



Universidad de Valladolid

**Facultad de Ciencias
Económicas y Empresariales**

Trabajo Fin de Grado

**Grado en Administración y Dirección de
empresas**

**Intercambios de información
como práctica colusoria**

Presentado por:

Elisa Millán López

Tutelado por:

Luisa María Esteban Ramos

Valladolid, 19 de diciembre de 2023

RESUMEN

Este Trabajo de Fin de Grado analiza los intercambios de información como práctica antitrust, combinando perspectivas jurídicas y económicas. Se examinan los criterios de la Comisión Europea y las autoridades españolas para identificar estas infracciones, su evolución temporal y la fundamentación económica. Además, se investiga el impacto de las nuevas tecnologías en estas prácticas, identificando desafíos y oportunidades. En conjunto, el trabajo contribuye a comprender la dinámica actual entre regulación, economía y tecnología en el ámbito de las prácticas colusorias.

Palabras clave: Intercambios de información, Derecho de la competencia, práctica colusoria, asimetrías informativas.

ABSTRACT

This Bachelor's Thesis conducts a thorough analysis of information exchanges as antitrust practices, integrating legal and economic perspectives. It examines the criteria set by the European Commission and the Spanish antitrust authorities for identifying infringements, their evolution over time, and the underlying economic rationale. Furthermore, the impact of new technologies on these collusive practices is investigated, identifying challenges and opportunities. Overall, the thesis contributes to understanding the current dynamics among regulation, economics, and technology in the realm of anticompetitive practices.

Key Words: information exchanges, Competition law, antitrust practice, information asymmetry.

INDICE

1.-INTRODUCCIÓN	4
2.-CONCEPTUALIZACIÓN DEL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN COLUSORIO.....	5
2.1.-Prácticas colusorias horizontales	10
2.2.-Prácticas colusorias verticales	11
2.3.-Exenciones de los artículos 101.3 TFUE y 1.3 LDC.....	12
2.3.1.-Exenciones en intercambios de información horizontales.....	13
2.3.2.- Exenciones en intercambios de información verticales.....	16
3.-EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE LIBRE COMPETENCIA Y DE LA SANCIÓN DEL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN COMO PRÁCTICA COLUSORIA	17
3.1.-Las comunicaciones colusorias en el derecho de la Unión Europea	17
3.2.-El intercambio de información colusorio en España	24
3.3.-Intercambios de información, daños y perjuicios y los programas de clemencia	27
4.-EFECTO DE LOS INTERCAMBIOS DE INFORMACIÓN EN LA LIBRE COMPETENCIA.....	30
4.1.-Intercambios de información en oligopolios con incertidumbre común sobre la demanda.....	32
4.1.1.-Intercambios de información sobre la demanda en mercados donde se <i>compite en cantidades</i>	32
4.1.2.- Intercambios de información sobre la demanda en mercados donde se <i>compite en precios</i>	34
4.1.3.-Acuerdos <i>quid pro quo</i> e intercambios <i>stand alone</i>	35
4.2.- Intercambios de información en oligopolios con incertidumbre sobre los costes.	35
4.3.-Intercambios de información en oligopolios con incertidumbre específica sobre la demanda.....	36
5.-EL PANORAMA ACTUAL: INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN, NUEVOS TICS Y SU POSIBLE CONTENCIÓN JURÍDICA	38
6.-CONCLUSIONES	44
7.-BIBLIOGRAFÍA	47

INDICE DE ABREVIATURAS

AEA: Agricultural Engineers Association Limited

CE: Comisión Europea

CNMC: Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

CNC: Comisión Nacional de la Competencia

COMURNA: Compañía Murciana de Nutrición Animal

EE. UU.: Estados Unidos

IA: Inteligencia artificial

LEC: Ley de enjuiciamiento civil

LDC: Ley de Defensa de la Competencia

TC: Tribunal Constitucional

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TS: Tribunal Supremo

RD: Real Decreto

RDL: Real Decreto Ley

STAMPA: Asociación Nacional de Perfumería y Cosmética

UE: Unión Europea

1.-INTRODUCCIÓN

El marco del Derecho de la Competencia en el contexto europeo y español ha experimentado un progresivo desarrollo desde la ratificación del Tratado de Roma y la posterior adhesión de España a la Unión Europea. Las conductas que ponen en tela de juicio la libre competencia cada vez son contempladas con mayor sensibilidad. Hoy en día, se considera que hasta una única comunicación entre empresas puede dañarla. Viniendo de un Derecho que, con el *Sherman Act* pugnaba por simplemente prohibir los monopolios, la distancia es abismal.

Como el Derecho se ha vuelto más sensible, su estudio también se ha complicado. De ahí que se estime necesario compactar y simplificar su análisis desde la doctrina. Por ello, este trabajo se ha realizado con la pretensión de explicar, de la manera más completa y sintética posible, la existencia y categorización de los intercambios de información colusorios. Para ello se han analizado tanto el dogma jurídico, como jurisprudencia, práctica administrativa, y la doctrina económica relativa a este asunto.

Desde la introducción del sistema de autoevaluación de las prácticas colusorias en 2003, la Comisión Europea ha hecho esfuerzos por facilitarle la labor a los empresarios. De ahí que existan publicaciones como las Líneas Guía de la Comisión Europea. De estas se extraen criterios relativamente claros sobre qué incrementos de la transparencia son susceptibles de limitar la libre competencia.

Los intercambios de información han cobrado gran relevancia en los últimos tiempos, de hecho, son una de las conductas colusorias más comunes en el marco de la UE. Al principio, sólo eran considerados colusorios en condiciones muy particulares, es decir, en mercados donde el intercambio es especialmente susceptible de ayudar a las empresas a cooperar. Sin embargo, hoy en día pueden verse resoluciones en las que el TJUE castiga comunicaciones individuales.

Lo que los caracteriza es la dificultad de detectar su existencia y estimar sus efectos. De ahí que la persecución de estas conductas resulte problemática, sobre todo en relación con la parte civil del Derecho de la competencia. Más

problemas surgirán cuando las empresas infractoras del Derecho antitrust se acojan a programas de clemencia.

Por otra parte, la doctrina económica ha tratado de crear una base teórica sólida al respecto. Numerosos son los autores que han tratado la cuestión de las asimetrías informativas y los efectos de aumentar la transparencia sobre el libre juego de la competencia. Aunque las teorías económicas muchas veces no lo explican todo; no son capaces de abarcar todo cuanto pueda acontecer en la práctica. Para comprender si un intercambio de información es realmente nocivo para la competencia será preciso atender cuidadosamente a las condiciones del caso concreto.

Por último, el tratamiento de los intercambios de información colusorios ha cambiado mucho en los últimos tiempos, como así lo han hecho estos. Esto se debe sobre todo a los avances tecnológicos. Si se pretendiera analizar cuáles serán los próximos retos para los tribunales y autoridades de la competencia en un futuro próximo, sería preciso atender a dos fenómenos principales: el blockchain y los algoritmos automáticos de aprendizaje profundo. Estos sistemas de información crean nuevas incógnitas en el marco del Derecho de la competencia, ya que tienen la capacidad de coordinar a varias empresas sin que estas se comuniquen.

En resumidas cuentas, el fenómeno de los intercambios de información colusorios ha sido problemático desde sus inicios, y parece que seguirá siéndolo en un futuro próximo. Pero su estudio y consideración podría ayudar a minimizar sus efectos sobre la libre competencia.

2.-CONCEPTUALIZACIÓN DEL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN COLUSORIO

Los intercambios de información son comunes en los mercados competitivos. De hecho, pueden mejorar con creces su eficiencia. Y, sin embargo, son capaces de constituir una práctica colusoria por su objeto o efectos. E incluso, ser el cauce de un abuso de posición de dominio.

Antes de entrar en las calificaciones jurídicas y económicas de los intercambios de información, será primordial señalar, aunque sea a grandes rasgos, qué es un intercambio de información entre empresas. Una definición lo

suficientemente concisa sería la que ofrecen Alden Caribé de Sousa, Fernanda García Machado y Alexandre Cordeiro Macedo: «*When undertakings provide or receive fact reports or details about business valuable information (...)*»¹. Los intercambios de información serían, pues, las comunicaciones relativas a hechos, informes o detalles relacionados con información valiosa sobre el negocio.

Seguidamente, es importante remarcar en base a qué artículos se podrán considerar ilícitas a estas conductas; bien lo haga la Comisión Europea (CE de ahora en adelante) o las autoridades de la competencia españolas (nacionales y territoriales). En cuanto al Derecho europeo, habrá que prestar especial atención a los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE de ahora en adelante), junto con las Líneas Guía Horizontales² y Verticales³. En el ámbito nacional se recurrirá, paralelamente, a los artículos 1 y 2 de la Ley de Defensa de la Competencia⁴.

Las conductas de intercambio de información suelen enmarcarse en los artículos 101.1 TFUE y 1.1LDC. Es decir, estas tienden a ser la base de una cooperación tácita entre empresas. Además, éstas normalmente son del mismo nivel productivo y comercializan productos sustitutivos entre sí. Por otro lado, los intercambios de información no tienden a entrar en el marco del Art. 102 TFUE ni del 2 LDC. Las conductas de abuso de posición de dominio son más residuales⁵.

En cuanto a la aplicación de los Arts. 101 TFUE y 1 LDC, se considerará prohibido un intercambio de información si es parte de un acuerdo, práctica

¹Caribé de Sousa, A. & García Machado, F. & Cordeiro Macedo, A. (2023). *Exchanges of information*. Concurrences. Recuperado el 21 de noviembre de 2023, de <https://www.concurrences.com/en/dictionary/exchange-of-information>

²Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal (2023/C 259/01)

³Directrices relativas a las restricciones verticales 2022/C 248/01.

⁴Aunque habrá que tener en cuenta que el Estado español cuenta con una especialidad que ningún otro país de la UE tiene: autoridades de la competencia regionales. Por ello habrá que tener en cuenta tanto a los Estatutos de Autonomía correspondientes, como a la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia.

⁵Frenz, W. (2016). Horizontal and vertical restraints in practice. Exchange of information. En *Handbook of EU Competition Law* (págs. 579-584). Berlín, Heidelberg: Springer-Verlag.

concertada⁶ o decisión de una asociación de empresas. Eso por lo que respecta a las relaciones interempresariales horizontales. Pero con respecto a las verticales, las Líneas Guía los referencian, únicamente, en un apartado sobre acuerdos verticales entre competidores y en los acuerdos de gestión por categoría.

Antes de analizar qué conductas están prohibidas y cuales no, conviene recordar el modo en que opera la CE. En primer lugar, ésta analiza si el intercambio de información encaja en la redacción del Art. 101.1 TFUE. En caso contrario, la conducta es inocua y las empresas son libres de continuar con ella. Pero si entiende que encaja en el art 101.1, puede que quepa su exención a través del artículo 101.3 TFUE. Esta se podrá dar, a grandes rasgos, si los efectos perniciosos de la conducta quedan compensados por los beneficiosos.

Por último, cabe remarcar cuales son las formas que pueden tomar estos intercambios: directos y verticales, horizontales, a través de asociaciones de la industria, por medio de terceras empresas o incluso por diseminación de datos en el mercado de manos de entes independientes.

Ahora se va a analizar el contenido de los artículos 101 TFUE y 1 LDC, que es especular. Grosso modo, prohíben las conductas colusorias en sus apartados primeros. Declaran nulo todo acuerdo, decisión o recomendación que, entrando en los enumerados por el primero, no esté amparado por ninguna excepción legal. Y, por último, sus párrafos terceros anulan la prohibición de los primeros cuando la conducta colusoria mejore la eficiencia del mercado (entre otros requisitos).

Ateniendo al tenor literal del Art. 101.1 TFUE, quedan 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 (...)*». Por otra parte, el 1.1 LDC tiene una redacción casi idéntica, en la que tan sólo añade que también quedan prohibidas las recomendaciones

⁶ Las prácticas concertadas son una manera de coordinación entre empresas donde, sin acuerdo propiamente dicho, se coopera conscientemente de manera nociva para el ejercicio de la libre competencia. Además, es necesario que exista relación de causalidad entre la concentración y la comunicación. Vid. Puntos 14 y 375 de las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal (2023/C 259/01)

colectivas y las prácticas conscientemente paralelas. Además, como es lógico, marca como mercado relevante al mercado nacional. En ninguno se menciona expresamente al intercambio de información, pero comúnmente se le considera como un acuerdo⁷. Aunque la CE ha matizado que también pueden ser prácticas concertadas o incluso decisiones de asociación de empresas; es decir, pueden tomar cualquier forma.

Seguidamente, es interesante mencionar cuáles son las posibles calificaciones jurídicas de estos comportamientos. Estos pueden ser conductas colusorias prohibidas por sus efectos u objeto.

Un resultado colusorio se da si un aumento artificial de la transparencia de un mercado conduce a un perjuicio en la competencia⁸. Y este puede suceder, por ejemplo, en el momento en que las empresas que comparten información coordinen sus estrategias a raíz de ello. Es decir, cuando, por poder esperar un comportamiento concreto de sus competidores, lo alineen con ellos. También en el caso de que el intercambio permita la continuación de una práctica anticompetitiva ya iniciada. Además, se da cuando se utiliza esa información para incardinar una nueva práctica antitrust o si es el medio por el que los partícipes saben cuándo alguna parte no sigue el acuerdo (este intercambio será considerado un cartel)⁹.

Por otra parte, el intercambio puede conducir a la exclusión de empresas de un mercado, lo cual atenta contra la libre competencia. Es decir, el aumento de la transparencia creará barreras de entrada artificiales. Aparecen desventajas comparativas para aquellos competidores que no están aún en el mercado, frente a aquellos previamente instalados.

Esos son los efectos que destacan las Líneas Guía Horizontales, sin embargo, esto no es un *numerus clausus*. De hecho, como se verá en el apartado siguiente, los criterios que conforman estas Líneas están altamente

⁷Valdés Burgui, Á., & Faura Enríquez, P. (2013). Intercambios ilícitos de información entre competidores: Límites y conexión con los cárteles y la clemencia. *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, 32, 28-45.

⁸Vid. Puntos 377 a 378 de las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal (2023/C 259/01)

⁹Whish, R., & Bailey, D. (2012). Horizontal agreements. Cartels. Exchanges of information. *Competition Law* (págs.539-547). OUP Oxford.

influenciados (sino contruidos) por la jurisprudencia del TJUE y las decisiones de la CE. Es decir, que la casuística tiñe a este tema con una perpetua evolución, no existen criterios fijos y uniformes.

Sin embargo, sí conviene remarcar cuál es, en abstracto, el criterio a seguir para comenzar a sospechar de un intercambio de información.

Es interesante el hecho de que el primer intercambio de información considerado como práctica concertada en la historia de la UE fue restrictivo por el objeto. Se verá con más detalle en adelante, pero a modo de guía, este intercambio contaba con rasgos “*peligrosos*” en cuanto a la estructura de mercado (oligopolio altamente concentrado), el modo en que se compartían los datos (periódicamente) y el carácter de estos (actuales, privados, detallados). Por tanto, contemplar cuales son los factores clave y en qué momento se vuelven *peligrosos* para la libre competencia es harto importante para catalogar correctamente los intercambios de información.

En definitiva, se puede concluir que, a grandes rasgos, lo importante es cuanto se disminuya o anule el grado de incertidumbre sobre el comportamiento futuro del mercado. Si los operadores no cuentan con libertad a la hora de determinar sus conductas a causa del intercambio, entonces se ha vulnerado la libre competencia. Esto supone entender cuáles son las condiciones “normales” (hacer una *hipótesis contrafactual*) de cada mercado en el momento en el que es analizado, y con las características propias de su estructura. A mayores, siempre será colusoria por objeto la conformación de un cartel a través de esta práctica¹⁰. Este se da cuando el intercambio tenga la finalidad de fijar precios, cantidades o cualquier otro parámetro relevante a efectos de la competencia¹¹.

Seguidamente, conviene diferenciar la regulación y consideración de aquellos intercambios que se den entre empresas que se encuentren en el

¹⁰Valdés Burgui, Á., & Faura Enríquez, P. (2013).

¹¹Vid. Punto 417 de las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal (2023/C 259/01) y disposición adicional segunda, apartado 2, de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia. Es importante remarcar que los efectos sancionadores de un cartel y una restricción por el objeto “*estándar*” son los mismos, pero que tienen calificaciones jurídicas diferentes.

mismo nivel de la cadena productiva (horizontales), y aquellas que estén en un eslabón diferente (verticales).

2.1.-Prácticas colusorias horizontales

En cuanto a la forma, estos intercambios pueden ser: parte de un acuerdo (de fijación de precios, reparto de mercado o de cooperación horizontal), un intercambio *stand alone*¹² o la constitución de un cartel.

Las propias Líneas Guía hacen una lista de factores clave que sirven para identificar un intercambio antitrust. En concreto son cruciales los datos, el modo en que se realice el intercambio y la estructura del mercado. La lista es especular a los factores que crean un riesgo de resultado anticompetitivo. Lo cual nos lleva a pensar que no hay tanto una necesidad de eventual daño; basta con el peligro (por ello cabe la infracción por objeto).

En lo relativo a los datos compartidos, será más peligroso el intercambio de información sobre precios, inversiones, facturaciones y la política comercial actual de la empresa¹³.

Por otro lado, la manera en que se intercambian los datos y su carácter también resultan influyentes. A efectos de los artículos 101 TFUE y 1 LDC será relevante el tema, el nivel de detalle, la antigüedad, la publicidad de los datos y del intercambio, lo agregados que estén, si son estratégicos, la cuota de mercado de las empresas que los compartan y la frecuencia con que se haga¹⁴.

Estos criterios no se aplican de una manera inmediata, es necesario interpretarlos acorde al caso. Tienen que ser susceptibles de crear un peligro para la libre competencia en ese mercado concreto. Por ejemplo, no será igual de peligroso el intercambio de datos actuales de una empresa, compartido de forma frecuente y actualizada en un mercado donde dos empresas acumulan la totalidad de su cuota, que el de datos históricos compartidos, de forma pública, en un mercado compuesto por cientos de empresas.

Son relevantes también la estructura y condiciones de mercado. De forma aproximada, y sin presunción alguna, se puede pensar que en un mercado más

¹²Intercambio de información aislado.

¹³Frenz, W. (2016)

¹⁴Frenz, W. (2016)

cercano a la competencia perfecta (donde hay información perfecta) el riesgo es menor. Y que un mercado oligopolístico supondrá un mayor riesgo. En un oligopolio un número reducido de empresas acumulan todo el poder de mercado; así es más fácil crear un acuerdo tácito o acomodarse a los movimientos de la competencia.

En definitiva, con lo que respecta al Art. 101 TFUE y el Art. 1 LDC, existe un mayor riesgo de colusión en mercados concentrados, no complejos, con demanda y oferta estables, simétricos y antiguos. Y menor en aquellos mercados muy competitivos.

2.2.-Prácticas colusorias verticales

En las Líneas Guía verticales, los intercambios de información son mentados en dos apartados: el de acuerdos verticales entre competidores y el de acuerdos de gestión por categoría. Cabe destacar, además, que los menciona a efectos de la no aplicación del Reglamento (UE) 2022/720¹⁵. A mayores, las Líneas Guía horizontales anotan cuestiones que pueden ser interesantes en este respecto¹⁶.

En cuanto a los acuerdos verticales se hace referencia, en primer lugar, a los duales (productor-distribuidor). Las Líneas indican que el flujo de información en estos puede optimizar los procesos de producción y distribución. Y, sin embargo, lo considera bastante peligroso, pues ningún intercambio productor-distribuidor que no verse estrictamente sobre la aplicación del acuerdo vertical quedará fuera de la exención de los Arts. 101.3 TFUE y 1.3 LDC.

En lo relativo a la forma que pueden tomar estos intercambios duales, las Líneas indican que cualquiera es válida. Es indiferente si es unidireccional, si el acuerdo vertical explicita que se dará, el medio que se utilice, etc. La cuestión es que se comparta información entre eslabones de la cadena productiva.

¹⁵ Reglamento (UE) 2022/720 de la Comisión de 10 de mayo de 2022 relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas.

¹⁶ Por ejemplo, el punto 370 anota que en relaciones verticales proveedor-comprador, si hay un intercambio de información este podrá versar únicamente del contenido estrictamente necesario para que el acuerdo se lleve a cabo, y en tal caso se podrán acoger a la exención por categorías del RECAV. Vid. Punto 370 de las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal (2023/C 259/01)

Seguidamente, un factor relevante para evaluar si el intercambio será ventajoso es el modelo de distribución. Estos pueden ser de distribución exclusiva, selectiva, de franquicia o más. El criterio a seguir es el anterior, será inocua aquella información que esté estrictamente relacionada con el contenido del acuerdo¹⁷.

Por último, aquí también será relevante la manera en que se comparta la información. Será menos peligrosa la información agregada, que se intercambie en un plazo con un término predefinido y que no sea pública, (en este caso comprometería la cadena de producción) entre otros rasgos.

Por otra parte, están los acuerdos de gestión por categoría. En este tipo de pactos el distribuidor le permite comercializar una gama de productos al proveedor¹⁸. El peligro habitual al que pueden conducir estos acuerdos es el de la exclusión de otros proveedores cuando el *capitán de categoría*¹⁹ utilice su posición para limitar sus posibilidades de distribución. Es decir, este intentará acumular acuerdos de gestión por categoría o aprovecharse de su posición de mercado preexistente (sus contactos, acuerdos, buenas relaciones con distribuidores etc.) para crear barreras a entrada.

En definitiva, lo que podría suponer un mayor riesgo (aunque en absoluto un resultado colusorio garantizado) es la presencia de un único *capitán de categoría* que acapare la distribución de la mayoría de la industria.

2.3.-Exenciones de los artículos 101.3 TFUE y 1.3 LDC.

Ya se ha dicho que estos intercambios pueden ser beneficiosos para la competencia. Los Arts. 101.3 TFUE y 1.3 LDC contemplan exenciones aplicables a comportamientos en principio colusorios (prohibidos por los apartados primeros), pero cuyas ventajas les hacen preferibles. Estos artículos no hacen referencia expresa al intercambio de información, pero son aplicables al caso.

El proceso para analizar cualquier conducta que se haya considerado colusoria bajo la redacción de los apartados primeros culmina por examinar si cabe aplicar la exención de los apartados terceros. El artículo 101.3 TFUE indica

¹⁷Vid. Punto 98 de las Directrices relativas a las restricciones verticales (2022/C 248/01).

¹⁸Vid. Punto 385 de las Directrices relativas a las restricciones verticales (2022/C 248/01).

¹⁹Aquel proveedor al que se le ha concedido la comercialización de una categoría de productos.

que los apartados primeros serán inaplicables a cualquier acuerdo, decisión, práctica concertada, categoría de acuerdo, decisión o práctica de empresas o asociaciones de empresas que *«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 resultante, y sin que: a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos; b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate»*. El artículo 1.3 LDC tiene una lectura similar, simplemente le reserva un apartado “a)” a parte para la condición de la participación equitativa en el beneficio.

Resumidamente, vemos que los criterios para que se pueda obtener una exención son: que se mejore la eficiencia del mercado, se asegure una participación equitativa del beneficio que ofrezca, que la conducta sea indispensable para obtener tales ventajas y que no le brinde a la empresa la posibilidad de eliminar la libre competencia del mercado.

De nuevo se deben diferenciar los criterios que evalúan las exenciones en intercambios entre empresas del mismo eslabón de la cadena productiva (horizontales) y las de distinto nivel (verticales).

2.3.1.-Exenciones en intercambios de información horizontales

Sobre la aplicación de los Arts.101.3 TFUE y 1.3 LDC, la CE ofrece una lista (*numerus apertus*) de las situaciones en las que comúnmente se mejora la eficiencia del mercado a través de intercambios de información. Esta lista divide las posibles exenciones para intercambios horizontales en: aquellas que mejoran la eficiencia, carácter indispensable, beneficio para los consumidores y no eliminación de la competencia.

En cuanto a las que mejoran la eficiencia del mercado²⁰, se habla tanto de aquéllas que facilitan el trabajo a las empresas, como de las que mejoran el proceso decisorio de los consumidores.

²⁰ Vid. Punto 425 de las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal (2023/C 259/01)

Como ya se ha visto, la estructura y situación del mercado deben ser tenidas en cuenta para evaluar las mejoras de eficiencia. También el carácter de los datos. Serán más susceptibles de mejorar la eficiencia intercambios en sectores poco concentrados y con grandes asimetrías informativas. Además, como se verá en el apartado cuarto, es importantísimo si se compite en precios o cantidades, y si la incertidumbre sobre la demanda es común o específica²¹. Y serán más útiles para los consumidores aquellos datos que sean públicos y fácilmente accesibles.

Con respecto a las mejoras de eficiencia que pueden afectar a las empresas, las Líneas se limitan a exponer situaciones típicas en las que esto sucede, sin dar pautas fijas o enumerar posibles presunciones.

En primer lugar, se indica que la información sobre los costes de producción de otras empresas puede incrementar la competitividad. El que todos los miembros del sector compartan sus buenas prácticas puede minimizar el coste, lo cual afectaría también a los precios y calidad del producto²². Por otra parte, los datos sobre clientes pueden crear mejoras competitivas, sobre todo en mercados con información asimétrica. Este sería el caso, por ejemplo, de dos empresas aseguradoras que intercambien información sobre qué clientes tienen menos accidentes. El precio para ellos será inferior, sin riesgo alguno para las empresas.

En cuanto a las mejoras de la eficiencia que pueden afectar a los consumidores, estos pueden beneficiarse bastante de la información pública sobre las empresas. Sobre todo, pueden comparar productos, niveles de venta, cuotas, reseñas y demás referencias de la calidad del producto. Además, el hecho de que sea pública reduce sus costes de búsqueda, cuanto más y de más fácil acceso sea, más competitivas tendrán que volverse las empresas²³.

²¹Vid. Punto 425 de las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal (2023/C 259/01) y Rodríguez, J. L. (2002). Oligopolio e incertidumbre sobre la demanda: una revisión. *Estudios de Economía*, 29(2), 269-297 y Raith, M. (1996). A General Model of Information Sharing in Oligopoly. *Journal of Economic Theory*, 71(1), 260-288.

²²Vid. Punto 425 de las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal (2023/C 259/01)

²³Vid. Punto 425 de las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal (2023/C 259/01)

En segundo lugar, la CE determina cuándo tiende a darse el carácter indispensable de estos intercambios²⁴. En este caso se debe recurrir a todos los caracteres peligrosos antes mencionados, tanto los atinentes al mercado como los relativos a los datos. Aquí es el empresario el que debe probar que sólo provoca riesgo estrictamente necesario para la mejora de la eficiencia²⁵. Además, el intercambio debe limitarse a datos íntimamente relacionados con esa mejora del mercado.

A continuación, la Comisión habla de dos prácticas en las que la exención queda algo limitada. Será altamente sospechoso el intercambio que verse sobre intenciones futuras del competidor; especialmente si versa sobre cantidades y precios. Por otra parte, deberá prestarse especial atención a los que formen parte de acuerdos cuando su contenido exceda la estricta finalidad económica recogida en ellos.

En tercer lugar, la Comisión habla de los beneficios para los consumidores. Se debe superar el perjuicio que provoquen los efectos restrictivos de compartir información. La CE apunta un criterio a modo de guía en este respecto: cuanto más pequeñas sean las empresas implicadas, mayor será su probabilidad de compensar el daño de sus intercambios²⁶.

Por último, los párrafos terceros sentencian que la exención no podrá aplicarse si estas conductas facilitan a la empresa *«la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate»*. Para evaluar si esto puede suceder deberá hacerse un juicio sobre su peligrosidad, y determinar si cabe la posibilidad de que anulen la competencia de, al menos, una parte sustancial del mercado relevante. Para ello serán claves los criterios mencionados en el epígrafe anterior²⁷.

²⁴Vid. Punto 426 de las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal (2023/C 259/01).

²⁵Debe recordarse que tales caracteres son los siguientes: el objeto de los datos, la agregación, la antigüedad, la confidencialidad, la frecuencia y la cobertura del intercambio.

²⁶Vid. Punto 427 de las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal (2023/C 259/01).

²⁷ Vid. Punto 428 de las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal (2023/C 259/01)

2.3.2.- Exenciones en intercambios de información verticales

Para evaluar la posible aplicación del 101.3 en las relaciones empresariales verticales, será necesario recurrir al Reglamento (UE) 2022/720 y a las Líneas Guía Verticales. Estas últimas indican que los intercambios de información pueden contribuir a las mejoras de eficiencia particulares de los acuerdos verticales, especialmente a la optimización de la producción y distribución²⁸. Sin embargo, puede deducirse que la CE considera que estos intercambios tienen una tendencia anticompetitiva natural, ya que las exenciones se podrán aplicar en ocasiones muy específicas.

En el tratamiento de este asunto, las Líneas Guía hacen referencia a un único artículo del Reglamento (UE), 2022/720, el segundo, y en particular a sus apartados cuarto y quinto.

En primer lugar, el artículo 2.4 contiene la posible aplicación de la exención de los artículos 101.3 TJUE y 1.3 LDC. *Este indica que «La exención (...) no se aplicará a los acuerdos verticales celebrados entre empresas competidoras»*. De base, la exención no está prevista para ser aplicada en este tipo de acuerdos; sin embargo, la CE reconoce que sí puede resultar beneficiosa para la competencia en determinados casos. Por tanto, el artículo prosigue: *«No obstante, la exención se aplicará cuando empresas competidoras suscriban un acuerdo vertical no recíproco y se cumpla una de las siguientes condiciones: a) el proveedor opera ascendente como fabricante, importador o mayorista y a nivel descendente como importador, mayorista o minorista de bienes, mientras que el comprador es importador, mayorista o minorista a nivel descendente y no una empresa competidora en el nivel ascendente en el que compra los bienes contractuales, o b) el proveedor es un prestador de servicios en distintos niveles de actividad comercial y el comprador suministra sus servicios en el nivel minorista y no es una empresa competidora en el nivel comercial en el que compra los servicios contractuales»*.

Para más abundamiento, el artículo 2.5 del Reglamento añade que los datos compartidos: no deben exceder lo estrictamente relacionado con el acuerdo, y deben ser los imprescindibles para la distribución.

²⁸ Vid. Punto 96 de las Directrices relativas a las restricciones verticales (2022/C 248/01).

Por tanto, sólo cabrá la exención en casos bastante limitados. Deben ser intercambios en el marco de relaciones no recíprocas, hechos entre sujetos con una relación determinada y donde la información enviada sea la estrictamente necesaria.

3.-EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE LIBRE COMPETENCIA Y DE LA SANCIÓN DEL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN COMO PRÁCTICA COLUSORIA

Como se ha visto, la sanción de los intercambios de información entre empresas es altamente casuística y dependiente del contexto. Por eso su aplicación práctica es de lo más heterogénea, siendo las sentencias del TJUE la base sobre la que se construyen todos los criterios antes expuestos.

A continuación, se pretenden exponer las sentencias, casos y cuestiones más significativas en lo que atañe a esta práctica anticoncorrencial. Primero, se verán las emanantes del TJUE, y, seguidamente, las atinentes a la autoridad nacional de la competencia española.

3.1.-Las comunicaciones colusorias en el derecho de la Unión Europea

Dentro del derecho de la Unión Europea, el intercambio de información interempresarial no ha sido considerado una práctica colusoria hasta el año 1968, cuando es mencionado por primera vez en un *Policy Statement* de la CE. En él meramente se indica que existe la posibilidad de su existencia como acto limitador de la competencia y que sus efectos negativos son más acuciados en mercados oligopolísticos de bienes homogéneos²⁹.

Después, en 1992, este concepto fue utilizado en el caso *UK Agricultural Tractor Exchange*. En él la CE elaboró una decisión contra el intercambio de información que varias empresas hacían a través de un sistema informático así nombrado. Esta decisión será revisada por la Corte en los casos relativos a las empresas: John Deere, Fiatagri y NH Ford, que se examinarán a continuación.

La primera sentencia relativa al caso *UK Agricultural Tractor Exchange*³⁰, es aquella donde se sanciona a la sociedad John Deere Ltd. Se trata

²⁹Capobianco, A. (2004). Information exchange under EC competition law. *Common Market Law Review*(5), 1247-1276.

³⁰Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 28 de mayo de 1998. C-7/95 P-John Deere Ltd v Commission of the European Communities.

de un caso en el que ocho de las mayores empresas de manufacturación de tractores de Reino Unido acuerdan crear el *UK Tractor Registration Exchange*: un sistema a través del cual compartían información acerca de las inmatriculaciones de sus tractores agrícolas. Esto no fue notificado a la Comisión europea³¹.

En el año 1988, la *Agricultural Engineers Asociation Limited*³² (AEA de ahora en adelante) notifica a la Comisión de la existencia de este acuerdo. Esto lo hace con el fin de que se le declare no-colusorio; o para obtener, en su defecto, una exención a través del artículo 101.3 TFUE. Sin embargo, la CE ya conocía la existencia de dicho acuerdo desde 1984 (a través de investigaciones que traían causa en otra denuncia).

En el año 1988 la CE dirige un pliego de cargos a los miembros de la AEA. Y en 1990, cinco miembros de la AEA notifican un nuevo acuerdo para compartir información a través del sistema anteriormente mencionado. Y deciden no utilizarlo hasta obtener respuesta de la Comisión, la cual resultó ser negativa. En la misma resolución³³, la CE aprovecha para indicar que los intercambios de información entre empresas dados a través del sistema que se usaba en 1975 comprometen la libre competencia de la UE. Y lo hacen porque se ha aumentado de forma artificial la transparencia de un mercado muy concentrado, favoreciendo la creación de barreras de entrada en él. Barreras, que, de no darse estas comunicaciones, no existirían.

Las empresas compelidas, entre ellas *John Deere*, recurrieron esta decisión. Lo hicieron presentando un informe pericial que defendía las mejoras en la eficiencia del mercado que ofrecía su sistema de comunicación. El TJUE desestima el recurso y sanciona a la empresa (junto a muchas otras) por realizar una práctica que considera colusoria por objeto³⁴.

³¹Y se dio en el año 1975, como no se había impuesto aún el modelo de autoevaluación, hubieran necesitado una autorización previa.

³²Asociación abierta a todo el mercado de fabricación de tractores de Reino Unido.

³³Decisión de la Comisión, de 17 de febrero de 1992, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE (IV/31.370 y 31.446 - UK Agricultural Tractor Registration Exchange) (92/157/CEE)

³⁴Vid. punto 199 sentencia del Tribunal de Justicia (sala quinta) el 28 de mayo de 1998.C-7/95-*John Deere Ltd v Commission of the European Communities*.

Además, la sentencia prueba el carácter abierto de la cuestión, introduciendo criterios no tipificados en el *Policy Statement* de 1968. Concretamente, alude a la estructura del mercado (oligopolístico y muy concentrado) para explicar que la transparencia que crea el uso de esa base de inmatriculaciones condiciona el comportamiento de las empresas que lo conforman³⁵.

En el año 1968 se da otro *Policy Statement* a través de una Comunicación de la CE, además de una nota sobre los acuerdos de cooperación³⁶. Estos dos documentos son la base que se ha utilizado hasta el momento como referencia interpretativa³⁷.

Tras la salida de estos instrumentos interpretativos se han ido dando casos que han sustanciado la aplicación del artículo 101 del TFUE en diferentes ámbitos. Debe hacerse especial mención al *Sugar case*³⁸, donde se indica que no se pueden dar aproximaciones per se en el caso del intercambio de información entre empresas. Esto quiere decir que no hay estándares aplicables, exponiendo aún más el carácter casuístico de este fenómeno³⁹.

Además, es oportuno hacer referencia al año 1977, cuando aparece un elenco de criterios fundamentales para individualizar un posible riesgo de intercambio de información colusorio⁴⁰. En este se indica que que son relevantes: la estructura de mercado, la naturaleza y objeto de la información y si ésta es

³⁵Concretamente, las empresas comenzarían a coordinar sus comportamientos a raíz de la sola información (creando una suerte de acuerdos implícitos).

Vid. puntos 88, 93 y 98 sentencia del Tribunal de Justicia (sala quinta) el 28 de mayo de 1998. C-7/95- John Deere Ltd v Commission of the European Communities.

³⁶Comunicación relativa a los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas relativos a la cooperación entre empresas. Diario Oficial n° C 075 de 29/07/1968. En la versión especial en español, capítulo 8 del Diario Oficial, tomo 1, página 0117.

³⁷Capobianco, A. (2004).

³⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de diciembre de 1975. Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA y otros contra Comisión de las Comunidades Europeas. Asuntos acumulados 40 a 48, 50, 54 a 56, 111, 113 y 114-73.

³⁹Capobianco, A. (2004).

⁴⁰Dicho elenco no se encuentra en un único texto omnicompreensivo y organizado sistemáticamente, sino que más bien, en las decisiones y recomendaciones creadas en ese año, aparecen apartados enteros dedicados a la aplicación del artículo 85 del Tratado de las Comunidades Europeas sobre los intercambios de información. Pueden verse textos como: Commission Decision of 23 December 1977 relating to a proceeding under Article 85 of the EEC Treaty (IV/29.176 - Vegetable parchment) (78/252/EEC) o Commission Decision of 21 December 1977 relating to a proceeding under Article 85 of the EEC Treaty (IV/29.418 - spices) (78/172/EEC). Estos cuentan con apartados enteros dedicados a los intercambios de información, en los que se recogen los criterios enunciados.

pública o privada. Aún no se mencionan las violaciones por objeto ni los intercambios hechos con el objetivo de entablar un acuerdo colusorio⁴¹.

Estos criterios tipificaban aquello que venía utilizando el TJUE desde hace tiempo en sus sentencias; y no obstaron a que este implementara nuevas varas de medir acorde con los casos que se le presentarían después. Un caso interesante es el *T Mobile Netherlands y otros*⁴², que se dio en 2009. En él, se ratifica una decisión de la autoridad de la competencia holandesa⁴³ en la que condena como colusoria por el objeto una única reunión entre dos empresas.

Hasta aquel momento, un intercambio de información único nunca había sido considerado como comprometedor de la libre competencia. Sin embargo, deben darse unas condiciones determinadas para que una conducta tan aparentemente inocua sea considerada como peligrosa. En este caso, las empresas condenadas operaban en el mercado de telefonía móvil de Países Bajos. Un mercado con barreras de entrada rígidas y dependientes de las empresas ya instaladas en el sector. Esto es así porque se trata del sector de telefonía, donde es preciso un acuerdo con las compañías ya establecidas para ocupar parte del espacio radioeléctrico.

De nuevo, la Corte Europea justifica la sanción en el carácter del mercado: uno oligopolístico y muy concentrado. Parece ser que tanto jurídica, como económicamente, la mayoría de la doctrina⁴⁴ está de acuerdo en considerar estas condiciones como el caldo de cultivo perfecto para tornar cualquier comunicación interempresarial en comprometedor de la libre competencia. A mayores, pueden darse otras que la vuelvan más acuciada, tanto como para que una única reunión sea considerada colusoria por objeto.

En el año 2004 se evalúa el efecto de las plataformas de comunicación que utilizan internet en un caso donde la Comisión actúa para evitar un uso anti

⁴¹Capobianco, A. (2004).

⁴²Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 4 de junio de 2009. Caso C-8/08 – T-Mobile Netherlands y otros.

⁴³ Vid. Asunto *College van Beroep voor het Bedrijfsleven*.

⁴⁴ El TJUE defiende esto en numerosas sentencias, pero también en Frenz, W. (2016) y Whish, R., & Bailey, D. (2012).

competencial de la red B2B⁴⁵ para intercambios de datos. Estos sistemas son tan eficientes que la mejora que ofrecen al mercado compensa el perjuicio a la competencia que causan. Pero la Comisión pretende que en estos casos se limite el intercambio de informaciones sensibles al mínimo; para llegar a este objetivo se sirve de la técnica (encriptaciones, algoritmos etc.).⁴⁶

En 2011 se introducen las Líneas Guía Horizontales, que hacen referencia a este fenómeno de manera explícita y detallada⁴⁷.

Esto muestra como la relevancia de este tipo de infracciones ha crecido hasta el momento. Antes se tenía que esperar un largo tiempo para poder ver aplicada la interpretación de estas prácticas como colusorias por parte de la Comisión, mientras que ahora la propia introducción de estas guías las reconoce como unas de las violaciones más comunes⁴⁸. Además, son protagonistas de una sección entera (la segunda), donde se aúnan los criterios doctrinales utilizados por el TJUE hasta el momento.

Las pautas que se utilizan por parte de la CE y el TJUE siguen evolucionando con el tiempo, siempre acorde con las necesidades del mercado. En 2016 pueden destacarse (de entre muchos otros) casos como el *VM Remonts vs. Konkurences Padome*⁴⁹. En él, se califica como antitrust la comunicación a través de un trabajador ajeno al organigrama empresarial (conformante a una empresa prestadora de servicios).

Este suceso de intercambio indirecto tiene lugar en Latvia (Letonia), donde el ayuntamiento buscaba empresas con las que concertar un servicio de alimentación. De las tres que se mostraron interesadas, una contrata a una

⁴⁵Las comunicaciones en líneas *Business to Business* son un tipo específico de red que suelen usar empresas para comunicarse de forma segura ante los posibles ataques informáticos de terceros.

⁴⁶ Vid. Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas (2004/C 31/03).

⁴⁷ Estas se crean para garantizar la seguridad jurídica de las empresas que operen en el mercado interno europeo. Ya que, a partir de 2003, son estas las que tienen que autoevaluar la afección a la libre competencia de sus acuerdos.

⁴⁸Vid. Punto 5 de las directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal (2011/C 11/01).

⁴⁹Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala cuarta) el 21 de julio de 2016. C-542/14-SIA VM Remonts y otros v Konkurences padome.

tercera para que la asesore jurídicamente en la creación de su oferta al ayuntamiento.

Después, las otras dos recurren a la misma asesoría para elaborar su propuesta, y un trabajador de esta utiliza la de la primera empresa como referencia. Este incrementa su precio en un 5% para la oferta de la segunda empresa y la rebaja un 5% para la de la tercera. La autoridad de la competencia letona consideró esta práctica como colusoria y se interpusieron recursos hasta llegar al TJUE.

Tanto la opinión del abogado general de la UE⁵⁰ como la STJUE determinaron que una empresa puede ser responsable de una práctica concordada llevada a cabo por un trabajador independiente siempre que se dé al menos una de estas tres condiciones⁵¹: (1) que «*el proveedor (en este caso el trabajador de la asesoría) opere en realidad bajo la dirección o el control de una empresa usuaria de sus servicios*»(2) «*dicha empresa conocía los objetivos contrarios a la competencia perseguidos por sus competidores y el proveedor e intentaba contribuir a ellos con su propio comportamiento*» o (3) «*la (...) empresa podía prever razonablemente el comportamiento contrario a la competencia de sus competidores y estaba dispuesta a asumir ese riesgo*».⁵²

Este caso sienta precedente en un tipo de conducta colusoria que doctrinalmente se conoce como *Hub and spoke*⁵³. La creación de estos tres criterios fue aplaudida por la mayoría de la doctrina⁵⁴, ya que permiten decidir de forma clara y simple sobre un asunto tan complejo como lo son siempre las violaciones de la libre competencia provenientes de intercambios indirectos de información.

⁵⁰Aunque la dirección de la opinión del abogado general y la de la sentencia fueran similares, la primera era mucho más dura con la empresa sancionada. Vid. Conclusiones del Abogado General Sr. M. Wathelet, presentadas el 3 de diciembre de 2015. SIA «*VM Remonts*» (anteriormente SIA «*DIV un KO*») y otros contra Konkurences padome.

⁵¹Los criterios creados por el Tribunal en este caso tienen bastante que ver con la “intención” de la empresa sancionada, no se especifica si el TJUE se adhiere a un concepto de la buena fe objetivo o subjetivo.

⁵²Vid. Punto 33 de la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala cuarta) el 21 de julio de 2016. C-542/14-SIA VM Remonts y otros v Konkurences padome.

⁵³ Estas se dan cuando un intermediario habla individualmente con cada competidor y después usa los acuerdos con ambos para alzar los precios o llevar a cabo cualquier otra conducta colusoria.

⁵⁴ Como, por ejemplo: Frenz, W. (2016)

Sin embargo, la decisión tiene un problema que se ha pasado por alto, y es que atiende a la intencionalidad o la “*mente*” de la empresa. Concretamente, el primer criterio alude a la sociedad como unidad económica independiente y al control que ostenta sobre sus prestadores de servicios. Mientras que los otros dos se refieren a dos grados distintos de intención de las dos empresas⁵⁵.

Esto es criticable, pues utilizar como criterio a la buena fe subjetiva podría generar inseguridad jurídica. Y no sólo eso, sino que la concreción de esta en el caso de una *societas*⁵⁶ se torna más complicada. Por eso, parece que sería más acertada la creación de criterios objetivos, que se centren en la idoneidad de las actuaciones más que en la “*mente*” o intencionalidad subjetiva de la persona (que sugieren autores como Apostolakis e Ioannis⁵⁷).

Toda la jurisprudencia que ha ido generando el TJUE ha ido acotando el perfil de este tipo de comportamientos para la casuística que ha ido surgiendo. Esta metodología, sumada a los nuevos valores a los que se va adhiriendo la CE (como la sostenibilidad) y la nueva casuística que propician los avances tecnológicos; ha culminado con la reforma de las Líneas Guía en 2022⁵⁸, y una revisión en mayo de 2023⁵⁹.

El contenido de esta comunicación y su aplicación práctica ya han sido comentados en el apartado primero. Por lo que sólo cabe añadir que la evolución del tratamiento de este fenómeno lo caracteriza como uno de lo más flexible.

Y esto es así porque “*hecha la ley, hecha la trampa*”. Hemos visto como los empresarios han pasado de eludir ser sancionados por elaborar acuerdos directos a comenzar a cooperar a través de comunicaciones aparentemente

⁵⁵ Apostolakis, I. (2017). Antitrust liability in cases of indirect contacts between competitors. *Common Market Law Review*(2), 605-629.

⁵⁶ La idea que se tiene de la capacidad volitiva de una persona jurídica y su peso en el sistema depende del prisma desde el que se la mira. Si se utiliza el prisma de la teoría de la ficción, esta “*mente*” tendría poco peso, al no ser más que una abstracción instrumental representada por las decisiones de los órganos administradores de la sociedad. Si utilizamos la teoría orgánica de la realidad, la mente de la *societas* sería tan fáctica como la de una persona física. Ya que esta expresa su voluntad y actos en el mundo jurídico a través de sus órganos igual que lo hace cualquier humano.

⁵⁷ Apostolakis, Ioannis. (2017)

⁵⁸ Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal (2022/C 164/01).

⁵⁹ Comunicación de la Comisión: Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements.

menos nocivas. Después, han pretendido que los efectos de una sola comunicación estratégica sobre la libre competencia no fueran considerados colusorios por provenir de un único acto. Y, por último, han tenido que ver cómo eran sancionados por la coordinación que les favorecía un tercero conocedor de información de la competencia.

Por eso, es difícil delimitar cuales son los criterios definitorios de estas acciones colusorias. Y así, la CE y el TJUE tendrán que adaptarse a las circunstancias y crear nuevos criterios a medida que los medios de comunicación existentes y las estrategias de los empresarios evolucionen.

3.2.-El intercambio de información colusorio en España

Antes de empezar a analizar la práctica que se ha dado en relación con los intercambios de información en España, conviene recordar qué entidades son responsables de resolver estos asuntos.

En 1964 nace el Tribunal de Defensa de la Competencia, que se convertiría en la Comisión Nacional de la Competencia (CNC a partir de ahora) en 2007. Actualmente actúa la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC de ahora en adelante), que nació el 7 de octubre de 2013.

La primera resolución donde se menciona el intercambio de información como parte de una práctica colusoria que llega al Tribunal Supremo español se dio en 1996. Se trata de la STS 7555/1996⁶⁰, que se sustancia en base a un recurso interpuesto por la Compañía Murciana de Nutrición Animal S.A contra una resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia⁶¹. Esta multaba a la sociedad por fijar y elevar los precios de los pollos sacrificándoles; y más importante, por reunirse semestralmente con otras empresas para intercambiar información en aras de mantener los precios fijos, difundir la actividad infractora y asegurar su eficacia⁶². El TS desestima el recurso y considera a estas prácticas como colusorias.

⁶⁰Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, a 26 de diciembre de 1996. (STS 7555/1996).

⁶¹Resolución de fecha 8 de julio de 1.991, del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, sobre prácticas restrictivas de la Competencia, prohibidas por la Ley 110/1.963.

⁶²Vid. Fundamento del Derecho cuarto de la STS 7555/1996.

Una vez se creó la CNC, sus decisiones comenzaron a cobrar mayor importancia. La primera referencia a los intercambios prohibidos reseñable es la Resolución del 10 de mayo de 2006. Se trata del expediente 588/05, de Distribuidores de Cine. En él la Federación de Empresarios de Cine de España sostiene que algunas compañías y asociaciones del sector infringieron el artículo 1.1 LDC. De entre ellas, nos interesa la creación e intercambio de una base de datos sensibles previa a los estrenos. La sentencia que resuelve los recursos interpuestos por los imputados⁶³ sólo hace referencia a esto en un párrafo. El cual indica que, incluso si el intercambio era defectuoso, el mero comportamiento de compartir información estratégica constituía una infracción.

De forma paralela a la UE, la primera resolución importante y profunda al respecto se refiere a una asociación de empresarios y resulta con una conducta colusoria por el objeto. Se trata del caso S/0155/09 de la CNC contra la Asociación Nacional de Perfumería y Cosmética (STAMPA de ahora en adelante) de 2011⁶⁴.

En este caso, la Comisión decide investigar a STAMPA (siendo esta inspección recurrida y parcialmente estimada por la Audiencia Nacional) y descubre (cuando le son devueltos algunos documentos) que se intercambiaba información altamente sensible para la libre competencia a través de esta asociación.

La asociación compartía datos a través de distintos comités, como el *Comité de Estética Profesional*. Este comunicaba a sus miembros las tarifas de precios que les fueran transmitidas antes de sus reuniones, e instaba a los que no participantes a que enviaran las suyas. En concreto, se interceptaron correos donde los responsables del comité reconocían hablar de «*catálogos de precios*» en lugar de «*listas de precios*» por «*el tema de la defensa de la competencia*»⁶⁵. Más de lo mismo sucedía con el *Comité de Gran Consumo y el de Selectividad*. Además, la asociación utilizaba otros medios de comunicación, como paneles semestrales sobre las ventas netas, mensuales de datos por marcas, de clientes,

⁶³ Sentencia 272/2006 de de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso, de 20 de marzo de 2013.

⁶⁴ Valdés Burgui, Á., & Faura Enríquez, P. (2013).

⁶⁵ Vid. Punto 33 del Expediente S/0155/09 STAMPA del 7 de febrero de 2011.

de análisis trimestrales de productos etc. A mayores, a través de estos se intercambian no solo estadísticas, sino datos (de la misma índole) desagregados y de forma actualizada (normalmente mensual).

A raíz de estos hechos la CNC pide que se califique la conducta como una infracción muy grave de la libre competencia, a tenor del Art. 1.1 LDC. Este expediente cita a la Sentencia del TJUE John Deere y califica a estas conductas como colusorias por el objeto. Esto lo argumenta en que se intercambiaban información sobre tarifas de precios actuales y futuras de empresas competidoras. Además, el modo en que se hace es sistemático y a la vista de todos los participantes. A mayores, la asociación cuenta con el 80% de las empresas del mercado, creando ventajas con respecto a las sociedades no miembros. Por último, la Comisión tiene en cuenta el periodo de la infracción, el hecho de que se comunicara un agregado de datos actuales y futuros, sumados a los históricos, da a los miembros una perspectiva total sobre el mercado.

Así pues, la Comisión concluye lo mismo que el TFUE en su primer caso, que *«el intercambio de información comercialmente sensible, estratégicamente útil, puede constituir una práctica concertada cuando reduce la incertidumbre estratégica en el mercado facilitando de este modo la colusión, por ejemplo al intercambiar datos estratégicos»*⁶⁶.

Paralelamente a las decisiones de la CNMC, se han ido dando sentencias del TS. La evolución de las mismas, como ha podido verse, va de la mano de la que sigue la doctrina del TJUE y las decisiones de la CE.

Por último, cabe prestarle atención a la cuestión de la determinación de los efectos del intercambio de información colusorio. Por un lado, parte de la doctrina⁶⁷ estima que es importante delimitarlos a efectos de calcular las multas. Por otro, sería interesante concretar tales efectos para que tanto empresas como consumidores afectados pudieran determinar indemnizaciones correspondientes al daño causado (en caso de que se diera).

⁶⁶ Vid. Página 50 del Expediente S/0155/09 STAMPA del 7 de febrero de 2011.

⁶⁷Valdés Burgui, Á., & Faura Enríquez, P. (2013).

3.3.-Intercambios de información, daños y perjuicios y los programas de clemencia

A este respecto la CNMC indica, en la resolución de STAMPA, que medir el efecto real de la conducta⁶⁸ sólo es útil para calcular la sanción. Sin embargo, las resoluciones de la CNMC no han dedicado grandes esfuerzos a medir con detalle los efectos de las practicas colusorias sancionadas. Y esto es relevante, pues se podría poner en tela de juicio el principio de proporcionalidad⁶⁹, causando indefensión al infractor.

La poca concreción y detalle acerca del cálculo que la CNMC hace de las sanciones ha sido objeto de crítica por parte de la doctrina. Desde ella se defiende que debería darse un ejercicio de transparencia, el cual llegara hasta el fundamento de las operaciones aritméticas utilizadas para computar las multas⁷⁰.

Por otra parte, conviene hablar de reparación de los daños y perjuicios ocasionados. Para ello habrá que recurrir ahora a la jurisdicción civil. Son las autoridades de la competencia (autonómicas y nacional) las que tienen competencia para la aplicación pública del 101 y 102 TFUE y sus paralelos. La vía administrativa supone la persecución *erga omnes* de estas conductas, pero la vía civil, la del Derecho privado, no ha sido tan explorada. A través de ella, consumidores y empresas competidoras pueden obtener indemnizaciones por los daños originados por conductas colusorias. Buen cauce para incardinar estas demandas suele ser una resolución condenatoria de las autoridades de la competencia, pues así no es preciso probar la presencia y alcance de la conducta colusoria.

A este respecto entran en juego los programas de clemencia. La UE trató de reforzar estas acciones a través de la Directiva 2014/104/UE⁷¹ (nos

⁶⁸Vid. Página 50 del Expediente S/0155/09 STAMPA del 7 de febrero de 2011.

⁶⁹Vid. Artículo 13 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

⁷⁰Garciandía, Á. A. (2018). La interacción entre el programa de clemencia y las acciones privadas de daños por infracciones del Derecho de la Competencia. *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*(23).

⁷¹ Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea.

referiremos a ella como *Directiva de daños*⁷²), que fue transpuesta en nuestro país con el Real Decreto-Ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen Directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores (RDL 9/2017). Este RDL ha introducido el título VI, relativo a la compensación de los daños causados por las prácticas restrictivas de la competencia, en la LDC (además de algunas disposiciones transitorias interpretativas).

La cuestión es que los programas de clemencia funcionan de manera que el infractor que se acoge a ellos gana derecho a cierta inmunidad. Esta se garantiza restringiéndole a las autoridades el acceso a los expedientes administrativos que afecten a la empresa. Aquí nace el choque entre los programas de clemencia y el derecho a indemnizaciones de daños y perjuicios, pues ofrecer esta información a terceros disuadiría a los beneficiarios de acogerse al programa⁷³. Esto podría dejar desamparados a quienes quieran optar por la vía civil; sobre todo a los consumidores, que cuentan con menos medios para conocer, probar y medir los daños.

En este respecto, es interesante el artículo 283 bis i) de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC a partir de ahora). Este trata sobre la exhibición de pruebas contenidas en un expediente de la autoridad de la competencia. Además indica, en su apartado sexto, que el tribunal no podrá ordenar la exhibición de las declaraciones dadas en el marco de un programa de clemencia. Esto se puede leer como una prohibición absoluta al acceso a *declaraciones en el marco de un programa de clemencia*⁷⁴ (concepto originario del Art. 6.6 de la Directiva de daños). Es decir, sólo se podrá acceder a aquello que no se haya presentado específicamente a la autoridad para esquivar la multa.

⁷²Así se refiere a ella la CNMC en su *Guía sobre cuantificación de daños por infracciones del Derecho de la Competencia* del 11 de julio de 2023 (G-2020-03).

⁷³Valdés Burgui, Á., & Faura Enríquez, P. (2013).

⁷⁴La disposición adicional cuarta de la LDC define a la declaración en el marco de un programa de clemencia como «*toda declaración, verbal o escrita, efectuada voluntariamente por una empresa o una persona física, o en su nombre, a una autoridad de la competencia, o la documentación al respecto, en la que se describan los conocimientos que esa empresa o persona física posea sobre un cártel y su papel en el mismo, y que se haya elaborado específicamente para su presentación a la autoridad con el fin de obtener la exención o una reducción del pago de las multas en el marco de un programa de clemencia, sin que esta definición incluya la información preexistente*»

Este artículo puede considerarse excesivamente restrictivo, ya que puede imposibilitar el acceso a pruebas susceptibles de sustanciar un proceso civil completamente ajeno a la sanción administrativa. Por otro lado, si se quiere defender tanto la ley como la actuación de la CNMC, se dirá que revelar esta información anularía la eficacia de los programas de clemencia. Además, en lo relativo a los intercambios de información, no sólo es complejo medir sus efectos, sino que los beneficiarios de los programas podrían ocultar su presencia.

Sin embargo, cuando se acude al derecho comparado se pueden obtener interpretaciones alternativas al Art. 6.6 de la Directiva de daños. Por ejemplo, la Autoridad de Consumidores y Mercados⁷⁵ holandesa lo interpreta de una forma más abierta. En este caso, considera que prevalece el derecho a la indemnización⁷⁶.

Además, existe jurisprudencia ateniende al caso que merece ser visitada, al menos sucintamente. Se trata del caso *Pfleiderer AG contra Bundeskartellamt*⁷⁷. Según esta sentencia, los ordenamientos nacionales deberían velar por una ponderación de intereses en este caso⁷⁸, no cabría una prohibición absoluta como la que sugiere el artículo 283 bis LEC⁷⁹.

Esto es especialmente relevante cuando se habla de infracciones relativas al intercambio de información. Sobre todo, porque es harto complicado que particulares y empresas descubran que estos se han dado sin que sea la autoridad quien les avise.

Sin embargo, existe una vía en el ordenamiento español, el Art. 76.2 LDC⁸⁰. Este indica que basta con acreditar que el demandante sufrió daños y le resulta imposible o excesivamente difícil cuantificarlos para que el tribunal estime el importe de la reclamación.

⁷⁵ Autoriteit Consument & Markt.

⁷⁶P, V. O. (2016). Disclosure of Leniency Documents: Did the D Dutch Highest Administrative Court Open Pandora's box? *Journal of European Competition Law & Practice*, 7(10), 682.

⁷⁷Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 14 de junio de 2011. Caso C-360/09-PfleidererAG contra Bundeskartellamt.

⁷⁸Vid. Punto 30 de la sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 14 de junio de 2011.

⁷⁹ Y cabe recordar que, por principio de efectividad, no se puede contravenir el derecho europeo; más aún, teniendo en cuenta que esta sentencia trata la aplicación del Reglamento Nº 1/2003 (que sí es de aplicación directa)

⁸⁰Garciandia, Á. A. (2018).

Además, por principio de equivalencia debe existir algún desarrollo eficaz de este artículo 6.6 de la Directiva de daños en nuestro país; pues los perjudicados deberían obtener un trato uniforme en lo que respecta a estas reclamaciones. De hecho, la propia Guía sobre cuantificación de daños por infracciones del Derecho de la Competencia de la CNMC⁸¹ hace referencia al artículo 76.2 LDC como el cauce que faculta a los juzgados a estimar el importe de las sanciones.

Por último, cabe visitar otro artículo, uno que altera el régimen de la responsabilidad por daños española en estos casos concretos: el 73 LDC, que desarrolla el artículo 11 de la Directiva de daños. En primer lugar, el apartado primero impone responsabilidad extracontractual solidaria para los infractores. Se establece así la responsabilidad impropia en los asuntos relacionados con el Derecho de la Competencia. Esto ampara completamente al perjudicado, pues afectaría también a los intercambios *stand alone*. Por otra parte, el 73.4 LDC indica que los beneficiarios de un programa de clemencia serán responsables ante sus compradores o vendedores directos, o ante otras partes perjudicadas, sólo si no obtienen resarcimiento alguno por parte de las otras empresas implicadas⁸².

En general, este régimen sigue dejando algo desamparados a los consumidores y usuarios que hayan sido perjudicados por intercambios de información. Y todo, no porque no cuenten con medios suficientes como para demandar y probar las conductas. Sino porque les resultará bastante difícil conocer su existencia (y el 76.2 sólo habla de su valoración), cosa que es prácticamente imposible cuando quien causa el daño goza de la inmunidad propia de un programa de clemencia.

4.-EFECTO DE LOS INTERCAMBIOS DE INFORMACIÓN EN LA LIBRE COMPETENCIA

Se ha remarcado en el apartado anterior que es importante, tanto para el Derecho público como el privado, contar con criterios claros para medir las

⁸¹ CNMC (s.f.). (11 de julio 2023) *Guía sobre cuantificación de daños por infracciones del Derecho de la Competencia*. Recuperado 11 de noviembre de 2023, de <https://www.cnmc.es/sites/default/files/4802305.pdf>

⁸²Garciandia, Á. A. (2018).

consecuencias de un intercambio antitrust. A efectos de responsabilidad será relevante conocer cómo funcionan “normalmente” los mercados en los que se cometen estas infracciones, y cómo perjudica su presencia a los usuarios.

No cabe presentar todos los modelos y posibles afecciones de los intercambios de información sobre el bienestar, pero sí es posible recoger una idea general. Para ello, será preciso elegir un modelo concreto que examine los efectos de la información en empresas y consumidores. El informe del Institut d'Anàlisi Econòmica de Barcelona (CSIC), después publicado por la CE: «*Information Exchanges Among Firms and their Impact on Competition*»⁸³ plantea uno bastante genérico, que además ha sido utilizado por el TJUE en casos como *John Deere*⁸⁴.

Este analiza los efectos del intercambio de información en mercados de monopolio competitivo y oligopolio. Es importante remarcar que este modelo considera que los consumidores están afectados por el “*preference for variety effect*” o efecto de la preferencia por la varianza. Este implica que para cualquier cantidad de producto que se oferte en el mercado, los consumidores preferirán comprar lotes que cuenten con menor variación entre categorías de productos. Es decir, el consumidor prefiere que haya uniformidad en las cantidades ofertadas por las distintas firmas del mercado⁸⁵.

Una vez se ha fijado ese punto de partida, se podrá analizar el bienestar social de compartir información en mercados oligopolísticos. El análisis se centra en ellos porque las Líneas Guía consideran la conformación de mercado más peligrosa para la competencia efectiva. A la hora de analizar los efectos del intercambio, se deberá tener en cuenta: el tipo de decisión que toman las empresas (si fijan precios o cantidades) y sobre qué verse la información (costes o demanda).

⁸³Este informe resume y explica las mayores aportaciones hechas en el ámbito teórico de la incertidumbre en monopolios, duopolios y oligopolios.

⁸⁴ En concreto, se referencian los siguientes textos (entre otros): European Commission, D.-G. f. (1995). *Information exchanges among firms and their impact on competition*. Publications Office y Lévêque, F. (2006). *Faut-il bâillonner tous les oligopoleurs? La jurisprudence John Deere vue par l'économiste*. *Concurrences*(3), 33-37.

⁸⁵ European Commission, D.-G. f. (1995)

4.1.-Intercambios de información en oligopolios con incertidumbre común sobre la demanda.

De nuevo habrá que distinguir entre más categorías menores. Los efectos de compartir información en este contexto dependen de si se fijan precios o cantidades y de si se dan acuerdos *quid pro quo* o intercambios *stand alone*. Además, serán claves la variación de la demanda residual de las empresas y la sustituibilidad de los bienes.

A mayores, se contemplarán dos efectos distintos que se dan sobre las empresas cuando se intercambian datos. El primero será una externalidad por el incremento de información que ostentan los competidores. Y el segundo, un efecto directo sobre el beneficio de la empresa al tener ella más información.

Como se ha dicho, caben distintos juegos en este modelo⁸⁶. Uno sería un intercambio *quid pro quo*, otro, uno *stand alone*; y, por último, un juego en dos etapas donde se comparte información sin esperar nada a cambio, pero se termina recibiendo una respuesta por parte de la empresa⁸⁷. Se examina ahora el último supuesto.

Suponemos que el intercambio de información tiene la siguiente secuencia de comportamientos en una empresa prototípica "i": primero, todas las firmas del mercado esperan que i reciba la información que le comparten, esto genera una externalidad informacional para i (las otras empresas saben lo que sabe). Seguidamente, i recibe toda la información del mercado, lo cual le reporta un beneficio; al mejorar su toma de decisiones.

4.1.1.-Intercambios de información sobre la demanda en mercados donde se compite en cantidades.

La función de demanda del *output* que propone el informe de la Comisión⁸⁸ es la siguiente: $p_i = a - (1 - d)Q_i - dQ^*$. Donde a es la incertidumbre

⁸⁶Existen más tipos de juegos, pero explorarlos todos redundaría en un trabajo excesivamente largo y tedioso. La innovación más interesante al respecto es la que considera que sólo un pequeño grupo de empresas comparte información, dejando al resto excluidas. Aquí siempre existen incentivos para compartir información, independientemente de la sustituibilidad de los bienes y la estructura de costes de las empresas. Para más información véase: Maluog, D. & Tsutsui, S. (1996). Coalition-proof information exchanges. *Journal of Economics*, 63(3), 259-278.

⁸⁷Rodríguez, J. L. (2002). Oligopolio e incertidumbre sobre la demanda: una revisión. *Estudios de Economía*, 29(2), 269-297.

⁸⁸ European Commission, D.-G. f. (1995).

sobre la demanda, Q_i es el *output* de i , y Q^* la media de los *outputs* del resto de empresas. Por último, como este modelo parte del monopolio para explicar los efectos, esta d . Esta representa la diferenciación de los productos, cuando es 0 hay monopolio, y cuando es 1 los bienes son sustitutivos perfectos.

Existe un efecto sobre el beneficio de i que se da cuando esta llega a conocer el parámetro “ a ”. Con esta información ajustará mejor la cantidad a producir, aumentando sus ganancias. Cuando se llega al punto en que todas las empresas de la industria cuentan con la información a , producirán mayores cantidades cuando el estado de la demanda (a) sea alto (a_H), y menos cuando sea bajo (a_L). Entonces veremos que las cantidades producidas seguirán la siguiente situación: $Q(a_H) > Q^* > Q(a_L)$.

Tendremos que ver si el beneficio que obtiene i por conocer a no se ve sobrepasado por el perjuicio que le provoca el hecho de que el resto de las empresas tengan esa información. Lo que se tiene que contemplar aquí es la variabilidad de la demanda residual junto con la sustituibilidad de los productos.

Si las otras firmas no conocen el valor de a , no podrán ajustar su nivel de output tan bien como i , la variabilidad de su demanda será mayor, así como su beneficio. En caso contrario, cuando todo el mercado conoce a , la variabilidad de la demanda de i es menor, minorando también su beneficio⁸⁹. Es decir, cuanto mayor sea la incertidumbre sobre la demanda, mayor valor tendrá la información.

Dicho esto, habrá que comprobar si la pérdida que genera el segundo efecto (que el resto de las empresas conozcan a) superaría al primer efecto (que i conozca a)⁹⁰. Esto depende de la sustituibilidad de los bienes en el mercado concreto, ya que está presente el efecto de preferencia por la variabilidad.

Cuando los bienes ofertados son buenos sustitutivos entre sí la externalidad informacional negativa se vuelve más grande; por lo que, en este

⁸⁹Esto es así porque a mayor variabilidad de la demanda para la demanda media esperada, mayores serán los beneficios cuando se conoce a . La información es más valiosa cuando la incertidumbre sobre la demanda es mayor, porque el beneficio de adaptarse mejor (gracias a esa información) aumenta. Vid. Rodríguez, J. L. (2002).

⁹⁰Debe anotarse también, que la variabilidad de la demanda genera un efecto positivo en estados altos de la demanda, pero pérdidas cuando son bajos. Vid. Rodríguez, J. L. (2002).

contexto, las empresas normalmente no compartirán información. Por otra parte, cuando la sustituibilidad es mala, la externalidad es más pequeña, el valor de la información aumenta y sí resulta beneficioso (para las empresas) conformar este tipo de acuerdos⁹¹.

Por último, habrá que tener en cuenta los costes marginales de cada firma. De forma resumida, cuando estos son elevados, a la empresa le cuesta más adaptarse a situaciones inesperadas. De ahí que, cuanto mayor sea el coste marginal de una empresa, mayor será el valor de la información.

En cuanto al bienestar social, cabe remarcar que es positivo en este caso (el total, y el de los consumidores). Considerando el efecto de la preferencia por la varianza, las empresas producen bajo patrones más uniformes cuando hay más transparencia, por lo que el consumidor sale ganando.

4.1.2.- Intercambios de información sobre la demanda en mercados donde se compite en precios.

La doctrina⁹² respecto a esta situación ha sido mucho menos prolífica. Su mayor conclusión es que, independientemente de la sustituibilidad de sus bienes, las empresas tendrán incentivos para compartir información.

En este caso, cuando las firmas cuenten con información, fijarán precios más altos (produciendo menores cantidades) en estados altos de la demanda y viceversa. Por tanto, la demanda residual de las firmas será más volátil cuando aumente la transparencia del mercado.

Si no se conoce el valor de la demanda, se va a fijar un precio P^* para la demanda media esperada. Y se venderán las cantidades Q_H y Q_L a dicho precio, hasta terminar las existencias. Pero si las firmas tienen información, podrán precios P_H y P_L según el estado de la demanda, y las nuevas Q_H^1 y Q_L^2 serán más altas y bajas respectivamente. Entonces, la variabilidad de la cantidad media que se vende se reduce cuando aumenta la información⁹³. Por eso las externalidades son positivas.

⁹¹ European Commission, D.-G. f. (1995) y Singh, N & Vives, X. (1984). Price and Quantity Competition in a Differentiated Duopoly. *The RAND Journal of Economics*, 15(4), 546-554.

⁹²European Commission, D.-G. f. (1995)

⁹³Rodríguez, J. L. (2002).

En cuanto al bienestar social, por parte de los consumidores hay que tener en cuenta dos efectos. Primero el *output adjustment effect*, y después el *preference for variety effect*. El efecto de ajuste del output es negativo, porque el aumento de la transparencia hace que se reduzca el ajuste del output a la demanda real. Por otra parte, se incrementa la uniformidad de los bienes ofertados, por lo que hay un efecto positivo en cuanto a la preferencia por la varianza. En total, prevalece el primer efecto para los consumidores. La única forma de que su bienestar sea positivo en este caso es que los bienes sean muy buenos sustitutivos⁹⁴.

4.1.3.-Acuerdos *quid pro quo* e intercambios *stand alone*

En los acuerdos *quid pro quo*, las firmas sólo otorgan la información que poseen si a cambio van a recibir más. Cuando se está en un oligopolio de Cournot, sólo caben este tipo de acuerdos, ya que lo contrario devaluaría en exceso la información entregada.

Entonces ¿Cuándo querrán las firmas entregar información de forma unilateral? Lo harán sólo si compiten en precios. Esto es así porque en este caso revelar información hace que esta se vuelva más valiosa. Además, si, por ejemplo, se comparte que la demanda va a ser alcista, todos subirán precios al turno siguiente, por lo que quien la ha compartido podrá beneficiarse fijando el precio más competitivo⁹⁵.

4.2.- Intercambios de información en oligopolios con incertidumbre sobre los costes.

En este caso sólo se contemplarán aquellos mercados donde se compite en precios, pues las conclusiones para las cantidades no difieren de las presentadas.

De nuevo el efecto de obtener información en sí mismo es positivo y directo, ya que permite tomar mejores decisiones. Lo que cambia en este caso es que la externalidad de que los rivales la obtengan es directa. Esto significa que cuando se comparta información, habrá una correlación directa entre los costes de las empresas y sus intersecciones de la demanda.

⁹⁴Rodríguez, J. L. (2002).

⁹⁵ European Commission, D.-G. f. (1995)

En este caso se presenta la siguiente función de beneficio para cada firma del mercado: $[p_i - CMg_i][a - bp_i + dS_{j \neq i}P_j]$. Siendo p_i el precio que establece i , C_i sus costes marginales, y el resto de variables las mismas que en el caso anterior. Cuando el resto de firmas tienen información sobre los costes de la empresa i ; los precios P_j variarían con C_i , incluso si el precio de i (p_i) no cambia.

Si suponemos que todas las firmas tienen un coste marginal igual (CMg), e i no conoce este hecho y el resto de las firmas sí. Las empresas fijarán precios más altos cuando se den costes altos, reduciendo el output. Y establecerán precios más bajos cuando los costes sean menores, aumentando Q . Como los outputs esperados no cambian, el precio óptimo para i tampoco. Entonces, i sólo sale beneficiada cuando estos tienen una tendencia creciente. En los estados altos de CMg, las otras firmas incrementan el precio de sus productos. Aquí i gana vendiendo más unidades al mismo precio que antes (su opción es más barata, ya que el resto ha subido el precio e i no, lo vende todo). Cuando la tendencia de los costes es bajista, i cuenta con el precio más alto del mercado, el resto vende más cantidad que i , quitándole clientes⁹⁶.

Por otra parte, en cuanto al bienestar social, la producción se volverá menos uniforme cuando se comparta información, por lo que el bienestar de los consumidores tenderá a disminuir.

4.3.-Intercambios de información en oligopolios con incertidumbre específica sobre la demanda.

Cuando se habla de incertidumbre específica sobre la demanda, se quiere decir que la información desconocida no versa sobre toda ella, sino que contiene información específica sobre una empresa en particular (en este caso consideraremos que es i). La función de demanda que se propone es la siguiente: $P_i = a_i - (1 - d)Q_i - dQ^*$. Todos los parámetros comparten significado con la fórmula anterior menos a , que ahora es específico de i .

Si suponemos que i conoce a_i , y que las intersecciones de la demanda de todas las empresas están imperfectamente correlacionadas entre sí. Veremos que si las otras empresas desconocen a_i (no se comparte información), se podrá esperar que a_i y Q^* estén positivamente correlacionados (porque la correlación

⁹⁶ European Commission, D.-G. f. (1995)

que hay entre *shocks* de la demanda privados). En un mercado como el de este modelo, las estructuras de costes son similares en las distintas empresas. Por tanto, cuando i ve que a_i va a ser alcista, sabe que el resto de firmas esperarán, en promedio, “aes” (a_j) específicas altas en sus funciones de demanda. Lo mismo sucede cuando la demanda va a tener una tendencia bajista.

Debe examinarse también el caso en que todas las empresas menos i conocen el valor de todas las demandas específicas a las que se enfrentará cada firma (i inclusive). Si a es mayor de lo esperado, disminuirá la producción media (Q^*), pues toda firma piensa que sus rivales producirán por encima de lo que habían previsto. En caso de que a sea menor a lo esperado, la producción media aumentará, pues sus rivales habrán ofertado por debajo de lo anticipado. Esto indica que cuando se ha compartido información cada output producido por cada firma distinta de i (y por tanto la media del output) variaran menos sistemáticamente con una a_j dada (información de la demanda a la que se enfrentan todas las empresas)⁹⁷.

Dicho esto ¿Cuáles son los efectos de la variabilidad de la demanda a la que se enfrenta i ? Volvamos a pensar que i tiene información perfecta sobre a_i , y que el output medio (Q^*) varia positivamente antes de que se comparta información. Después de que se dé el intercambio, Q^* variará menos en función de a_i ; lo que hará que la intersección de la demanda a la que se enfrenta i se vuelva más variable. Ergo, que otras firmas obtengan información tiene un efecto positivo en i .

Cuando la cuestión se examina en un mercado donde se fijan precios, la conclusión no cambia, el intercambio sigue generando una externalidad positiva. En este caso si la demanda es más alta de lo esperado, los precios aumentan, porque se espera que los rivales también lo hagan⁹⁸.

En cuanto al bienestar social habrá que analizar, en este caso, los efectos de ajuste del output y de preferencia por la variedad. En cuanto al primero, es positivo cuando se compite por cantidades, la información específica sobre la demanda hace que las empresas ajusten mejor sus niveles de producción a la

⁹⁷Rodríguez, J. L. (2002).

⁹⁸ European Commission, D.-G. f. (1995)

demanda real. Por otra parte, el efecto de preferencia por la variedad es negativo. El hecho de que la información que se da a conocer sea específica no incentiva la uniformidad de los bienes ofertados⁹⁹. Que un efecto supere al otro, redundando en un bienestar social positivo o negativo, depende del número de empresas que compitan en el mercado. Si son muchas y se compite en cantidades, los acuerdos de intercambio de información serán beneficiosos para consumidores y empresas¹⁰⁰.

5.-EL PANORAMA ACTUAL: INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN, NUEVOS TICS Y SU POSIBLE CONTENCIÓN JURÍDICA

Se ha visto que tanto autoridades de la competencia, como tribunales y legisladores se han tenido que adaptar a la evolución constante de las estrategias de los infractores. En los últimos tiempos, el factor que más ha facilitado la colusión a través de comunicaciones ha sido internet. Sin embargo, si las autoridades quieren adelantarse a lo que estos harán en un futuro, tendrán que prestar atención a dos elementos principales: los algoritmos de aprendizaje automático y el blockchain.

En primer lugar, se va a tratar el tema de los algoritmos. Estos son, según la Real Academia Española de la lengua «*un conjunto ordenado y finito de operaciones que permite hallar la solución de un problema*»¹⁰¹. Aunque no existe una definición consensuada por toda la doctrina científica¹⁰².

De base funcionan como una ecuación, ciertas incógnitas se sustituirán por datos, y con ellos, el programa llegará a una solución determinada. En este caso el programador puede construirla de manera que el resultado obtenido sea controlable. Sin embargo, cuando se introducen elementos de inteligencia artificial, la cosa se complica. Los algoritmos de hoy en día no sólo repiten

⁹⁹Esto es así porque las firmas que tengan mucha información sobre la demanda a la que se enfrentan producirán más que aquellas firmas que tengan poca, lo cual incrementará la disparidad de outputs entre las distintas empresas.

¹⁰⁰Rodríguez, J. L. (2002) y Raith, M. (1996).

¹⁰¹ASALE, R., & RAE. (s. f.). *Algoritmo* | *Diccionario de la lengua española*. «Diccionario de la lengua española» - Edición del Tricentenario. Recuperado 8 de noviembre de 2023, de <https://dle.rae.es/algoritmo>

¹⁰²Hernández, A. P. (2019). Algoritmos y derecho de la competencia: un estudio sobre la alineación automática de precios. *Revista de Derecho Mercantil*(311).

procesos automáticamente, son más que una ecuación. Estos aprenden, evolucionan, pueden comportarse de formas impredecibles.

Existe una rama del estudio de las inteligencias artificiales donde se investiga como hacer que estas aprendan de la experiencia, esta se conoce como *machine learning* o aprendizaje automático. Los algoritmos de aprendizaje automático están programados de forma que fijan su atención en unas pautas determinadas; y, después de que se les hayan presentado los suficientes escenarios ejemplificativos, llegarán a una conclusión determinada. Aprenden a solucionar un problema a través de la práctica.

Dentro de los algoritmos de aprendizaje automático está el aprendizaje profundo o *deep learning*. En este, los algoritmos no tienen instrucciones sobre qué características son importantes en su proceso de aprendizaje, estos elijen por sí mismos qué es clave para solventar el problema planteado. Esta mezcla del uso de algoritmos con inteligencia artificial puede conducir a que las empresas lleven a cabo conductas colusorias¹⁰³.

Un ejemplo de tecnología que puede ser utilizada para iniciar o reforzar prácticas colusorias son los algoritmos de precios. Estos, al igual que los intercambios de información, pueden mejorar la eficiencia del mercado o hacer todo lo contrario. Existen algoritmos capaces de monitorizar el más ínfimo cambio en el nivel de precios de sus rivales. Tal es la capacidad de datos que son capaces de manejar, que pueden indicar si estos movimientos son fruto de alteraciones de la demanda, costes u otras circunstancias del mercado; o si son modificaciones intencionadas. Por estas razones son herramientas bastante útiles para asegurar el cumplimiento de carteles de precios.

Existen dos tipos de algoritmos que pueden conducir a una conducta colusoria. Primero están los *tit for tat*¹⁰⁴, que siguen una estrategia colusoria programada. Y después, los programas de aprendizaje automático, que terminan

¹⁰³Hernández, A. P. (2019).

¹⁰⁴ Esto se traduce literalmente como “tal para cual”.

fijando precios “super competitivos” de manera coordinada a través de la experiencia que obtienen del mercado¹⁰⁵.

La cuestión es que los algoritmos tienen la capacidad de crear acuerdos tácitos sin necesidad si quiera de que las empresas se comuniquen entre ellas. Aquellos que son especialmente susceptibles de crear por sí mismos conductas antitrust son los algoritmos de precios de aprendizaje automático. Entonces, parece que la nueva manera de coordinación entre empresas se basa no en la comunicación, sino en la programación.

Si se contemplan los factores que se consideran como *peligrosos* para la libre competencia en el caso, se verán algunas coincidencias con el intercambio de información. Se trata de mercados concentrados de productos homogéneos, altas barreras de entrada y ausencia de poder de compra de los consumidores. La única diferencia, en este caso, es que parte de la doctrina¹⁰⁶ defiende que la alta concentración de mercado no sería determinante en este caso. Por tanto, parece que les resultará complicado a las administraciones públicas detectar y perseguir estos acuerdos tácitos.

En cuanto a los algoritmos y los intercambios de información, habrá que anotar que su presencia fomenta la comunicación entre todos los participantes del mercado.

Los algoritmos que cotejan y resumen información les resultan muy prácticos a los consumidores. Normalmente existe una asimetría informativa importante en el mercado, donde el consumidor desconoce el valor real del producto, su calidad y sus posibles sustitutos. Estos algoritmos utilizan datos anteriores sobre nuestras preferencias (creando una especie de función de utilidad personalizada) y los conmutan con los que obtienen del mercado; siendo capaces de dar, no solo comparaciones, sino asesoramiento y publicidad personalizados (lo cual conlleva sus propios peligros). Los motores de búsqueda solventan esta situación, ahorrando tiempo y dinero a los potenciales clientes¹⁰⁷.

¹⁰⁵Vidal, A. G. (2020). *Big data e internet de las cosas: Nuevos retos para el derecho de la competencia y de los bienes inmateriales*. / Director: Ángel García Vidal; Autores: Isabel Antón Juárez [y 7 más] ([1ª edición]). Tirant lo Blanch.

¹⁰⁶Vidal, A. G. (2020).

¹⁰⁷Hernández, A. P. (2019).

Tienen efectos pro competitivos, ya que presionan a las empresas a ofrecer productos de mayor calidad a menor precio¹⁰⁸.

Por otra parte, los intercambios de información entre empresas pueden verse fomentados por el uso de algoritmos, sobre todo cuando son algoritmos de precios. Los programas de aprendizaje automático pueden hacer que el precio fluctúe con la oferta y demanda en tiempo real. Y los de aprendizaje profundo son capaces de tomar decisiones más informadas en situaciones de incertidumbre estratégica¹⁰⁹.

En este caso parecen especialmente peligrosos los algoritmos de deep learning. Estos pueden romper el juego de la libre competencia simplemente “pasándoselo”. Un programa capaz de identificar qué factores del juego del mercado son clave, y aprehender todas sus implicaciones a velocidad récord, puede suponer una ventaja comparativa tremenda sobre la competencia. Además, cabe la posibilidad de que prediga correctamente los comportamientos de sus rivales, haciéndole insuperable.

Hay quien estima que el mero hecho de que se disipe la incertidumbre estratégica del mercado es una práctica colusoria, ya que este es el criterio que sigue el TJUE para condenar los intercambios colusorios¹¹⁰. Sin embargo, también es posible defender que invertir dinero en investigar y programar un algoritmo puede ser considerado parte del juego de la libre competencia. Podría alegarse que los rivales podrían contrarrestar el golpe elaborando algoritmos tan eficientes como aquel. A qué conclusión se llegue depende tanto de las condiciones particulares del mercado, como del concepto mismo de libre competencia que se siga.

El segundo elemento a analizar en este apartado es el blockchain o cadena de bloques. Esta tecnología, también conocida como *libro de cuentas*

¹⁰⁸ Las Líneas Guía Horizontales defienden claramente las ventajas que le suponen a los consumidores y usuarios contar con más información respecto de la calidad del producto, su valor real y sus sustitutos. Este tipo de servicios e intercambios de información siempre serán susceptibles de mejorar la eficiencia del mercado. Vid. Punto 373 y 425 de las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal (2023/C 259/01).

¹⁰⁹Framiñán Santas, J. (2021). La colusión tácita mediante algoritmos de precios. En *Big data e internet de las cosas: nuevos retos para el derecho de la competencia y de los bienes inmateriales* (pp. 255-303). Tirant lo Blanch.

¹¹⁰Hernández, A. P. (2019).

distribuido (distributed ledger), constituye una tecnología capaz de descentralizar el almacenamiento de datos.

Una cadena de bloques, como su propio nombre indica, es un conjunto de “bloques” que funcionan como eslabones, cada uno de ellos registra un conjunto de datos. Lo que la hace peculiar es que esta cadena almacena datos de forma descentralizada y compartida, esto es lo que consigue darle un extra de seguridad a la información custodiada¹¹¹.

Hasta el momento, la información solía almacenarse de manera centralizada. Ciertas entidades custodiaban datos de sus clientes, y evitaban intromisiones y hackeos a través de sistemas propios de ciberseguridad. Sin embargo, el blockchain protege los datos siendo una red donde se necesita el consenso de sus participantes para liberar el contenido de los bloques. Por tanto, blockchain permite, a través de la encriptación, eliminar intermediarios en las relaciones entre empresas (ya no hay un solo operador custodiando todos los datos).

Las cadenas de bloques pueden contener información sensible de distintas empresas, y contando con que empresas rivales pueden formar parte de las mismas cadenas, es posible que se coordinen a través del blockchain.

Las conductas colusorias pueden surgir a raíz de que quienes participan en una misma red de blockchain, reciben copiosos literales de la cadena. Lo mucho que pueda acceder cada participante a los detalles de esta información y a qué se tendrá acceso, dependerá del tipo de cadena. Y el grado de información que se les facilite determinará si los participantes se coordinarán o no.

Entonces se podría suponer que existe una práctica colusoria cuando una empresa participa en un blockchain que le dé acceso a cadenas de bloques con información comercial sensible de sus rivales. Aunque no puede presumirse que todo participante de un blockchain con información sensible cometa una conducta colusoria. Incluso si procesa o valida dicha información (ya que eso lo hace un software instrumental automáticamente) la empresa no tiene por qué

¹¹¹Rojas, J. (2022, septiembre 8). *¿Qué es el Blockchain y para qué sirve esta tecnología?* Telefónica. Recuperado 8 de noviembre de 2023, de <https://www.telefonica.com/es/sala-comunicacion/blog/que-es-el-blockchain-y-para-que-sirve-esta-tecnologia/>

acceder a esos datos. Aunque cabe aun ver una infracción pasiva del artículo 101 TFUE, esto sólo pasa cuando se es cómplice de una conducta restrictiva que facilite que se continúe con una infracción¹¹². Es decir, sólo habrá práctica colusoria si se conoce que se maneja y comparte información sensible que está siendo usada para coludir, y se facilita la cooperación o no se denuncia.

Sin embargo, que una empresa manipule datos sensibles de sus rivales no supone en sí mismo una práctica colusoria. Será preciso que se demuestre que quien opera en esa cadena tenía conocimiento del contenido de esos bloques.

Para que una empresa sea responsable de una práctica concertada por usar blockchain no basta con que valide o procese transacciones con bloques que contengan información sensible de sus competidores. Deberá demostrarse que quien opere en esa cadena tenía o debía tener necesariamente conocimiento del contenido de los archivos que procesa o valida.

En este caso se presume que una empresa con información que le permita coordinarse con sus competidores, que sigue en el mercado, la tendrá en cuenta y es responsable de una práctica concertada. Es decir, si se prueba la existencia de una concertación, es posible presumir el comportamiento alineado en el mercado. Por otra parte, si no hay indicios de que la empresa apruebe tácitamente este comportamiento colusorio, será la autoridad de la competencia la que tenga que probar que se ha dado tal conducta. Presumirlo sin más es igual que presumir una concentración¹¹³.

Finalmente, cuando las empresas utilicen sistemas de *blockchain* convendría que llevaran a cabo medidas preventivas o de *compliance* para reducir el riesgo de conducta colusoria. Deberán estar atentas a qué información comparten y cómo la procesan. Lo importante es que el *blockchain* sólo se use para registrar información sobre las partes que transaccionan y la propiedad de ciertos activos.

¹¹²Zapatero, R. B. (2018). Blockchain y derecho de la competencia: una primera, y probablemente prematura, exploración. En P. G. Mexía, *Criptoderecho. La regulación de blockchain*. Wolters Kluwer.

¹¹³ Zapatero, R. B. (2018).

6.-CONCLUSIONES

El Derecho de la competencia ha evolucionado mucho en el tratamiento del intercambio de información como práctica antitrust desde la primera referencia que se hace a él en el año 1968. Existe una clara influencia de los avances técnicos que vienen de la implementación de las redes informáticas en esta cuestión. Los criterios que se han utilizado en esta materia se han moldeado con el tiempo, han ido adquiriendo forma y siendo más claros, más precisos.

No parece, sin embargo, que existirán jamás criterios fijos o presunciones aplicables per se. En este caso el análisis casuístico está aquí para quedarse. Por otra parte, no es difícil prever que nuevos progresos técnicos podrán alterar la competencia a través de intercambios informativos; y cuando vengan, la Comisión se tendrá que adaptar y hacer evolucionar sus criterios.

El estudio de la teoría económica que verse sobre los efectos de las asimetrías informativas nos ayudará a comprender cómo afectan los intercambios al mercado. Sin embargo, la teoría no es capaz de explicarlo todo, ni mucho menos de medir los efectos de cada colusión.

Determinar los efectos de un intercambio colusorio no es tan sencillo como puede parecer, y los criterios que ofrecen tanto las Líneas Guía como la teoría económica no son incontestables. Por ejemplo, el criterio de la competitividad del mercado no es tan relevante como parece a la hora de determinar el bienestar social en algunas situaciones (como un mercado no muy competitivo donde se compite por precios). Por eso es importante que se contemplen las variables de cada caso concreto con detenimiento.

Podrían crearse modelos económicos infinitos, capaces de explicar en detalle por qué cada conducta es potencial o efectivamente perjudicial para la libre competencia. Sin embargo, esto no parece eficiente en la práctica. Además, tanto en economía como en estadística, si se parte de la hipótesis adecuada, puede llegarse a cualquier conclusión deseada. Sería preferible, pues, abordar la cuestión desde un prisma más puramente jurídico.

Tanto la UE como sus miembros estiman que la libre competencia es un estado del mercado con valor en sí mismo. La defensa de la competencia efectiva es necesaria en cualquier modelo de mercado capitalista. La tendencia

natural de este al monopolio ha estado patente desde sus orígenes, y siendo esta la forma de producción más ineficiente, las autoridades siempre se han visto obligadas a regular el mercado (incluso en los estados más incipientes del capitalismo y en países como EE. UU.).

Por tanto, a la hora de abordar conductas colusorias difíciles de cuantificar, no tiene por qué buscarse un modelo económico adecuado a cada caso, no es necesario alcanzar la certeza científica. Lo importante será que se ponderen adecuadamente todos los intereses del caso. Esto es relevante a la hora de tratar las críticas que cuestionan el alcance de los programas de clemencia, y los problemas que existen a la hora de acceder a la vía civil del Derecho de la competencia.

El argumento de que la cuantificación de los daños y perjuicios causados por colusiones tales como el intercambio de información son demasiado difíciles de cuantificar no es aceptable. Si cabe la posibilidad de ponderar los intereses afectados en un caso, debería darse.

Con respecto de los programas de clemencia, existen intereses bastante definidos: el de las autoridades y el beneficiado a proteger su inmunidad contra el de los damnificados a conocer y cuantificar el perjuicio que se les ha causado.

Como se ha visto, la CNMC ha publicado una guía con el objeto de ayudar a la cuantificación de estos daños; sin embargo, en ella se limita a mencionar los medios que ofrece la LEC para reclamar. Según ella, el cauce adecuado es el Art. 76.2 LDC, por lo que serían los tribunales los responsables de cuantificar el daño causado por un intercambio de información colusorio.

Esto sigue dejando sin resolver la cuestión de cómo llega a conocimiento de los afectados dicho daño. Sería conveniente entonces que las autoridades de la competencia fueran responsables de notificárselo. Esto podría reducir la eficacia de los programas de clemencia; sin embargo, la inmunidad que brindan a sus beneficiarios se cierne al ámbito administrativo, y no debería imposibilitar la incoación de procesos por la rama civil. Por otra parte, cabe leer que esta es la *mens legislatoris* detrás de la última reforma de la LDC. De lo contrario no se habría impuesto un sistema de responsabilidad extracontractual solidaria en su Art. 73.

Por otra parte, para calcular precisamente estos daños, no debiera ser necesario un modelo estadístico o económico particular para cada escenario, entre otras cosas, porque no sería nada práctico. Por otra parte, utilizar modelos económicos sobre un asunto donde no siempre existe consenso científico, se aleja de la objetividad que tanto busca el Derecho. En definitiva, si la LDC les confiere a los tribunales la última palabra sobre el cálculo exacto de estos perjuicios, estos tendrán que ser quienes argumenten, según su cabal juicio, cómo deberán calcularse estas cantidades. Y para hacerlo, podría ser conveniente, por principio de legalidad, que cuenten con algún criterio o baremo claro. Sin embargo, el hecho de que sólo lleguen a esto cuando el cálculo es imposible o inaccesible, podría llevar a que tribunales y autoridades manejen criterios distintos o incluso contrarios.

Por último, se ha visto que este fenómeno está íntimamente relacionado con el estado de la tecnología. Siendo la práctica de los intercambios de información bastante difusa de por sí, la entrada de algoritmos y cadenas de bloques complica aún más la cuestión.

La tecnología blockchain supone una oportunidad de negocio para muchos, ya que elimina a intermediarios y reduce costes. Por otra parte, se presenta bastante peligrosa por varios motivos. Primero, porque a través de ella se puede compartir información sensible. Y segundo, y más importante aún, porque está encriptada y se necesita el permiso de la mayoría de los miembros de la red para acceder a su contenido. Sería necesario acotar la manera en que estas redes pueden estar programadas, ya que, en su estado actual, puede que las autoridades de un Estado no puedan acceder de ninguna manera al contenido de una red; ya que muchos de sus miembros pueden encontrarse en el extranjero o ser ilocalizables.

Por otro lado, los algoritmos automáticos de precios son susceptibles de crear acuerdos tácitos o averiguar información sensible de empresas competidoras. En el último de los casos, a pesar de que se trate de una conducta con efectos contrarios a la libre competencia, su calificación jurídica es algo más compleja. No se trata de un espionaje industrial, pues no se está robando ninguna información de los sistemas informáticos de la competencia, tampoco es un acuerdo, ni una comunicación (ya que no hay contacto). Sin embargo, sí

tiene como resultado que una empresa obtenga o averigüe información muy sensible del mercado, se elimina la incertidumbre estratégica. En este respecto se puede argumentar que la investigación en tecnología *deep learning* es parte del juego de la competencia, o bien, que la ventaja que ofrecen estos sistemas es tan grande que supone una práctica colusoria en sí misma.

La segunda opción parece la más adecuada si se quiere salvaguardar la competencia efectiva del mercado tal y como lo conocemos ahora. Sin embargo, convendría contemplar qué sucede en la práctica. Aún no puede dilucidarse si esta tecnología, una vez se haya generalizado su uso, tendrá o no efectos pro competitivos.

En definitiva, los intercambios de información tienen mayor profundidad de la que parece, y sus efectos pueden llegar a ser tan grandes como los de cualquier otra práctica (sobre todo por lucro cesante). Por eso es importante que, tanto autoridades como tribunales, pongan a disposición de los consumidores y usuarios los medios suficientes como para conocer y demandar esta práctica. Además de que estudien en profundidad nuevas formas en las que podrán darse este tipo de infracciones, o prácticas análogas a la comunicación tradicional.

7.-BIBLIOGRAFÍA

- ASALE, R.-, & RAE. (s. f.). *Algoritmo | Diccionario de la lengua española*. «Diccionario de la lengua española» - Edición del Tricentenario. Recuperado 8 de noviembre de 2023, de <https://dle.rae.es/algoritmo>
- Apostolakis, I. (2017). Antitrust liability in cases of indirect contacts between competitors. *Common Market Law Review*(2), 605-629.
- Bes, F. P. (2020). Una aproximación a los algoritmos desde el derecho de la competencia. *Diario La Ley*, 5.
- Campuzano, A. B. (2015). *El Derecho de la Competencia*. Valencia, Tirant lo blanch.
- Capobianco, A. (2004). Information exchange under EC competition law. *Common Market Law Review*(5), 1247-1276.

- Caribè de Sousa, A. & García Machado, F. & Cordeiro Macedo, A. (2023). *Exchanges of information*. Concurrences. Recuperado el 21 de noviembre de 2023, de <https://www.concurrences.com/en/dictionary/exchange-of-information>
- Carid, F. V. (2006). Economía y Defensa de la competencia: una visión general. *Ekonomiaz: Revista vasca de economía*(61), 56-81.
- CNMC (s.f.). (11 de julio 2023) *Guía sobre cuantificación de daños por infracciones del Derecho de la Competencia*. Recuperado 11 de noviembre de 2023, de <https://www.cnmc.es/sites/default/files/4802305.pdf>
- European Commission, D.-G. f. (1995). *Information exchanges among firms and their impact on competition*. Publications Office.
- Framiñán Santas, J. (2021). La colusión tácita mediante algoritmos de precios. En *Big data e internet de las cosas: nuevos retos para el derecho de la competencia y de los bienes inmateriales* (pp. 255-303). Tirant lo Blanch.
- Frenz, W. (2016). Horizontal and vertical restraints in practice. Exchange of information. En *Handbook of EU Competition Law* (págs. 579-584). Berlín, Heidelberg: Springer-Verlag.
- Garciandia, Á. A. (2018). La interacción entre el programa de clemencia y las acciones privadas de daños por infracciones del Derecho de la Competencia. *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*(23).
- García Vidal, A. (2021). Big data e internet de las cosas: Su impacto en el derecho de la competencia y de la propiedad industrial e intelectual. En *Big data e internet de las cosas: nuevos retos para el derecho de la competencia y de los bienes inmateriales* (pp. 23-34). Tirant lo Blanch.
- Hernández, A. P. (2019). Algoritmos y derecho de la competencia: un estudio sobre la alineación automática de precios. *Revista de Derecho Mercantil*(311).

- Lévêque, F. (2006). Faut-il bâillonner tous les oligopoleurs? La jurisprudence John Deere vue par économiste. *Concurrences*(3), 33-37.
- Li, L. (1985). Cournot Oligopoly with information Sharing. *The RAND Journal of economics*, 4(16), 521-536.
- Londoño, M. (2006). Fundamentos económicos del derecho de la competencia. *Revista de la competencia CEDEC*, 2(2), 269-400.
- Malueg, D. & Tsutsui, S. (1996). Coalition-proof information exchanges. *Journal of Economics*, 63(3), 259-278.
- Singh, N & Vives, X. (1984). Price and Quantity Competition in a Differentiated Duopoly. *The RAND Journal of Economics*, 15(4), 546-554.
- P, V. O. (2016). Disclosure of Leniency Documents: Did the D Dutch Highest Administrative Court Open Pandora's box?. *Journal of European Competition Law & Practice*, 7(10), 682.
- Raith, M. (1996). A General Model of Information Sharing in Oligopoly. *Journal of Economic Theory*, 71(1), 260-288.
- Rodríguez, J. L. (2002). Oligopolio e incertidumbre sobre la demanda: una revisión. *Estudios de Economía*, 29(2), 269-297.
- Rojas, J. (2022, septiembre 8). ¿Qué es el Blockchain y para qué sirve esta tecnología? Telefónica. Recuperado 8 de noviembre de 2023, de <https://www.telefonica.com/es/sala-comunicacion/blog/que-es-el-blockchain-y-para-que-sirve-esta-tecnologia/>
- Soriano Hinojosa, A. (30 de Noviembre de 2015). De la tradicional inarbitrabilidad del Derecho de la competencia a su paulatina aceptación general. *La Ley Unión Europea*(31).
- Valdés Burgui, Á., & Faura Enríquez, P. (2013). Intercambios ilícitos de información entre competidores: Límites y conexión con los cárteles y la clemencia. *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, 32, 28-45.
- Varian, H. R. (2010). *Microeconomía intermedia*. Antoni Bosch.

- Vincent P. Crawford, Joel Sobel. (1982). Strategic Information Transmission. *Econometrica*, 50(6), 1431-1451. Obtenido de <https://www.jstor.org/stable/1913390>
- Walter, F. (2016). Prohibition of cartels. Concerted practices. Behaviour. Exchange of information. En *Handbook of EU Competition Law* (págs. 286-288). Berlín, Heidelberg: Springer-Verlag.
- Novshek, W & Hugo Sonnenschein, H. (1982). Fulfilled expectations Cournot duopoly with information acquisition and release. *The Bell Journal of Economics*, 13(1), 214-218.
- Whish, R., & Bailey, D. (2012). Horizontal agreements. Cartels. Exchanges of information. *Competition Law* (págs.539-547). OUP Oxford.
- Zapatero, R. B. (2018). Blockchain y derecho de la competencia: una primera, y probablemente prematura, exploración. En P. G. Mexía, *Criptoderecho. La regulación de blockchain*. Wolters Kluwer.