

INTERCAMBIOS DE INFORMACIÓN ENTRE COMPETIDORES: ACTUACIONES DE LA CNMC EN UN CASO RECIENTE

Pedro POSADA DE LA CONCHA
Sergio GARCÍA DE FRUTOS*

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) ha llevado a cabo un número significativo de investigaciones de conductas potencialmente contrarias al Derecho de la competencia que involucran el intercambio de información comercialmente sensible entre competidores¹. La mayoría de estos casos comprenden posibles actuaciones de fijación de precios y/o acuerdos de reparto de mercados, en los que la existencia de prácticas consistentes en el intercambio de información ha constituido, incluso, el aspecto fundamental sobre el que ha girado la instrucción.

* NERA Economic Consulting, Madrid y Bruselas.

¹ Entre otros, se pueden mencionar:

- Expediente S/0280/10 (Suzuki-Honda), donde se declaró la existencia de una práctica concertada de intercambio bilateral de información comercial sensible, relativa a los precios y márgenes mayoristas de motocicletas, entre las empresas Honda y Suzuki.
- Expediente S/0425/12 (Industrias Lácteas 2), contra varias empresas de las industrias lácteas, por el intercambio de información y/o acuerdos para el reparto de mercado y la fijación de condiciones comerciales, en el mercado de aprovisionamiento de leche de vaca cruda.
- Expediente S/0453/12 (Rodamientos Ferroviarios), contra algunas empresas del sector de los rodamientos industriales para vehículos ferroviarios, ante la sospecha de una posible conducta anticompetitiva que consistiría en la adopción de acuerdos para repartición del mercado, la fijación de precios y el intercambio de información comercialmente sensible.
- Expediente S/0474/13 (Precios Combustibles Automoción), contra Repsol, Cepsa, BP y otras empresas del sector, por una posible conducta anticompetitiva consistente en la coordinación entre operadores de productos petrolíferos en materia de precios, clientes y condiciones comerciales, y el intercambio de información comercialmente sensible, en los mercados de distribución de combustibles de automoción.
- Siete expedientes sancionadores, en septiembre de 2013, por posibles prácticas anticompetitivas, consistentes en la fijación de precios y condiciones comerciales y de servicio, así como el intercambio de información comercialmente sensible, en los mercados de fabricación y distribución de vehículos de motor.

Particularmente interesante resulta el expediente S/0404/12 (Servicios Comerciales Aena)², donde la investigación de la autoridad se centró en el intercambio de información como una infracción autónoma de la normativa de competencia, es decir, no como una conducta accesoria a un cártel o a un acuerdo explícito³. En dicho expediente, la CNMC declaró acreditada la existencia de una infracción, consistente en el intercambio de información comercialmente sensible entre empresas de alquiler de coches sin conductor, concesionarias en varios aeropuertos españoles.

El intercambio de información comercialmente sensible entre competidores como infracción de las normas de competencia es una práctica que ha sido ampliamente tratada dentro del marco del Derecho de la competencia, tanto desde el punto de vista jurídico como económico. Por un lado, autoridades de competencia como la Comisión Europea (CE) han establecido algunas pautas de análisis a seguir para evaluar su posible carácter anticompetitivo⁴. Asimismo, la literatura económica ha identificado una serie de factores que deben ser tomados en consideración para valorar la posibilidad de que se alcance un equilibrio colusorio, dando lugar a efectos anti-competitivos.

No obstante, el intercambio de información entre empresas rivales sigue siendo un tema muy complejo y controvertido dentro del Derecho de la competencia. Salvo algunas excepciones concretas⁵, ni la ley española ni la normativa comunitaria sobre acuerdos horizontales especifica qué tipo de intercambio de información debe ser sancionado, y tampoco existen reglas de aplicación directa para distinguir si el intercambio de información dará lugar a efectos favorables o perjudiciales para la competencia. Esto se debe, en gran medida, a que este tipo de acciones es capaz de generar efectos tanto anti-competitivos (al poder facilitar un comportamiento coordinado, restringiendo la competencia), como pro-competitivos (que pueden afectar positivamente a consumidores y productores), lo que dificulta la valoración del efecto neto de dichas prácticas.

Por consiguiente, la valoración de estos casos exige llevar a cabo un análisis económico detallado de la información que se intercambia y de la forma en que se realiza, evaluando sus efectos potenciales, tanto pro-competitivos como restrictivos, específicamente en el contexto del mercado en que tiene lugar dicho intercambio. Asimismo, resulta muy importante valorar desde un punto de vista empírico el impacto real que la práctica en cuestión haya podido tener sobre el mercado para determinar cuál de

² Los autores de este artículo actuaron como consultores económicos en la investigación de este caso.

³ Cabe destacar, no obstante, que el Consejo de la CNMC en su Resolución eventualmente entendió que este expediente sancionador debió haberse instruido conjuntamente con el expediente S/0380/11 (Coches de Alquiler) «por cuanto la denuncia de las conductas, las conductas y las infracciones, en ambos expedientes sancionadores, gozan de unidad de acto», aunque terminó sancionando a varias empresas exclusivamente por las prácticas de intercambio de información comercialmente sensible.

⁴ Véase, por ejemplo, COMISIÓN EUROPEA (2011).

⁵ Como se explica más adelante.

los dos efectos opuestos domina en cada caso. Es decir, las autoridades de competencia deben ser particularmente cuidadosas en este tipo de casos, con el fin de evitar la imposición de sanciones injustas y/o la creación de inseguridad jurídica, lo que puede disuadir o desincentivar la realización, por parte de las empresas, de acciones potencialmente pro-competitivas y eficientes.

No obstante, la experiencia reciente en España no sugiere que se haya aplicado un análisis riguroso, ni que se haya seguido la metodología adecuada, al omitir la valoración de ciertos elementos clave, dando lugar, como consecuencia, a un sesgo en la decisión final de la autoridad.

En este artículo se lleva a cabo una revisión del marco analítico económico desarrollado para identificar aquellos elementos y factores relevantes en la valoración de los intercambios de información, y que no fueron considerados por la autoridad de competencia española, por ejemplo, en el expediente S/0404/12 (Servicios Comerciales Aena).

El mensaje que se desea transmitir, de cara a decisiones futuras de los organismos reguladores, es que una valoración objetiva y robusta debe necesariamente analizar los efectos que cierto intercambio de información puede haber producido, así como estudiar la manera específica en que dicho intercambio puede haber facilitado un acuerdo colusorio o podría facilitararlo en el futuro, tomando en consideración además los efectos pro-competitivos que éste pueda generar. Sólo de esta forma se evitará caer en un exceso de intervencionismo que desincentive la realización de ciertas prácticas potencialmente beneficiosas tanto para los productores como para los consumidores.

2. MARCO ANALÍTICO

El actual marco económico y jurídico para la valoración del intercambio de información comercialmente sensible entre competidores sugiere seguir un análisis caso por caso, donde el tipo de información que se intercambia, las características del mercado, el contexto económico y otras condiciones bajo las cuales se llevan a cabo dichas prácticas sean estudiadas cuidadosamente.

La principal razón que justifica este enfoque es que los intercambios de información pueden ser beneficiosos para los consumidores y para el mercado en general⁶, si bien estas prácticas pueden también dar lugar a efectos

⁶ Por ejemplo, aumentar la transparencia puede reducir los costes de búsqueda para los consumidores, lo que permitirá a los usuarios elegir entre los distintos productos de una forma más informada, incrementando así la competencia. La transparencia puede además beneficiar al proceso competitivo, ya que mediante un conocimiento más profundo del mercado se facilita el desarrollo de estrategias comerciales más eficaces y eficientes por parte de las empresas. Una mayor transparencia también conlleva ventajas para empresas nuevas que podrán, por ejemplo, entrar en el mercado compitiendo de una manera más agresiva. Asimismo, la mejora de los flujos de información permite que las empresas lleven a cabo comparaciones con sus competidores (por ejemplo, sobre costes de producción)

restrictivos de la competencia, derivando en unas condiciones de mercado adversas y perjudiciales para los consumidores. Esto sucede especialmente cuando los intercambios de información generan la posibilidad o incrementan la probabilidad de que las empresas alineen sus estrategias comerciales, dando lugar a un equilibrio colusorio o implícito⁷.

La colusión entre empresas, no obstante, no es un resultado de mercado alcanzar y sostener en el tiempo, ya que es una situación de mercado inherentemente inestable. Es decir, una vez que se ha alcanzado un acuerdo entre empresas competidoras (por ejemplo, para fijar unos precios altos), cada una de ellas —de manera individual— tiene incentivos a incumplirlo con el fin de convertirse en la opción más atractiva (barata) para los consumidores y de esta forma quedarse con una parte significativa del mercado.

Así, para que un acuerdo colusorio pueda sostenerse en el tiempo, es necesario que exista algún tipo de castigo o represalia para la empresa o las empresas que se desvían de los acuerdos, tales como un periodo subsiguiente de intensa guerra de precios inducida por los demás participantes, con el fin de reducir los beneficios de la empresa desleal y desincentivar su incumplimiento.

Tanto la literatura económica como las Directrices de la CE al respecto, así como la jurisprudencia⁸, coinciden en que deben cumplirse ciertas condiciones para que se pueda alcanzar un acuerdo colusorio entre competidores que sea sostenible en el tiempo:

- a) que se puedan fijar unos términos del acuerdo beneficiosos para todas las empresas;
- b) que otras empresas que no forman parte del acuerdo (ya sean actuales o potenciales) no erosionen estos beneficios;
- c) que sea posible detectar desviaciones de los términos de los acuerdos; y
- d) que se cuente con un mecanismo creíble de castigo o represalia para las empresas que se desvían.

De la misma forma, la literatura económica y las Directrices de la CE también consideran que es más probable que se cumplan las condiciones anteriores cuando los mercados son transparentes y estables (por ejemplo, con una demanda poco variable, sin grandes innovaciones y con altas

y entiendan mejor la estructura y las tendencias del mercado para adaptar su gestión y sus estrategias comerciales (por ejemplo, planes de inversión), volviéndolas, por tanto, más competitivas. El intercambio de información puede ser particularmente beneficioso en algunos sectores, tales como el de seguros y de créditos bancarios, donde el conocimiento de datos sobre siniestros y características de los usuarios permite diseñar productos y condiciones más adecuados, ofrecidos a los mejores clientes, lo que conlleva una gestión del riesgo más eficiente. Para mayores detalles véanse, por ejemplo, COMISIÓN EUROPEA (2011) y BENNETT y COLLINS (2010).

⁷ Al respecto véase, por ejemplo, IVALDI *et al.* (2003).

⁸ Un caso que sentó precedentes en este sentido es el de la fusión entre *Airtours* y *First Choice* donde el Tribunal de Primera Instancia revocó la decisión de la CE de bloquear la operación entre estas empresas por la posibilidad de que surgieran efectos coordinados (colusión tácita o implícita). En particular, el Tribunal estableció que debía probarse que se cumplían una serie de condiciones para demostrar la posibilidad de que surgieran efectos coordinados.

barreras a la entrada); cuando se comercializan productos sencillos y homogéneos; y cuando el número de empresas que operan en el mercado es bajo, éstas tienen estructuras simétricas y comparten vínculos estructurales. Igualmente, un mercado es más propenso a la colusión cuando no existe poder compensador de la demanda, las empresas interactúan frecuentemente y coinciden en otros mercados⁹.

En la medida en que el intercambio de información facilite la creación o fortalezca alguno de estos factores, la probabilidad de alcanzar un resultado colusorio aumentará.

Así, lo que determina que una práctica de intercambio de información entre competidores pueda ser contraria a la competencia será tanto la situación de mercado preexistente como el modo en que el intercambio modifica esta situación, lo que depende, a su vez, de la naturaleza de la información y de la manera en que se intercambia.

De esta forma, para determinar el potencial carácter anti-competitivo de estas prácticas, una vez se han analizado las características del mercado y su propensión a un equilibrio colusorio, será necesario valorar cuál puede ser el impacto del intercambio de información sobre estas condiciones ini-

⁹ La **transparencia** en el mercado puede facilitar el entendimiento común sobre las condiciones de la coordinación (por ejemplo mediante la identificación de un punto focal), y permitir detectar más fácilmente los posibles incumplimientos del acuerdo.

Una alta **concentración** también simplifica la coordinación, al involucrar un menor número de competidores y permitir que cada uno de ellos reciba un mayor porcentaje de los beneficios extraordinarios. Algunos trabajos, como el de DAVIES *et al.* (2011), basados en información empírica sobre 62 casos de posibles efectos coordinados (o colusión tácita) en el contexto de la valoración de 2.425 concentraciones entre 1990 y 2004, muestran que la colusión tácita es un fenómeno más bien raro y que se limita principalmente a mercados con dos empresas más o menos simétricas.

Asimismo, la **simetría** en términos de cuotas de mercado, estructura de costes, gama de productos, capacidades, etc., permite que los incentivos de los competidores estén más alineados, facilitando, por tanto, el acuerdo implícito en cuanto a la variable de colusión. Por ejemplo, si existen asimetrías en las cuotas de mercado, las empresas de menor tamaño tienen mayores incentivos a desviarse del equilibrio, dado el potencial para poder obtener una mayor cuota en el mercado. El trabajo de DAVIES *et al.* (2011) también proporciona evidencia empírica de que la colusión tácita surge mayoritariamente entre empresas simétricas.

Por el contrario, una mayor **complejidad** del mercado (por ejemplo en cuanto al nivel de diferenciación del producto) dificultará el entendimiento común sobre las condiciones de la coordinación, al requerir un mayor intercambio de información. Según la revisión realizada por GROUT y SONDEREGGER (2005) de los cárteles detectados por la CE desde 1990, la mayor parte se produjeron en mercados en los cuales los productos eran relativamente homogéneos.

Asimismo, la **inestabilidad de la demanda y de la oferta** son factores que dificultan la fijación de los términos de los acuerdos colusorios. Por un lado, una demanda inestable dificulta la detección de posibles incumplimientos del acuerdo, requiriendo, por tanto, una mayor coordinación y vigilancia. Una oferta inestable se puede deber a la importancia de la innovación en el mercado [en este sentido, GROUT y SONDEREGGER (2005) observan que, en la mayoría de industrias en las cuales la CE ha detectado la existencia de cárteles, su gasto en I+D es bajo comparado con la media del resto de industrias], a las bajas barreras a la entrada o a un gran poder compensador de la demanda.

Finalmente, otros factores que pueden facilitar la posibilidad de colusión son la **interacción frecuente** de las empresas (que permite una detección más rápida de posibles desvíos), los **contactos multi-mercado** y la existencia de **vínculos empresariales** (que permiten alinear incentivos y disminuir asimetrías entre los posibles integrantes del acuerdo).

Al respecto de todos estos puntos véanse, por ejemplo, GROUT y SONDEREGGER (2005); GROUT y SONDEREGGER (2007); TIROLE (1988) y COMISIÓN EUROPEA (2011).

ciales¹⁰. En este sentido, y también de acuerdo con las Directrices de la CE, los factores y características relevantes a considerar serían:

- **La naturaleza de la información.** La información desagregada relativa a intenciones futuras sobre «variables estratégicas» de competencia, por ejemplo sobre precios o capacidad productiva, debe ser casi siempre censurable y —básicamente— se considera el único caso donde se debe declarar una infracción por objeto¹¹. La consideración de una variable como «estratégica», no obstante, dependerá de cuál sea el parámetro de competencia en el mercado, por lo que será necesario valorar el contexto económico en cuestión¹². Por otra parte, el intercambio de información estadística que permita a las empresas determinar, por ejemplo, el nivel general de la demanda, la producción en el mercado o los costes de los competidores puede ser beneficiosa para la competencia.
- **Cobertura del mercado.** Para que un intercambio de información tenga efectos restrictivos de la competencia, las empresas implicadas tienen que cubrir una parte suficientemente amplia del mercado de referencia¹³. No obstante, el grado de cobertura que resulta suficiente depende de las condiciones de competencia en el mercado¹⁴.
- **El nivel de detalle de la información intercambiada.** Cuanto mayor sea el nivel de detalle, más fácil es que las empresas puedan predecir la conducta futura de sus competidores y ajusten sus es-

¹⁰ Por ejemplo, CAFFARRA y KÜHN (2006) defienden que en la investigación del intercambio de información es necesario analizar específicamente cómo puede producirse la colusión en el mercado en cuestión, y qué información ayudaría a las empresas a coludirse.

¹¹ No obstante, algunos autores [por ejemplo, PADILLA (2010)] han destacado que no todos los intercambios de información sobre el comportamiento futuro de variables estratégicas son necesariamente dañinos. Éste es el caso, por ejemplo, cuando el mercado en cuestión no es propenso a la colusión o cuando existen otras variables de competencia relevantes. En este sentido, se ha llegado a considerar que las infracciones por objeto deberían estar restringidas únicamente a intercambios de información que forman parte de la estrategia de un cartel explícito. Más adelante en este artículo se señala otro ejemplo donde el intercambio de información, particularmente sobre los precios que se pretenden fijar en el futuro, puede producir efectos pro-competitivos.

¹² Por ejemplo, el intercambio de datos sobre cantidades o cuotas de mercado no sería estratégico en un mercado en el que la variable de competencia es el precio y los productos están diferenciados. Asimismo, el intercambio de información sobre clientes tampoco podría ser estratégico si en el mercado en cuestión no es posible hacer un reparto de clientes, por ejemplo porque éstos no pueden ser identificados ni repartidos entre las distintas empresas.

¹³ De lo contrario, los competidores que no participan en dicha práctica podrían limitar cualquier comportamiento anti-competitivo de las empresas implicadas, por ejemplo, fijando precios por debajo del nivel del precio coordinado.

¹⁴ Por ejemplo, en un caso extremo, con competencia (en precios), con bienes homogéneos y sin restricciones de capacidad, sería necesario que el 100 por 100 de las empresas participen y se coordinen para que un equilibrio colusorio exista y se pueda sostener. El grado de cobertura necesario no es muy distinto si el modelo de competencia es *Cournot* (compiten fijando cantidades) con productos homogéneos, exigiendo en este caso un porcentaje de participación de alrededor del 80 por 100 para que el resultado colusorio sea sostenible [este resultado fue por primera vez constatado por SALANT *et al.* (1983)]. Otro ejemplo a destacar es la competencia con productos diferenciados, donde el porcentaje de participación necesario dependerá fundamentalmente de las condiciones de cada mercado, pudiendo ser más bajo que en los ejemplos anteriores; en este caso, aunque el aumento de beneficios permitido por un acuerdo colusorio es menor (al tener cada empresa cierto poder de mercado para su producto en concreto), los incentivos a desviarse también son menores, puesto que no es posible «sustraer» el total de clientes del resto de competidores, debido a la diferenciación de productos.

trategias en consecuencia. Sin embargo, no existen criterios generales que determinen el nivel mínimo de agregación necesario para evitar una sanción; de nuevo, éste dependerá de las circunstancias específicas de cada mercado. Así, incluso información que aparentemente está completamente desagregada (en el sentido de que se refiere a cada una de las empresas), puede no tener impacto alguno si incluye distintos tipos de servicio sujetos a diferentes estrategias comerciales¹⁵.

- **La antigüedad y el periodo de referencia de la información intercambiada.** En general, el intercambio de datos históricos no contribuye a sostener un acuerdo puesto que no facilita que se detecten a tiempo comportamientos desleales al acuerdo. Por otro lado, la información sobre intenciones futuras presenta mayores riesgos al poder permitir que las empresas alcancen un punto de referencia en relación con los precios a fijar o los mercados a repartir¹⁶.
- **La frecuencia del intercambio.** Los intercambios de datos frecuentes permiten a las empresas adaptar mejor y más rápidamente su política comercial a la estrategia de sus competidores. Además, para que la colusión sea sostenible, es necesario que el castigo por desviarse del acuerdo sea creíble y eficaz, de modo que los desvíos sean detectados lo suficientemente rápido para limitar los beneficios del infractor. De nuevo, la frecuencia con que resulta necesario el intercambio de datos para obtener un resultado colusorio también depende de la naturaleza, la antigüedad y el nivel de agregación de los datos¹⁷.
- **La disponibilidad pública de la información.** En general, el intercambio de información pública o que es accesible a los rivales por otros medios no debe considerarse como una violación de las normas de competencia.
- **El carácter contrastado de la información.** Es decir, si se intercambia información contrastada o si por el contrario no puede ser verificada. Cuando la información obtenida de los distintos com-

¹⁵ Por ejemplo, si la información agrega y no distingue entre múltiples segmentos de clientes sujetos a ofertas comerciales distintas en cuanto a precio y características del servicio, será muy complicado detectar correctamente un posible desvío o aplicar un castigo específico y acotado a la empresa infractora.

¹⁶ Para valorar si la información intercambiada se puede calificar como histórica o no se debe tomar en consideración las circunstancias competitivas específicas del mercado. Por ejemplo, en las industrias donde la demanda es muy estable, las acciones futuras de un competidor pueden preverse más fácilmente a partir de sus acciones pasadas. Igualmente, la frecuencia de las renegociaciones de precios en un mercado será importante para determinar el carácter histórico de la información: los datos pueden considerarse históricos si su antigüedad es varias veces superior a la duración media de los contratos o al periodo de tiempo entre dos renegociaciones de precios. Así, en mercados donde se otorgan concesiones o contratos (por ejemplo) cada uno o dos años, información con uno o dos años de antigüedad puede resultar muy relevante. Por el contrario, si las licitaciones se realizan una o dos veces por semana, información de uno o dos meses de antigüedad es poco

¹⁷ Por ejemplo, aunque un intercambio de información con periodicidad mensual pueda en un principio reflejar una gran frecuencia, éste no sería el caso si en el mercado en cuestión las variaciones de precio son horarias o diarias, dado que la información mensual en ese caso no permitiría monitorizar la evolución de los precios de manera efectiva.

petidores no se puede verificar, existe el riesgo de que se trate simplemente de «*cheap talk*», es decir, que no se esté facilitando la información correcta y, por tanto, no sea posible detectar desvíos de las condiciones acordadas, lo que dificultaría el mantenimiento de un acuerdo colusorio.

En resumen, para que la información intercambiada en un determinado mercado pueda facilitar la coordinación, siendo por tanto susceptible de restringir la competencia en el mercado, debe demostrarse que:

1. **El mercado en cuestión es tal que en él se puede dar la colusión tácita**, es decir, que presente las características propias de un mercado propenso a la colusión.

2. **La naturaleza del intercambio genera o fortalece estos factores**, en particular porque aumenta la transparencia en el mercado facilitando los términos de la coordinación, la vigilancia de los acuerdos y la sanción para las empresas desleales. Ello se demuestra mediante una valoración caso por caso donde se analice la naturaleza de la información intercambiada en el contexto que definen las características del mercado, tales como los atributos de las empresas, de los productos y de los consumidores.

En general la probabilidad de colusión se puede incrementar cuando la información intercambiada es desagregada e individualizada, de carácter privado y relativa a las intenciones futuras sobre variables de competencia estratégica.

No obstante, no debe olvidarse que el intercambio de información relativa a intenciones futuras sobre variables relevantes de competencia puede dar lugar también a efectos pro-competitivos, particularmente cuando la información no sólo se desvela a otras empresas sino también a los consumidores¹⁸. Esta posible dicotomía justifica la realización de un análisis empírico de los efectos observados.

Por tanto, también será necesario valorar/demostrar que:

3. **No existen efectos pro-competitivos que compensen el potencial restrictivo**. Por ejemplo, el intercambio de información puede solucionar asimetrías de información que daban lugar a ineficiencias, reducir los costes de búsqueda de los consumidores y la incertidumbre que existía en el mercado (en relación con la evolución de la oferta, de la demanda, de los costes de producción, etc.), de forma que las empresas definan mejores estrategias (por ejemplo, planes de inversiones), etcétera.

De hecho, el intercambio de información sobre intenciones futuras de precios puede tener un efecto pro-competitivo muy claro, por ejemplo, cuando una empresa que ofrece sus productos (o pensaba ofrecer sus pro-

¹⁸ En este sentido, se ha sugerido [véase, por ejemplo, BENNETT y COLLINS (2010)] que anuncios públicos por parte de las empresas (es decir proporcionando información tanto a sus rivales como a los consumidores), que involucren incluso información individualizada sobre sus intenciones futuras de precios no necesariamente deberían considerarse infracciones por objeto, en tanto que pueden dar lugar a efectos pro-competitivos que deben ser valorados cuidadosamente.

ductos) a un determinado precio decide reducirlo al enterarse de que los precios de sus rivales son más bajos (o serán más bajos) de lo que ella creía. Es decir, incluso en un caso extremo en que se intercambia información sobre precios a fijar en el futuro, dicho intercambio podría dar lugar a efectos directos beneficiosos sobre la competencia¹⁹.

4. **Existe evidencia empírica que indica que ha habido un efecto restrictivo sobre el mercado**, producto de estas prácticas, y que los consumidores han resultado perjudicados. En este sentido, es necesario realizar un análisis profundo de los datos del mercado y de otra información disponible²⁰.

3. EL EXPEDIENTE S/0404/12 (SERVICIOS COMERCIALES AENA)

En el expediente S/0404/12 (Servicios Comerciales Aena), la CNMC declaró acreditada la existencia de una infracción, consistente en el intercambio de información comercialmente sensible entre empresas de alquiler de coches sin conductor, concesionarias en varios aeropuertos españoles. La conducta en cuestión consistía en la distribución, por parte de AENA, de información sobre el total de facturación y número de contratos suscritos por dichas empresas, con periodicidad mensual y «carácter desagregado», entre los distintos concesionarios en cada aeropuerto.

La Resolución del expediente S/0404/12 del Consejo de la CNMC contiene muy pocos elementos de análisis económico, como los descritos en la sección anterior, o de justificación de sus conclusiones relativas a los efec-

¹⁹ Un ejemplo que resulta muy ilustrativo en este sentido es la investigación de la CNC sobre el asunto del redondeo de las tarifas de móviles, cuya resolución se dictó en el año 2009. En ese caso la autoridad de competencia investigó a Movistar, Vodafone y Orange por una supuesta colusión, facilitada por el anuncio anticipado de las nuevas tarifas. En concreto, Movistar fue la primera en anunciar una nueva tarifa, elevando el establecimiento de llamada a 0,15 €, que fue posteriormente imitado por Vodafone y Orange. No obstante, la CNC concluyó que no se había acreditado la existencia de prácticas prohibidas, haciendo referencia como hecho relevante a que Vodafone y Orange, tras el anuncio de Movistar, habían fijado unas tarifas más bajas de las que tenían previstas antes del anuncio de Movistar. Es decir, el anuncio anticipado llevó a un establecimiento de tarifas más bajas de las que se habrían implementado, dando lugar a un efecto pro-competitivo.

²⁰ Aunque la detección y sanción de prácticas colusorias es una de las principales labores de las autoridades de la competencia, la tarea de demostrar la existencia de un acuerdo (sobre todo implícito) que haya tenido efectos sobre el mercado, basándose en datos y evidencia empírica, tampoco resulta fácil. Existe, no obstante, de manera generalizada, consenso sobre cuáles han de ser los indicadores económicos relevantes que se deben analizar para determinar si un mercado es competitivo o si, por el contrario, hay indicios de acuerdos colusorios entre competidores que hayan afectado a las variables del mercado [al respecto, véanse, por ejemplo, los trabajos de HARRINGTON (2007) y HARRINGTON (2008)]. Entre dichos indicadores se pueden mencionar, por ejemplo: la estabilidad de las cuotas de mercado, el paralelismo y convergencia de precios (siempre y cuando esto no se deba a factores exógenos como el coste de un insumo común o la evolución de la demanda), la frecuencia de entrada y salida del mercado, los m y el grado de innovación. Asimismo, cualquier elemento adicional que sugiera un intercambio o trasvase importante de clientes entre competidores puede ser útil para esta valoración. Además, la evidencia anecdótica relativa a políticas comerciales agresivas de las empresas (por ejemplo mediante la aplicación de descuentos y ofertas) sería también prueba de un fuerte nivel de competencia en el mercado.

tos del intercambio de información y su carácter restrictivo de la competencia. Las únicas afirmaciones que se hacen en este sentido se refieren a que:

«los intercambios de información comercialmente sensibles tenían no sólo aptitud para reducir la independencia en la toma de decisiones de las empresas de alquiler de coches imputadas, eliminando la incertidumbre y restringiendo la competencia, sino que su práctica entre empresas de alquiler de coches sin conductor, concesionarias en la práctica totalidad de los aeropuertos nacionales [...] permitió a las entidades imputadas debilitar o suprimir el grado de incertidumbre sobre el funcionamiento competitivo del mercado afectado, dando lugar a un resultado colusorio»,

y que:

«La finalidad de este intercambio de información comercialmente sensible era la de tener conocimiento preciso de las cuotas de mercado de las empresas competidoras de alquiler de coche imputadas y de cómo evolucionaban sus ventas mes a mes, al intercambiarse información desagregada de cada una de ellas, de sus datos de facturación y número de contratos realizados mensualmente, en la práctica totalidad de los aeropuertos nacionales».

Además, se señala que:

«Al margen del tipo y naturaleza de la información intercambiada entre las empresas imputadas, la elevada frecuencia (mensual) de los intercambios y la escasa antigüedad de los datos (a mes vencido) se corrobora el predominio de las empresas de alquiler de coches con mayor cuota en el mercado de alquiler de coches»²¹.

La valoración de la CNMC adolece de varias limitaciones, en particular:

- a) no se lleva a cabo un análisis de los factores del mercado para determinar si se trata de un sector propenso a la colusión;
- b) no se analizan las características específicas del intercambio de información dentro del contexto del mercado en que tiene lugar, pues si bien se hace referencia a algunos de estos factores (tales como la frecuencia del intercambio, el nivel de detalle y la antigüedad de los datos) y a sus posibles efectos generales, no se llega a valorar si éstos pueden efectivamente producirse en dicho mercado; y
- c) a pesar de afirmarse una supuesta existencia de efectos empíricos en el mercado, no se aporta ningún tipo de evidencia al respecto.

Cada una de estas tres limitaciones se describe en las siguientes secciones.

A. EL SECTOR DEL ALQUILER DE COCHES NO ES UN MERCADO PROPENSO A LA COLUSIÓN

Un aspecto importante que la CNMC omite en su valoración es el hecho de que el sector del alquiler de coches no es un mercado propenso a la colusión, pues resultaría sumamente complicado alcanzar un acuerdo implícito

²¹ Pp. 10 y 11 de la Resolución (expte. S/0404/12, Servicios Comerciales Aena).

entre las empresas que diera lugar a un resultado de mercado colusorio que se sostuviera en el tiempo. Esto se debe principalmente a que:

- a) Sería muy difícil fijar unos términos de colusión beneficiosos para todas las empresas, debido a que el mercado es poco transparente en el caso de los segmentos corporativos y de intermediarios, la interacción entre competidores es poco frecuente para estos dos segmentos, y las empresas son numerosas y asimétricas. Asimismo, el grado de diferenciación de los productos es muy elevado, con múltiples dimensiones de competencia en cuanto a calidad, gama de vehículos, capacidad de flota, etc., así como la existencia de un sinnúmero de características y condiciones contractuales que dificultarían la coordinación. Además, el mercado está sujeto a un intenso grado de innovación estratégica²² y no existen vínculos estructurales entre las empresas que las ayuden a alinear sus incentivos.
- b) Si otras empresas o rivales potenciales observasen precios muy elevados, intentarían beneficiarse de ello expandiéndose o entrando en el mercado (debido a las bajas barreras de entrada), erosionando así los beneficios de la coordinación.
- c) No sería posible monitorizar el comportamiento de las empresas y detectar posibles desviaciones de los acuerdos, una condición necesaria para sostener la colusión, debido a la opacidad en algunos segmentos de mercado (en particular, el corporativo y el de particulares a través de intermediarios) y a las múltiples variables que influyen en el precio. Además, la gran variabilidad de la demanda (particularmente en el segmento de particulares, que es estacional) dificultaría los acuerdos sobre los términos de la coordinación y la tarea de detección de empresas desleales.
- d) No se cuenta con un mecanismo creíble de represalia para las empresas que no cumplen los acuerdos ya que, por ejemplo, existen asimetrías de capacidad que dificultarían los castigos, y además la falta de contactos multi-mercado reduciría su efectividad.

B. LA INFORMACIÓN INTERCAMBIADA NO FACILITABA LA COLUSIÓN

La CNMC tampoco explica por qué el intercambio de datos sobre cuotas de mercado (o ingresos o volúmenes de contratos) era apto para reducir la competencia en este mercado. En el sector del alquiler de coches sin conductor, la variable estratégica de referencia no es la cuota de mercado sino el precio²³. De hecho, debido a la importante diferenciación del producto que existe, y la continua variación de precios en el segmento de

²² La innovación en el sector de alquiler de coches sin conductor se refleja principalmente en los procedimientos de contratación y de gestión (por ejemplo, a través de internet), las iniciativas de marketing (como promociones, descuentos y programas de fidelización), el lanzamiento de nuevos productos (como el empaquetamiento de servicios), así como en sus canales de acceso, etcétera.

²³ Es decir, las empresas no deciden cuántos contratos de alquiler ponen a disposición del mercado sino, fundamentalmente, a qué precios ofrecerán el servicio.

particulares, las cuotas de mercado no aportan información suficiente que permita sostener un acuerdo colusorio, al no permitir la detección de posibles desvíos.

Además, la información intercambiada resultaba de poca utilidad, pues sólo se refería a una fracción de los competidores (o de las ventas) en el mercado, como se desprende de la definición de mercado relevante utilizada por la CNMC, que lo considera de alcance nacional²⁴, y dado que gran parte de las empresas operando en los aeropuertos españoles (particularmente en las inmediaciones de éstos) no recibían la información.

Más aún, los datos de cuotas estaban agregados, de forma que era imposible distinguir entre los diferentes segmentos (clientes particulares, corporativos, intermediarios) y diferenciar las variables que influían en el precio de un contrato (por ejemplo, el tipo de cliente, el canal de contratación, el periodo de alquiler, la cobertura del seguro, etc.).

Asimismo, la CNMC no tuvo en cuenta que los precios de los rivales para el segmento de particulares están públicamente disponibles en sus páginas web o a través de buscadores *on-line*. Y como se ha señalado, si bien los términos contractuales en los segmentos corporativo y de intermediarios son más opacos, la información proporcionada por AENA no permitía diferenciar estos segmentos.

Otra de las características de la información que no se analizó adecuadamente fue la relativa a la frecuencia del intercambio. La CNMC consideró que una frecuencia mensual era elevada, a pesar de que en este mercado los precios —al menos para el caso de clientes particulares— se revisan varias veces al día, que la duración media de los contratos es de una semana, y que la interacción competitiva entre las empresas es muy frecuente. Además, en el caso de los clientes corporativos, los términos y condiciones se fijan por periodos de tiempo muy largos (uno o dos años), por lo que un intercambio de información mensual tendría muy poca relevancia.

Igualmente, la CNMC destaca la escasa antigüedad de los datos (a mes vencido), pero sin valorarla en el contexto económico del mercado. Tal como se ha señalado anteriormente, el carácter histórico o actual de los datos depende fundamentalmente de las circunstancias del mercado en cuestión, en particular de la frecuencia con la que se renegocian los precios o la estabilidad de la demanda. En el caso que nos ocupa, específicamente en el segmento de clientes particulares, las variaciones de precios son constantes y la demanda se caracteriza por su estacionalidad, por lo que aun tratándose de información relativamente reciente, su utilidad es muy limitada.

Por último, y al respecto del análisis de la información intercambiada, la CNMC comete dos errores, a nuestro juicio:

²⁴ En España operan cerca de 2.000 empresas de alquiler de coches, de las que únicamente veinte contaban con concesiones en aeropuertos españoles, por lo que la cobertura de la información intercambiada sólo alcanzaba el 1 por 100 aproximadamente. Una cobertura tan baja impide que el intercambio de información genere efectos restrictivos de la competencia.

a) *Establece una relación errónea entre incertidumbre, independencia en la decisión y restricciones de la competencia*

En particular, la CNMC afirma que los intercambios de información teñían la aptitud para reducir la independencia en la toma de decisiones —al eliminar o reducir la incertidumbre— restringiendo así la competencia y dando, por tanto, lugar a un resultado colusorio.

Desde el punto de vista del análisis económico, la reducción de la incertidumbre no debe ser considerada como restrictiva *per se*, dado que puede dar lugar a importantes efectos pro-competitivos. La existencia de incertidumbre no es una condición necesaria para el funcionamiento competitivo del mercado, sino todo lo contrario, puede generar ineficiencias dificultando la competencia efectiva. De hecho, una de las condiciones básicas para que surja la competencia perfecta es el acceso a información perfecta por parte de todos los agentes del mercado.

En este sentido, la CNMC parece recurrir a una interpretación demasiado formal sobre lo que debería entenderse como «decisiones independientes». Esto no significa que las empresas deban tomar decisiones sin tener en cuenta ningún tipo de información sobre sus rivales. Si éste fuera el caso, una empresa sujeta a una fuerte competencia, por ejemplo, podría decidir (erróneamente) fijar unos precios muy elevados (monopólicos) ya que ni siquiera tomaría en cuenta la información de que existen otros competidores en el mercado que fijan precios competitivos.

En la realidad, es difícil observar un caso de una empresa que tome decisiones completamente independientes (es decir, ignorando a sus rivales). Esta visión se ha reflejado en la jurisprudencia, sobre todo europea, donde se reconoce que si bien es cierto que la normativa de competencia exige autonomía en las decisiones, no excluye el Derecho de los operadores económicos a adaptarse al comportamiento que han comprobado o que prevén que seguirán sus competidores²⁵, para lo cual necesitan contar con información sobre sus rivales²⁶.

De esta forma, si bien las autoridades de competencia suelen oponerse a contactos forzados (artificiales) o intercambios de información entre empresas rivales en la medida que esto pueda ocasionar un cambio en su comportamiento, desde el punto de vista económico esto podría ser contraproducente, ya que disponer de información adicional podría llevar a las

²⁵ Por ejemplo, en el ya conocido caso de *Wood Pulp* el Tribunal de Justicia Europeo afirmó que los productores tenían libertad para tomar decisiones teniendo en cuenta la conducta esperada de sus competidores.

²⁶ Es decir, estrictamente hablando, las autoridades de competencia no sancionarían la colusión tácita que lleva a un resultado colusorio del mercado, en tanto que las empresas no hayan provocado (digamos, de manera artificial) un contacto o un intercambio de información que pudiese haber facilitado esa coordinación. Por ejemplo, también en el caso *Wood Pulp* el Tribunal determinó que el «comportamiento paralelo» únicamente constituiría evidencia de práctica concertada cuando ésta fuera la única explicación plausible de dicha conducta (por ejemplo, porque el mercado no tuviera características que lo hiciesen propenso a la colusión tácita que explicase dicho paralelismo de precios). Desde un punto de vista económico, no obstante, el efecto sobre el mercado puede ser igualmente perjudicial.

empresas a actuar de manera más competitiva. Por ello, antes de asumir una posición demasiado formalista, es fundamental que los reguladores valoren si efectivamente existe riesgo de que se generen efectos anti-competitivos, mediante la aplicación de un análisis económico riguroso, en línea con lo que se ha planteado en este artículo.

De lo contrario, como ha sucedido en el expediente objeto de análisis, se puede terminar sancionando una práctica que pudo haber tenido efectos positivos (o nulos) sobre el mercado, con el simple argumento de que se habría alterado la toma de «decisiones independientes» de las empresas.

b) *No demuestra que el objetivo del intercambio de información fuese anti-competitivo*

Un último aspecto relevante que cabe mencionar sobre la información intercambiada es la intención u objetivo del intercambio. La sentencia del Tribunal de Justicia Europeo en el caso *T-Mobile*²⁷ ha destacado la importancia de los objetivos que persigue un determinado intercambio de información para determinar su posible condición de anti-competitivo, especialmente cuando se trata de una posible sanción por objeto. Asimismo, en los Estados Unidos un elemento importante para concluir que un intercambio de información es ilegal es demostrar que existe «*wrongful intent*»²⁸.

En el caso que nos concierne, la CNMC no demostró que el objetivo del intercambio de información fuese anti-competitivo. De hecho, éste estaba justificado por una cuestión contractual (obligatoria), para garantizar la transparencia referente al pago de cánones y la asignación de plazas para las distintas concesionarias en cada aeropuerto.

C. NO EXISTIERON EFECTOS SOBRE EL MERCADO

Por último, aunque el Consejo de la CNMC afirma en su Resolución que se habrían producido efectos anti-competitivos, dado que dicho intercambio dio lugar supuestamente a un resultado colusorio, esta afirmación no se contrasta con ningún tipo de evidencia empírica.

El análisis de los indicadores económicos relevantes indica un alto nivel de competencia en el mercado. Por ejemplo, la inestabilidad de las cuotas de mercado y la falta de paralelismo en los precios e ingresos medios fue un factor común durante el periodo de intercambio de información, contrario a lo que se esperaría en un mercado coludido. Además, se observa un importante nivel de entrada y salida de competidores y un alto grado de innovación, lo que de nuevo impedía cualquier intento de coordinación efectiva.

²⁷ Case C-8/08, *T-Mobile Netherlands BV and Others v Raad van bestuur van de Nederlands e Mededingings autoriteit*.

²⁸ Al respecto, véase el artículo de ROSCH (2011).

Asimismo, la rentabilidad de la mayoría de las empresas que operaban con concesión en los aeropuertos españoles durante este periodo de tiempo fue muy baja o incluso negativa, lo que también contradice la existencia de un comportamiento coordinado o un resultado colusorio.

4. CONCLUSIONES

La valoración de los intercambios de información como una posible infracción del Derecho de la competencia no puede limitarse a una mera identificación de los factores que caracterizan dicho intercambio, puesto que las conclusiones extraídas serán seguramente incorrectas. Por ello, es necesario que de manera conjunta se realice un análisis del contexto del mercado en que tienen lugar, con el objetivo de valorar si el mercado en cuestión es propenso a la colusión, así como el efecto específico de cada uno de los factores sobre la probabilidad de alcanzar un resultado colusorio. Asimismo, cualquier afirmación sobre la existencia de efectos en el mercado debe estar basada en un análisis empírico riguroso, que demuestre que los distintos indicadores económicos relevantes apuntan a la falta de competencia efectiva.

Debido a la cada vez mayor actividad de vigilancia y detección de los cárteles por parte de los reguladores (por ejemplo, como consecuencia del desarrollo de programas de clemencia o al actual contexto económico particularmente adverso para las empresas), es de esperar que se sigan incoando expedientes en los que una de las conductas relevantes objeto de análisis resulte ser el intercambio de información sensible entre competidores²⁹. Por ello, resulta fundamental que el análisis empleado en la investigación permita distinguir y sancionar únicamente aquellos casos donde se persiga reducir la competencia efectiva en el mercado, o en los que se hayan registrado efectos restrictivos de la competencia, de forma que no se penalice aquellas actuaciones que puedan generar efectos pro-competitivos para consumidores y empresas, o que simplemente no tienen ningún potencial de restringir la competencia.

BIBLIOGRAFÍA Y REFERENCIAS

- BENNETT, M., y COLLINS, P. (2010): «The Law and Economics of Information Sharing: The Good, the Bad and the Ugly», *European Competition Journal*, 6, núm. 2, pp. 311-337.
- CAFFARRA, C., y KÜHN, K.-U. (2006): «The Cost of Simplistic Rules for Assessing Information Exchange: The Italian Jet Fuel Decision», en *The Pros and Cons of Information Sharing*, Swedish Competition Authority, pp. 131-177.

²⁹ Por ejemplo, la OCDE afirma que la tendencia es hacia una cooperación menos clara y explícita. «*This is ever more important in the context of the steadily increasing anti-cartel enforcement activity, as a result of which fully-fledged explicit cartel agreements are giving way to looser and more insidious ways of collusive cooperation among competitors*», OCDE (2010), p. 9.

- COMISIÓN EUROPEA (2011): «Directrices sobre la aplicabilidad del art. 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal», *Diario Oficial de la Unión Europea*, 2011/C 11/01.
- DAVIES, S.; OLCZAK, M., y COLES, H. (2011): «Tacit collusion, firm asymmetries and numbers: Evidence from EC merger cases», *International Journal of Industrial Organization*, 29, Issue 2, pp. 221-231.
- GROUT, P. A., y SONDEREGGER, S. (2005): «Predicting Cartels», *A report prepared for the Office of Fair Trading*, OFT773.
- (2007): «Structural Approaches to Cartel Detection», en C.-D. EHLERMANN e I. ATANASIU (eds.), *European Competition Law Annual 2006: Enforcement of Prohibition of Cartels*, Hart Publishing.
- HARRINGTON, J. E. (2007): «Behavioral Screening and the Detection of Cartels», en C.-D. EHLERMANN e I. ATANASIU (eds.), *European Competition Law Annual 2006: Enforcement of Prohibition of Cartels*, Hart Publishing.
- (2008): «Detecting Cartels», en P. BUCCIROSSI (ed.), *Handbook of Antitrust Economics*, The MIT Press.
- IVALDI, M.; JULLIEN, B.; REY, P.; SEABRIGHT, P., y TIROLE, J. (2003): «The Economics of Tacit Collusion», IDEI Toulouse, Final Report for DG Competition, European Commission.
- OCDE (2010): «Information Exchanges Between Competitors under Competition Law», OECD Policy Roundtables, DAF/COMP(2010)37.
- PADILLA, J. (2010): «The elusive challenge of assessing information sharing among competitors under the competition laws», en *Information Exchanges Between Competitors under Competition Law*, OECD Policy Roundtables, DAF/COMP(2010)37.
- ROSCHE, J. T. (2011): «Antitrust Issues Related to Benchmarking and Other Information Exchanges», Federal Trade Commission.
- SALANT, S. W.; SWITZER, S., y REYNOLDS, R. J. (1983): «Losses from Horizontal Merger: The Effects of an Exogenous Change in Industry Structure on Cournot-Nash Equilibrium», *The Quarterly Journal of Economics*, 98, núm. 2, pp. 185-199.
- TIROLE, J. (1988): *The Theory of Industrial Organization*, MIT Press.