



ANÁLISIS COMPARADO DEL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN ENTRE AGENTES ECONÓMICOS Y SU REGULACIÓN EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

PATRICIO POZO VINTIMILLA*

RESUMEN

El correcto y eficiente funcionamiento de los mercados requiere que todos los agentes económicos que interactúan en el mismo, transfieran de forma sistemática información de la más variada índole. Sin embargo, los agentes se pueden ver tentados a intercambiar información que les genere un beneficio económico, incurriendo en prácticas anticompetitivas que afecten tanto a la eficiencia del mercado como el bienestar de los consumidores.

Frente a esta problemática, surgen las siguientes preguntas: *¿Qué tipo de intercambio de información puede llegar afectar al mercado y a los consumidores?*, considerando que es un elemento

* Abogado de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Especialista Superior en Derecho de la Empresa por la Universidad Andina Simón Bolívar, LLM Advance Legal Science de la Universitat Pompeu Fabra - Barcelona. El autor agradece los comentarios de Paola García Avellaneda. Dirigir correspondencia a: pato-91pozo@hotmail.com. Quito - Ecuador.

esencial para su buen funcionamiento, y *¿Qué tipo de conductas pueden llegar a ser sancionadas por el Derecho de la competencia?*

Para responder a estas preguntas, se estudiará la legislación de defensa de la competencia de tres sistemas jurídicos: Estados Unidos, Unión Europea y Ecuador, considerando los parámetros de regulación, expuesto en la doctrina y los casos jurisprudenciales más relevantes.

El presente artículo se encuentra compuesto de dos partes, en la primera parte se analizará el tipo de información que es regulada por el Derecho de la Competencia, las características tanto económicas como jurídicas que esta debe ostentar y el estándar de evaluación aplicado actualmente; en la segunda parte, se estudiará la regulación que los Estados Unidos, la Unión Europea y Ecuador han establecido en su legislación, doctrina y jurisprudencia, respecto de esta conducta anticompetitiva.

Palabras claves: intercambio de información, incertidumbre del mercado, información asimétrica, regla de la razón.

COMPARATIVE ANALYSIS OF THE INFORMATION EXCHANGE BETWEEN ECONOMIC AGENTS AND THEIR REGULATION IN THE COMPETITION LAW

ABSTRACT

The correct and efficient functioning of the markets, requires that all the economic agents that interact on it, systematically transfer information of the most varied type, nevertheless, the agents could be tempted to interchange information to obtain economic benefit, incurring in anticompetitive practices that affects the efficiency of the market as well as the consumers well-being.

Faced with this problem, the following questions arise: *¿What kind of information exchange can affect the market and the consumers?*, considering that it's an essential element for it's performance and *¿What type of behavior can be sanctioned by the competition authority?*

To answer these questions, we will study the competition law of three legal systems: United States, the European Union and Ecuador, considering the parameters of regulation, set out in the doctrine and the most relevant jurisprudential cases.

This following article is composed of two parts, the first part analyzes the type of information regulated by the Competition Law, the economic and legal characteristics that this must bear and the evaluation standard nowadays applied; in the second part, the regulation that the United States, the European Union and Ecuador have established in each legislation, doctrine and jurisprudence regarding this anticompetitive conduct.

Key words: information Exchange, market uncertainty, asymmetric information, rule of reason.

1.- EL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN Y SU PROBLEMÁTICA PARA EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

El intercambio de información es entendido en el Derecho de la Competencia, como la serie de interacciones realizadas entre los agentes económicos, entiéndase personas naturales o jurídicas, con el propósito de transmitir información de carácter relevante a través de diversos canales, afectando así la transparencia y eficiencia del mercado, y facilitando la colusión entre competidores¹.

1 OCDE, *Information Exchange Between Competitors under Competition Law*, Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee, 2010/37, 2010, 9.

El intercambio y diseminación de la información, es una de las características más relevantes de los mercados que conforman una economía de mercado, dado que su correcto funcionamiento depende en gran medida, de que los agentes puedan establecer la oferta y demanda de los productos y servicios con base a la información intercambiada.

La teoría económica clasifica a los mercados en dos tipos, los mercados de competencia perfecta donde la totalidad de la información es conocida por los agentes, existiendo solo en los libros de texto; y, mercados de competencia imperfecta que son los que enfrentan los agentes en la realidad, al contar con información incompleta sobre las condiciones del mercado, al no conocer toda la información existente sobre los bienes, servicios o precios que se ofertan y demandan². De igual forma, se debe considerar que la ausencia de información completa en el mercado, representa un incremento en los costes de transacción³, dificultando la obtención de acuerdos de los agentes sobre las condiciones del mercado.

Como resulta evidente, existirán agentes que tengan una mayor cantidad de información que otros, fenómeno conocido como asimetría de información⁴, pero ¿*Qué sucedería si estos agentes*

2 La competencia imperfecta puede ser de dos clases: 1. Mercado oligopolístico en el que existen unos pocos vendedores, pero uno de ellos puede influir considerablemente en el beneficio de los demás, siendo interdependientes; 2. Mercado monopolístico se describe como una estructura donde un agente presta de forma exclusiva o mayoritaria un servicio o fabrica un producto, sin mayor competencia en dicho mercado. Mankiw Gregory, *Principios de Economía*, Madrid, Thomson, 2007, 237 - 239.

3 Los costes de transacción son definidos como los costes en que incurren las partes en el proceso de negociación y velar por su cumplimiento; pueden clasificarse en costes de búsqueda, contratación y coordinación. Mankiw Gregory, *Principios de Economía*, 606; Coase Ronald, "The Nature of the Firm", *Economica*, Blackwell Publishing, 1937, 386 - 340.

4 La asimetría de información es una situación donde una de las partes involucradas en una transacción tiene más información acerca de una operación que la otra, implicando una diferencia en el acceso a la información relevante. Samuelson Paul, *Foundations of economic analysis*, Cambridge, Harvard University Press, 1947.

con mayor información sobre el funcionamiento del mercado, deciden beneficiarse mutuamente, afectando las condiciones del mercado y su eficiente desenvolvimiento? En este punto, surge el verdadero dilema de las agencias y tribunales de competencia, al tener que establecer cuáles son los límites de la transmisión de información entre los agentes.

El hecho de transmitir información puede generar efectos pro-competitivos y ser beneficioso para el mercado, llegando a solucionar asimetrías de información, diseñar y mejorar estrategias comerciales, reducir los costes de búsqueda para los consumidores y hasta mejorar sus posibilidades de elección⁵. Sin embargo, el intercambio también posibilita la generación de efectos restrictivos en el mercado, al permitir a los agentes conocer las estrategias y posiciones de sus competidores en el mercado, mantener las cuotas de mercado, aumentar las barreras de entrada⁶ y coordinar acciones anticompetitivas⁷.

El intercambio de información puede ser parte de otras conductas anticompetitivas como la exclusión de competidores, predación de precios⁸ o conformación de un cartel⁹, pero con el propósito de

5 Jones Alison y Sufrin Brenda, *EU Competition Law*, Londres, Oxford Press, 2014, 699.

6 Por barreras de entrada entiéndase a los factores dentro de un mercado que pueden hacer más costosa la entrada de nuevos agentes, en contraste con los agentes que ya se encuentran funcionando en dicho mercado. Jones y Sufrin, *EU Competition Law*, 86, 87.

7 Una práctica anticompetitiva generalmente utilizada es la “práctica concertada”, la cual se refiere a una forma de coordinación implícita entre agentes, que sin llegar a alcanzar ningún acuerdo formal, sustituyen conscientemente los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellos. Signes de Mesa Juan, Fernández Isabel y Fuentes Mónica, *Derecho de la Competencia*, Navarra, Thomson Reuters-Civitas, 2013, 105.

8 Pozo Vintimilla Patricio, “El dilema de los precios predatorios: estrategias, teorías y problemas. Un análisis del Derecho de la Competencia de la Unión Europea y Antitrust”, *Revista de Derecho Foro No. 26*, Universidad Andina Simón Bolívar, 2016.

9 El caso *Aalborg Portland v. Commission*, ha descrito al cartel en los siguientes términos: “La participación de una empresa en prácticas y en acuerdos contrarios

lograr un estudio más profundo, analizaremos únicamente a la transmisión de información como conducta anticompetitiva por sí sola.

La regulación legal provista para el intercambio de información, depende en gran medida de los objetivos sociales que los Estados busquen establecer, en concordancia con el modelo económico adoptado, estableciendo mayores o menores restricciones para los operadores económicos, consideraciones que analizaremos en la segunda parte, al revisar los casos paradigmáticos de la legislación de competencia de los Estados Unidos (*Antitrust*) y la Unión Europea (UE).

1.1. CARACTERÍSTICAS DEL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN

El intercambio de información puede darse de dos formas: la primera es a través de un contacto directo de los competidores; la segunda, con la intervención de una asociación o un tercero que indirectamente informa a los agentes involucrados, conocida como intercambio indirecto de información¹⁰.

Para que tenga importancia a nivel competitivo, la información intercambiada debe ser estratégica o sustancial, permitiendo influir directamente en la capacidad competitiva de un agente o las condiciones del mercado, como los precios, volúmenes de venta, lanzamiento de nuevos productos o estrategias de inversión, vulnerando las regulaciones de competencia, al eliminar la independencia con la que deben interactuar los agentes en sus transacciones¹¹.

a la competencia constituye una infracción económica que tiene por objeto maximizar sus beneficios, generalmente, por medio de una limitación voluntaria de la oferta, de un reparto artificial del mercado y de un incremento artificial de los precios". Aalborg Portland v. Commission (Cement), 2004, ECR I-123.

10 European Commission, *Guidelines on the application of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to technology transfer agreements*, C 89/03, 2014, 47 – 49.

11 Whish Richard y Bailey David, *Competition Law*, Oxford, Oxford Press, 2012, 585 - 590; y, Ortiz Blanco Luis y De la Mula Reyes Martín, *Derecho de la Competencia europeo y español*, Madrid, Dykinson, 2008, 385, 386.

La jurisprudencia y legislación europea, han establecido los siguientes elementos para que la información empresarial sea clasificada como sustancial:

- a. Información técnica o comercial, así como los procesos relacionados con los negocios de la compañía;
- b. Información que detalle la posición competitiva del agente (Presentando un valor económico y comercial);
- c. Conocida por un número limitado de personas o instituciones (es secreta), y
- d. Se mantiene la confidencialidad de la información¹².

Que la información intercambiada sea sustancial, es solo uno de los parámetros de evaluación a ser considerados. La doctrina internacional¹³ ha señalado una serie de elementos que deben existir para que el intercambio de información sea catalogado como anticompetitivo:

I. INFORMACIÓN ESTRATÉGICA

La información estratégica o sustancial, representa la información más importante o de mayor valor comercial para un agente; y una vez comunicada reduce la incertidumbre del mercado y la independencia de los agentes en la toma de decisiones.

La información relativa a los precios y producción suele ser la más estratégica, seguida por la información sobre coste y deman-

12 *European Commission, Information Exchange*, https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/policies/police-cooperation/information-exchange_en.

13 Comisión Europea, *Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal*, Comunicado de la Comisión 11/01, 2011, 13 - 18; Bellamy & Child, *European community Law of competition*, 6th Ed., London, Oxford Press, 2007; Posner Richard, *Antitrust Law*, Second Edition, Chicago, *University of Chicago Press*, 2001, 149, 150.

da, siendo este tipo de información la que mayores probabilidades presenta de generar efectos anticompetitivos.

II. COBERTURA DEL MERCADO

Los agentes involucrados en este tipo de práctica, deben contar con una cuota considerable del mercado, suficiente para poder influir en otros agentes sea a nivel horizontal o vertical, si un agente no tiene una posición dominante¹⁴ (concepto aplicable a la UE) u oligopólica en el mercado, resultará difícil que el resto de agentes acuerden unirse a su sistema de intercambio.

No existe una cuota precisa¹⁵ que permita establecer cuando la información transmitida entre agentes puede influir de forma significativa en el mercado, ya que esto dependerá de las características propias de cada mercado, como de los agentes que actúan en él y hasta del tipo de información que se ha intercambiado.

14 En el paradigmático caso *United Brands*, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, definió a la posición dominante en los siguientes términos: “Una posición de fortaleza económica mantenida por una empresa, que le proporciona el poder de obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de referencia, proporcionándole la posibilidad de comportarse en buena medida con independencia de su competencia, clientes y, en último extremo, de los consumidores”. STJCE, *United Brands Company y United Brands Continental BV c. Comisión*, 14 de febrero de 1978, asunto 27/76.

15 La división Antitrust del Departamento de Justicia y la Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos, emitieron en el año 2000, la guía denominada “*Antitrust Guidelines for Collaborations among Competitors*”, donde señalan que, bajo circunstancias normales del mercado, ambas agencias de competencia no intervendrían en los acuerdos de colaboración entre competidores, cuando sus cuotas de mercado de forma colectiva, no superasen el 20% del mercado relevante. The Federal Trade Commission and the Antitrust Division of the U.S. Department of Justice, *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors*, February 2000.

III. DESAGREGACIÓN DE LA INFORMACIÓN

Si los datos son individualizados, es decir, que identifican de forma precisa a los competidores, será más fácil para los agentes el ponerse de acuerdo y ejecutar acciones conjuntas. Al contrario, los datos generales tienen poca probabilidad de ocasionar efectos restrictivos.

IV. ANTIGÜEDAD DE LOS DATOS

La información desactualizada que no permita entender de forma oportuna las estrategias, posiciones y amenazas de los agentes en el mercado, presentando una menor posibilidad de generar una afectación al mercado, siendo relevante la antigüedad de los datos.

V. FRECUENCIA DEL INTERCAMBIO

Los riesgos de colusión pueden aumentar si la información suministrada es entregada de forma frecuente y continua. Sin embargo, se debe considerar el tipo de información que se está transmitiendo, al resultar relevante otros elementos como la antigüedad, individualización o si la información es de dominio público, debiendo ser evaluados estos factores de forma conjunta.

VI. INTERCAMBIO PÚBLICO

Cuando la información transmitida es de dominio público, accesible para la gran mayoría de agentes que operan en un determinado mercado, disminuye la posibilidad de acuerdos anticompetitivos entre sus miembros. Resulta relevante considerar el hecho, de que los agentes que no formen parte de un grupo que intercambie información, no se vean afectados en su concu-

rrencia al mercado, ya que si un agente conoce de ciertos intercambios que afectan al mercado y no pueden hacer nada frente a ello, se encuentra en un estado de vulnerabilidad respecto a los demás.

VII. ESTRUCTURA DEL MERCADO

La mejora en el conocimiento de las condiciones del mercado causada por los acuerdos de información, puede fortalecer el vínculo entre los agentes, permitiéndoles tomar acciones coordinadas de forma más eficiente, resultando problemático en mercados atomizados como los oligopólicos¹⁶. Mientras mayor sea la concentración de un mercado, resulta más probable que el intercambio de información derive en colusión entre los agentes¹⁷.

Todos estos elementos, permiten establecer que el intercambio de información estratégica realizado en un mercado altamente concentrado y que no se encuentra expuesto a una elevada presión competitiva de carácter externo, tiene una gran posibilidad de resultar en colusión¹⁸.

Sin perjuicio de lo expuesto, las agencias y tribunales de competencia que conozcan de estos casos, deberán evaluar estos elementos en conjunto y ver su relevancia en el mercado concreto, lo que implica un examen tanto legal como económico que demuestre claramente la afectación al mercado, en razón del intercambio de información entre los agentes.

16 Jones Alison y Sufrin Brenda, *EU Competition Law*, 704.

17 Posner Richard, *Antitrust Law*, 151

18 OCDE, *Information Exchange Between Competitors under Competition Law*, Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee, 37.

1.2. EL ESTÁNDAR DE EVALUACIÓN DEL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN EN LA DOCTRINA INTERNACIONAL

El intercambio de información no debe ser entendido como negativo *per se*, al contrario, es esencial para el funcionamiento del mercado, existiendo casos en que dicha transmisión de datos permite a los consumidores beneficiarse. Resultando necesario determinar en cada caso, cual es la estructura del mercado, las características de la información transmitida y la posición de los principales operadores, entre otros factores anteriormente señalados¹⁹. El sistema *Antitrust* y de la Unión Europea, han optado por evaluar el intercambio de información aplicando la regla de la razón o *rule of reason*²⁰.

La regla de la razón tuvo su génesis en el año 1963, cuando la Corte Suprema de los Estados Unidos decidió el famoso caso *Standard Oil*²¹, donde la Corte determinó como culpable a la compañía petrolera de haber “*cortado*” sus precios en un área específica con la intención de eliminar a sus rivales, infringiendo la Sección 2 de la Sherman Act²², la principal ley *antitrust* de los Estados Unidos.

Esta doctrina jurídica, comienza a primar en la *ratio decidendi* de los jueces de los Estados Unidos, a partir del caso *Sylvania*²³, al

19 Signes de Mesa Juan, Fernández Isabel y Fuentes Mónica, *Derecho de la Competencia*, 160.

20 Jones Alison y Sufrin Brenda, *EU Competition Law*, 700 - 703; Hovenkamp, Herbert. *Antitrust: Black Letter Outlines*, Fifth edition, Iowa: West Publishing, 2011, 119 - 121.

21 *Standard Oil of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1, 31 S.Ct. 502, 1911, en Bork H. Robert, *The Antitrust Paradox, A Policy at War with Itself*, New York, The Free Press, 1993.

22 “*Section 2. Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations (...)*”. Sherman Antitrust Law, Sherman Act, July 2, 1890, ch. 647, 26 Stat. 209, 15 U.S.C.

23 *Continental T.V. Inc v GTE Sylvania Inc*, 433 U.S. 36, 1977.

establecer que es necesario aplicar un estándar más complejo de evaluación en los casos de competencia, incorporando un mayor grado de análisis económico que permita determinar si una práctica es anticompetitiva o beneficiosa, al evaluar múltiples variables como la cuota de mercado del agente, los actuales o potenciales efectos de la conducta, y si las condiciones (estructura) del mercado permitirían un resultado anticompetitivo.

La UE adoptó la regla de la razón, a partir del caso conocido como *Cassis de Dijon*²⁴, y específicamente en los casos sobre intercambio de información, con el fallo *UK Agricultural Tractor*, que analizaremos en la segunda parte.

Para finalizar, recogemos el pensamiento del profesor Richard Posner, quien opina que la “*legalidad en el intercambio de información deberá ser observada en los hechos de cada caso, sin que necesariamente se requiera la presencia o ausencia de elementos oligopolistas*”²⁵. Como exponente de la Escuela de Chicago²⁶, Posner ratifica que el intercambio de información debe ser evaluado bajo la *rule of reason*, al ser necesario considerar las circunstancias tanto jurídicas como económicas existentes en el mercado.

24 Corte de Justicia de la Unión Europea, *Rewe-Zentral AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, 20 Febrero 1979, asunto 120/78.

25 Posner Richard, “Information and Antitrust: Reflections on the Gypsum and Engineers decisions”, *Georgetown Law Journal*, Vol. 1187, 1978, 1197.

26 La “*Escuela de Chicago*” es una de las más prestigiosas escuelas de pensamiento del Derecho de la Competencia estadounidense (*Antitrust*), sus principales exponentes son Robert Bork y Richard Posner, y su pensamiento se encuentra orientado a que las autoridades estatales deben limitar su intervención en el mercado a lo justamente indispensable, entendiendo que cualquier exceso resultará contraproducente para los propios consumidores. Posner Richard, “The Chicago School of Antitrust Analysis”, *University of Pennsylvania Law Review*, No. 127, 1978, 925.

2. PARÁMETROS DE EVALUACIÓN DEL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN

2.1. EL CASO UK AGRICULTURAL TRACTOR Y SU INFLUENCIA EN LA CONSTRUCCIÓN DE UNA LÍNEA JURISPRUDENCIAL DE LA UNIÓN EUROPEA

Uno de los casos de mayor relevancia en el análisis del intercambio de información, para el Derecho de la competencia de la UE, es el caso *UK Agricultural Tractor*²⁷, demandado por la Comisión de la Unión Europea en el año 1992.

El caso reviste importancia básicamente por dos motivos: 1. Ser uno de los primeros casos de intercambio de información en ser juzgados en el mercado común europeo; 2. Definir los parámetros de evaluación del intercambio de información, estableciendo la línea jurisprudencial que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) aplicará en sus futuros fallos²⁸.

El caso en cuestión trata sobre la formación de la Asociación de Ingenieros Agricultores (*AEA* por sus siglas en inglés), un grupo de importadores y fabricantes de maquinaria agrícola, radicada en el Reino Unido durante el período de 1975 y 1988. La asociación estuvo conformada por las compañías Ford, Case, Massey Ferguson y John Deere, que eran los cuatro proveedores principales de tractores agrícolas de Reino Unido, contando en conjunto con una cuota de mercado del 88%, implicando un alto nivel de concentración.

Los miembros de la AEA, intercambiaron información como las ventas efectuadas por cada compañía, productos vendidos, locación geográfica de las ventas, las variaciones en las cuotas de

27 Commission Decision, *UK Agricultural Tractor Exchange*, OJ L 68/19, 1992.

28 Comisión Europea, *Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal*, 20 - 23.

mercado de cada agente, entre otros datos relevantes. Todos estos elementos permitieron a la autoridad de competencia concluir que durante el periodo de 1975 y 1988, el mercado de tractores agrícolas del Reino Unido era atomizado, existiendo sustanciales barreras de entrada para los nuevos competidores²⁹, efectos causados por la constitución de la AEA, infringiendo el artículo 101 numeral 1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea³⁰ (TFUE).

El formar parte de la AEA, permitía a sus miembros en definitiva conocer la posición, estrategia comercial y problemas del resto de integrantes, así como las condiciones del mercado; esto conlleva, a su vez, que los competidores que no formen parte de la asociación se encuentren en una posición competitiva desventajosa, debiendo afrontar la siguiente disyuntiva: formar parte de la AEA y como condición de acceso, el revelar información sustancial, fortaleciendo a la asociación con cada nuevo agente que ingresa³¹; o competir en un mercado atomizado con una serie de desventajas competitivas.

29 Ezrachi Ariel, *EU Competition Law - An Analytical Guide to the Leading Cases*, Portland, Hart, 2014, 157.

30 “Artículo 101. 1. Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular, los que consistan en: a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción; b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones; c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento; d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva; e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos (...)”. Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, DO C 83/47 de 09 de mayo de 2008.

31 Jones Alison y Sufryn Brendan, *EU Competition Law*, 704, 705.

La Comisión observó que este intercambio de información afectaba de forma significativa a la competencia, dado que la incertidumbre y el secreto entre competidores es un elemento fundamental de todo mercado³². La asociación de igual forma acarreó el incremento de las barreras de entrada para los nuevos competidores, al verse forzados a integrarse como miembros si deseaban permanecer en el mercado³³.

Para la legislación europea esto reviste de especial importancia, ya que este tipo de acuerdos anticompetitivos afecta a uno de los objetivos establecido en el artículo 26 del TFUE, respecto de la conformación de un mercado común europeo, al impedir que otras compañías europeas logren entrar al Reino Unido.

Los miembros de la asociación permitieron que sus competidores conozcan sobre la información esencial del giro de su negocio, con la finalidad de que sus cuotas se mantengan en el tiempo; dado que, al no competir entre los mayores proveedores, el mercado se vería controlado por ellos durante un considerable periodo de tiempo. La Comisión en su decisión determinó que *“En ausencia del acuerdo, las empresas tendrían que competir en el mercado con cierto grado de incertidumbre en lo que se refiere al lugar, medida y medios precisos de las posibles ofensivas de sus rivales. Esta incertidumbre constituye un riesgo normal de una situación de competencia que, a su vez, fomenta una mayor competencia... la incertidumbre llevaría a competir con mayor intensidad (...)”*³⁴.

La importancia del caso *UK Agricultural* se evidencia en que la *ratio decidendi* expuesta por la Comisión sigue siendo un re-

32 Ezechiel Ariel, *EU Competition Law - An Analytical Guide to the Leading Cases*, 159.

33 OCDE, *Information Exchange Between Competitors under Competition Law*, 36 – 39.

34 Commission Decision, *UK Agricultural Tractor Exchange*, para 91.

ferente a nivel jurisprudencial a tal punto que incluso el propio TJUE, máximo organismo de justicia a nivel comunitario, incorpora en la fundamentación de sus causas³⁵ dichos planteamientos. En el caso *John Deere* que juzga justamente a un miembro de la AEA, se declara:

“... 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 que se trata y donde, por consiguiente, la competencia ya está muy debilitada y el intercambio de información resulta ya muy favorecido”³⁶. (Negrilla es propia)

El caso *T Mobile Netherlands* es uno de los más recientes fallos sobre intercambio de información, su importancia radica en que mejora los fundamentos jurisprudenciales planteados en otros fallos y evalúa un mercado tan importante como el de telefonía móvil. Para el año de 2001, el mercado de telefonía móvil en Holanda contaba con cinco operadores: T-Mobile, KPN, Orange, Vodafone y O2BV, las cuotas de mercados que ocupaba eran de 10,6%, 42,1 %, 9,7%, 16,1% y 11,4% respectivamente. El 13 de junio de 2001 los representantes de estas compañías mantuvieron una reunión privada, para tratar el tema de la reducción de la retribución estándar a los distribuidores por los abonos de pospago, tratando en definitiva información de carácter confidencial.

35 La Corte General, fue influenciada por “*UK Agricultural*” en la decisión del caso *Thyssen Stahl*, al ampliar el margen de evaluación de esta conducta, y señalar que no es necesario que el intercambio de información haya tenido un resultado específico o presentado un efecto en el mercado, en orden de establecer una práctica concertada. STJUE, *Thyssen Stahl AG v. Commission*, 2 de octubre 2003, asunto C-194/99P.

36 STJUE, *John Deere LTD c. Comisión de las Comunidades Europeas*, 28 mayo 1998, asunto C-7/98 P.

La *Raad van Bestuur de Nederlandse* (Autoridad de competencia de Holanda) impuso sanciones a los cinco operadores móviles, al establecer que existía un acuerdo que permitió la concentración de prácticas vulnerando el artículo 101. 1 del TFUE. Las empresas apelaron la decisión, permitiendo al TJUE conocer sobre el caso en el año 2008.

El TJUE recogió el criterio de la decisión *Suiker Unie*³⁷, en el que se declaró que todo operador económico debe determinar autónomamente la política que pretende seguir en el mercado común. Si bien la exigencia de un grado de autonomía, no excluye el derecho de los agentes de adaptarse al comportamiento que se prevé seguirán los competidores, resulta contrario a la defensa de la competencia que los operadores tomen contacto directo o indirecto entre ellos con el propósito de influir actual o potencialmente en las condiciones del mercado. Determinando claramente que “*El intercambio de información entre competidores tendrá un objetivo contrario a la competencia cuando sea apto para suprimir la incertidumbre sobre el comportamiento en el mercado (...)*”³⁸.

Uno de los aspectos más relevantes del caso, fue que los operadores móviles plantearon la tesis de que no es posible aplicar una presunción de ilicitud cuando solo tuvieron oportunidad de reunirse por una sola ocasión, al ser necesario reuniones periódicas como se argumentó en el caso *John Deere*. El TJUE determinó que un intercambio entre agentes, donde se traten asuntos como los precios a ser aplicados a los consumidores, incluso si fue realizado en una única ocasión, puede infringir la normativa de competencia.

37 STJUE, *Suiker Unie* c. Comisión, 16 de diciembre 1975, asunto 40/73.

38 STJUE, *T-Mobile Netherlands BV c Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriet*, 4 junio 2009, asunto C-8/08.

2.1.1. El intercambio de información y el bienestar de los consumidores, el caso *Asnef Equifax*

El caso *Asnef Equifax*³⁹ resuelto por el TJUE en 2006, representa una de las decisiones más paradigmáticas del Derecho de la competencia de la UE, al tratarse de un intercambio de información vertical⁴⁰ en uno de los mercados más complejos en materia de información como es el mercado crediticio, y sobre todo, por ser autorizado el intercambio por razones de eficiencia económica.

Antes de esbozar los elementos fácticos y jurídicos del caso en cuestión, debemos señalar que los razonamientos expuestos en las sentencias precedentes sobre el intercambio de información son aplicables a los acuerdos verticales, pero el régimen legal del artículo 101.1 presenta un parámetro de evaluación y sanción más flexible⁴¹, al presentar una menor probabilidad de vulnerar las condiciones del mercado.

En 1999 la Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc) solicitó a la Audiencia Nacional de España, la nulidad de la autorización otorgada por el Tribunal de Defensa Español a la compañía *Asnef Equifax*, miembro de la Asociación Nacional de Entidades Financieras, respecto de la implementación de un sistema informático que contenía datos como la falta de pago, días en mora, saldos adeudados o la puntualidad con la que un

39 STJUE, *Asnef Equifax v. Ausbanc*, 23 noviembre 2006, asunto C-238/05, 2006.

40 Los acuerdos verticales son los acuerdos entre agentes que operan en diferentes niveles productivos. La Escuela de Chicago, ha aportado nuevas perspectivas sobre las eficiencias producidas por este tipo de conductas: a) Reducción de costos de transacción con la eliminación de negociaciones o ejecución de los contratos, al reducir el riesgo de asociación comercial; b) Coordinación en la mejora de diseños, productos y distribución; c) eliminación de costos por medio de la internalización de decisiones sobre los precios, etc. Morse Howard, “Vertical Mergers: Recent Learning”, *The Business Lawyer*, Vol.53, No.4, August 1998, 1223, 1224.

41 Signes de Mesa Juan, Fernández Isabel y Fuentes Mónica, *Derecho de la Competencia*, 160.

deudor realizaba los pagos de sus créditos; información que permitiría a las entidades financieras determinar el grado de riesgo de que un solicitante se halle en mora o no cancele sus deudas. La Audiencia Nacional concedió el recurso alegando una vulneración del artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia.

Por su parte, *Asnef Equifax* interpuso un recurso de casación ante el Tribunal Supremo Español para que decidiera si este registro resultaba potencialmente restrictivo de la competencia, o si eran aplicables los criterios de exención establecidos en el artículo 81 de CE.⁴² Frente a este problema jurídico, el Tribunal Supremo Español observó que el proceso debía ser suspendido y ser conocido por el TJUE, al existir un tema de interés comunitario.

El principal argumento que Ausbanc planteaba, era que el registro afectaba de forma sustancial a la competencia, dado que el intercambio de información considerada como estratégica dentro del giro del negocio, eliminaba el riesgo implícito de los agentes financieros y facilita una conducta coordinada de los mismos, resultando en un intercambio indirecto de información sobre los créditos de los clientes.

Como mencionamos anteriormente, la jurisprudencia de la UE⁴³ se ha orientado a ratificar como criterio de evaluación, que los acuerdos de intercambio de información son contrarios a las normas de competencia cuando debilitan o eliminan el grado de incertidumbre sobre las condiciones del mercado, al suprimir una verdadera competencia entre empresas. Sin embargo, el TJUE también consideró los potenciales efectos positivos de la aplicación del sistema informático, especialmente en un mercado

42 El Artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea, actual Art. 101.3 del TFUE, contemplaba cuatro causales de exención, que autorizaba un acto competitivo por producir efectos positivos para el mercado y consumidores.

43 Véase las sentencias *John Deere/Comisión*, C-7/95 y *Thyssen Stahl/Comisión*, C-194/99.

dinámico como el crediticio, donde el constante intercambio de información entre agentes es esencial para su correcto funcionamiento. En este sentido, el TJUE de forma clara argumenta que:

“(...) si las entidades financieras, debido a la falta de información sobre el riesgo de incumplimiento de los prestatarios, no pueden distinguir, dentro del conjunto de éstos, aquellos cuya probabilidad de incumplimiento es mayor, el riesgo que por esta razón soportan las entidades financieras se verá necesariamente incrementado y tales entidades tenderán a integrarlo en el cálculo del coste del crédito para todos los prestatarios, incluidos aquellos que presentan el menor riesgo de incumplimiento (...)”⁴⁴.

Si a las entidades financieras se les autoriza la transmisión de cierta información sustancial que disminuya las asimetrías de información, y permita una mejor asignación en los créditos, los costos para acceder a un crédito disminuirán y el mercado experimentaría una mayor estabilidad económica, generando un beneficio a los consumidores y el mercado.

La autorización para el funcionamiento del registro, no fue total y debió sujetarse a una serie de condiciones, establecidas por el propio TJUE para su operación: a. Los registros debían ser accesibles a todos los agentes económicos del mercado, impidiendo su manejo de forma discriminatoria.; b. La identidad de los acreedores debía permanecer en secreto, y c. No se podía detallar la posición ni la estrategia comercial de las entidades financieras. Estos requisitos se orientaban a garantizar la existencia de un cierto grado de incertidumbre⁴⁵ sobre las condiciones básicas de

44 STJUE, *Asnef Equifax v. Ausbanc*, asunto C-238/05, 2006, párrafo 55.

45 En la sentencia *Asnef Equifax* se declaró que el intercambio indirecto se encuentra prohibido: “... en función sobre todo del tipo de información que las empresas conozcan la posición y la estrategia comercial de sus competidores en el mercado, falseando así la rivalidad dentro de ese mercado e incrementando la probabilidad de una colusión o incluso facilitándola”. STJUE, *Asnef Equifax v. Ausbanc*, párrafo 56 - 58.

operación del mercado y lograr un mejor servicio a los solicitantes de créditos.

2.1.2. Reflexiones sobre el intercambio de información en el Derecho de la Competencia de la Unión Europea

La jurisprudencia y doctrina europea han señalado que la información que se transmite especialmente en mercados atomizados (oligopolísticos) o donde existan asociaciones con grandes cuotas de mercado, deben tener un régimen de evaluación más estricto, dado que los efectos negativos que producen o pueden producir en el mercado son altamente probables.

Un parámetro esencial en el estudio de esta conducta anti-competitiva en la UE, es determinar si la información elimina la incertidumbre sobre las condiciones y actuaciones del resto de agentes en el mercado, y generarse un impacto apreciable en uno o varios parámetros de la competencia como el precio, cantidad o calidad del producto, innovación, etc.,⁴⁶. De igual forma, se debe establecer el tipo de información que se transmite entre competidores, dado que si no presenta un carácter de sustancial de conformidad con los lineamientos de la Comisión Europea, este intercambio difícilmente puede contravenir la normativa de defensa de la competencia.

En materia probatoria, el caso T-Mobile estableció que la autoridad de competencia puede sancionar a los agentes si solo se han reunido por una sola vez, sin importar que exista o no un acuerdo escrito, en razón de que los operadores económicos cuidarán de dejar evidencias que prueben la existencia de un acto ilícito, facilitando así la labor de las agencias y tribunales de competencia.

Respecto de la exención de las conductas anticompetitivas por crear efectos beneficiosos para el mercado y los consumidores, la

46 Jones Alison y Sufrin Brendan, *EU Competition Law*, 702.

jurisprudencia del TJUE ha señalado que solo en pocas ocasiones resulta aplicable la salvedad⁴⁷ estipulada en el artículo 101.3 del TFUE⁴⁸.

2.2. EL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN EN EL DERECHO ANTITRUST Y SU CONFIGURACIÓN A PARTIR DEL CASO HARDWOOD

La legislación y jurisprudencia estadounidense al igual que la europea, no prohíben de forma absoluta el intercambio de información entre competidores, al reconocer la posibilidad de que produzca ciertos efectos procompetitivos. Sin embargo, como veremos a continuación, las agencias y cortes de Estados Unidos, han identificado escenarios en los cuales el transmitir cierta información puede llevar a actos que menoscaban la eficiencia del mercado.

Uno de los fallos de mayor relevancia en la jurisprudencia *antitrust* es el caso *Hardwood*⁴⁹, al ser uno de los primeros análisis de la Corte Suprema de Justicia en cuanto a intercambio de información se refiere y por señalar las pautas sobre que conductas se encuentran prohibidas a la luz de la Sherman Act.

El caso tuvo lugar en el año de 1918, cuando un grupo de 365 productores de madera crean la “*American Hardwood Manufacturers Association*” con el propósito de llevar a cabo un plan de mercado denominado “*Open Competition Plan*” o como deno-

47 Signes de Mesa Juan, Fernández Isabel y Fuentes Mónica, *Derecho de la Competencia*, 160.

48 “Artículo 101. 3. No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a: cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas; cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas; cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas, que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio (...)”.

49 *American Column & Lumber Co. V. United States*, 257b U.S. 377, 1921.

minaremos “Plan de Competencia”, los miembros de la asociación representaban solo el 5% de aserraderos existentes en el país, pero producían cerca de un tercio de la demanda de madera en los Estados Unidos.

El plan de competencia contemplaba la creación de una asociación de madereros, administrada por una secretaria, la cual remitía un reporte mensual sobre las condiciones presentes y futuras que el mercado maderero tendría, incluyendo recomendaciones a sus miembros sobre cuál deberían ser las acciones óptimas a ser ejecutadas por todos. Para lograr un informe más extenso, la secretaria exigía a los miembros que reportaran de forma periódica su información empresarial, siendo la más destacada la siguiente: a. Las ventas efectuadas en el mes con detalle de la clase, grado y calidad de la madera; b. La producción que cada miembro tuvo en dicho mes; c. El inventario existente y reservado de cada miembro; y, d. La lista de precios al inicio de cada mes y sus posibles variaciones⁵⁰.

Adicionalmente durante el año 1919, los miembros de la asociación celebraron varias reuniones, donde se discutió sobre la producción y el inventario existente, recalcando que una reducción de la oferta ayudaría a incrementar los precios, instando a los agentes a unir esfuerzos que permitan el aumento esperado.

En el caso de que un miembro fallara en entregar la información, este miembro no recibiría el reporte mensual correspondiente y si reincidía en su incumplimiento, era expulsado del plan de competencia.

La Corte Suprema examinó estos hechos a la luz de la sección 1 de la *Sherman Antitrust Act*⁵¹, señalando que el propósito de la

50 American Column & Lumber Co. V. United States, párrafo 398, 399.

51 “Section 1. Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony (...)”. Sherman Antitrust Law.

Ley es mantener la libre competencia en el comercio interestatal y que cualquier acción concertada generada por uno o varios agentes económicos, orientados a causar o con el potencial de producir una restricción directa e indebida de la competencia, debía ser sancionada.

La corte declaró que el propósito esencial del plan era la coordinación de las acciones de sus miembros en el mercado, a través de una asociación que transmitía información detallada sobre las condiciones del mercado, y a su vez, generaba una ventaja competitiva frente a otros agentes que no formaban parte de la asociación.

Uno de los planteamientos más importantes de la Corte Suprema y que marcaron el futuro estudio de los casos *Antitrust*, fue señalar que el comportamiento de los miembros era “*anormal*”, en razón de que los “*competidores genuinos no realizan reportes periódicos con la información más relevante de su negocio a sus rivales*”, y este comportamiento tendría el único propósito de eliminar la competencia existente entre sus competidores, beneficiándose del estancamiento del mercado en cuanto a cuotas y precios se refiere⁵².

Si bien *a priori*, se podría observar que en el presente caso existen ciertos elementos que configuran un acto restrictivo de la competencia a través del intercambio de información, otros elementos atenúan la conducta de la asociación y han originado un debate sobre si la Corte Suprema evaluó todos los hechos subyacentes al momento de dictar su decisión.

El debate del caso *Hardwood* se origina al considerar que la asociación de madereros permitía que cualquier persona sea competidor o consumidor, asista a sus reuniones públicas e incluso llegó a informar con anterioridad a las agencias de competencia sobre sus actividades, conociendo de sus actuaciones, todos los

52 Elhauge Einer y Geradin Damien, *Global Competition Law and Economics*, Second edition, Oxford, Hart Publishing, 2011, 861.

actores relevantes de dicho mercado. Otro argumento relevante es que el mercado maderero presentaba un bajo nivel de concentración, al existir un gran número de agentes que actuaban de forma aislada y contaban con un pobre conocimiento de las condiciones del mercado, en contraste con los pocos compradores que contaban con amplia información⁵³.

Con estos atenuantes, las acciones ejecutadas por la asociación permitirían el acceso a varios competidores y generarían una mayor transparencia de la información, es por tal motivo que los jueces Holmes y Brandeis disintieron del fallo de sus colegas, al no considerar los elementos procompetitivos que dicha asociación generaba, permitiendo reducir la dispersión de precios⁵⁴ al existir uniformidad para todos los miembros del Plan.

Como evidencia de lo antes dicho, sólo cuatro años después de que el Juez Holmes haya disentido, en 1925 la Corte Suprema decidió el caso *Maple Flooring*⁵⁵, en el cual la mayoría de la Corte aprobó las doctrinas establecidas por el Juez Holmes en el caso *Hardwood*.

El caso *Maple Flooring* trata de 22 productores dedicados a la instalación de pisos de arce, haya y abedul, que en el año 1922 ostentaban una cuota de 70% del mercado, pero que en los últimos cinco años se vio reducida, en vista al peligro de que sus cuotas se vean reducidas derivó en que los agentes acordaran de forma tácita conformar una asociación.

Los miembros de la asociación acordaron transferir la siguiente información: recopilar y distribuir la información de los

53 Hovenkamp, Herbert, *Antitrust: Black Letter Outlines*, 120.

54 Posner Richard, "Information and Antitrust: Reflections on the Gypsum and Engineers decisions", 1195, 1196.

55 *Maple Flooring Manufacturers Ass'n. v United States*, 268 U.S. 563, 45 S.Ct. 578, 1925. Véase También el caso *Cement Manufacturers' Assn. v. United States*, 268 U.S. 588, 1925.

precios, pero sin los nombres de los agentes y con una amplia publicidad para el resto de agentes; reportes de las transacciones pasadas en lugar de las presentes o discutir sobre sus futuras variaciones; el costo variable⁵⁶ de cada agente respecto de cada tipo de piso ofertado; y, se realizaron reuniones de la asociación donde se discutió sobre las estadísticas del mercado.

La asociación de pisos realizó prácticamente las mismas acciones que la asociación de madereros, pero eliminó ciertos factores, como el no identificar el nombre de los agentes o transferir información sobre las futuras condiciones del mercado, aspecto que preocuparon a la Corte Suprema en el caso *Hardwood*. La Corte ahora dominada por los jueces que disintieron en el caso análogo, declararon que la diseminación de la información es positiva para las condiciones del mercado, ya que, si los consumidores pueden acceder a una mayor información, podrán tomar mejores decisiones de consumo⁵⁷.

La falencia en la *ratio decidendi* de este caso, fue que la Corte Suprema no considero el elevado nivel de concentración, que el tipo de información transferida era sustancial y se celebraron múltiples reuniones entre los agentes, por lo que todos estos factores facilitaban la colusión entre los agentes.

El legado del caso *Maple Flooring* fue ampliar el margen de evaluación, respecto del intercambio de información efectuado a través de una asociación, al permitir esta conducta sin importar la estructura del mercado o la naturaleza de la información intercambiada⁵⁸.

56 El costo variable promedio, es el costo variable (costo de producir cada unidad) dividido por la cantidad producida por el agente. Para una mayor explicación sobre los tipos de costos, véase: Pozo Vintimilla Patricio, “*El dilema de los precios predatorios: estrategias, teorías y problemas. Un análisis del Derecho de la Competencia de la Unión Europea y Antitrust*”.

57 Elhaug Einer y Geradin Damien, *Global Competition Law and Economics*, 886 - 888.

58 Posner Richard, *Antitrust Law*, 149.

La doctrina estadounidense ha sido crítica sobre el resultado de estos fallos, al señalar que la probabilidad de generar efectos beneficiosos para el mercado es mayor en el caso *Hardwood* en comparación con el caso *Maple Flooring*. Sin embargo, la Corte Suprema juzgó como anticompetitiva al primero y permitió el segundo caso, donde el daño a la competencia era sustancialmente mayor⁵⁹.

2.2.1. El caso *Toys “R” Us*

En el año 1997, la Comisión Federal de Comercio (*FTC* por sus siglas en inglés) dictó una resolución condenando a la compañía *Toys “R” Us* (en adelante TRU) por la realización de acuerdos anticompetitivos horizontales y verticales. Frente a esta resolución, la compañía TRU demandó ante la Corte de Apelación del Séptimo Circuito de los Estados Unidos para que se declare la nulidad de la decisión⁶⁰.

Como primer paso, la Corte de Apelación examinó el poder de mercado de TRU, en el período comprendido entre 1997 y 2000, estableciendo a la compañía como uno de los vendedores de juguetes más grandes de los Estados Unidos, representando el 30% de las ventas de los fabricantes, siendo considerada una de las cadenas de juguetes más importantes a nivel mundial.

A posteriori, la Corte de Apelación analizó las características de los productos ofertados por TRU, observando que el mercado de juguetes tiene como particularidad que sus clientes buscan productos sumamente diferenciados, siendo sus mayores compradores los padres que buscan un juguete para sus hijos. Esta diferenciación de productos resultará esencial para determinar la práctica antimonopólica de TRU.

59 Hovenkamp, Herbert, *Antitrust: Black Letter Outlines*, 119 - 121; Elhauge Einer y Geradin Damien, *Global Competition Law and Economics*, 858 - 865.

60 *Toys “R” Us, Inc. v. FTC*, 221 F.3d 928, 7th Cir. 2000.

Durante décadas TRU pudo disfrutar de una posición dominante en las ventas de juguetes a precios de descuento, al tener como competidores directos a *K-Mart* o *Walmart*, quienes no ofrecían la variedad de juguetes que TRU.

La cuota de mercado de TRU se vio disputada, a partir de 1970 con el surgimiento de los clubes de juguetes (*warehouse clubs*) quienes ofrecían productos sumamente diferenciados, es decir ediciones para coleccionista y personajes que no eran posibles encontrar en varias tiendas, incluso a un precio menor que el ofertado por TRU. Para formar parte del club los consumidores debían pagar una membresía anual de US\$30 dólares, siendo bastante fácil su acceso. El crecimiento de los clubes llegó a tal punto que para el año 1992 se registraban 600 clubes con una gran oferta de productos.

El impacto de estos clubes afectó significativamente las ganancias de TRU, dado que podían vender entre un 25% a 30% más barato que la compañía. Para contrarrestar esta situación, los directivos de TRU iniciaron acercamientos con varios distribuidores de juguetes, entre los que se hallaban grandes corporaciones como *Mattel*, *Hasbro* y *Fisher Price*; quienes acordaron restringir su distribución a los clubes de juguetes, negando sobre todo productos especializados o ediciones especiales. Frente a estos acuerdos la FTC denunció que TRU de forma sistemática y sumamente cuidadosa se reunió individualmente con cada uno de los distribuidores y fabricantes de juguetes “relevantes” en el mercado estadounidense, para explicar su nueva política y acordar vender de forma exclusiva a ciertos clubes.

Para que TRU pueda llevar a cabo su plan, se requería de un acuerdo anticompetitivo sistemático y actualizado de información, exigiendo que todos los distribuidores informaran sobre las ventas realizadas a cualquier tienda de descuento, facultándose a TRU el señalar el momento en que se debían restringir las ventas a ciertas tiendas.

La violación de la Sección 1 de la *Sherman Antitrust Act* y la sección 45 de la *Federal Trade Commission Act*⁶¹ se evidencia en el

61 Federal Trade Commission Act, 1914, 15 U.S.C.

intercambio sistemático de información que la compañía TRU realizó, afectando a sus competidores directos, los clubes de juguetes o *warehouse*, al alinear dentro de sus políticas anticompetitivas a los mayores fabricantes y distribuidores de juguetes en los Estados Unidos, quienes negaban ciertos productos (juguetes de moda o de colección) que dichos clubes solicitaban, forzando a los consumidores a acudir a las tiendas de TRU o locales autorizados por el mismo. Considerando todos estos elementos y existiendo una vulneración a la sección 1 de la ley Sherman, la Corte de Apelación del Séptimo Circuito, decidió el cese inmediato del acuerdo.

2.2.2. Reflexiones del sistema *Antitrust* y de competencia europeo

El caso *Gypsum*⁶² resume en gran medida el criterio de los fallos anteriormente expuestos, al señalar que la legalidad de un acuerdo de información debe ser evaluada en base a los hechos de cada caso, sin que necesariamente se lo vincule a la presencia o ausencia de elementos oligopólicos.

La jurisprudencia tanto estadounidense como europea, son concordantes en cuanto aplican una evaluación más estricta a los casos de intercambio de información horizontal, más aún si un agente actúa como una asociación, al existir mayores posibilidades de que estos agentes coordinen sus actuaciones, al contar con una estructura organizacional que facilita la toma de decisiones. Las asociaciones al poder acumular una mayor cuota del mercado, son sancionadas justamente por atomizar el mercado mediante el intercambio sistemático de información⁶³.

62 United States v. United States Gypsum, 438 U.S 422, 1978.

63 El TJUE ha establecido que “*cuotas muy elevadas constituyen por sí mismas, y salvo circunstancias excepcionales, la prueba de la existencia de una posición dominante*”. STJUE, *Hoffmann- La Roche & Co. AG c. Comisión*, C85/76, 13 de Febrero 1979.

El régimen de competencia europeo difiere del *Antitrust* justamente en los propósitos que su normativa busca lograr en el mercado y los consumidores, por lo que un caso donde se afecte la integración del “*Mercado Común Europeo*”⁶⁴ representará una infracción grave en la UE, mientras que la *Sherman Act* desde sus orígenes fue pensada para combatir a los *trust* (empresas o conglomerados) y se orienta a la protección del comercio interestatal. Dependiendo mucho de los objetivos estatales, la orientación que la normativa y jurisprudencia tendrá en materia de competencia.

2.3. EL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN Y SU REGULACIÓN EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA ECUATORIANO

En el Ecuador, el derecho a generar e intercambiar información se encuentra garantizado en el Artículo 16 y Numeral 1 del Artículo 18 de la Constitución de 2008⁶⁵, si analizamos de forma sistemática este cuerpo normativo, podemos observar que el derecho a intercambiar libremente información entre personas naturales o jurídicas, se encuentra limitado por el Derecho de la Competencia, en los artículos 335⁶⁶ y 336 de la Carta Magna, ya que el Estado ecuatoriano tiene la obligación de garantizar el intercam-

64 “*The competition rules must therefore be viewed in the context of the aims and objectives of the EU, the integration of the single market*”. Jones Alison y Sufrin Brenda, *EU Competition Law*, p. 18.

65 Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial No. 449, 20 de octubre 2008.

66 “*Art. 335.- El Estado regulará, controlará e intervendrá, cuando sea necesario, en los intercambios y transacciones económicas; y sancionará la explotación, usura, acaparamiento, simulación, intermediación especulativa de los bienes y servicios, así como toda forma de perjuicio a los derechos económicos y a los bienes públicos y colectivos. El Estado definirá una política de precios orientada a proteger la producción nacional, establecerá los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio y oligopolio privados, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal*”.

bio justo entre los agentes que interactúan en el mercado y evitar cualquier tipo de distorsión como el intercambio de información. El intercambio de información se encuentra específicamente regulado en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCM)⁶⁷ en el numeral 1 del artículo 11⁶⁸, y su Reglamento⁶⁹ en el numeral 1 del artículo 8; cuerpos normativos que establecen que transmisión de información cuyo propósito sea el afectar las condiciones o parámetros de la competencia en el mercado, debe ser catalogado como una práctica restrictiva.

Respecto de la regulación de esta conducta en el Ecuador, debemos señalar que, hasta la presente fecha, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (Superintendencia del Mercado), organismo administrativo de control encargado de velar por el bienestar de los consumidores y eficiencia del mercado, no ha expedido un instructivo o resolución que recoja los parámetros de evaluación de esta conducta, por lo que frente a la falta de un criterio institucional claro y conciso, consideramos aplicables los parámetros de evaluación expuestos en la doctrina y jurisprudencia de Defensa de la competencia del sistema *Antitrust* y de la UE. De igual forma se regularía en el ámbito judicial, frente a la falta de sentencias que evalúen esta conducta anticompetitiva.

67 Ley Orgánica de Control y Regulación del Poder del Mercado, R.O-S 555 de 13 octubre de 2011.

68 “Art. 11.- *Acuerdos y prácticas prohibidas.- Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, y en general todos los actos o conductas realizados por dos o más operadores económicos, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, cuyo objeto o efecto sea o pueda ser impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o el bienestar general (...)* 1. *Fijar de manera concertada o manipular precios, tasas de interés, tarifas, descuentos, u otras condiciones comerciales o de transacción, o intercambiar información con el mismo objeto o efecto*”.

69 Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de regulación y Control del Poder del Mercado, R.O. 697, 07 mayo de 2012.

El intercambio de información sería sancionable en el Derecho de la competencia ecuatoriano, cuando la información transferida permita a los agentes determinar las pautas a seguir o dar información detallada sobre cada competidor⁷⁰, lo antes expuesto se alinea con el criterio de los casos paradigmáticos del sistema *Antitrust* y del Derecho de la competencia europeo, ya que cada agente debe establecer de forma autónoma su conducta en el mercado, y no eliminar la incertidumbre sobre las condiciones del mismo.

En relación al estándar de evaluación de los acuerdos de intercambio de información, la LORCM en su artículo 3⁷¹ señala que la Superintendencia del Mercado, aplicará el principio de primacía de la realidad en la sustanciación de casos anticompetitivos. Resultando aplicable la regla de la razón a casos que ocurran en territorio ecuatoriano, al analizar el contenido y características de la información que se está transmitiendo, como la estructura del mercado donde operan los agentes involucrados.

3. CONCLUSIONES

El intercambio de información es una de las conductas más interesantes y complejas del Derecho de la competencia a nivel internacional, el profesor Richard Posner expone el dilema que esta conducta anticompetitiva representa, para las agencias y tribunales de competencia: “*La información es una espada de doble filo:*

70 Sevilla Marcelo y Riofrío Juan Carlos (Coords), *Régimen de competencia*, Quito, Corporación de Estudio y Publicaciones, 2012, 316.

71 “Art.3.- Para la aplicación de esta ley la autoridad administrativa determinará la naturaleza de las conductas investigadas, atendiendo a su realidad y efecto económico. La forma de los actos jurídicos utilizados por los operadores económicos no enerva el análisis que la autoridad efectúe sobre la verdadera naturaleza de las conductas subyacentes a dichos actos”.

*es necesaria para que el proceso competitivo funcione de forma adecuada, pero puede también facilitar la colusión (...)*⁷².

El Derecho de la Competencia de los tres sistemas jurídicos analizados, se ha orientado a sancionar el intercambio de información cuando este genera un claro impacto negativo en uno o varios parámetros de la competencia, tales como el precio, producción, calidad de los productos, variedad de los productos o innovación; y, que además la información transferida debe tener el carácter de sustancial. De lo antes expuesto, se debe aclarar que la información comercial como un bien susceptible de apreciación económica, deberá ser apreciada en su contexto y en el mercado en el cual es utilizado, ya que el mercado geográfico y temporal influirá en gran medida para determinar su carácter anticompetitivo, confirmando la necesidad de analizarlo con base a la regla de la razón.

La jurisprudencia europea y estadounidense al momento de evaluar el intercambio de información entre agentes económicos como lo demuestran varios casos sentenciados, utilizan el estándar de la *rule of reason* para determinar las verdaderas condiciones que en ese momento atraviesa un mercado, puesto que la gran mayoría de casos las condiciones del mercado como su concentración, barreras de entrada y complejidad de la información en su contexto, permiten establecer si la transmisión de datos afecta o no al mercado y a los consumidores, y si existen realmente las condiciones para que los agentes puedan coludir.

Si los agentes mediante el intercambio sistemático de información, reducen su grado de autonomía y logran orientar de forma concertada sus conductas como lo demuestran los casos *UK Agricultural* y *Maple Flooring*, existe una sólida evidencia respecto de la existencia de una práctica restrictiva que debe ser sancionada. Sin impedir totalmente, como el mismo fallo *Asnef Equifax* revela, que los competidores puedan adaptarse al comportamiento de un agente líder en el mercado.

72 Posner Richard, *Antitrust Law*, 144.

Los gremios o asociaciones de empresarios son los agentes económicos que deben tener un mayor cuidado, para no cometer este tipo de acto anticompetitivo, ya que como observamos, a nivel internacional existe un régimen legal más rígido cuando de estos grupos se trata, llegando incluso a presuponer la realización de actos colusorios por el hecho de efectuar reuniones entre los agentes.

El Derecho de la Competencia en Ecuador, requiere de un mayor desarrollo tanto normativo como jurisprudencial, considerando que la formulación de un parámetro de análisis por parte de la Superintendencia del Mercado, debería recoger algunos de los criterios expuestos en los casos paradigmáticos del sistema *anti-trust* y de Defensa de la Competencia de la UE.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

- Bellamy & Child, *European community Law of competition*, Sixth edition, Oxford Press, London, 2007.
- Bork H. Robert, *The Antitrust Paradox, A Policy at War with Itself*, The Free Press, Chicago, 1993.
- Elhauge Einer y Geradin Damien, *Global Competition Law and Economics*, Second edition, Oxford, Hart Publishing, 2011.
- Ezrachi Ariel, *EU Competition Law - An Analytical Guide to the Leading Cases*, Second edition, Portland, Hart, 2014.
- Hovenkamp Herbert, *Antitrust: Black Letter Outlines*, Fifth edition, Iowa, West Publishing, 2011.
- Jones Alison y Sufrin Brenda, *EU Competition Law*, Fifth edition, London, Oxford Press, 2014.
- Mankiw Gregory, *Principios de Economía*, Cuarta edición, Madrid, MacGraw Hill, 2003.

- Ortiz Blanco Luis, Maillo Gonzalez Jerónimo, Ibañez, Pablo y Lama-drid Alfonso, *Manual de Derecho de la Competencia*, Madrid, Tecnos, 2008.
- Posner Richard, *Antitrust Law*, Second edition, Chicago, University of Chicago Press, 2001.
- Sevilla Marcelo y Riofrío Juan Carlos (Coords), *Régimen de competencia*, Quito, Corporación de Estudio y Publicaciones, 2012.
- Signes de Mesa Juan, Fernández Isabel y Fuentes Mónica, *Derecho de la Competencia*, Navarra, Thomson Reuters-Civitas, 2013.
- Wish Richard y Bailey David, *Competition Law*, Oxford, Oxford Press, 2012.

ARTÍCULOS

- Coase Ronald, “The Nature of the Firm”, *Economica*, Blackwell Publishing, 1937.
- Posner Richard, “The Chicago School of Antitrust Analysis”, *University of Pennsylvania Law Review*, No. 925, 1978.
- Posner Richard, “Information and Antitrust: Reflections on the Gypsum and Engineers decisions”, *Georgetown Law Journal*, Vol. 1187, 1978.
- Pozo Vintimilla Patricio, “El dilema de los precios predatorios: estrategias, teorías y problemas. Un análisis del Derecho de la Competencia de la Unión Europea y Antitrust”, *Revista de Derecho Foro*, Universidad Andina Simón Bolívar, 2017.
- Morse Howard, “Vertical Mergers: Recent Learning”, *The Business Lawyer*, Vol.53, No.4, August 1998.

COMUNICADOS

- Comisión Europea, *Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal*, Comunicado de la Comisión 11/01, 2011.

European Commission, *Guidelines on the application of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to technology transfer agreements*, C 89/03, 2014.

European Commission, Information Exchange, http://ec.europa.eu/internal_market/iprenforcement/docs/20130711/appendix_1_ip_and_commercial_law_-_country_reports.pdf.

The Federal Trade Commission and the Antitrust Division of the U.S. Department of Justice, *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors*, February 200

OCDE, *Information Exchange Between Competitors under Competition Law*, Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee, 2010/37, 2010.

NORMATIVA

Ecuador

Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008.

Ley Orgánica de Control y Regulación del Poder del Mercado, R.O-S 555, 13 de octubre 2011.

Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Control y Regulación del Poder del Mercado, R.O. 697, 7 de mayo 2012.

Estados Unidos

Federal Trade Commission Act, 1914, 15 U.S.C.

Sherman Antitrust Law, Sherman Act, July 2, 1890, ch. 647, 26 Stat. 209, 15 U.S.C.

Unión Europea

Tratado de Roma, Comunidad Económica Europea, 1957.

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, DO C 83/47 de 09 de mayo de 2008.

JURISPRUDENCIA

Estados Unidos

American Column & Lumber Co. V. United States, 257b U.S. 377, 1921.

Cement Manufacturers' Assn. v. United States, 268 U.S. 588, 1925.

Continental T.V. Inc v. GTE Sylvania Inc, 433 U.S. 36, 1977.

FTC, 126 FTC 415, 1997, Docket No. 9278.

Maple Flooring Manufacturers Association v United States, 268 US 563, 1925.

Standard Oil of New Jersey v. United States, 221 U.S. 1, 31 S.CT. 502, 1911

Toys "R" Us, Inc. v. FTC, 221 F.3d 928 (7th Cir. 2000).

Unión Europea

Commission Decision, UK Agricultural Tractor Exchange, OJ L 68/19, 1992.

STJUE, Aalborg Portland v Commision (Cement), 2004, asunto ECR I-123.

STJUE, Asnef Equifax v. Ausbanc, 23 noviembre 2006, asunto C-238/05.

STJUE, *Hoffmann- La Roche & Co. AG c. Comisión*, 13 de Febrero 1979, asunto C 85/76.

STJUE, John Deere LTD c. Comision de las Comunidades Europeas, 28 mayo 1998, asunto C-7/98 P.

STJUE, Suiker Uniee.a c. Comisión, 16 de diciembre 1975, asunto 40/73.

STJUE, T-Mobile Netherlands BV c Raad van bestuur van de Nederlandse Mededigingsautoriet, 4 junio 2009, asunto C-8/08.

STJUE, Thyssen Stahl AG v. Commission, 2 de octubre 2003, asunto C-194/99P.

STJCE, *United Brands Company & United Brands Continentaal BV c. Comisión*, 14 de febrero 1978, asunto 27/76.