que esa conducta vulneraba el artículo 1 de la LDC porque se trataba de una práctica colusoria consistente en un intercambio de información basado en un anuncio del operador líder del mercado que tendría por objeto falsear la competencia. El Consejo de la CNC consideró que no se había acreditado la infracción. Para llegar a esa conclusión estimó (FJ 6º) que para incluir dentro del ámbito del artículo 1 de la LDC prácticas mediante las cuales un competidor anuncie unilateralmente su estrategia a sus competidores con el fin de falsear la competencia es necesario que éstos «cooperen» siguiéndole.²² Pero, para llegar a la conclusión de que no existía conducta, el Consejo de la CNC consideró que, analizados los supuestos de hecho, «no se puede afirmar que los operadores llegaron a esta decisión [se refiere al sistema de tarificación] como consecuencia del anuncio [de Movistar]» (FJ 7º)

En cualquier caso apreció la CNC ciertas conductas de los operadores dignas de recriminación pero que no fundamentaban una sanción.²³ Con esta última observación se ponía de manifiesto que, aunque en el supuesto concreto no se dieran los presupuestos objetivos necesarios para sancionar, se estaba ante un supuesto fronterizo y que, por lo tanto, no se podía considerar que conductas muy similares, aunque obviamente no idénticas, no pudieran ser objeto de sanción.

En segundo lugar, en el que podríamos denominar como «Caso Colomer» porque se planteó en dos resoluciones diferentes,²⁴ las cuestiones planteadas presentan perfiles que pueden analizarse para conocer la postura de la CNC en diferentes

22. Como podrá observarse, las posteriores Directrices Horizontales de la Comisión Europea en su aptdo. 62, anteriormente comentado, rebaja la exigencia de cooperación y viene a exigir al competidor que recibe la información una activa reacción de rechazo a la información. Tal es así, pero no se puede olvidar que al analizar los supuestos hay que tener en cuenta las conductas en su contexto y analizar las características del mercado. Y, como señaló la CNC, los otros operadores de móviles tenían poco margen para no seguir la actuación del líder.
23. Consideró la CNC que una de las razones que apoyaron la decisión es que la forma de subida resulta menos transparente para los consumidores, y en todo caso esperar la señal del líder con el fin de preservar los ingresos supone mitigar, aunque sea de forma racional y con medios lícitos, la rivalidad que caracteriza los procesos competitivos (FJ 7º). Este tipo de conductas que merecen esa recriminación, aunque sin efectos jurídicos, posiblemente sería conveniente analizarlas en un futuro a la luz del artículo 3 de la LDC, conforme anteriormente se ha apuntado, explotando las potencialidades, en buena medida hasta ahora inexploradas de ese precepto en relación con la cláusula general de la LCD.
24. Resoluciones de la CNC de 21 de enero de 2010, Expte. S/0084/08 *Fabricantes de Gel* y de 29 de junio de 2011, Expte. S/0224/10 *Colomer*, anteriormente citadas. La cuestión no resultó pacífica en la medida en la que, como se ha señalado en el primero de estos expedientes la Dirección de Investigación no había imputado a Colomer, y en la Resolución el Consejo instó a que fuera imputada, necesariamente en un expediente diferente. De acuerdo con el mandato del Consejo, la Dirección de Investigación inició un nuevo expediente sancionador pero tras la instrucción, reiteró la propuesta en relación con la conducta de Colomer «al no haberse podido acreditar ni su participación en el cártel analizado en este expediente ni el que hubiera llevado a cabo conducta autónoma alguna en el ámbito de los intercambios de información en relación con este mismo cártel». Disconforme con estas apreciaciones, el Consejo de la CNC procedió a recalificar la valoración jurídica de la conducta y terminó, en la segunda de las citadas resoluciones, sancionando a Colomer como partícipe de un cártel durante un reducido período de tiempo.

apartados, pero en este se comenta en la medida en la que se analiza una transmisión de información no tanto unilateral porque fue realizada por varias empresas, sino que no fue realizada por uno de los asistentes a la reunión, que asumió una posición pasiva y, por ello, el análisis realizado en el expediente podría equipararse al supuesto del receptor pasivo de una información unilateral.

Los hechos más destacados se resumen de la siguiente manera: diversas empresas fabricantes de gel se reunieron en la sede de una empresa ajena al sector pero perteneciente a uno de los grupos afectados, con asistencia de Colomer, y establecieron una estrategia encaminada a reducir de forma coordinada el tamaño de las botellas de gel, manteniendo los precios. Antes de la celebración de la segunda de las reuniones del cártel, Colomer comunicó su intención de desvincularse de tales reuniones. En su estrategia comercial, no redujo el tamaño de los envases de su producto. Con estos antecedentes, en la primera de las resoluciones dictadas, el Consejo de la CNC consideró que de la participación de Colomer en la reunión *«se derivan indicios de una conducta que puede bien ser valorada como un elemento más de su participación en el cártel, o, en su defecto, indicios de una conducta autónoma limitada al ámbito de los intercambios de información»*.²⁵ Instruido el nuevo expediente, el Consejo de la CNC sancionó a Colomer por haber participado en el cártel, quedando por lo tanto sin efecto la alternativa de haber sido sancionado por haber participado en un intercambio de información, por haber recibido datos de sus competidores, lo cual permitiría presumir, a tenor del texto de las Directrices, que había aceptado la información y habría adaptado a ella su conducta en el mercado.

Las consecuencias que se pueden obtener de este supuesto y del análisis realizado en las dos resoluciones relacionadas radica en que, en el supuesto referido, el hecho de asistir a la reunión inicial del cártel, bien es cierto que en un lugar que debería haber llamado la atención por lo insólito, de haber recibido la información sin realizar manifestación alguna, aunque en los tres meses siguientes manifestara su voluntad de no asistir a las reuniones ni de cumplimentar los acuerdos de reducción del tamaño de los envases sin reducción de su precio, no le exonera de haber pertenecido a un cártel, aun cuando fuera por un reducido período de tiempo. Teniendo en cuenta que no pudo demostrarse que la posición de Colomer en la única reunión a la que asistió fuera activa (incluso alguno de los asistentes manifestó que fue meramente pasiva), lleva a la conclusión que el simple hecho de haber recibido cierta información en una reunión no le exonera de la pertenencia al cártel. Hecho este ratificado por la circunstancia de que tres meses después Colomer manifestó que no cumpliría el acuerdo, lo que pone de manifiesto que la información recibida fue objeto de consideración a la hora de adoptar una decisión comercial estratégica, y de ahí su carácter restrictivo de la competencia.

25. FJ 11º de la Resolución de 21 de enero de 2010, Expte. S/0084/08, *Fabricantes de Gel*.

2. La necesaria información para el funcionamiento de un cártel

Al analizar las resoluciones anteriormente comentadas y referidas al caso *Colomer* se puso de manifiesto que la conducta de una empresa podría ser inicialmente considerada bien como una participación en un intercambio de información, bien como formando parte de un cártel,²⁶ si bien, como ya se ha explicado, en la resolución definitiva se optó, atendiendo a las circunstancias, por la segunda de las opciones, poniendo de manifiesto que intercambiar información puede constituir un cártel.

En consecuencia se puede afirmar que los intercambios de información pueden ser parte, normalmente necesaria, de un acuerdo más amplio. En tal caso se pueden plantear dos cuestiones, aunque aparentemente relacionadas, con más divergencias de consideración de las aparentes. La primera de ellas es, como se ha señalado, cuándo el intercambio de información forma parte de un acuerdo más amplio, y la segunda es si el mero intercambio de información puede constituir un cártel o, por formularlo de manera más adecuada, cuáles son las condiciones que deben reunir los intercambios de información para ser calificados como cárteles. Las Directrices de la CE analizan por separado ambos supuestos.²⁷

Respecto de la primera de las cuestiones, normalmente una cooperación colusoria conlleva múltiples aspectos y algunos de ellos pueden consistir en intercambios de información que normalmente serán necesarios para obtener el acuerdo colusorio. El llegar a un acuerdo habitualmente precisa conocer previamente determinados elementos de la actuación y/o las intenciones de los participantes en el mismo, pero la cuestión será dilucidar cuando ese intercambio de información forma parte de un acuerdo más complejo o cuando puede considerarse autónomo. Normalmente la primera de las conductas será más frecuente que la segunda, pero ello no obsta para que en ambos casos pueda existir infracción de la competencia, particularmente del artículo 1 de la LDC o 101 del TFUE. Como señalan las Directrices en su apartado 56, será preciso determinar cuál es la función económica principal y si el intercambio de información forma parte de un acuerdo más amplio de cooperación horizontal, la evaluación del acuerdo deberá llevarse a cabo en el contexto del análisis del acuerdo de cooperación horizontal. Por vía de ejemplo se señala el supuesto de que en un acuerdo de producción, que puede acogerse a la exención del Reglamento de

26. Resolución de 21 de enero de 2010, Expte. S/0084/08, *Fabricantes de Gel*, FJ 11º.

27. El apdo. 56 de las Directrices sobre restricciones verticales explica que: «El intercambio de información tiene lugar en diversos contextos. Hay acuerdos, decisiones de una asociación de empresas o prácticas concertadas en virtud de los cuales se intercambia información, cuya función económica principal es el intercambio de la información propiamente dicho. Por otra parte, el intercambio de información puede formar parte de otro tipo de acuerdo de cooperación horizontal (por ejemplo, las partes de un acuerdo de producción comparten cierta información sobre costes). La evaluación de este último tipo de intercambio de información debería llevarse a cabo en el contexto de una evaluación del respectivo acuerdo de cooperación horizontal».

especialización,²⁸ las partes comparten cierta información sobre costes. La importancia de esta diferenciación radica en el hecho de que en este primer supuesto puede haber la aplicación del artículo 1.3 de la LDC mientras que para un intercambio de información de precios o cantidades que pueda ser calificado como un cártel, difícilmente cabría tal aplicación.

La segunda de las cuestiones se refiere al intercambio de información como conducta autónoma y en este apartado, particularmente se puede someter a consideración si el intercambio de información puede constituir un cártel. Las Directrices Horizontales en su apartado 59²⁹ han señalado con rotunda claridad que los intercambios de información entre competidores se considerarán cárteles si tienen por objeto fijar, en particular, precios o cantidades. Por lo tanto en buena medida podría considerarse superado el debate de si un intercambio de información entre competidores puede constituir por sí solo un cártel, debate que podría estar provocado por una lectura excesivamente literal del contenido de la Disposición Adicional Cuarta de la LDC de 2007.³⁰

28. Reglamento (UE) nº 1218/2010 de la Comisión, de 14 de diciembre de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos de especialización, DO L 335 de 18 de diciembre de 2010, pág. 43.

29. El apdo. 59 de las Directrices dice que: «Por otra parte, la comunicación de información entre competidores puede constituir un acuerdo, una práctica concertada o una decisión de una asociación de empresas con objeto de fijar, en particular, precios o cantidades. Por norma general, esos tipos de intercambios de información se considerarán cárteles y, como tales, serán multados. El intercambio de información también puede facilitar la implementación de un cartel cuando permite a las empresas controlar si los participantes cumplen las condiciones acordadas. Esos tipos de intercambios de información se evaluarán como parte del cartel».

Posteriormente la afirmación se refuerza con el contenido del apdo. 74: «Así pues, 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 a tenor del artículo 101, apartado 1(4)(5). Además, los intercambios privados entre competidores relativos a sus intenciones en materia de futuros precios o cantidades se considerarán normalmente cárteles y serán multados como tales puesto que, por lo general, tienen por objeto fijar precios o cantidades. Los intercambios de información que constituyen cárteles no solo infringen el artículo 101, apartado 1, sino que además es muy improbable que cumplan las condiciones del apartado 3 de dicho artículo».

30. La Disposición Adicional Cuarta de la LDC («Definiciones») dispone que: «A efectos de lo dispuesto en esta Ley se entiende por cártel todo acuerdo secreto entre dos o más competidores cuyo objeto sea la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones».

En buena medida el debate surgió en ciertos expedientes (Resolución de la CNC de 2 de marzo de 2011, Expte. S/0086/08, *Peluquería Profesional*) que tuvieron su origen en una declaración de clemencia. La cuestión de si el intercambio de información o, mejor dicho, un sistema de intercambio de información constituía un cártel surgió no tanto para no sancionar la conducta (cualquier acuerdo entre competidores constituye una infracción muy grave del artículo 1 de la LDC y cuando tienen por objeto restringir la competencia no deben poderse acoger a la exención del apartado 3 del mismo artículo) o para conseguir su exención sino por el intento de algunos implicados de pretender que se retirara la declaración de clemencia. En ciertas ocasiones se ha aducido que la CNC asumía un concepto amplio de cártel, con olvido para quienes realizaban tales acusaciones que la calificación de cártel no constituye un plus agravatorio de las conductas, ya que cualquier acuerdo horizontal constituye una infracción muy grave del artículo 1 de la LDC y que, en cualquier caso, la calificación de la conducta como cártel tiene sentido a los efectos del programa de clemencia y en la medida que la concesión de la declaración de clemencia tiene efectos beneficiosos para quienes a ella se acogen, no se vulnerarían principio alguno si la interpretación fuera realizada en términos amplios.

En cualquier caso, para llegar a la conclusión de si ese intercambio de información constituye un cártel habrá que estar, una vez más, a las circunstancias concretas del caso, fundamentalmente al contenido de la información transmitida y a su periodicidad. Un caso paradigmático lo constituyó la Resolución de la CNC de 2 de marzo de 2011 sobre el sector de la peluquería profesional.³¹ En el expediente se analizó la conducta de ocho empresas y una asociación consistente en la adopción de acuerdos de intercambio de información comercial sensible y de no captación de trabajadores, y esos acuerdos fueron calificados como cártel. Las circunstancias concurrentes en el caso llevan a la conclusión de lo acertado de la apreciación teniendo en cuenta que se trataba de un intercambio de información sobre precios y tarifas, incrementos de precios recientes y previsión de fecha y montante de incrementos de precios futuros y, además, las reuniones vinieron celebrándose durante diecinueve años con regularidad semestral y, adicionalmente, si alguna de las empresas no facilitaba los datos en la reunión, le eran reclamados para distribuirlos posteriormente entre los componentes del grupo. Ahora bien, a tenor del apartado 59 de las Directrices, para que ese intercambio de información pueda ser considerado como un cártel, debe tener por objeto fijar precios o cantidades y por ello sus integrantes se empeñan en aducir ante las autoridades de la competencia otras explicaciones alternativas, es decir, que el intercambio de información no tendría ese objeto. Si nos atenemos al supuesto concreto que se analiza y que fue resuelto por la citada Resolución de la CNC, difícilmente podría encontrarse una explicación alternativa a unas reuniones, celebradas en el seno de un comité específico de la asociación profesional que se ha extendido durante un período de casi veinte años, con una duración semestral y con un nivel de información detallado e incluso mecanismos para suplir sus deficiencias.³² Por otra parte, aparece un elemento adicional que puede ponerse de manifiesto para la calificación como cártel, elemento que tiene relación con el carácter de organización, ya que se trata de un sistema de organización permanente y que funciona, entre otros extremos, para intercambiarse información y ello, en las circunstancias descritas, no puede tener por objeto más que la fijación de precios. Nuevamente debe señalarse que no es posible caer ni en el nominalismo ni en los análisis superficiales para conductas que son complejas. No es posible dejar reducido el acuerdo de precios a un acuerdo formal en el que consten en acta los precios que cada uno ha de establecer en el futuro y los mecanismos de represalias que se establezcan para quienes incumplan los acuerdos, ya que un cártel es cualquier cosa menos un acuerdo formal, pero un acuerdo por el que unos competidores, en el seno de una

31. Recaída en el Expte. S/0086/08, *Peluquería Profesional*, RCNC de 2 de marzo de 2011.

32. «Por tanto ese intercambio sistemático de precios actuales y futuros entre las ocho empresas es en sí mismo una infracción de las más graves, puesto que no puede tener otro objeto que afectar seriamente a la competencia, anulando la incertidumbre estratégica, la independencia en las políticas comerciales y el incentivo para competir entre sí en precios, calidad o servicio» (FJ 7º de la Resolución de la CNC de 2 de marzo de 2011, Expte. S/0086/08, *Peluquería Profesional*).

asociación empresarial, se intercambian semestralmente los precios, acuerdo que goza de una estabilidad de casi una veintena de años, difícilmente puede tener otra explicación que la de fijar los precios.

En otra de sus resoluciones, la CNC llegó a unas conclusiones distintas, resultado de que las circunstancias del caso eran diferentes por cuanto que se realizó un análisis similar al anterior,³³ al considerar que los contactos esporádicos detectados entre los competidores y los intercambios de información propagados a través de los clientes no solo no constituían un cartel, sino tan siquiera un sistema de intercambio de información autónomo susceptible de infringir el artículo 1 de la LDC. Es decir que para llegar a una conclusión es necesario analizar, entre otros extremos, el alcance y la frecuencia de los intercambios de información para concluir si constituyen o no una infracción, y ello se realiza en ambas resoluciones alcanzando conclusiones diferentes puesto que, obviamente, diferentes eran los supuestos de hecho.

En cualquier caso, se pueden obtener algunas conclusiones provisionales, y la primera de ellas es la imposibilidad de obtener unas pautas universalmente aplicables para determinar si un intercambio de información, sobre precios y cantidades, puede constituir o no una infracción por objeto, y que, y en ello hay que insistir, hay que hacer un análisis pormenorizado de los supuestos y buena prueba de ello lo constituyen las dos resoluciones de la CNC que se han analizado.

Y no puede dejar de señalarse que ese análisis no siempre es posible realizarlo extrayendo de su contexto algunas apreciaciones y argumentos realizados en un caso concreto por una autoridad de la competencia. Valga por caso la Resolución en el asunto *Fabricantes de Envases de Hojalata*.³⁴ En ella se realiza el comentario de que los intercambios de información propagados por los clientes no constituyen una infracción, apreciación en todo punto ajustada pero de la que no debe sacarse la conclusión de que cualquier intercambio de información realizado a través de los clientes queda exento de la prohibición. Es cierto que en el contexto de las relaciones comerciales los clientes pueden llegar a comunicar a sus proveedores los precios ofrecidos por los competidores de estos, como estrategia para obtener mejoras comerciales y de ello no se puede deducir la existencia de una infracción de las normas de la competencia, pero de la misma forma que no puede descartarse que una información hecha pública no constituya una infracción, tampoco no se puede descartar que la información, si es transmitida mediante la utilización de los clientes, en ningún caso pueda constituir una infracción de las normas de la competencia. Puede caber el supuesto en el que exista un acuerdo tácito entre competidores de anunciar a sus respectivos clientes las modificaciones de precios con una antelación desproporionalmente innecesaria con el oculto objetivo de facilitar el paralelismo de los precios. Podríamos, en tal supuesto, encontrarnos

33. Resolución de la CNC de 27 de mayo de 2011, expediente S/018/09, *Fabricantes de Envases de Hojalata*.

34. *Ibid.*

ante un supuesto de una práctica facilitadora que tendría efectos anticompetitivos y que podría suponer una infracción de las normas de la competencia. En este orden de cosas, es necesario recordar que las propias Directrices Horizontales³⁵ prevén que el intercambio de información pueda llevarse a cabo a través de los proveedores o los minoristas.

3. Intercambios de información a través de un tercero

Como se ha señalado con anterioridad la información puede ser intercambiada a través de un tercero, se encuentre este o no en relación con los partícipes en el intercambio. Indudablemente para determinar la ilicitud de estas conductas, el análisis no presenta mayor complejidad que en el supuesto de que la transmisión de la información sea directa, pero en cualquier caso se puede presentar tal número de supuestos que el análisis de todos y cada uno de ellos resulta una ingente tarea que no se pretende ahora concluir. Baste con el análisis de algunos supuestos de los que se pueden sacar algunas conclusiones. Tales supuestos pueden consistir en la información intercambiada a través de una asociación empresarial, de un tercero con el que le unan lazos comerciales tales como los proveedores o los clientes, o bien de un tercero ajeno a la relación comercial, como por ejemplo una empresa consultora.

No cabe duda de que la conducta que menos dificultad de análisis plantea es cuando la información se intercambia a través de una asociación profesional. El carácter de tercero en este caso puede incluso ponerse en cuestión en la medida que la propia entidad es una reunión de la que forman parte los operadores que intercambian información y puede ser utilizada como foro para tal intercambio. En algunas recientes resoluciones de la CNC³⁶ se ha puesto de manifiesto que con cierta frecuencia es en el seno de la propia asociación en la que se produce el intercambio de información, utilizándose en cierta medida su estructura como la propia del cártel y pudiendo ser sancionada la asociación.³⁷

35. Ver el aptdo. 55 de las Directrices (cit. *supra* nota a pie de pág. 2). Posteriormente, en los aptdos. 92 a 94, plantean algunas consideraciones sobre que el hecho de que el intercambio sea público o incluso se refiera a datos conocidos no excluye que el intercambio deje de merecer la calificación de conducta anticompetitiva.

36. La CNC ha multado a asociaciones tanto como autores de prácticas restrictivas (ver, entre otras, las resoluciones de la CNC de 28 de julio de 2010, Expte. S/0091/08, *Vinos Finos de Jerez*; de 7 de febrero de 2011, Expte. S/0155/09, *STANPA*; de 2 de marzo de 2011, Expte. S/0086/08, *Peluquería Profesional*; y de 24 de junio de 2011, Expte. S/0185/09, *Bombas de Fluidos*), como «facilitadores» de las mismas, al propiciarlas mediante intercambios de información orquestados o tolerados desde la propia asociación (Resolución de la CNC de 13 de mayo de 2011, Expte. S/0153/09, *UNESA*). A *sensu contrario*, ver la Resolución de la CNC de 17 de noviembre de 2008, Expte. S/0120/08, *Transitarios*, pág. 93 a 95.

37. LORCA MORALES, T., «El intercambio de información en las asociaciones empresariales: hasta dónde es posible llegar sin incurrir en una infracción del derecho de la competencia», op. cit. *supra*, en la nota a pie de pág. nº 3, en la pág. 64, considera que cuando la asociación no tenga un rol separado a la hora de implementar la conducta anticompetitiva y cuando los actos de la asociación no puedan separarse de los actos de sus respectivos miembros, la asociación no estará sujeta a las disposiciones del derecho antitrust. No es esta una tesis que

Caben también supuestos en los que la recopilación por la asociación de información, en algunos casos, puede acogerse al artículo 1.3 de la LDC, tal como información de carácter estadístico. Como quiera que este tipo de intercambios de información ha merecido una serie de resoluciones del extinto TDC, bien en los supuestos de registros de morosos, bien de otras informaciones de carácter estadístico y que en tales supuestos la Autoridad española de la Competencia marcó ciertas pautas de actuación, merece la pena que nos detengamos resumiendo tales pautas.

Durante la vigencia de la LDC de 1989 hubo un buen número de asociaciones que plantearon la necesidad de elaborar en su seno un registro que facilitara el acceso a sus integrantes a información sobre la morosidad de sus clientes. En la medida en que la elaboración de estos datos podría suponer un alineamiento del comportamiento comercial de competidores se consideró que podía suponer la infracción del artículo 1 de la LDC de 1989, pero merecer una exención por reunir los requisitos del artículo 3 de la misma ley (actual artículo 1.3 de la LDC de 2007).³⁸ Un buen número de resoluciones indicaron los requisitos exigibles a tales registros de morosos para poder acogerse a una autorización singular.³⁹ La repetición de expedientes similares motivó, en un momento posiblemente tardío

haya sido aceptada en las resoluciones anteriormente citadas, en las que se ha sancionado tanto a las empresas que participaban en el intercambio de información como a las asociaciones en cuyo seno se había producido, siguiendo el criterio (ver, entre otras, la Resolución de la CNC de 28 de julio de 2010, Expte. S/0091/08, *Vinos Finos de Jerez*, FJ 11º, especialmente las págs. 114 a 119) según el cual el hecho de que un cártel sea llevado a cabo en el seno de una asociación no impide que se sancione al mismo tiempo a sus integrantes y a la propia asociación.

38. De hecho, incluso el TDC ha llegado a afirmar que determinados sistemas de intercambio de información no entran en el ámbito de aplicación del artículo 1 de la LDC cuando son gestionados por un tercero ajeno al mismo y no se refieren a un único sector (ver, por ejemplo la Resolución de 5 de febrero de 1997, *Morosos Eurofono*, expte. A 202/97). En mi opinión, tal doctrina supone la aplicación de una interpretación excesivamente formalista del artículo 1 de la LDC muy propio del que cabía hacer durante la vigencia de la Ley 16/1989 como consecuencia, entre otros extremos, de la existencia del procedimiento de autorización singular, en la medida en la que primaba más una concepción rígida del concepto de bilateralidad (que podría encontrarse en la facilitación de los datos de los integrantes del sector) que en las consecuencias sobre la competencia, y en este orden de cosas el alineamiento de conductas empresariales podría producirse con independencia de en quien recayera la responsabilidad de la elaboración del registro.
39. LORCA MORALES, T., «El intercambio de información en las asociaciones empresariales: hasta dónde es posible llegar sin incurrir en una infracción del derecho de la competencia», op. cit. *supra*, en nota a pie nº 3, en las págs. 69-70 resume estos requisitos recogidos en un buen número de resoluciones del TDC:
- 1) la voluntariedad de la adhesión al registro por parte de los usuarios,
 - 2) la libertad de los adheridos para fijar su política comercial frente al deudor moroso,
 - 3) la objetividad de la información que se transmite a los usuarios,
 - 4) el acceso de los deudores al registro para conocer los datos que les afecten,
 - 5) la no manipulación ni uso de los datos incluidos en el registro para fines distintos de los autorizados como propios del mismo,
 - 6) la delimitación clara de responsabilidad de la gestión del registro en su reglamento, y
 - 7) que el reglamento del registro no pueda modificar la calificación del moroso contradiciendo la prevista en el ordenamiento jurídico vigente.

Como puede observarse algunos de estos requisitos, que pueden parecer ajenos al objetivo de preservar la competencia (por ejemplo el 4 y en menor medida los 5 y 6) se justifican no solo en el formalismo propio del procedimiento de autorización singular, sino en la necesidad de cumplir con todos los requisitos del anterior artículo 3 de la LDC de 1989.

la aprobación de un Reglamento de Exención por Categorías que se convirtió en el único aprobado por la legislación nacional española al margen de la internalización de los respectivos Reglamentos comunitarios.⁴⁰

En cierta relación con los registros de morosos se produjeron una serie de resoluciones del TDC recaídas en expedientes promovidos por Asnef-Equifax en solicitudes de autorización de diversos expedientes de intercambio de información de los clientes que iba más allá de su incursión en morosidad, y con las resoluciones del TDC y jurisdiccionales recaídas se permitió una cierta clarificación de los problemas planteados y, en particular, en los referidos a los intercambios de información. Algunas de las resoluciones del TDC fueron recurridas, lo cual motivó diversas sentencias,⁴¹ incluso con planteamiento de una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la UE («TJUE») que dio lugar a que, si bien en un expediente diferente a aquel en el que se planteó la cuestión prejudicial, se aprobase la creación del registro por considerar que no tenía por objeto restringir la competencia y, en consecuencia, sería necesario analizar si tenía efectos restrictivos, y para ello es preciso determinar el grado de concentración del mercado, si se permite identificar a los acreedores y si es accesible a todos los agentes económicos activos en el sector.⁴² Realizado tal análisis, concluyó el Alto Tribunal que en las condiciones

40. Real Decreto 602/2006, de 19 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de exención de determinadas categorías de acuerdos de intercambio de información sobre morosidad, BOE nº 129, de 31 de mayo de 2006, pág. 20430.

41. Fueron notificados varios acuerdos para la creación de distintas bases de datos o «registros» por parte de ASNEF (junto con otros operadores). Destaco la Resolución del TDC de 7 de julio de 1997, Expte. A-209/97, *Fichero Asnef-Sic*, en la que se denegó la autorización singular para la creación y funcionamiento de un fichero denominado «Asnef-Equifax Servicio de Información de Crédito». La resolución fue recurrida ante los tribunales, siendo confirmada por la Audiencia Nacional en Sentencia de 7 de diciembre de 2001, y anulada por el Tribunal Supremo en Sentencia de 25 de septiembre de 2007, como consecuencia de la cuestión prejudicial planteada en el marco de otro expediente, también protagonizado por Asnef (Expte. 239/98), que dio lugar a la Sentencia del TJUE de 23 de noviembre de 2006, en el asunto C-238/05, Cuestión Prejudicial, *Asnef-Equifax*. En concreto, esta cuestión prejudicial fue planteada en el marco del recurso de AUSBANC contra la Resolución del TDC de 3 de noviembre de 1999, Expte. A 239/98, *Crédito Asnef-Equifax*, por la que se había autorizado la creación de un registro de morosos. En este caso, la Audiencia Nacional anuló la resolución de la TDC y fue en el marco del recurso de casación ante el Tribunal Supremo en el que se planteó la cuestión prejudicial al TJUE. Como consecuencia de la Sentencia del Tribunal comunitario, el Tribunal Supremo, en Sentencia también de fecha de 25 de septiembre de 2007, concluyó que un acuerdo como el notificado no era susceptible de infringir el artículo 1 de la LDC ni el 81 del TFUE.

42. La Sentencia del TJUE de 23 de noviembre de 2006 en el asunto C-238/05, Cuestión Prejudicial, *Asnef-Equifax* señaló: «Por consiguiente, según resulta del apartado 49 de la presente sentencia, la compatibilidad de un sistema de intercambio de información, como el Registro [entre entidades financieras sobre la solvencia de los clientes] con las normas comunitarias sobre la competencia no puede apreciarse de manera abstracta. Depende de las condiciones económicas de los mercados pertinentes y de las características propias del sistema de que se trate, tales como, entre otras, su finalidad, las condiciones de acceso y participación en el intercambio de información, así como la naturaleza de los datos intercambiados —pues estos pueden ser, por ejemplo, públicos o confidenciales, globales o detallados, históricos o actuales—, la periodicidad de los mismos y su importancia para la fijación de precios, los volúmenes o las condiciones de la prestación.» (aptdo. 54).

En aplicación de esta doctrina, si bien planteada, como se ha indicado, en un procedimiento diferente, el Tribunal Supremo dictó su sentencia de 25 de septiembre de 2007 en la que argumentó (FJ 2º) que «los indicados registros no tienen por objeto, por su propia naturaleza, impedir, restringir o falsear el juego de la competencia» y que hay que analizar si tiene efectos restrictivos, para lo que será preciso determinar «si el mercado en que se desenvuelve el fichero se encuentra fuertemente concentrado o se trata de un mercado en el que la oferta

concretas del mercado y del fichero se daban las condiciones para aplicar el artículo 3 de la LDC de 1989 (actual 1.3 de la LDC 2007) y, en consecuencia, para conceder a la autorización, autorización, por cierto, que en el momento de dictarse la sentencia había desaparecido del texto de la legislación de la competencia aplicable.

En algunos supuestos durante la vigencia de la LDC de 1989, el TDC analizó en expedientes sancionadores y de autorización algunas conductas referidas a la elaboración de boletines de precios de vehículos de motor usados⁴³ estableciendo el criterio de que la existencia y elaboración de boletines basados en precios fijados estadísticamente no vulneraban las normas de la competencia, con afirmaciones que si pudieron tener su justificación en el supuesto concreto analizado, no pueden basar una doctrina que resulte aplicable con carácter general a cualquier supuesto de elaboración de estadísticas.⁴⁴

Otra serie de expedientes de autorización tuvieron como objetivo la elaboración de información estadística, utilizando instrumentos de análisis distintos y con resultados en algunos casos ciertamente diferentes a los anteriores. En el primero de ellos y que motivó la Resolución de 1 de marzo de 2002,⁴⁵ en la que se consideró que la recogida de información individualizada relativa a precios y volúmenes de leche de vaca para su tratamiento estadístico realizada por la Asociación de Industrias Lácteas ni tan siquiera constituía un acuerdo subsumible en el artículo 1 LDC. Aunque los datos que se ponían en común constituían secretos de negocios, el sistema acordado por la asociación (FENIL) por el que se enviaban datos a un notario público que debía mantenerlos secretos «*garantiza la confidencialidad y evita que esa recogida de datos agregados se convierta en una forma de desvelar información individual que pudiera servir de base a comportamientos colusorios*». Se trataba, según el TDC, de la «*expresión resumida de hechos realmente acaecidos que permiten obtener un conocimiento útil para los agentes económicos del comportamiento y evolución del mercado y además es un instrumento de análisis del mismo, pero no desvela el comportamiento estratégico de cada agente concreto*».⁴⁶

está atomizada, si se va a revelar directa o indirectamente la identidad de los acreedores, y si es accesible a todos los agentes económicos en el sector.»

43. Resoluciones del TDC de 29 de junio de 1995, Expte. 358/95, FECAVEM; de 30 de junio de 1996, Expte. A 143/95 Precios ventas CVSCCL; y Auto del TDC de 12 de mayo de 1997, Expte. 398/97, Boletín GANVAM.

44. «*Las normas de defensa de la competencia no contradicen o impiden la aplicación y desarrollo de la ciencia estadística. La elaboración de estadísticas, siempre por supuesto que se realicen de conformidad con los principios y reglas de esta disciplina científica, es una conducta lícita que no precisa autorización alguna porque no es un acuerdo sobre precios*» (FJ 2º de la Resolución del TDC de 29 de junio de 1995, *Ibid.*). Estas afirmaciones no pueden en modo alguno resultar aplicables a cualquier mercado, como bien se pone de manifiesto en resoluciones posteriores del propio TDC, ya extinto. En los supuestos a los que se refería, es decir a un mercado tan atomizado como es el de venta de vehículos usados, podría tener razón de ser, pero aplicar literalmente esa doctrina a cualquier mercado no parece admisible.

45. Resolución de 1 de marzo de 2002, Expte. A 309/01, Información estadística FENIL.

46. FJ, aptdo. 2, de la Resolución del TDC en el asunto Información Estadística FENIL, *Ibid.*

La Resolución de 9 de abril de 2002⁴⁷ autorizó en términos más polémicos la elaboración de un anuario para el sector que incluyera estadísticas, estudios ya publicados e información suministrada directamente por las empresas asociadas mediante un sistema por el que la información se recibía por el secretario general de la asociación. Y la polémica en relación a esta resolución vino del hecho, en primer lugar, de que a diferencia de lo que consideraba el extinto Servicio de Defensa de la Competencia o «SDC», el TDC estimó que el mercado (en el que trece empresas controlaban el 90 % del mercado) no estaba excesivamente concentrado, y en segundo lugar, de la consideración de que el secretario de la asociación tenía carácter independiente. Pero con independencia de ello, el método de análisis realizado teniendo en cuenta el grado de concentración del mercado, la antigüedad de la información, la periodicidad y transparencia a terceros, coincide con el habitualmente utilizado para analizar la licitud o ilicitud de los intercambios de información.

En el sector de la producción de cerveza se han producido dos resoluciones en procedimientos de autorización singular, la primera de ellas denegatoria⁴⁸ y la segunda, tras considerables modificaciones de la propuesta, concedió la autorización.⁴⁹

En la primera de estas resoluciones se realiza con detalle un análisis de la estructura del mercado, y de la naturaleza del intercambio de información. Se parte de una estructura del mercado muy concentrada que difícilmente «*puede ocultar la procedencia de variaciones significativas de los datos que se intercambian*», circunstancia esta especialmente agravada por el elevado índice de especialización geográfica, con situaciones en algunas zonas de auténtico duopolio, con lo cual «*el enmascaramiento de datos mediante notario sería completamente ilusorio*». Este hecho unido a que la información intercambiada era muy amplia, periódica y frecuente y que implicaba solo a las empresas productoras, llevó a la conclusión de que «*el intercambio de información puede contribuir a consolidar el oligopolio y las barreras de entrada*» y «*solo supone para los consumidores un aumento del riesgo de colusión entre las mayores empresas del mercado*». Los órganos jurisdiccionales ratificaron el análisis.⁵⁰

47. Expte. A 296/01 *Anuario Videográfico*.

48. Resolución TDC de 30 de marzo de 2004, Expte. A 329/02, *Estadísticas Cerveceros 1*, denegatoria de la autorización, expediente en el que consideró el SDC que el intercambio de información propuesto no vulneraba el artículo 1 de la LDC. La resolución, que fue recurrida, fue confirmada por Sentencias de la Audiencia Nacional de 12 de julio de 2006 y del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 2009.

49. Resolución de 11 de julio de 2007, Expte. A 360/06, *Estadísticas Cerveceros 2*.

50. La Audiencia Nacional (FJ 2º) llegó a ser incluso más tajante en sus afirmaciones al considerar que «*las características del mercado de la cerveza en España conllevan que un sistema de información como el propuesto permita la identificación de empresas individuales y, con ello, facilita la colusión entre las empresas cerveceras*». Por su parte, el Tribunal Supremo estimó que el intercambio de información analizado no consistía en una práctica contraria a la competencia *per se*, sino que había que analizar los efectos en los siguientes términos (FJ 5º): «*Debemos advertir que la Sala de instancia no parte en el examen de legalidad de la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 30 de marzo de 2004, de una concepción apriorística negativa, desde la perspectiva del Derecho de la Competencia, de los sistemas de intercambio de información, sino que, tras evaluar las características específicas del sistema de recopilación de datos propuesto y valorar concretamente la naturaleza,*

Todavía pendiente de casación el recurso interpuesto contra la sentencia de la AN que confirmó la resolución denegatoria de la autorización, la Asociación de Cerveceros de España solicitó autorización singular para un nuevo sistema de recopilación de datos estadísticos sobre la fabricación y comercialización de cerveza, que no satisfizo inicialmente las pretensiones del TDC, pero tras las modificaciones introducidas, fundamentalmente en la reducción de la periodicidad de la información, que pasó a ser (salvo en un caso) anual, el TDC consideró que *«en las condiciones y con las características adecuadas (...) pued(e) existir, incluso en un mercado oligopolista, un sistema de intercambio de información que tenga efectos positivos que compensen los riesgos»*, de forma que el TDC *«no se opone a todo intercambio de información, sino a aquel que teniendo en cuenta las características del mercado, introduce una transparencia en el mismo que permite a los agentes conocer la estrategia de sus competidores anulando de esa manera la competencia entre ellos.»*

En la Resolución de 25 de junio de 2004⁵¹ se denegó la autorización singular para la elaboración del Índice Trimestral de Tendencias de Productos Lácteos en España sobre la base de consideraciones relativas a que se trataba de un mercado regulado por la existencia de cuotas y a las características del mismo por lo que *«tendría consecuencias evidentemente negativas en tanto que permitiría uniformizar las pautas de comportamiento del sector transformador, muy concentrado y con pocas empresas con gran poder de compra, lo que reduciría la competencia hasta extremos muy poco favorecedores para el interés general en su conjunto.»*

En expedientes sancionadores se ha analizado igualmente el grado de licitud del intercambio de información estadística. En la Resolución UNESPA⁵² se afirmó que puede resultar legítimo que las entidades aseguradoras dispongan de una información estadística global *«siempre que se haga imposible el reconocimiento de datos individualizados, manteniendo la confidencialidad de los mismos y estando no detallada por productos ni zonas, cuando se respete su utilización con carácter verdaderamente histórico y referida a un mercado que está experimentando un progresivo proceso de concentración pero que todavía no puede definirse como muy concentrado.»*

En su Resolución recaída en el expediente Distribuciones de Cine⁵³ se sancionó a la Federación de Empresarios de Cine de España por infringir el artículo 1 de la LDC por considerar que la creación y mantenimiento de una base de datos mediante la cual las empresas distribuidoras intercambiaban datos estratégicos sensibles para eludir la libre competencia, como las fechas previsibles de estrenos

el contenido, la utilidad y la periodicidad de los datos que son objeto de compartición entre las empresas partícipes, que dominan el mercado español de fabricación y comercialización de cerveza, deduce que tiene el efecto de limitar la competencia y, en consecuencia, estimamos que facilitan prácticas colusorias que potencialmente pueden afectar al control de la producción y la distribución de cervezas, el reparto del mercado, o la fijación de precios o de condiciones comerciales.»

51. Expte. A 346/04, *Productos Lácteos*.

52. Resolución del TDC de 1 de diciembre de 2000, Expte. 479/99, *UNESPA*.

53. Resolución del TDC de 10 de mayo de 2006, Expte. 588/05, *Distribuidores de Cine*.

futuros con más de un año de anticipación o las cifras desagregadas por películas, semana de exhibición y sala y en ella (FJ 3º) se afirmaba «*que una muy elevada transparencia en el mercado, originada por intercambio entre competidores de datos estadísticos e informaciones clave para definir estrategias comerciales individuales, supone un obstáculo importante para el funcionamiento de la libre competencia.*»

El análisis del intercambio de información realizado a través de terceros diferentes de las asociaciones empresariales puede ofrecer resultados menos nítidos cuando se trate de un tercero en todo ajeno a las empresas que participan en el intercambio de información. Estos pueden tratarse de una empresa consultora, de los clientes o los proveedores. Como puede observarse, las Autoridades españolas de la Competencia, incluso cuando la iniciativa ha recaído en una asociación empresarial, admiten que a un tercero independiente se le faciliten datos estadísticos, si por ejemplo el tercero es un notario,⁵⁴ y por lo tanto menos problema debe plantear cuando quien elabora la información estadística es un tercero totalmente ajeno a los facilitadores de la información, aun cuando ni siquiera en tales supuestos quepa crear un recinto protegido en el que no se produzca la infracción del artículo 1 de la LDC o 101 del TFUE. Será preciso, en cualquier caso analizar de quien ha partido la iniciativa de la elaboración de la información, su grado de antigüedad, la periodicidad, el acceso a la misma, etc. En definitiva hay que someter en ese caso el mismo test que a cualquier otro intercambio de información, aunque posiblemente disminuya en tal supuesto la posibilidad de ilicitud.

Otra cuestión es si la información es transmitida por los clientes o los proveedores. Como se ha indicado con anterioridad, la CNC consideró en un caso concreto en el que la información se transmitió por un cliente que no existió infracción, pero sin que pueda descartarse por completo esa posibilidad. En el Reino Unido la Office of Fair Trading («OFT»)⁵⁵ ha sancionado en diversas ocasiones⁵⁶

54. E incluso en este caso con obligación de destruir los datos desagregados. Ver la Resolución del TDC de 11 de julio de 2007, Expte. A 360/06, *Estadísticas Cerveceros 2*. Se admitió, lo cual no debe extenderse más allá del caso concreto, que el secretario de la asociación, al no tener relación con ninguna de las empresas que facilitaban los datos, tenía esta característica. Ver Resolución del TDC de 9 de abril de 2002, Expte. A 296/01, *Anuario Videográfico*.

55. ALBORS LLORENS, A. «Horizontal agreements and concerted practices in EC competition law: Unlawful and legitimate contacts between competitors», op. cit. *supra* en la nota a pie de pág. nº 3, en las págs. 866-867, señala que la Comisión Europea se ha limitado a perseguir determinados supuestos en los que los suministradores han atendido a las peticiones de algunos de sus distribuidores para que les informara de las actividades comerciales de otros distribuidores, poniendo como ejemplo el supuesto de *Musique Française v. Commission* (Sentencia del TJUE de 7 de junio de 1983, asunto C-100/80, *SA Musique Diffusion française y otros c. Comisión de las Comunidades Europeas*).

56. ALBORS LLORENS, A., *Ibid.*, en la pág. 867 a 871, comenta de forma pertinente dos asuntos resueltos por la OFT y confirmados posteriormente *Competition Appeal Tribunal* («CAT») en relación con intercambios de información indirectos: las decisiones del de 1 de octubre de 2004, en el asunto 1021 y 1022/1/1/03, *JJB Sports & All Sports v. OFT*, 2004 CAT 17; y de 14 de diciembre de 2004, en el asunto 1014 y 1015/1/1/03, *Argos & Littlewood v. OFT*, 2004 CAT 24. En ambos asuntos fueron sancionados sistemas de intercambios de información indirectos. En el asunto *JJB Sports/All Sports* había tenido lugar una práctica «triangular» en la que al menos dos distribuidores minoristas de productos deportivos se habrían quejado al fabricante, Umbro, de que un tercer minorista, Sports Soccer, estaba vendiendo con descuento. En respuesta a estas quejas, Umbro presionó al distribuidor «rebelde» para que subiera los precios. El CAT consideró que los tres

intercambios de información realizados a través de contactos indirectos, que en algún caso han sido ratificadas por los tribunales, e incluso recientemente ha insistido en esa línea,⁵⁷ abriendo la posibilidad de que en el futuro sea asumida por parte de la Comisión Europea o de otras autoridades, pues aunque en las Directrices no haya más que una genérica referencia a ello,⁵⁸ los precedentes, el propio contenido de las Directrices y la fortaleza de los argumentos de la autoridad británica impiden descartar que el intercambio de información realizado, en cualquier caso, a través de un proveedor o un cliente, sea acorde con las normas de la competencia. Esa interpretación facilitaría el intercambio ilícito de información por el simple sistema de utilizar a un intermediario, y es en ese carácter de intermediario, particularmente si es buscado, en el que se puede encontrar el fundamento de la ilicitud. En ese apartado, al análisis tradicional hay que añadir, por ejemplo, el análisis de la intencionalidad o la iniciativa. Si se encarga por ciertos competidores o su asociación a una consultora, por poner un ejemplo, que se elabore un estudio y para ello han de solicitarse datos a los agentes, o bien cuando se facilitan a los clientes datos que no resultan imprescindibles en las relaciones comerciales, o con una antelación excesiva, puede entrar en juego la presunción de que se está buscando obtener una información que de hacerlo directamente no cabría dudas acerca de la ilicitud de esa conducta, y que, analizado el caso, la presencia de un intermediario «buscado» no permite la exclusión de esa ilicitud.

el fabricante Umbro y los distribuidores que se habían quejado, JJB Sports y All Sports, habían participado en una práctica anticompetitiva (aptds. 663 a 669 de la decisión del CAT, citados por ALBORS LLORENS, A. *Ibid.*, en la nota a pie de pág. 103). En el asunto *Argos & Littlewood*, dos distribuidores de juguetes, Argos y Littlewood, habían comunicado al fabricante, Hasbro, sus intenciones de precios de venta y, al mismo tiempo, Hasbro les habría comunicado sus expectativas también sobre el precio. La OFT primero y después del CAT consideraron que, aunque no había prueba de contactos directos entre los distribuidores, «*sabían o al menos podrían haber previsto razonablemente que sus discusiones con Hasbro reflejaban las conversaciones de este con otros distribuidores*». Según el CAT, en este tipo de sistemas de intercambios triangulares, es preciso que la parte que suministra inicialmente la información sensible «*pueda prever de forma razonable*» («*where it is reasonably foreseeable*») que el receptor de la información pueda utilizarla para influenciar las condiciones del mercado (ver ALBORS LLORENS, A. *Ibid.*, en la pág. 869). Ambas decisiones del CAT fueron confirmadas por la Corte de Apelación inglesa o *Court of Appeal*. En concreto, en la sentencia de 19 de octubre de 2006, asuntos nº 2005/1071, 1074 y 1623, en relación con el asunto *JJB Sports & All Sports*, la Court of Appeal fue incluso más allá, diciendo no entender las aparentes vacilaciones del CAT para acabar de concluir que la **intención** [énfasis añadido] de los distribuidores al transmitir la información al fabricante era, precisamente, que este ejerciera presión sobre el «rebelde» y no que «habría podido prever de forma razonable» alguna acción del fabricante una vez comunicada la información.

57. El 10 de agosto de 2011, la OFT adoptó una resolución en la que imponía multas por un total de 49,51 millones de libras a cuatro supermercados y cinco procesadores de productos lácteos. Según el comunicado de prensa (la decisión formal a fecha de estas líneas no ha sido aún publicada), la OFT consideró que las sancionadas habían intercambiado información sobre sus intenciones de precios de venta minorista de forma indirecta a través de los procesadores de productos lácteos. Mediante el intercambio de información, habrían coordinado los incrementos de precios de algunos quesos y leche fresca durante 2002 y 2003. La nota de prensa de la OFT está disponible en su página web (enlace activo en septiembre de 2011: <http://www.of.gov.uk/news-and-updates/press/2011/89-11>).
58. En las Directrices, el aptdo. 55 habla del intercambio de información realizado a través de un tercero, como los proveedores o los minoristas, mientras que se dedican los aptds. 92 y 93 a analizar los supuestos en los que los datos son o no públicos.

4. Intercambio de información entre productores y distribuidores.

Los intercambios de información en las relaciones verticales

Como se ha señalado, las Directrices de la Comisión se refieren a los acuerdos de cooperación horizontal, por lo que no se analizan los supuestos relativos al intercambio vertical de información. Ahora bien, existe un supuesto que, aun quedando al margen del contenido de las Directrices, puede señalarse. Hemos de referirnos al campo de la distribución comercial, donde existen canales establecidos de información entre distribuidores y fabricantes, y en ese terreno no puede olvidarse que en la actualidad se está incrementando considerablemente la presencia de las denominadas marcas de distribuidor o marcas blancas, y en ese contexto pueden plantearse ciertos intercambios de información potencialmente problemáticos, precisando analizar si incluso pueden llegar a ser ilícitos.

El problema, en los términos en los que se acostumbra a plantear, radica en el hecho de que el distribuidor que distribuye los productos de su propia marca junto a los que llevan marcas de fabricantes precisa en determinados casos de información, particularmente de lanzamiento de determinados nuevos productos, que exige a su proveedor. Algunos de los extremos de esa información, por ejemplo los precios futuros, resultan esenciales en una relación vertical, pero la cuestión puede plantearse también sobre la exigencia de determinadas informaciones ajenas al precio. Por ejemplo, cuando un fabricante se dispone a lanzar un nuevo producto el distribuidor puede exigirle antes de adoptar una decisión de compra determinados datos tales como los diseños, la estrategia de lanzamiento, las previsiones de publicidad, etc. Datos que pueden ser útiles para la distribución de los productos, pero que también pueden servir al distribuidor para lanzar «sus» productos muy similares, pero de marca blanca, prácticamente de forma simultánea a los del fabricante, pero sin la necesidad de acometer los correspondientes gastos en investigación y desarrollo (prácticas conocidas como «copycat»). Así, aunque el intercambio de este tipo de datos puede ser en cualquier caso útil desde el punto de vista del distribuidor, si se analizan desde el punto de vista de un posible intercambio de información puede plantear problemas de competencia, entre otras cosas, porque, a ojos del consumidor, los productos de marca blanca compiten en el lineal con los productos de marca del fabricante. Otra área potencialmente conflictiva en el marco de la distribución relacionada con el acceso a información comercialmente sensible es la que resulta de los acuerdos de gestión por categoría,⁵⁹ donde distribuidores y fabricantes

59. Para una descripción de este tipo de acuerdos de «gestión por categorías» y los problemas que pueden plantear desde la perspectiva del Derecho de la Competencia, ver también la Comunicación de la Comisión – Directrices relativas a las restricciones verticales, DO C 130, de 19 mayo de 2010, pág. 1, en concreto, apdos. 209 a 213. En concreto, el apdo. 209 describe estos acuerdos como «acuerdos por los cuales, dentro de un acuerdo de distribución, el distribuidor confía al proveedor (el «capitán de categoría») la comercialización de una categoría de productos, incluyendo en general no solo productos del proveedor, sino también productos de sus competidores».

pueden tener acceso a información de sus competidores facilitando la coordinación entre ellos, como veremos más adelante.

Es cierto que de su propia formulación y en los términos en los que se plantean en el debate actual, la conducta tiene ciertos visos de ser abusiva más que típicamente colusoria. No obstante, en el mercado mayorista de abastecimiento de la distribución comercial en España, en la medida en la que se considere que la dimensión geográfica del mercado de aprovisionamiento es nacional no existe en principio un operador dominante (y la figura del abuso de posición de dominio colectiva ha dado sobradas pruebas de las limitaciones de su aplicación), por lo tanto, las posibilidades de analizar si esa conducta infringe el artículo 2 LDC resultan complicadas, aunque no pueda afirmarse que sea absolutamente descartable. Otra cosa es analizarlas en sede del artículo 3 LDC, como un abuso de dependencia económica con efectos sobre el mercado pero a nadie se le puede ocultar igualmente la dificultad de la vía, que puede requerir una colaboración del sujeto pasivo de la conducta que, posiblemente por su dependencia del distribuidor no está en condiciones de prestar.

Es precisamente por ello por lo que estas conductas, junto con el conjunto de las que se presentan en el marco de las relaciones entre productores/fabricantes y distribuidores comerciales como consecuencia de la acumulación del poder de compra de estos últimos han sido enfocadas por las autoridades de la competencia al ejercer sus competencias en materia de «advocacy»⁶⁰ precisa-

60. Ver, por ejemplo, el informe de la autoridad de competencia de Estados Unidos, FEDERAL TRADE COMMISSION («FTC»), *Report on the Federal Trade Commission Workshop on Slotting Allowances and Other Marketing Practices in the Grocery Industry*, de febrero de 2001; del Reino Unido, COMPETITION COMMISSION, *The supply of groceries in the UK market investigation* de 30 de abril de 2008; de la autoridad de competencia australiana AUSTRALIAN COMPETITION AND CONSUMER COMMISSION («ACCC»), *Report of the ACCC inquiry into the competitiveness of retail prices for standard groceries*, de 5 de agosto de 2008; y de la autoridad de competencia francesa, AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, *Avis n° 10-A-25 relatif aux contrats de «management catégoriel» entre les opérateurs de la grande distribution à dominante alimentaire et certains de leurs fournisseurs*, de 7 de diciembre de 2010.

Entre nosotros, el Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia («TVDC») publicó también un informe en este ámbito: TVDC, *La distribución de bienes de consumo diario: Competencia, oligopolio y colusión tácita*, en abril de 2009. Tras hacer un análisis de los mercados relevantes y sus características, el TVDC llega a afirmar que en el mercado español de aprovisionamiento y distribución de bienes de consumo diario varios operadores (Carrefour, Mercadona y Eroski) ostentan una posición dominante colectiva «que les permite exigir a sus proveedores pagos y condiciones comerciales desproporcionados». Sigue el TVDC razonando que los ingresos derivados de estos pagos comerciales desproporcionados, así como la ausencia de competencia en los precios minoristas, les permitiría al mismo tiempo aumentar su cuota de mercado, «creando una espiral de pagos comerciales y precios de cesión/minoristas elevados que beneficia al distribuidor y perjudica a los consumidores». Según el TVDC, los efectos negativos de esta espiral se verían reforzados con el tratamiento privilegiado otorgado a la marca blanca (que no debe hacer frente a los pagos y condiciones comerciales desproporcionados) frente a la marca del fabricante, que desembocaría en su expulsión del mercado. En suma, según la autoridad vasca, «a la espiral inflacionista de precios se une una reducción de la variedad de oferta, lo que supone un doble perjuicio para los consumidores. Esta dinámica anticompetitiva se retroalimenta, aumentando así la concentración, las barreras de entrada, los pagos y condiciones comerciales abusivas y la presencia de las marcas blancas». Ante esta situación, el TVDC propone no solo un riguroso análisis de las concentraciones empresariales en este sector, sino incluso intervenir e imponer medidas estructurales (desinversiones) cuando exista una saturación estratégica del mercado que se presumiera en las siguientes circunstancias: (a) cuota de mercado elevada de una empresa (+50 %); (b) presencia multi-establecimiento de una empresa (+1); (c) número reducido de competi-

mente por las dificultades que se presentan para dar respuesta al problema con las herramientas propias del «enforcement» de las normas de la competencia. En ese orden de cosas, mientras se redactan estas líneas la CNC está procediendo a elaborar un informe sobre las relaciones entre fabricantes y distribuidores en el sector alimentario que posiblemente verá la luz antes de que resulten estas publicadas.

Durante los trabajos para la elaboración del informe se han ido identificando los problemas ya apuntados. Básicamente, desde la óptica de las prácticas comerciales como las conductas de copycat, la gestión por categorías y otras prácticas comerciales como las cláusulas de cliente más favorecido, se pueden dar distintos problemas relacionados con los intercambios de información. En primer lugar, podrían dar lugar a prácticas discriminatorias, en la medida en la que un operador (ya sea el distribuidor o, por ejemplo, un fabricante gestor de la categoría) dispone de información comercialmente sensible sobre otros operadores. Podría así, en determinadas circunstancias, aprovechar la información transmitida para, por ejemplo, empeorar la colocación en los lineales de los productos de sus rivales coincidiendo con una campaña promocional de este, o como hemos apuntado antes, imitar productos que van a ser lanzados por otros operadores aprovechándose de la información facilitada para su lanzamiento. En segundo lugar, el intercambio de información en la distribución puede posibilitar el aumento de la transparencia. Así, por ejemplo, la presencia de un capitán en la gestión de categoría de un distribuidor podría desincentivar las acciones comerciales agresivas de sus rivales con ese distribuidor, puesto que el capitán puede detectarlas con mayor facilidad. Igualmente, si ya opera uno, el aumento de la transparencia permite identificar más fácilmente las desviaciones del mismo. Por último, el intercambio de información que puede ser propiciado por estas prácticas comerciales podría incluso actuar como vehículo de coordinación horizontal tanto entre fabricantes como entre distribuidores (cárteles conocidos como de «hub & spoke» en la terminología anglosajona) si unos u otros exigen o reciben información sobre sus relaciones comerciales a distribuidores o fabricantes, respectivamente. Así, por ejemplo, si un fabricante con fuerte poder de mercado que tenga acceso a información comercial sensible, podría actuar como «correa de transmisión» de la información a todos los distribuidores o incluso, directamente, dándoles instrucciones. La misma situación, pero en relación con los fabricantes, podría ser propiciada por un distribuidor fuerte que exija o reciba este tipo de información comercial sensible.

dores (3 o menos), y (d) barreras legales que impiden o dificultan enormemente la entrada de nuevos competidores (inexistencia de suelo comercial disponible y viable). Como veremos a continuación, la CNC también está preparando en estos momentos un informe sobre las relaciones entre fabricantes y distribuidores que en principio no va tan lejos en sus consideraciones acerca de la estructura competitiva del mercado, ni por tanto tampoco en propuestas agresivas para facilitar la competencia, pero sí ha detectado prácticas potencialmente problemáticas.

Así, el hecho de que existan dificultades para pronunciarse más allá del campo de la «advocacy» no significa una opinión en el sentido de que esas conductas no puedan suponer una infracción de las normas de la competencia, particularmente del artículo 3 LDC e incluso, como apunta el borrador de informe de la CNC, del artículo 1 LDC si se puede considerar que ese intercambio de información constituye un acuerdo prohibido, sin perjuicio de que en ese caso pudiera quedar exento de sanción el fabricante en la medida en la que se pueda considerar que a él ha sido impelido por quien tiene el verdadero poder de mercado.⁶¹

III. Conclusiones

Ya desde el principio de estas páginas se había señalado la dificultad de establecer un perfil perfecto, que proporcionara una certeza legal absoluta, sobre los supuestos en los que el intercambio de información puede resultar lícito y aquellos otros en los que infringe las normas de la competencia. En cualquier supuesto la dificultad de establecer una norma de carácter general ha quedado bien patente, y, en consecuencia, se trata de hacer un análisis individual, caso a caso, de la conducta, de su objeto y, en su caso, de los efectos reales y potenciales sobre la competencia, y, posteriormente analizar si se reúnen los requisitos necesarios para la posible aplicación del artículo 1.3 de la LDC, pues como se señala con acierto en las Directrices de la CE,⁶² «(l)os efectos probables sobre la competencia de un intercambio

61. Esta aproximación es la que se ha utilizado tradicionalmente en el marco de los acuerdos verticales, en las que se sanciona a los fabricantes que idean las restricciones y no a los distribuidores. Básicamente se considera responsable de la infracción al fabricante en la medida en que los documentos contractuales son preparados y adoptados por ellos y, en última instancia, generalmente las restricciones se imponen para favorecer sus intereses. Así, por ejemplo, en el asunto *Sandoz* (Decisión de la Comisión de 13 de julio de 1987, asunto *Sandoz*, DO L 222, de 10 de agosto de 1987, pág. 28.), la Comisión Europea explicó que «(33) La presente Decisión va dirigida únicamente a Sandoz PF, porque solo ella ha de ser considerada responsable por la infracción del apartado 1 del artículo 85. Como se ha dicho más arriba, la prohibición de exportación impresa en la factura ha de considerarse a todos los fines y propósitos como una cláusula del acuerdo celebrado entre Sandoz y sus clientes y no un acto unilateral. No obstante, hay que hacer constar asimismo que las referidas factura y cláusula fueron preparadas y adoptadas por la propia Sandoz PF. La prohibición de exportación se incluyó fundamentalmente para favorecer los intereses de Sandoz PF, que era en última instancia la responsable de su introducción y aplicación, así como de cualesquiera medidas tomadas para asegurar sus efectos prácticos sobre el mercado. Por ello, los clientes de Sandoz PF no pueden ser considerados responsables de la infracción».

62. Cit. *supra* en nota a pie de pág. nº 2. El apdo. 75 de las Directrices recoge lo siguiente: «Los efectos probables sobre la competencia de un intercambio de información deben analizarse individualmente ya que el resultado de la evaluación depende de una combinación de distintos factores específicos de cada asunto. La evaluación de los efectos restrictivos de la competencia debe comparar los efectos probables del intercambio de información con la situación competitiva que existiría sin ese intercambio concreto de información (6). Para que un intercambio de información tenga efectos restrictivos de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1, 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. 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».

de información deben analizarse individualmente, ya que el resultado de la evaluación depende de una combinación de distintos factores específicos de cada asunto», marcando a continuación unas pautas referidas a las condiciones de los mercados de referencia y, por otra parte, de las características de la información intercambiada y estableciendo determinadas pautas que deben seguir de guía para el análisis individualizado de cada conducta:

a) Características del mercado

Partiendo del hecho cierto de que los resultados colusorios resultan más fáciles cuando los mercados son transparentes, concentrados, sencillos, estables y simétricos, se analizan por la Comisión Europea los supuestos en los que el intercambio de información puede facilitar los resultados colusorios, en la medida en la que aumenten la transparencia de los mercados, hagan posible la coordinación entre un número mayor de empresas de la que sería posible sin el intercambio, establezcan sistemas para reducir la complejidad, por ejemplo estableciendo normas simples de fijación de precios cuando existe un gran número de ellos, faciliten la estabilidad del mercado, por ejemplo estableciendo barreras de entrada para quienes no accedan a la información o facilitando la colusión incluso cuando el mercado presenta estructuras heterogéneas, por ejemplo facilitando el conocimiento de las diferencias y facilitando los medios para adaptarse a la heterogeneidad.⁶³

El segundo elemento a tener en cuenta se refiere a la cuota de mercado de las empresas que participan en el intercambio, ya que si estas no representan una amplia parte del mercado de referencia, las otras empresas que no participan en el intercambio pueden replicar con su estrategia y, por lo tanto, amenazar la estabilidad del resultado colusorio.⁶⁴

63. Aptdos. 77 a 85 de las Directrices, *Ibid.*

64. Naturalmente estas consideraciones no pueden afectar al supuesto que podríamos denominar «cártel de intercambio de información», ya que en ese supuesto no cabría la aplicación de esta especie de «regla de *minimis*». En el marco de la OCDE, algunos países han abogado por establecer una especie de regla de *minimis* para los acuerdos de intercambio de información. En concreto, el Reino Unido propuso en su contribución al grupo de trabajo de la OCDE sobre intercambios de información, establecer un «safe harbour» o puerto seguro a los acuerdos de intercambios de información entre empresas que no superasen una cuota de mercado del 20 %. La posición de la Comisión Europea fue más conservadora y proponía aplicar las normas generales de *minimis* para todos los acuerdos, establecidas en la Comunicación de *minimis* (Comunicación de la Comisión de 22 de diciembre de 2001 relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, DO 2001 C 368 de 22 de diciembre de 2001, pág. 13) también al ámbito de los acuerdos de intercambios de información. Ver OCDE, *Information Exchanges Between Competitors under Competition Law 2010*, DAF/COMP(2010)37, publicado el 11 de julio de 2011, resultado de las contribuciones al grupo de trabajo sobre intercambios de información operados en la OCDE en octubre de 2010, disponibles en su página web en septiembre de 2011: www.oecd.org/dataoecd/12/52/48379006.pdf.

b) Características de la información intercambiada

Para analizar el carácter restrictivo de la competencia del intercambio resulta necesario analizar el contenido de la información que se intercambia, fundamentalmente si se trata de información estratégica, a qué parte del mercado afecta, si se trata de datos agregados o individualizados, su antigüedad, la frecuencia del intercambio, si los datos son públicos y si el intercambio de información se realiza o no de forma pública.⁶⁵

En primer lugar será necesario analizar el carácter estratégico de la información que se intercambia, resultando obvio que la referida a precios o cantidades, seguida de la relativa a costes y demanda, resulta la más estratégica y que, por lo tanto, cualquier intercambio de estos datos hace que se enciendan todas las luces rojas de peligro.

Lógicamente si los datos que se intercambian están agregados, de forma tal que no es posible conocer los datos individuales de cada empresa, es difícil que de ese intercambio se puedan deducir resultados anticompetitivos, si bien tampoco es descartable puesto que en el supuesto de un oligopolio muy restringido aunque los datos sean agregados, resulta fácil individualizarlos.

La antigüedad de los datos que se intercambian también incide en el carácter anticompetitivo de la conducta, sin que sea posible ofrecer una regla universal respecto a la antigüedad que evita el carácter anticompetitivo. En cualquier caso será necesario referirse al tipo de datos, su agregación, la frecuencia del intercambio y las características del mercado de referencia.⁶⁶

Otro de los elementos esenciales para determinar la licitud o ilicitud del intercambio de información ha de venir referido a la frecuencia con la que los datos se intercambian, que también ha de ponerse en relación con los restantes elementos tales como la naturaleza, antigüedad y agregación de los datos intercambiados, sin que pueda descartarse que un solo intercambio de información, sin que se repita, pueda constituir una conducta anticompetitiva.⁶⁷

Por otro lado, si la información es pública, resulta menos probable que su intercambio pueda suponer una infracción, pero sin que se pueda descartar del todo. En todo caso no se puede considerar que los datos sean verdaderamente públicos si existen costes para su obtención y estos son de tal montante que se disuade a las empresas o a los consumidores de obtenerlos.

Por último, el hecho de que la información se intercambie en público no excluye necesariamente que se pueda facilitar un resultado colusorio en el mercado.

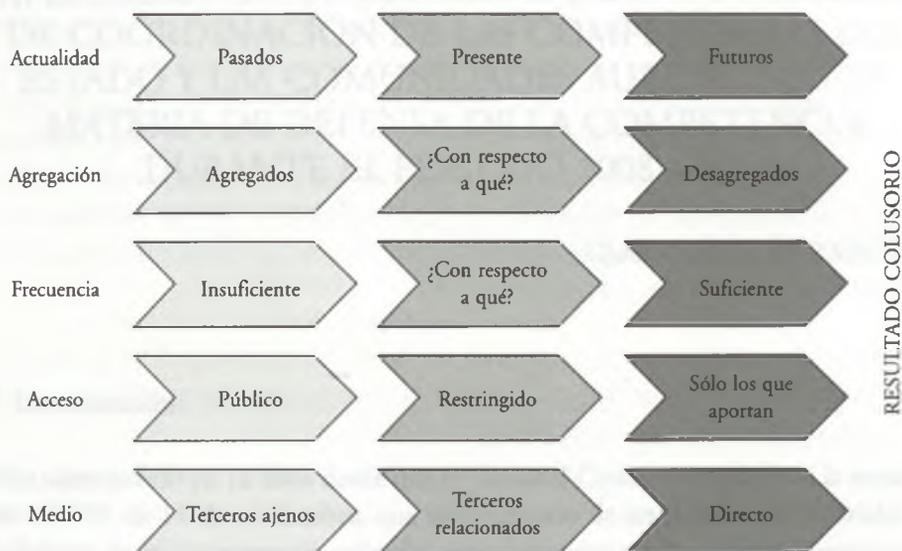
Como se puede fácilmente concluir, ratificando las observaciones anteriormente realizadas, existe un considerable número de variables que hay que considerar

65. Aptdos. 86 a 94 de las Directrices, *Ibid.*

66. En el aptdo. 90 de las Directrices se señala por vía de ejemplo que los datos pueden considerarse históricos si su antigüedad es varias veces superior a la duración de los contratos en el sector.

67. Ver la Sentencia del TJUE de 4 de junio de 2009, en el asunto C-08/08, *T-Mobile*.

individualmente antes de llegar a la conclusión del carácter anticompetitivo de un intercambio de información. En la ponencia presentada en las IV Jornadas Anuales de la CNC de 21 de junio de 2011 por la consejera de la CNC Inmaculada Gutiérrez⁶⁸ se incluyó un cuadro que resulta sobradamente ilustrativo de los elementos a tener en cuenta para analizar individualmente un intercambio de información:



Como puede observarse, en cada caso concreto será preciso analizar un considerable número de variables y dependiendo del resultado de ese análisis las empresas, sus asesores y las autoridades de la competencia podrán llegar a determinadas conclusiones. Naturalmente en la medida en la que nos encontremos en zonas grises (por ejemplo datos parcialmente estratégicos, periodicidad débil, mercado amplio y poco homogéneo, etc.), las dificultades para llegar a una conclusión aumentarán. O, por el contrario, si las características de la información intercambiada se encuentran en la banda derecha de la columna, el peligro de una declaración de ilicitud, con la consiguiente sanción, es indudable; de la misma forma que una información que reúna todas las características de la columna de la izquierda hace menos probable la ilicitud. Aunque para alcanzar al menos un grado aceptable de seguridad jurídica parece más segura la primera de las afirmaciones, es decir que una información con todas o la mayor parte de las características de la columna de la derecha resulta ilícita, que la segunda, esto es que la información con todas las características de la columna de la izquierda se encuentra a resguardo de una

68. GUTIÉRREZ, I. «Intercambios de Información» en las IV Jornadas de la CNC, op. cit. *supra*, nota a pie de pág. 3.

declaración de ilicitud.⁶⁹ Y con ello se reafirma cuanto de una manera un tanto asistemática se había reflejado desde el principio de este trabajo: que el análisis debe ser realizado caso a caso y que lo importante es obtener un método de análisis que se puede obtener de las Directrices de la CE y, en cierta medida y junto a otras aportaciones indudablemente más valiosas, de cuantas observaciones y consideraciones aquí se han consignado.

69. Como señala ALBORS LLORENS, A. op. cit. supra, nota a pie de pág. 3, en la pág. 859: «*In this context, exchanges of information, participation in meetings of market players and discussions between competitors, or even discussion with third parties, may amount to sailing into very perilous waters*».