

INTERCAMBIOS DE INFORMACIÓN

Cani FERNÁNDEZ¹

Cuatrecasas

1. INTRODUCCIÓN

Como muchas otras actuaciones de los operadores en el mercado, los intercambios de información entre competidores pueden generar beneficios² o pérdidas para la competencia, y por tanto deben ser analizados sin partir de enfoques que los condenen *per se*. No obstante, el planteamiento de esta ponencia se enmarca en el título general del Seminario, que es «Acuerdos restrictivos», y por ello partiremos de la consideración inicial de que tales acuerdos pueden llevar a la coordinación de las empresas en el mercado, reduciendo así la competencia y perjudicando en último término al consumidor. Es por ello por lo que las autoridades de la competencia han extremado las precauciones a la hora de consentir tales intercambios.

En los próximos apartados analizaremos la práctica decisional de las autoridades de competencia con el objeto de extraer los criterios que se

¹ Esta ponencia es resultado del trabajo de un equipo formado por Cani FERNÁNDEZ, Irene MORENO-TAPIA, Eider ECHEVERRÍA y Aida OVIEDO, todas ellas abogadas de Cuatrecasas.

² Los intercambios de información pueden favorecer la eficiencia de las empresas, al permitir el conocimiento del comportamiento del mercado y de los clientes y, así, contribuir a una mejor planificación de las inversiones, a un mejor posicionamiento de los productos, o una mayor eficiencia en el ajuste de la demanda y los costes, por poner algunos ejemplos.

han seguido en el examen de los intercambios de información para verificar su compatibilidad con las normas de competencia. Para ello, en un primer apartado expondremos los asuntos más relevantes, tanto a nivel comunitario como a nivel español, en los que se ha analizado el intercambio de información entre competidores. A partir de ahí, en los siguientes apartados se extraerán las lecciones que resultan de esta práctica decisonal y se expondrán las críticas de la doctrina a la misma.

2. TRATAMIENTO DE LAS AUTORIDADES Y TRIBUNALES COMPETENTES

De la práctica de las autoridades de defensa de la competencia se puede deducir una clara distinción entre los intercambios de información que forman parte de un acuerdo anticompetitivo más amplio y aquellos que, no estando ligados a un acuerdo previo, pueden, por sus características, ser en sí mismos contrarios al Derecho de la Competencia en la medida en que reducen, o incluso eliminan, el grado de incertidumbre que debe existir en el mercado.

En el primer caso, el intercambio de información será un instrumento para que las empresas puedan controlar el cumplimiento de un acuerdo anticompetitivo anterior y de mayor alcance que el propio intercambio de información (por ejemplo, una fijación de precios o un reparto de mercados). Los primeros precedentes de las autoridades de competencia se refieren precisamente a este tipo de intercambios.

En el segundo caso se engloban aquellos intercambios de información que, con independencia de que su objeto sea o no anticompetitivo, tienen por efecto reducir la competencia en el mercado. Tal es el caso cuando, debido a que la información intercambiada aumenta la transparencia en el mercado, las empresas son capaces de predecir las estrategias comerciales a corto plazo de sus competidores y adaptarse a las mismas, incrementando el riesgo de colusión entre ellas aun en ausencia de un acuerdo expreso³.

³ *Vid.*, en este sentido, el documento recientemente publicado por la OCDE relativo a prácticas facilitadoras en mercados oligopolísticos («*facilitating practices in oligopolies*»). Dicho documento se encuentra disponible en la siguiente dirección de Internet: <http://www.oecd.org/dataoecd/4/44/41472165.pdf>

Al respecto de este tipo de intercambios de información cabe destacar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, TJCE), según la cual «si bien es cierto que [la] exigencia de autonomía no excluye el derecho de los operadores a adaptarse con habilidad al comportamiento que han comprobado o que prevén que seguirán sus competidores, se opone sin embargo de modo riguroso a toda toma de contacto directo o indirecto entre dichos operadores que tenga por objeto o por efecto abocar a condiciones de competencia que no corresponderían a las condiciones normales del mercado de que se trate, teniendo en cuenta la natura-

No obstante lo anterior, las autoridades de defensa de la competencia también han reconocido expresamente los efectos beneficiosos de determinados intercambios de información. Así, el TJCE ha señalado que la transparencia entre los operadores económicos genera, en un mercado verdaderamente competitivo, la intensificación de la competencia entre los operadores⁴. En este sentido, resulta de especial relevancia el análisis que ha realizado la Comisión en relación con la estructura competitiva de los mercados en los que se llevan a cabo los intercambios de información (en particular en el asunto *UK Agricultural Tractor Registration Exchange*, analizado más adelante). Y, como veremos a lo largo del presente artículo, es llamativo que la mayoría de los asuntos en los que las autoridades de competencia han sancionado intercambios de información entre competidores se refieren a mercados de estructura altamente concentrada.

Los intercambios de información no son considerados *per se* contrarios a las normas de competencia y tendrán que ser analizados caso por caso con el fin de determinar el efecto que generan, o podrían generar, en la competencia que se desarrolla en el mercado en el que dichos intercambios se llevan a cabo. Para ello, como veremos en detalle a continuación, las autoridades de defensa de la competencia han tenido en cuenta dos criterios fundamentales: las características del intercambio de información y la naturaleza del mercado en el que se produce dicho intercambio⁵.

A) Comisión Europea y Tribunales Comunitarios

a) *El análisis de los intercambios de información anteriores a UK Agricultural Tractor Exchange*

La primera vez que la Comisión se refirió directamente al análisis de los intercambios de información desde el punto de vista del Derecho de la Competencia fue en una Comunicación de 1968 relativa a acuerdos de cooperación entre empresas⁶. En la misma, la Comisión

leza de los productos entregados o los servicios prestados, la importancia y el número de las empresas, así como el volumen de dicho mercado» [entre otras, sentencia del TJCE de 28 de mayo de 1998, *John Deere Ltd contra Comisión*, asunto C-7/95, Rec. (1998) I-3111, apdo. 87].

⁴ Sentencia del TJCE en el asunto *John Deere*, ya citada, apartado 88.

⁵ Entre los factores importantes que deberán valorarse: el grado de concentración que existe en el mercado, las barreras a la entrada de nuevos competidores, la estructura de la oferta y de la demanda y la homogeneidad o heterogeneidad del producto ofertado.

⁶ Comunicación relativa a los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas relativas a la cooperación entre empresas, de 29 de julio de 1968. *Diario Oficial* núm. C 075 de 29 de julio de 1968, pp. 3-6. Esta Comunicación ha sido sustituida por las actuales Directrices de la Comi-

reconocía que el intercambio de opiniones y de experiencia, el estudio en común de los mercados, la realización conjunta de estudios comparados, así como de estadísticas y esquemas de cálculo, no eran contrarios al art. 81 TCE. La Comisión recalca que dichos intercambios debían mantener intacta la libertad de las empresas para determinar su estrategia competitiva, señalando al mismo tiempo que el intercambio de información en mercados oligopolísticos de productos homogéneos debería ser analizado con mayor cautela por las autoridades de competencia.

La casuística de estos primeros años examinó fundamentalmente intercambios de información que, bien eran complementarios de un acuerdo anticompetitivo principal, o bien tenían por objeto restringir la competencia debido a sus características. Así, en los años setenta, varios acuerdos de intercambio de información fueron prohibidos. En 1974, en el asunto *Glass Containers*⁷, la Comisión prohibió por primera vez un acuerdo de intercambio de información, en este caso suscrito entre varios fabricantes de vidrio para envases. Los fabricantes, en el marco de la asociación IFTRA, intercambiaban tanto directa como indirectamente información sobre sus políticas de precios⁸.

En su decisión, la Comisión estimó que el intercambio de información individualizada sobre elementos relativos al precio de los productos en cuestión era contrario al art. 81 TCE, puesto que en un mercado en el cual operaban pocas empresas el intercambio de tal información sólo podía tener por objeto la coordinación de los competidores. Según la Comisión, dicho intercambio buscaba eliminar la posibilidad de que se produjeran reacciones imprevisibles por parte los competidores, haciendo desaparecer así el grado de incertidumbre y riesgo que debe existir en el mercado. Asimismo, la Comisión consideró que no era relevante el hecho de que la información fuera comunicada a los competidores después de que se comunicara al mercado, dado que incluso aunque los precios fueran comunicados en primer lugar a los clientes, las cir-

sión sobre acuerdos de cooperación horizontal (*Diario Oficial* núm. C3 de 6 de enero de 2001, pp. 2-30), que sin embargo no contemplan los acuerdos de intercambio de información en sí mismos, sino como complementarios de acuerdos específicos tales como acuerdos de I+D, estandarización, medio ambiente, etc. En cambio, recientemente la Comisión se ha pronunciado sobre el análisis de los acuerdos de intercambios de información entre empresas del sector del transporte marítimo, reflejando los criterios que ha ido empleando a lo largo de los diferentes precedentes existentes para examinar los acuerdos de intercambio de información entre competidores.

⁷ Decisión de la Comisión 74/292/CEE, de 15 de mayo de 1974, en el asunto IV/400, *Acuerdos entre fabricantes de vidrio para envases*.

⁸ Concretamente, intercambiaban información sobre precios, así como fórmulas comunes para calcularlos.

cunstances del asunto revelaban que los competidores todavía tenían margen para poder alinear sus precios.

Posteriormente, en el asunto *Cobelpa/VNP*⁹, la Comisión consideró contrario a las normas de competencia un acuerdo de intercambio de información entre los principales fabricantes holandeses y belgas de papel de impresión (que agrupaban el 80-90 por 100 de la producción en sus respectivos mercados). El intercambio comprendía información estadística, así como datos individualizados sobre precios y condiciones generales de venta, suministro y pagos, ventas y *output*, con carácter mensual. La Comisión no puso inconveniente al intercambio de información estadística agregada, pero consideró que el intercambio de información individualizada sobre precios y condiciones generales de venta, así como de *output* y ventas, alteraba la competencia en el mercado, estableciendo un sistema de solidaridad e influencia mutua incompatible con la libre competencia. La Comisión consideró contrario a las normas de la competencia la creación de un mercado artificialmente transparente en el que, mediante estándares anormales de información y estabilidad de mercado, se eliminaban ciertos riesgos competitivos, más aún cuando la información no se facilitaba también a los consumidores (en cuyo caso la transparencia que se genera en el mercado solamente beneficia al vendedor)¹⁰. En consecuencia, la Comisión concluyó que el acuerdo constituía una infracción del art. 81 TCE, ya que el mismo sólo podía tener por objeto modificar las condiciones normales de competencia en el mercado.

Un año más tarde, en la decisión *Vegetable Parchment*¹¹, la Comisión consideró anticompetitivo un acuerdo entre los principales productores de pergamino vegetal. En este caso, la asociación a la que pertenecían las empresas proporcionaba, además de información estadística sobre las actividades de sus miembros, información individualizada sobre las empresas relativa a las exportaciones y precios de cada empresa participante. De acuerdo con la Comisión, el intercambio de esta información individualizada establecía un sistema de solidaridad e influencia mutua en el mercado que derivaba en la coordinación de las actividades económicas de los partícipes. Una vez más, el intercambio de información fue considerado restrictivo por su objeto, ya que el mismo sólo podía pretender la modificación de las condiciones de competencia en el mercado.

⁹ Decisión de la Comisión 77/592/CEE, de 8 de septiembre de 1977, en el asunto IV/312-366-*Cobelpa/VNP*.

¹⁰ Apartado 28.

¹¹ Decisión de la Comisión 78/252/CEE, de 23 de diciembre de 1977, en el asunto IV/29.176, *Pergamino vegetal*.

Los tres asuntos anteriores, que fueron analizados a raíz de notificaciones de los acuerdos a la Comisión, sirvieron para extraer los elementos principales del análisis de los acuerdos de intercambio de información —que fueron posteriormente plasmados en el Séptimo Informe sobre Política de Competencia—: el tipo de información intercambiada y la estructura del mercado. La Comisión reconoció expresamente que no todos los intercambios de información dañaban la competencia, y que por tanto no existía una prohibición *per se* de los mismos, sino que éstos debían analizarse caso por caso.

A raíz de los asuntos examinados por la Comisión en los años ochenta, se consolidó la idea de que los acuerdos de intercambio de información que constituyen un elemento accesorio de un acuerdo restrictivo están claramente prohibidos y se consideran parte del acuerdo principal. Así ocurrió en los asuntos *White Lead (Albayalde)*¹², *Peroxygen products (Peroxígenos)*¹³ y *Welded Steel Mesh (Mallas Electrosoldadas)*¹⁴.

Esencialmente relevante fue el asunto *Fatty Acids*¹⁵, en el cual la Comisión multó a los tres principales productores de ciertos productos químicos usados en la producción de ácidos grasos por suscribir un acuerdo de intercambio de información cuyo objeto era mantener su nivel de producción en un mercado en declive. La Comisión consideró que el intercambio de información podía dar paso a un acuerdo restrictivo adicional, por ejemplo, de fijación de cuotas o precios. En el análisis llevado a cabo, la Comisión tuvo en cuenta la importancia del grado de concentración del mercado y las altas cuotas de mercado de las partes intervinientes.

¹² En el asunto, los tres únicos productores de albayalde en la Comunidad Europea pusieron en marcha un acuerdo de reparto de cuotas. Para comprobar el cumplimiento de dicho acuerdo, las empresas se intercambiaban mensualmente información sobre sus ventas subdivididas por países. Decisión de la Comisión 79/90/CEE, de 12 de diciembre de 1978, asunto IV/29.535, *Albayalde*.

¹³ Los productores europeos de peróxígeno acordaban la distribución de sus productos por territorios, controlando el cumplimiento del acuerdo mediante intercambios de información sobre ventas y pedidos. Decisión de la Comisión 85/74/CEE, de 23 de noviembre de 1984, asunto IV/30.907, *Peroxígenos*.

¹⁴ La Comisión no admitió un sistema de intercambio de información entre productores de mallas electrosoldadas de Francia, Alemania y Bélgica sobre sus ventas individuales en el mercado francés. El intercambio era utilizado para controlar el volumen de entregas extranjeras que accedían al mercado francés. Decisión de la Comisión 89/515/CEE, de 2 de agosto de 1989, asunto IV/31.553, *Mallas electrosoldadas*.

¹⁵ Decisión de la Comisión 87/1/CEE, de 2 de diciembre de 1986, asunto IV/31.128, *Ácidos grasos*.

b) El asunto UK Agricultural Tractor Registration Exchange

El asunto que más ha marcado la política de la Comisión en el tratamiento de los acuerdos de intercambio de información es el de *UK Agricultural Tractor Registration Exchange*¹⁶, el primer asunto en el que un acuerdo puro de intercambio de información fue sometido al escrutinio de la autoridad comunitaria de defensa de la competencia y posteriormente a la jurisdicción comunitaria.

La decisión de la Comisión analizó un sistema de información administrado por la AEA (Agricultural Engineers Association, Ltd), asociación profesional de fabricantes e importadores de maquinaria agrícola del Reino Unido. El acuerdo se refería al intercambio de información sobre el volumen de ventas al por menor y las cuotas de mercado de ocho fabricantes e importadores de tractores agrícolas del mercado del Reino Unido.

Tres eran las categorías de información intercambiada: información agregada sobre ventas industriales (subdividida por producto, territorio y periodos de tiempo); ventas y cuotas de mercado agregadas de cada fabricante individual (subdividida por producto, territorio y periodos de tiempo); e información relativa a las ventas hechas por los comerciantes en la red de distribución de cada miembro (subdividida por importaciones y exportaciones en sus respectivos territorios).

El mercado de tractores del Reino Unido estaba dominado por cuatro proveedores que controlaban conjuntamente el 76-77 por 100 del mercado. A estos cuatro principales proveedores, cada uno de los cuales poseía una cuota de mercado comprendida entre el 15 por 100 y el 25 por 100, les seguían proveedores que acumulaban del 2 por 100 al 3 por 100 del mercado del Reino Unido. Esta elevada concentración del mercado se veía incrementada por el hecho de que en zonas geográficas más pequeñas, particularmente en las zonas asignadas a los concesionarios, no todos los proveedores realizaban ventas ni estaban representados. Además, este alto grado de concentración se veía reforzado por el hecho de que el número de proveedores de tractores de gran potencia se reducía a tres o cuatro, lo cual, unido a la desigual representación en las distintas zonas asignadas a los concesionarios, podía llevar a que en zonas determinadas sólo dos o tres proveedores compitieran en la venta de tractores de determinadas categorías de potencia.

Por otro lado, el mercado de venta de tractores en el Reino Unido se caracterizaba por unas elevadas barreras a la entrada: la venta de trac-

¹⁶ Decisión de la Comisión 92/157/CEE, de 17 de febrero de 1992, asunto *UK Agricultural Tractor Registration Exchange*.

tores requería una densa red de distribución y servicio, era un mercado en declive con pocas ventas y exceso de capacidad general que no dejaba lugar a la inversión, en el que la fidelidad a una marca constituía un importante factor y el propio acuerdo de intercambio de información hacía más difícil la entrada de nuevos competidores.

La Comisión, en el contexto descrito, consideró que el acuerdo entraba dentro del ámbito de aplicación del art. 81 TCE, puesto que eliminaba la incertidumbre en el mercado y aumentaba los obstáculos de acceso para los no miembros. La información intercambiada, aunque en principio agregada, permitía identificar las ventas de fabricantes individuales cuando los datos se referían a menos de diez tractores por territorio, periodo de tiempo y tipo de producto.

La decisión, que fue recurrida ante los tribunales comunitarios¹⁷, fue la primera en prohibir un sistema de intercambio de información que no se refería a información sobre precios. Además, la condena no fue, como en asuntos anteriores, por el objeto restrictivo del acuerdo, sino por el efecto, en este caso potencial, que el mismo tenía de restringir la competencia. En palabras de la Comisión: «[...] La naturaleza de la información intercambiada y el grado de detalle de la misma es tal que crea un considerable grado de transparencia en un mercado altamente concentrado y protegido de la competencia exterior (grandes obstáculos de acceso, importaciones casi inexistentes procedentes de terceros países), lo que lleva necesariamente a una reducción de la competencia en este mercado. Además, deben tenerse en cuenta no sólo los efectos inmediatos y manifiestos de un acuerdo, sino también sus efectos posibles, así como la posibilidad de que un acuerdo cree una estructura que pueda ser utilizada para fines contrarios a la competencia».

Tanto el Tribunal de Primera Instancia (en adelante, TPI) como el Tribunal de Justicia consideraron acertada la decisión de la Comisión, manifestando que, en un mercado oligopolístico, la transparencia que confería el flujo de tal información eliminaba todo margen de incertidumbre en el mercado y por tanto podía potencialmente reducir la competencia¹⁸.

¹⁷ Sentencia del TPI de 27 de octubre de 1994, asunto T-35/92, *John Deere/Comisión*, y sentencia del TJCE de 28 de mayo de 1998, asunto C-7/95 P, *John Deere Ltd/Comisión*, antes citada.

¹⁸ «[...] el Tribunal de Primera Instancia estima [...] que, como afirma esta vez la Comisión, la generalización entre los principales proveedores y, en contra de lo que afirma la demandante, para el único provecho de éstos y, por consiguiente, con exclusión de todos los demás fabricantes y consumidores, de un intercambio de información detallada con una periodicidad frecuente, referida a la identificación de los vehículos matriculados y del lugar de su matriculación puede alterar sensiblemente la competencia subsistente entre los operadores económicos en un mercado oligopolístico fuertemente concentrado, como el mercado de que se trata, y donde, por consiguiente, la competencia está ya muy debilitada y el intercambio de informaciones resulta favore-

En un mercado oligopolístico fuertemente concentrado, un acuerdo que prevé un sistema de intercambio de información entre las empresas de dicho mercado debilita o suprime el grado de incertidumbre sobre el funcionamiento del mismo y puede alterar la competencia entre los operadores económicos cuando la información intercambiada: i) está constituida por secretos de negocios y permite a las empresas parte en el acuerdo conocer las ventas efectuadas por sus competidores, así como las de las demás empresas competidoras y de sus concesionarios que también son parte en el acuerdo, ii) es divulgada con una alta periodicidad y de manera sistemática, y iii) se divulga entre los principales proveedores para el único provecho de éstos, con exclusión de todos los demás proveedores y los consumidores.

Como veremos más adelante, esta Decisión ha sido duramente criticada por la doctrina. Numerosos autores han considerado que el referido asunto podría interpretarse como una prohibición *per se* de los intercambios de información comercial sensible en mercados oligopolísticos, a pesar de que la propia Comisión haya insistido en la necesidad de analizar los intercambios de información caso por caso. Esta presunción no estaría avalada por la teoría económica.

c) **Los asuntos posteriores a UK Agricultural Tractor Registration Exchange**

Las siguientes decisiones en la materia siguieron, con carácter general, lo establecido en la resolución anteriormente comentada.

En 1993, en el asunto *Ahlstroem Osakeyhtioe*¹⁹, el TJCE anuló una decisión de la Comisión en la parte en la que se declaró que cuarenta productores de pasta de madera, así como tres de sus asociaciones profesionales, habían infringido el art. 81 TCE al haber comunicado a sus clientes y agentes con antelación (en ocasiones unas semanas o unos días antes) los precios que deseaban aplicar en cada trimestre. La Comisión consideró que dicho sistema de anuncios trimestrales de precios fue instaurado deliberadamente por los productores para conocer los precios de sus competidores con suficiente antelación, provocando una transparencia artificial en el mercado, por lo que dicho intercambio constituía en sí mismo una infracción del art. 81 TCE. Además, la Comisión con-

cido [...]. En efecto, en tal caso la puesta en común regular y frecuente de datos relativos al funcionamiento del mercado tiene el efecto de revelar periódicamente a todos los competidores las posiciones ocupadas en el mercado y las estrategias de los diferentes competidores». Sentencia del TPI en el asunto *John Deere/Comisión*, antes citada, apartado 51.

¹⁹ Sentencia del TJCE de 31 de marzo de 1993, asuntos acumulados C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 y C-125 a C-129/85, *Ahlstroem Osakeyhtioe y otros c. Comisión*.

sideró que dicho sistema de anuncios de precios constituía el indicio de la existencia de una concertación previa entre las empresas, conclusión que se basó en la existencia de un paralelismo en el comportamiento observado entre los productores, así como en los precios anunciados.

Por el contrario, el TJCE, a la vista de las características del mercado en el que se producían los anuncios trimestrales de precios, consideró que la concertación entre los diferentes competidores no era la única explicación plausible para justificar el paralelismo en sus comportamientos. Así, el sistema de anuncios de precios podía considerarse una respuesta racional al hecho de que el mercado de la pasta de madera era un mercado en el que las relaciones entre productores y clientes se establecían a largo plazo y en el que tanto los compradores como los vendedores necesitaban reducir sus riesgos comerciales. Por otro lado, el TJCE afirmó que la analogía de las fechas de los anuncios de precios podía ser considerada como una consecuencia directa de la gran transparencia del mercado, que en ese caso no debía ser calificada de artificial. Por último, el paralelismo de los precios y su evolución podían explicarse por las tendencias oligopolísticas del mercado, así como por las circunstancias particulares de determinados periodos. Por todo ello, el paralelismo de comportamiento observado por la Comisión no podía constituir, por sí solo, la prueba de la existencia de la concertación.

En 1994, en la decisión *Cartonboard*²⁰, la Comisión declaró que 19 productores de cartoncillo, que representaban aproximadamente el 90 por 100 del mercado, habían infringido el art. 81 TCE mediante un acuerdo de intercambio de información comercial estadística relativa a pedidos, capacidad y utilización de maquinaria. El intercambio se enmarcaba en un acuerdo restrictivo. En su decisión, la Comisión condenó el intercambio de información estadística agregada en la medida en que dicho intercambio servía de sostén al acuerdo colusorio. Además, en la parte dispositiva, la Comisión obligó a las empresas a poner fin a la práctica sancionada prohibiéndoles llevar a cabo en un futuro intercambios de información, aun cuando éstos consistieran en datos estadísticos globales²¹, debido a que dicha información podría utilizarse con fines contrarios a la competencia.

²⁰ Decisión de la Comisión 94/601/CE, de 13 de julio de 1994, asunto IV/C/33.833, *Cartoncillo*.

²¹ El art. 2 de la Decisión establecía lo siguiente: «Las empresas mencionadas en el art. 1 pondrán término a la infracción de forma inmediata, si todavía no lo hubieren hecho. Asimismo, y por lo que a sus actividades relacionadas con el cartoncillo se refiere, se abstendrán en lo sucesivo de cualquier acuerdo o práctica concertada cuyo objeto o efecto pudiera ser similar, así como de efectuar cualquier intercambio de información comercial: [...] b) mediante la cual, aun cuando no se revele información concreta alguna, se promueva, facilite o fomente una respuesta común del sector frente a las condiciones económicas por lo que al precio o al control de la producción

El TPI confirmó la ilegalidad del intercambio de información en la medida en que el mismo servía como herramienta de control de un acuerdo restrictivo de mayor alcance. Ahora bien, anuló la decisión en la parte que hacía referencia a la prohibición impuesta por la Comisión respecto al intercambio de información estadística de carácter global, por considerar que dicha prohibición tenía un alcance demasiado amplio, al no distinguir entre aquellos intercambios que no plantean problemas de competencia y aquellos que sí lo hacen, indicando que no se debía prohibir un intercambio de información solamente por el eventual riesgo de que el mismo pudiese ser empleado con fines anticompetitivos.

En palabras del Tribunal, «Semejante prohibición, por cuanto destinada a impedir el intercambio de datos puramente estadísticos que no tengan el carácter de información individual o individualizable, debido a que la información intercambiada podría utilizarse con fines contrarios a la competencia, excede de lo necesario para restablecer la legalidad de las conductas comprobadas. En efecto, por una parte, no se deduce de la Decisión que la Comisión considerase que el intercambio de datos estadísticos constituía en sí una infracción del apartado 1 del art. 85 del Tratado. Por otra parte, el mero hecho de que un sistema de intercambio de datos estadísticos pueda utilizarse con fines contrarios a la competencia no lo hace contrario al apartado 1 del art. 85 del Tratado, *ya que, en tales circunstancias, procede comprobar en concreto sus efectos contrarios a la competencia*» (cursiva añadida). Este hecho fue interpretado por la doctrina como un toque de atención a la Comisión para que analizara más en detalle los efectos anticompetitivos que podrían derivarse del intercambio de información estadística.

Interesa citar, por su relevancia, el asunto *Plasterboard*²², en el cual, aunque analizando un cártel, la Comisión manifestó que un intercambio de información constituye *per se* una infracción del art. 81 TCE cuando con él se elimina la independencia con la que cada operador debe actuar

se refiere; c) mediante la cual pudieran controlar la adhesión o el cumplimiento de cualquier acuerdo formal o tácito referente a los precios o al reparto de las cuotas de mercado en la Comunidad.

Cualquier sistema de intercambio de información general al que se adhieran (tal como el sistema FIDES, o su sucesor) será elaborado de tal forma que excluya no sólo cualquier información a partir de la cual se pueda determinar la conducta de cada fabricante, sino también todos los datos relativos a la situación actual de recepción y cartera de pedidos, el porcentaje previsto de utilización de capacidad de producción (en ambos casos, aun con datos globales) o la capacidad de producción de cada máquina.

Dicho sistema de intercambio se limitará a recopilar y difundir datos globales correspondientes a las estadísticas de producción y ventas que no puedan ser utilizados para promover o facilitar un comportamiento común del sector [...]».

²² Decisión de la Comisión 2005/471/CE, de 27 de noviembre de 2002, asunto COMP/E-1/37.152, *Paneles de yeso*.

en el mercado. La Comisión expresó que tal independencia quedaba claramente afectada cuando el intercambio tenía lugar en un mercado altamente concentrado y se reducía el riesgo de incertidumbre para el operador²³.

Finalmente, merece también destacar el análisis llevado a cabo por el Tribunal de Justicia en el asunto *Asnef-Equifax*²⁴, de 2006, en el marco de una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo español. En este caso, el sistema de intercambio de información se empleaba para la elaboración de un registro de solvencia. En su sentencia, el TJCE reconoció los efectos beneficiosos que se pueden derivar para los consumidores y la economía en general de determinados intercambios de información. De acuerdo con el Tribunal, no son necesariamente contrarios al art. 81 TCE por su objeto los intercambios de información como el controvertido, que sirven para incrementar la cantidad de información que las entidades de crédito tienen acerca de los potenciales prestatarios, atenuando la disparidad existente entre la información que tienen el acreedor y el deudor respecto a la capacidad de pago de este último, facilitando así la previsibilidad de la probabilidad de devolución de los créditos. Al eliminarse la incertidumbre de las entidades crediticias respecto a la capacidad de pago de los prestatarios, el registro contribuye a la mejora de la oferta de crédito.

De esta manera, aunque el principio general predica que los acuerdos de intercambio de información son contrarios a las normas de competencia en la medida en que debilitan o suprimen el grado de incertidumbre que debe existir en el mercado, de acuerdo con el TJCE la compatibilidad de un sistema como el que se examinó en ese caso «[...] [d]epende de las condiciones económicas en 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 de participación en el intercambio de información, así como la naturaleza de los datos intercambiados —pues éstos 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 los precios, los volúmenes o las condiciones de la prestación». En el presente caso, el Tribunal confirmó la trayectoria trazada hasta el momento desde *UK Agricultural Tractor Exchange* y consideró que los intercambios de información no son restrictivos siempre que el mercado pertinente no se encuentre fuertemente concentrado, que dicho sistema no permita identificar información individualizada suministrada por los participantes y que no haya

²³ Decisión de la Comisión 2005/471/CE, antes citada, apartado 449.

²⁴ Sentencia TJCE de 23 de noviembre de 2006, C-238/05, asunto *Asnef-Equifax*.

discriminación en las condiciones de acceso y de utilización del sistema. En palabras del TJCE: «[...] aunque en las mencionadas condiciones tales sistemas puedan reducir la incertidumbre en cuanto al riesgo de incumplimiento por parte de los solicitantes de créditos, no pueden disminuir la incertidumbre en cuanto a los riesgos en relación con la competencia. Así, cada agente económico normalmente actuará de manera independiente y autónoma a la hora de adoptar un determinado comportamiento, teniendo en cuenta los riesgos que presenten dichos solicitantes. Contrariamente a lo que alega Ausbanc, de la mera existencia de tal intercambio de información no puede inferirse automáticamente que éste conducirá a un eventual comportamiento colectivo contrario a la competencia, como, por ejemplo, el boicoteo de determinados prestatarios potenciales»²⁵.

Por último, aun en el caso de que el registro restringiera la competencia en el sentido del art. 81 TCE, el Tribunal reconoció que las ventajas económicas objetivas que se pudieran derivar de dicho registro podrían compensar los inconvenientes de tal restricción eventual, en cuyo caso habría que verificar si se cumplen las condiciones del apartado 3 del art. 81 TCE.

B) Autoridad de la Competencia española

El tratamiento dado por la autoridad española de la competencia a los intercambios de información ha sido muy similar al de las autoridades de competencia y tribunales europeos, si bien los precedentes existentes no son tan numerosos como los comunitarios²⁶.

Las autoridades españolas han manifestado que los acuerdos de intercambio de información pueden constituir prácticas contrarias al Derecho de la Competencia cuando la información comercial es especialmente sensible, individualizada y concreta. Para determinar esa ilicitud se deberá también tener en cuenta la frecuencia de los intercambios de esa información y, especialmente, las características del mercado en cuestión.

Los primeros asuntos de intercambio de información analizados por las autoridades de la competencia española fueron investigados a raíz de solicitudes de autorización de los acuerdos por los interesados.

²⁵ Apartado 62 de la sentencia.

²⁶ Con excepción de las resoluciones en materia de registros de morosos, antes de la adopción del 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* núm. 129, de 31 de mayo de 2006, p. 20430).

En el año 2002, el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), en el asunto *Información estadística Fenil*²⁷, declaró que un acuerdo de la Federación Nacional de Industrias Lácteas (FENIL), por el que se pretendía realizar un plan de recogida de datos agregados relativo a los precios y a los volúmenes de leche comercializados por Comunidades Autónomas, no constituía un acuerdo restrictivo, no precisando, por tanto, de la autorización solicitada. En su resolución, el TDC consideró que la elaboración de estadísticas de conformidad con los principios y reglas de la disciplina científica era una conducta lícita que no precisaba autorización alguna. Además, evaluó positivamente que el sistema acordado por FENIL previera la figura de un notario público que gestionaba la información individual considerada como secreto de negocio, garantizando así que los miembros no tuvieran acceso a los datos individuales.

El caso más relevante en la materia es el asunto *Estadísticas Cerveceros*²⁸, que se originó a raíz de la solicitud de autorización de un acuerdo de intercambio de información por la Asociación de Cerveceros de España (ACE) para un sistema de recopilación de datos estadísticos referentes a la fabricación y comercialización de cerveza. El TDC concluyó que los acuerdos suponían un incremento del riesgo de colusión entre las mayores empresas del mercado y denegó la autorización. La información intercambiada era muy específica y los datos constituían secretos de negocio. Además, aunque la información que se intercambiaba era histórica, se refería a un pasado muy reciente, y sólo parte de la información se hacía pública. Sin embargo, el factor decisivo para denegar la concesión de la autorización fue que el mercado cervecero español se encontraba muy concentrado (cinco empresas controlaban la práctica totalidad del mercado), estando además la oferta caracterizada por un elevado índice de especialización geográfica de cada una de las empresas. De hecho, dado el elevado índice de concentración en determinadas zonas geográficas, la agregación de datos por vía notarial era poco efectiva a efectos de enmascaramiento de datos individuales de cada partícipe (el duopolio se daba en varias zonas).

Con fecha de 11 de julio de 2007, el TDC otorgó una autorización singular de cinco años al sistema de intercambio de información estadística de los cerveceros, que había vuelto a ser presentado por la ACE. La autorización fue supeditada al cumplimiento de determinadas condiciones referentes a la extensión y periodicidad de la información inter-

²⁷ Resolución del TDC de 1 de marzo de 2002, Expediente A 309/01, *Información Estadística Fenil*.

²⁸ Resolución del TDC de 30 de marzo de 2004, Expediente A 329/02, asunto *Estadísticas Cerveceros*. Esta resolución ha sido confirmada por Sentencia de la Audiencia Nacional de 12 de julio de 2006, JUR 2006/245820.

cambiada (alto nivel de agregación y frecuencia anual), así como al acceso por terceros a la información intercambiada (los datos agregados debían ser publicados a la vez que se ponían a disposición de los asociados)²⁹.

Más recientemente, en el asunto *Distribuidores Cinematográficos*³⁰, la Federación de Distribuidores Cinematográficos (Fedicine) fue condenada a pagar una multa de 900.000 euros al ser considerada responsable de una infracción sancionada por el art. 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, por crear y mantener una base de datos mediante la cual las empresas distribuidoras intercambiaban datos estratégicos sensibles. Entre dichos datos se encontraban las fechas previsibles para estrenos futuros con más de un año de anticipación o las cifras desagregadas de recaudación por películas, semana de exhibición y salas, información cuyo intercambio tenía como claro efecto, en opinión de la autoridad, restringir la competencia en el mercado. La base de datos facilitaba el control de una práctica restrictiva llevada a cabo por las empresas distribuidoras, también condenada en la Resolución, consistente en el reparto de una parte sustancial del mercado español de distribución cinematográfica.

3. LECCIONES Y CRÍTICA

De los precedentes anteriormente analizados se puede deducir que un intercambio de información que forma parte de un acuerdo anticompetitivo estará siempre prohibido. Dichos acuerdos de información normalmente ayudan a controlar el cumplimiento del acuerdo ilícito, posibilitando la identificación de incumplimientos de lo pactado y, con ello, coaccionando a los participantes a cumplir el acuerdo por miedo a represalias. En estos casos se considera que el intercambio de información no es más que un instrumento para ejecutar un acuerdo en sí ilícito y por tanto aquél, accesorio y facilitador del mismo, también lo es.

Cuando un intercambio de información no es complementario de un acuerdo anticompetitivo, la licitud del mismo se deberá examinar atendiendo a los efectos, reales o incluso potenciales, que dicho intercambio tendrá en el mercado. Para ello, las autoridades de competencia han tenido en cuenta dos criterios fundamentales, que se analizan de forma cumulativa: las características del intercambio de información en sí, y la naturaleza de mercado en el que se lleva a cabo el intercambio de información.

²⁹ Resolución del TDC en el Expediente A 360/06, asunto *Estadísticas Cerveceros 2*.

³⁰ Resolución del TDC de 10 de mayo de 2006, Expediente 588/05, asunto *Distribuidores de Cine*.

Respecto al primero de los parámetros indicados que, insistimos, debe ser analizado inseparablemente del segundo, la licitud de los intercambios de información, dependerá fundamentalmente de los siguientes factores:

a) *La naturaleza de la información intercambiada*: un intercambio de información planteará problemas sobre todo en aquellos casos en los que se refiera a información sensible que, por su naturaleza, guarda relación con las decisiones económicas de una empresa: ventas, compras, inversiones, costes, clientes, proveedores, condiciones comerciales, etc. Se trata de información que es generalmente considerada «secreto de negocio», y su intercambio deberá ser analizado desde el punto de vista de la competencia atendiendo a los demás criterios mencionados a continuación (carácter individualizado o agregado de la información, antigüedad de los datos, frecuencia del intercambio, así como la estructura del mercado).

Por el contrario, el intercambio de información no constitutiva de secretos de negocio (por ejemplo, opiniones sobre el impacto que puede tener una determinada política pública en el mercado o la elaboración de un análisis de coyuntura económica) no plantea problemas de competencia.

b) *La forma (individual o agregada) en la que se intercambia la información*: de los precedentes existentes se deduce la consideración generalizada de que el intercambio de información individualizada de carácter sensible entre empresas es, por lo general, contrario a las normas de competencia³¹.

Por el contrario, el intercambio de información agregada no es considerado, en principio, contrario a la competencia. Esto es así siempre y cuando la agregación sea tal que las empresas no puedan, ni directa ni indirectamente, extraer información individualizada de sus competidores. Para evitar que se puedan identificar datos individuales de competidores, además de agregar los datos de un número mínimo de empresas, habrá que procurar que un eventual desglose de los datos, por ejemplo en función del tipo de producto o del territorio, no resulte en un número tan reducido de categorías que haga posible identificar información sensible respecto a las empresas participantes³².

³¹ Aunque, como se verá a continuación, también es relevante la antigüedad de la información.

³² Por ejemplo, la Comisión Europea se ha opuesto al intercambio de datos agregados en la medida en que, como consecuencia del desglose por zonas geográficas, productos o periodos de tiempo, en los informes facilitados aparezca un número tan reducido de unidades vendidas (en el caso de los tractores ingleses, diez), que exista un gran riesgo de que, a pesar de estar agregados,

c) *La antigüedad de los datos*: cuanto más reciente sea la información, mayores serán sus repercusiones sobre el comportamiento futuro de las empresas en el mercado. La Comisión Europea ha considerado que la información cuya antigüedad es superior a un año³³, por lo general, no plantea problemas, ya que se entiende que no puede tener una repercusión importante sobre el futuro comportamiento de la empresa. Entiende por información reciente aquella de antigüedad inferior³⁴. En el mismo sentido se ha manifestado la CNC.

El carácter histórico o reciente de la información deberá evaluarse, no obstante, con una cierta flexibilidad, es decir, valorando hasta qué punto los datos han quedado realmente anticuados a la luz de las características del mercado de que se trate o del tipo de información (por ejemplo, información sobre capacidad de producción).

Por otro lado, se considera que el intercambio de datos futuros es especialmente susceptible de plantear problemas, en particular cuando los datos se refieren a los precios o a la producción. Este tipo de datos, por lo general, revela la estrategia comercial que una empresa se propone adoptar en el mercado, facilitando la colusión entre competidores.

d) *La frecuencia del intercambio*: el intercambio de datos con elevada frecuencia permite a las empresas reaccionar más rápidamente ante los cambios que se hayan podido producir en el comportamiento de los demás competidores (por ejemplo, una bajada de los precios), lo cual facilita la adopción de medidas de reacción o de represalia y reduce, en último término, los incentivos para adoptar un comportamiento competitivo en el mercado.

Además de las características del intercambio de información en sí, las características del mercado en el que se producen los intercambios de información ha sido un elemento clave para las autoridades a la hora de analizar su compatibilidad con la normativa de competencia. Se han considerado particularmente relevantes cuestiones tales como el grado de concentración, la estructura de la oferta y la demanda y la existencia de barreras a la entrada.

los datos permitan, directa o indirectamente, identificar el volumen exacto de ventas de algunos o de todos los competidores. Decisión de la Comisión en el asunto *UK Agricultural Tractor Registration Exchange*, antes citada, considerando 16.

La CNC también se ha opuesto al intercambio de información agregada cuando, a la vista del detalle de los datos intercambiados y el número de operadores presentes en el mercado, el carácter agregado de la información no impide conocer la información individual de cada empresa. Resolución de la CNC de 30 de marzo de 2004, *Estadísticas Cerveceros*, Fundamento de Derecho 7.

³³ Decisión de la Comisión Europea en el asunto *UK Agricultural Tractor Registration Exchange*, ya citada, considerando 50.

³⁴ Decisión 98/4/CECA de la Comisión en el asunto IV/36.069, *Wirtschaftsvereinigung Stahl* (DOUE L1, de 3 de enero de 1998, considerando 17).

Cuanto más alto sea el grado de concentración del mercado en el que se producen los intercambios de información, mayores precauciones deberán adoptarse en relación con los eventuales intercambios de información. En estos casos, el enfoque de las autoridades de defensa de la competencia ha sido más estricto, rara vez permitiendo acuerdos de intercambio de información en mercados de estructura oligopolística, a menos que estén sometidos a estrictas condiciones.

La relevancia que adopta la estructura del mercado a la hora de analizar los intercambios de información se ha visto reflejada en el documento recientemente publicado por la OCDE relativo a prácticas facilitadoras en oligopolios («*facilitating practices in oligopolies*») ³⁵. Dicho documento centra su atención en analizar cuál es el enfoque adoptado por las autoridades de competencia nacionales y europea respecto a aquellos comportamientos que, no constituyendo un acuerdo anticompetitivo expreso entre empresas, facilitan la coordinación del comportamiento competitivo de las mismas al eliminar la incertidumbre existente en el mercado, sobre todo en mercados oligopolísticos. La contribución de la Comisión Europea a este documento tiene como principales ejes la jurisprudencia sentada en los asuntos *Asnef-Equifax* y *UK Agricultural Tractor Exchange*, y recalca la necesidad de analizar los efectos de los acuerdos de intercambio de información, así como la posibilidad de que puedan generar eficiencias ³⁶.

De acuerdo con el TJCE, la transparencia entre los operadores económicos fomenta, en un mercado verdaderamente competitivo, la intensificación de la competencia entre los proveedores. Si bien esta afirmación puede resultar, a primera vista, sencilla y clarificante, la práctica de las autoridades de la competencia ha demostrado que esta apreciación dista mucho de ser cierta. Así, a lo largo de los precedentes más importantes en la materia, el elemento decisivo ha consistido en determinar lo que se entiende por un mercado «verdaderamente competitivo» en el que los intercambios de información puedan generar efectos beneficiosos. Los intercambios de información han sido particularmente perseguidos por las autoridades de la competencia cuando los mismos se

³⁵ *Vid. supra*, nota 3.

³⁶ La contribución de España al documento de la OCDE indica que para poder determinar cuándo una práctica (concretamente, un intercambio de información unilateral) «facilita» o no la coordinación del comportamiento competitivo de las empresas, habrá que tener en cuenta dos cuestiones. La primera consiste en examinar cuál es el objeto más plausible del comportamiento, lo cual se podrá determinar, en ausencia de un acuerdo expreso, analizando sus efectos. En el caso de que el objeto más plausible sea la coordinación de las empresas, habrá que tener en cuenta la segunda cuestión, consistente en analizar si existe una justificación objetiva para dicho comportamiento, es decir, si en el caso de que no se produjera una coordinación en el comportamiento de las empresas como consecuencia del intercambio de información, el mismo seguiría siendo «racional» para las empresas.

han llevado a cabo en mercados oligopolísticos, en los que las autoridades consideran que la competencia se halla ya reducida debido a las características de la estructura del mercado. Esta postura ha sido criticada por la mayoría de la doctrina, que considera que el comportamiento competitivo de los operadores de dichos mercados no viene únicamente condicionado por la estructura concentrada de los mismos.

En este sentido, la decisión de la Comisión en el asunto *UK Agricultural Tractor Registration Exchange* ha generado una gran polémica entre la doctrina. A pesar de que las autoridades de competencia han afirmado siempre que el impacto de un intercambio de información en las condiciones de competencia debe ser analizado caso por caso³⁷, muchos autores han considerado que la decisión en el asunto *UK Agricultural Tractor Registration Exchange* ha establecido en la práctica una prohibición *per se* a los intercambios de información sensible en mercados oligopolísticos al afirmar que, en mercados de estas características, el incremento de la transparencia acarrea «inevitablemente» una reducción de la competencia³⁸. Además, la Comisión no acertó a identificar plenamente los efectos anticompetitivos del acuerdo (a pesar de que estuvo en vigor 17 años antes de que la Comisión emitiese su Decisión), conformándose con condenarlo por los potenciales efectos anticompetitivos que éste podría tener en un futuro³⁹.

De esta manera, el precedente sentado por la Comisión somete los intercambios de información en mercados oligopolísticos a límites más estrictos que los intercambios de información en mercados menos concentrados, ignorando otros factores que pueden hacer inoperante esta conclusión.

El principal desacuerdo de los críticos con la decisión de la Comisión se centra en los criterios tenidos en cuenta por ésta para analizar la estructura competitiva de los mercados oligopolísticos. Entre otros,

³⁷ Sentencia del TJCE en el asunto *John Deere Ltd contra Comisión*, antes citada, apartados 87 a 91 y Resolución de la CNC de 30 de marzo de 2004, *Estadísticas Cerveceros*, Fundamento de Derecho 11.

³⁸ «[...] Para limitar la competencia, el Acuerdo no necesita crear una absoluta estabilidad de las cuotas de mercado ni tampoco excluir una competencia intensa en ciertas zonas. En el presente caso, los efectos contrarios a la competencia residen en el hecho de que, por las razones explicadas anteriormente, puede decirse con suficiente certidumbre que las cuotas de mercado y las posiciones de mercado de los miembros habrían sido diferentes de no haber existido el Acuerdo y serán probablemente diferentes en el futuro si el mismo deja de estar en vigor. Sin embargo, en la práctica resulta imposible proporcionar pruebas de las diferencias existentes. En este caso, el contexto económico, la estructura del mercado y la naturaleza de la información intercambiada son factores que llevan a la conclusión de que resulta inevitable una reducción de la competencia como consecuencia del Acuerdo». Apartado 51 de la Decisión de la Comisión en el asunto *UK Agricultural Tractor Exchange*, antes citada.

³⁹ *Vid.* nota 16.

se reclama a la Comisión que, a la hora de examinar los efectos de los intercambios de información, tenga en cuenta no sólo el número de empresas y las barreras de entrada existentes, sino también el régimen competitivo existente en el mercado⁴⁰. Efectivamente, el riesgo de colusión no es una característica exclusiva de los oligopolios, que en algunos casos pueden caracterizarse por su elevado nivel de competencia. Faltarían elementos esenciales en el análisis, tales como las características de los productos (homogéneos o diferenciados), el tipo de competencia existente (basada en el precio o en cantidades) y el tipo de incertidumbre que se dé en dicho mercado (sobre la demanda o los costes)⁴¹.

En este contexto, los críticos consideran un error que la Comisión no realice una comparativa entre el beneficio que puede resultar para los consumidores como consecuencia de un intercambio de información, y el perjuicio que podría resultar en el caso de que las empresas finalmente coordinaran sus comportamientos como consecuencia de dicho intercambio. Así, en el caso de una elevada incertidumbre en la demanda, o en el caso de productos que no sean altamente sustituibles, el beneficio para los consumidores sería mayor si los competidores intercambiasen información que si no lo hicieran⁴².

A pesar de que llama la atención que la Comisión no entrara a analizar en más profundidad los efectos del acuerdo de intercambio de información en el asunto *UK Agricultural Tractor Registration Exchange*, nos parece que, en la actualidad, y tal y como ha puesto de manifiesto el TJCE en el asunto *Asnef-Equifax*⁴³, el examen de los efectos anticompetitivos que podría generar el acuerdo debe ir más allá de la mera posibilidad, llegando como mínimo a ser éstos considerados plausibles, e incluso, en ese caso, valorando si los efectos negativos pueden verse compensados por otros positivos que de dicho intercambio se pudieran derivar.

⁴⁰ H.-J. NIEMEYER (1993), «Market Information Systems», *ECLR*, 14, núm. 4, p. 151, y F. LÉVÊQUE, «UK Tractors, Paris Luxury Hotels and French Mobile Telephony Operators: Are All Oligopoly Information Exchanges Bad for Competition», *World Competition*, vol. 30(2), p. 231.

⁴¹ L. LENARES (1997), «Economic Foundations of EU Legislation on Information Sharing Among Firms», *ECLR*, 18, núm. 1, p. 66. En la misma línea se manifiesta, F. LÉVÊQUE (2007).

⁴² L. LENARES (1997).

⁴³ Es cierto, sin embargo, que hasta la fecha podemos citar únicamente el asunto *Asnef-Equifax*, en el que el TJCE afirmó que determinados intercambios de información en los mercados crediticios no sólo no plantean problemas, sino que pueden incluso ser pro-competitivos siempre que se cumplan una serie de requisitos (que el mercado no esté concentrado, que no se identifique información individual y que se ofrezca un acceso no discriminatorio a dicha información). Por otro lado, deben tenerse en cuenta las especiales características y finalidad de este tipo particular de intercambios de información, cual es reducir la incertidumbre respecto del riesgo de incumplimiento de determinados solicitantes de créditos, y no respecto del comportamiento del resto de competidores, elemento diferenciador que hace muy difícil extrapolar este precedente a otros mercados o tipos de acuerdos distintos.

En este sentido, parece haberse pronunciado el TJCE en el asunto *Cartonboard*, antes citado, al no permitir a la Comisión prohibir un intercambio de información de carácter general por el mero hecho de que el mismo pudiera ser empleado con fines anticompetitivos. Por el contrario, el TJCE exige a la Comisión que realice un análisis exhaustivo de los efectos de un acuerdo intercambio de estas características antes de condenarlo.

4. CONCLUSIÓN

La literatura económica considera que la obtención de información sobre competidores y su actividad es un elemento clave para obtener resultados competitivos. De hecho, la investigación económica ha identificado numerosos efectos positivos derivados de los intercambios de información, indicando un amplio abanico de situaciones en las que el intercambio mejora el bienestar general. Así lo ha admitido también el TJCE en el asunto *Asnef-Equifax*, en el que reconoció los efectos beneficiosos que se derivan para los consumidores y para la economía en general de la existencia de registros de morosos, resultado de la información que los bancos se intercambian respecto a la solvencia de sus clientes (potenciales prestatarios). Estos intercambios de información no serán necesariamente contrarios al art. 81 por su objeto y, en el caso de que generen o puedan generar efectos restrictivos, deberá examinarse si los beneficios que se deriven de los mismos podrían hacerlos merecedores de una exención en los términos establecidos por el apartado 3 del art. 81 TCE.

Con carácter general, sin embargo, la práctica de las autoridades de defensa de la competencia ha demostrado la dificultad de analizar los efectos de los intercambios de información entre competidores —en aquellos casos en los que los mismos no forman parte de un cártel—, en la medida en que tales efectos dependen no tanto del modo en el que se lleva a cabo el intercambio, sino sobre todo del contexto (la estructura del mercado) en el que el mismo se produce.

Así, las autoridades han considerado que la transparencia que resulta en los mercados como consecuencia de un intercambio de información no reduce la incertidumbre respecto al comportamiento futuro de los competidores cuando el mercado tiene una estructura «verdaderamente competitiva». Por el contrario, esta transparencia, en un mercado oligopolístico, conducirá en la mayoría de los casos a una colusión (expresa o tácita) entre los competidores, dado que la misma elimina la ya reducida incertidumbre existente en el mercado.

La estricta postura adoptada por las autoridades de competencia respecto de los intercambios de información en mercados oligopolísticos habría requerido, en algunos casos, más rigor en el análisis de los efectos de tales intercambios en el mercado y de otros factores relevantes. Así lo ha considerado la doctrina respecto del asunto *UK Agricultural Tractor Exchange*, en el que la Comisión se limitó a prohibir un intercambio de información por sus «potenciales» efectos anticompetitivos, cuando el acuerdo ya había estado en vigor y ya había podido desplegar, por tanto, sus efectos en el mercado.

Esta crítica de la doctrina parece haberla suscrito finalmente también el TJCE, que en el asunto *Cartonboard* señaló a la Comisión que no podía prohibir un acuerdo de intercambio de información estadística por la mera eventualidad de que éste pudiera emplearse con fines anticompetitivos, ya que en tales circunstancias procedía comprobar en concreto sus efectos, reales o potenciales, contrarios a la competencia.

Finalmente, y junto al hecho de que un intercambio de información pueda provocar efectos negativos en el mercado, no puede olvidarse que también puede generar eficiencias que justifiquen la aplicación de una exención de la prohibición impuesta por las normas de competencia. Respecto a esta cuestión, la práctica de las autoridades de competencia demuestra igualmente la dificultad de deducir conclusión alguna que pueda aplicarse de manera general a los intercambios de información; por el contrario, tales efectos positivos deberán examinarse caso por caso.