

Intercambios de información entre competidores: ¿cómo cumplir con las normas de competencia?



Abril 2022

¿Hablamos?

Alberto Escudero Puente

Socio responsable del área de Derecho de la Competencia en PwC Tax & Legal
alberto.escudero.puente@pwc.com

Michael Tuit

Abogado en el área de Derecho de la Competencia en PwC Tax & Legal
michael.tuit@pwc.com

Novedades del proyecto de Directrices de la Comisión Europea sobre acuerdos de cooperación horizontal en lo referido a los intercambios de información entre competidores.

Los intercambios de información comercial sensible entre competidores pueden constituir, por sí mismos, una infracción de las normas de competencia. Para que las autoridades de competencia califiquen el intercambio como una infracción, no es preciso que los competidores simultáneamente hayan fijado en común sus precios o se hayan repartido los clientes. Las empresas deben extremar sus precauciones en este ámbito pues tanto la Comisión Europea como la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (“CNMC”) han impuesto últimamente multas muy elevadas por infracciones de las normas de competencia derivadas de intercambios de información sensible entre competidores, llegando a calificarlas como una conducta de cártel.

La Comisión Europea ha publicado recientemente un proyecto de Directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal (C(2022)1159). Este proyecto normativo contiene un capítulo codificando cómo se aplican las normas de competencia, en la actualidad, a los intercambios de información entre competidores. También incluye nuevas pautas sobre aspectos de relevancia como (i) los intercambios anticompetitivos materializados mediante algoritmos y plataformas online; y (ii) los

protocolos de cumplimiento que las empresas pueden implantar para asegurar que los intercambios de información entre competidores no desencadenan infracciones de las normas de competencia.

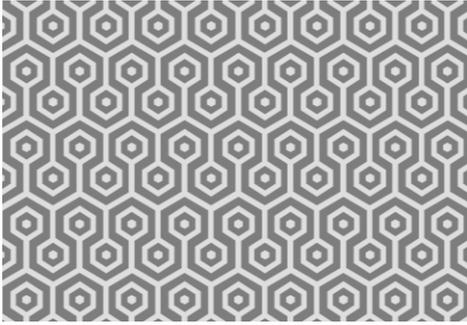
El proyecto de Directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal proporciona orientaciones sobre una gran diversidad de temas. En esta nota nos ceñiremos a describir sus principales novedades sobre los intercambios de información. En otras notas aparte nos referiremos a su impacto en otros ámbitos (i) joint ventures; (ii) UTEs y subcontrataciones; (iii) acuerdos de uso compartido de infraestructuras móviles; y (iv) sostenibilidad.

1. Riesgos para el mantenimiento de una competencia efectiva derivados de los intercambios de información entre competidores.

El principio fundamental de la competencia es que cada empresa determina de manera autónoma su comportamiento económico en el mercado. Es admisible que las empresas, sin establecer contactos entre ellas, se adapten de manera inteligente al comportamiento actual o previsto de sus competidores o a las condiciones habituales del mercado.

1. El proyecto de Directrices se encuentra disponible a través del siguiente [enlace](#).

2. En este [enlace](#) está disponible nuestra nota sobre (i) joint ventures; (ii) UTEs y subcontrataciones; y (iii) acuerdos de uso compartido de infraestructuras móviles.



No obstante, las normas de competencia prohíben que los competidores intercambien información comercial sensible, cuando esta conducta desemboca en un falseamiento de las condiciones de competencia normales del mercado. Un intercambio de información comercial confidencial entre competidores susceptible de influir en sus estrategias comerciales puede constituir una infracción de las normas de competencia. Así sucede cuando la información, una vez intercambiada, reduce la incertidumbre sobre las acciones futuras de los competidores. Podrá existir así una infracción si un competidor desvela a otro el comportamiento que va a adoptar en el mercado, ya que este intercambio influye en sus políticas de negocio, en perjuicio de los clientes.

Las normas de competencia prohíben el intercambio de información comercial sensible entre competidores, con independencia del medio por el que tenga lugar. De ahí que la infracción pueda materializarse, por ejemplo, a través de publicaciones en páginas web, mensajes (de chat), correos electrónicos, llamadas telefónicas, aportaciones en una herramienta algorítmica compartida, reuniones, etc. La información puede intercambiarse también indirectamente a través de un tercero (como un proveedor de servicios, una plataforma, una herramienta online o un algoritmo) una agencia común (por ejemplo, una asociación empresarial) una organización de estudios de mercado o a través de proveedores o distribuidores comunes.

Para que la conducta sea constitutiva de infracción basta con que una empresa desvele a un competidor suyo la conducta comercial que prevé aplicar en el mercado, aun cuando esta segunda no le corresponda desvelándole, a su vez, la suya.

2. Concepto de información comercial sensible.

Las normas de competencia establecen límites a los intercambios de información sensible entre competidores. La información comercial que se considera

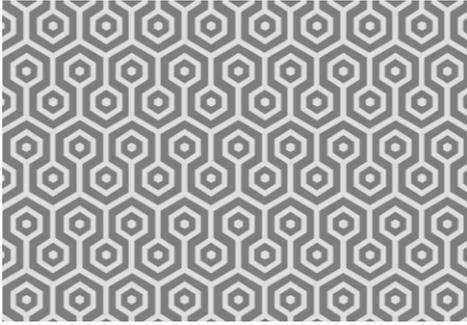
sensible y cuyo intercambio está, en principio, prohibido por las normas de competencia abarca lo siguiente:

- Precios y las intenciones de fijación de precios de una empresa.
- Capacidades de producción actuales y futuras de una empresa.
- Estrategia comercial prevista de una empresa.
- Demanda actual y futura.
- Ventas futuras de una empresa.
- Estado actual de una empresa y su estrategia comercial.
- Características futuras del producto que sean pertinentes para los consumidores.
- Posiciones en el mercado y estrategias en las subastas de productos financieros.

3. Intercambio de información sobre las subidas de precios de las materias primas.

El intercambio de información no debería ser considerado anticompetitivo cuando tuviera por objeto datos públicos. En relación con el carácter público de la información, el proyecto de Directrices señala que -incluso aunque la información esté disponible al público (por ejemplo, información publicada por los reguladores)- un intercambio de información adicional por parte de los competidores puede dar lugar a efectos restrictivos de la competencia, si disminuye aún más la incertidumbre estratégica en el mercado. En este caso, es la información adicional intercambiada la que es vital para inclinar el equilibrio de mercado hacia un resultado colusorio.

El proyecto de Directrices proporciona un ejemplo muy oportuno en el contexto económico actual. En un determinado sector, es de dominio público que los costes de las materias primas están aumentando. En las reuniones de la asociación sectorial, las empresas competidoras pueden comentar, en términos genéricos, este fenómeno. Pero no deberán evaluar conjuntamente y en detalle el aumento de los costes, si con ello reducen la incertidumbre sobre las acciones futuras de cada una de ellas en el mercado. Ello se debe a que cada empresa debe determinar de manera autónoma la política que pretende



adoptar en el mercado. Cada competidor deberá así decidir de forma independiente cuál será su respuesta al aumento de los costes de los suministros.

4. Información histórica.

El intercambio de información histórica no debería ser problemático. Señala el proyecto de Directrices que la evaluación sobre si la información es actual o bien ya histórica debe efectuarse caso a caso. En algunos supuestos se ha considerado que la información con antigüedad de más de un año ya podría ser histórica. El proyecto de Directrices añade que la información también puede considerarse histórica si su antigüedad es varias veces superior a la duración media de los ciclos de fijación de precios o los contratos en el sector, cuando éstos sean indicativos de renegociaciones de precios.

5. Algoritmos e intercambios de información.

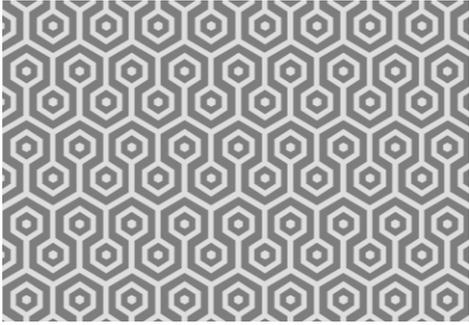
Cuando varios competidores toman la decisión de compartir una misma herramienta algorítmica pueden terminar infringiendo las normas de competencia. Puede así generarse una situación denominada como “colusión por código”, que se refiere a la aplicación deliberada por parte de varios competidores de unos mismos algoritmos comunes, con la finalidad de coordinar sus respectivas políticas comerciales. La colusión por código se considera por las autoridades de competencia normalmente como una conducta de cartel.

Además, un algoritmo de optimización compartido entre varios competidores puede ser problemático si toma las decisiones comerciales a partir de flujos de datos confidenciales sensibles procedentes de diversos competidores. Cuando el software algorítmico se nutre de datos públicos no hay, en principio, un problema de competencia. En cambio, la agregación de información comercial sensible en una herramienta de precios ofrecida por una misma empresa informática a la que tienen acceso varios competidores puede constituir un acuerdo anticompetitivo.

También es problemática la situación en la que los competidores han armonizado / coordinado las características o mecanismos de optimización de las herramientas automatizadas que comparten. La decisión de los competidores de introducir una regla de fijación de precios en la herramienta algorítmica compartida (por ejemplo, el precio más bajo en una/s plataforma/s en línea o en una/s tienda/s + 5 %, o el precio de un competidor – 5 %) puede ser en sí mismo anticompetitiva, incluso en ausencia de un acuerdo explícito para armonizar en el futuro sus políticas de fijación de precios.

Una situación de *cártel hub & spoke* se produce cuando varios competidores (*spokes*) coordinan sus políticas comerciales, en perjuicio de los consumidores, por mediación de un distribuidor común (*hub*). Este tipo de *cártel* puede darse sin necesidad de contactos directos entre los competidores (*spokes*) ya que se comunican indirectamente a través del distribuidor común (*hub*). El proyecto de Directrices advierte de que las plataformas online pueden generar conductas de *cártel hub & spoke*, por ejemplo, si facilitan intercambios de información entre las empresas competidoras usuarias de las plataformas, para garantizar determinados márgenes o niveles de precios. Otra conducta de riesgo consiste en utilizar a una plataforma para imponer restricciones operativas al sistema que impidan a las empresas competidoras usuarias ofrecer precios más bajos u otras ventajas a los clientes finales.

El proyecto de Directrices también apunta riesgos (aunque menores) incluso en lo referido al empleo individual de algoritmos por cada competidor, si es que da lugar a resultados colusorios. Ello se debe a que los algoritmos pueden permitir a los competidores aumentar la transparencia del mercado, detectar desviaciones de precios en tiempo real y dotar de mayor eficacia los mecanismos de represalia por desviación de precios. Pero para que se considere que este escenario genera colusión algorítmica deben darse las siguientes condiciones



(i) diseño específico de los algoritmos con esta finalidad, (ii) contactos muy frecuentes entre los competidores, (iii) un poder de negociación limitado de la demanda, y (iv) referirse a productos o servicios homogéneos.

6. Eficiencias derivadas de intercambios de información.

No siempre los intercambios de información entre competidores son anticompetitivos. Algunos tipos de intercambio pueden generar mejoras de eficiencia (como solucionar problemas de asimetrías de la información). En los últimos años, en particular, el intercambio de datos ha cobrado importancia y se ha convertido en un elemento esencial para fundamentar la toma de decisiones mediante el uso de la inteligencia de datos y las técnicas de aprendizaje automático.

Además, las empresas mejoran a menudo su eficiencia interna a partir de una comparación con las mejores prácticas de las demás (benchmarking). El intercambio de información también puede ayudar a las empresas a ahorrar costes al reducir sus existencias, permitir una entrega más rápida de productos perecederos a los consumidores o hacer frente a una demanda inestable, etc. Asimismo, los intercambios de información pueden beneficiar directamente a los consumidores, al reducir sus costes de búsqueda y mejorar las posibilidades de elección. Por ejemplo, podrán disponer de información sobre las cualidades relativas de los productos (mediante la publicación de listas de productos más vendidos o comparadores de precios).

También el intercambio de datos sobre clientes entre empresas que operan en mercados con información asimétrica puede dar lugar a eficiencias. Por ejemplo, el seguimiento de la conducta pasada de los clientes en términos de accidentes o de impago de deudas supone un incentivo para que los clientes limiten su exposición al riesgo. Igualmente permite detectar a los consumidores que suponen un menor riesgo y deben beneficiarse de precios

más bajos. En este contexto, el intercambio de información permite reducir la cautividad de clientes, induciendo así una mayor competencia. Esto se debe a que, por lo general, la información es específica de una relación y los clientes perderían el beneficio de esta información si cambiaran de proveedor. Se encuentran ejemplos de este tipo de eficiencias en los sectores bancario y de seguros, que se caracterizan por intercambios frecuentes de información sobre impagos de clientes y características del riesgo.

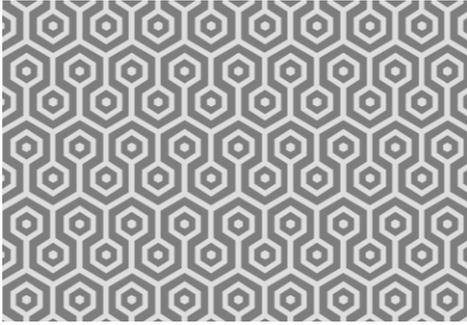
7. Boicot a terceros por impedir el acceso a la información.

En ocasiones la información (lícitamente) intercambiada entre los operadores es tan valiosa, que impedir el acceso a la misma respecto de algún operador concreto (como un nuevo entrante) puede constituir una infracción de boicot. Por tanto, el intercambio de dicha información estratégica solo será lícita si es accesible a todas las empresas activas en el mercado de referencia de manera abierta y no discriminatoria

8. Protocolos de cumplimiento de competencia.

Un intercambio de información puede resultar admisible cuando se enmarca en un ejercicio de benchmarking sectorial procompetitivo o cuando es imprescindible para materializar un acuerdo de cooperación entre competidores compatible con las normas de competencia. En este contexto, el proyecto de Directrices preconiza la implantación de protocolos de cumplimiento que eviten que los intercambios de información entre competidores desencadenen infracciones de competencia.

En el ámbito del benchmarking, se aconseja que las empresas competidoras recurran a un tercero independiente, el cual recibirá bilateralmente la información individual de cada competidor, sobre la base de acuerdos de confidencialidad. Dicho tercero recopilará la información, la analizará y la agregará en un estudio con



datos medios / anonimizados. La clave para asegurar la compatibilidad del proyecto será que el estudio resultante preparado por el tercero independiente no ofrezca la posibilidad de deducir las cifras individuales de cada empresa participante en mismo.

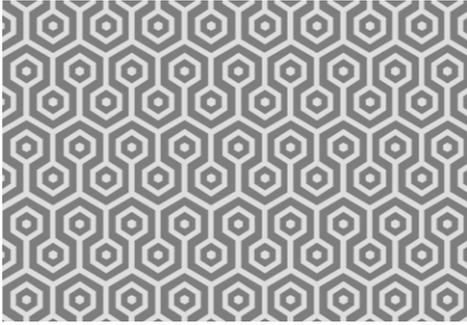
Cuando la cooperación tiene por objeto la puesta en común de datos, los participantes en un repositorio de datos (“data pool”) solo deben tener acceso a su propia información y a la información final agregada de otros participantes. Se deben establecer cortafuegos para garantizar que cada empresa participante no pueda obtener información comercial confidencial de otros participantes. La gestión de un repositorio de datos puede confiarse, por ejemplo, a un tercero independiente sujeto a un acuerdo de confidencialidad. Los responsables de la gestión de un repositorio de datos también deben garantizar que sólo se recoja la información necesaria para el cumplimiento de la finalidad legítima del repositorio de datos.

Cuando el intercambio se encuadra en acuerdos de cooperación entre competidores compatibles con las normas de competencia, las empresas pueden, por ejemplo, utilizar clean teams para recibir y procesar la información puesta en común. El término clean team se refiere en general a un grupo limitado de personas de una empresa que no intervienen en su actividad comercial cotidiana y que están sujetas a protocolos de confidencialidad. Un clean team puede utilizarse, por ejemplo, en la ejecución de un acuerdo de cooperación horizontal para garantizar que la información facilitada a efectos de dicha cooperación se comparte sobre la base de un principio de necesidad de conocer y de forma agregada.

Otro ejemplo en este sentido del proyecto de Directrices es muy oportuno en el contexto actual. Se refiere al supuesto en el que varios fabricantes de productos esenciales se enfrentan a una situación de escasez temporal de suministro de algún insumo en particular. Con el fin de mejorar la oferta y de

aumentar la producción de la manera más eficaz, la asociación sectorial se postula para recopilar datos y modelizar la demanda y la oferta de los productos esenciales afectados del problema de rotura de la cadena de suministro. Además, recopilaría datos para determinar la capacidad de producción, las existencias actuales y el potencial para optimizar la cadena de suministro. El proyecto de Directrices recomienda que, a los efectos de cumplir con las normas de competencia, la asociación contrate a una empresa de consultoría. Ésta firmará acuerdos de confidencialidad con cada productor. La consultora ayudará a la asociación a recoger y agregar los datos en un modelo. Los datos agregados se devolverían a los productores con el fin de reequilibrar y adaptar su utilización, la producción y el suministro de capacidad individual.

El proyecto de Directrices especula, sobre este mismo ejemplo, que pueda resultar imprescindible que tenga lugar un intercambio de información confidencial directamente entre los productores (además de la información que se recopilaría y compartiría de forma agregada por parte de la asociación y la consultora). Ese intercambio adicional entre productores se justifica, por ejemplo, para que los fabricantes competidores puedan determinar conjuntamente dónde resulta más conveniente cambiar la producción o aumentar la capacidad. Para que sean compatibles dichos intercambios tendrían que limitarse estrictamente a lo indispensable para lograr eficazmente los objetivos. Estos intercambios en relación con el proyecto tendrían que estar bien documentados para garantizar la transparencia de las interacciones. Los participantes tendrían que comprometerse a evitar conversaciones sobre los precios, así como a abstenerse de llevar a cabo conductas de coordinación sobre cuestiones ajenas a esta iniciativa. La iniciativa de colaboración también debería estar limitada en el tiempo para que los intercambios cesaran inmediatamente, una vez que el riesgo de escasez dejara de ser una amenaza lo suficientemente



urgente como para justificar la cooperación. Finalmente, para evitar problemas de exclusión, la iniciativa debería estar abierta a los operadores que no formaran parte de la asociación.

9. Anuncios públicos unilaterales sobre la política comercial de una empresa.

Un anuncio de una empresa hecho de manera unilateral y verdaderamente pública, por ejemplo, a través de una publicación en un sitio web de acceso público, de una declaración en público o de un periódico, no suele constituir una conducta susceptible de ser prohibida por las normas de competencia.

Las autoridades de competencia pueden considerar como potencialmente problemático un anuncio público unilateral que mencione las intenciones futuras en materia de precios de una empresa, por ejemplo, cuando no vincula a la empresa que hace el anuncio a sus clientes, pero sí puede transmitir a sus competidores señales importantes sobre la estrategia de mercado prevista por la empresa anunciante. Este será el caso, en particular, si la información es suficientemente precisa. El proyecto de Directrices señala que estos anuncios no suelen aportar eficiencias que beneficien

a los consumidores y pueden facilitar la colusión.

En un mercado oligopolístico con altas barreras de entrada, las empresas que divulgan continuamente información sin un beneficio aparente para los consumidores (por ejemplo, información sobre los costes de I+D, los costes de adaptación a los requisitos medioambientales, etc.) pueden, a falta de otra explicación plausible, incurrir en una infracción de las normas de competencia. No obstante, se trata de un área en la que resulta especialmente problemático para las autoridades de competencia probar la comisión de una infracción.

10. Entrada en vigor.

El proyecto de Directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal en el que se contiene esta regulación de los intercambios de información entre competidores ha sido sometido a consulta pública. Una vez se publique su versión final en el Diario Oficial de la Unión Europea, está previsto que entre en vigor el 1 de enero de 2023.