

El intercambio de información entre competidores y su tratamiento en el Perú

Rodrigo López Villanueva

Miranda & Amado Abogados, Lima, Perú

Recibido: 14/7/2018 / Aprobado: 12/2/2019

doi: 10.26439/iusetpraxis2018.n48-49.4504

RESUMEN. El intercambio de información ha sido evaluado por la jurisprudencia y la doctrina comparada mayoritaria a través de la regla de la razón y, en algunos casos, como una conducta independiente. En el 2011, la Unión Europea regula específicamente la materia dictando la aplicación de la regla de la razón para su análisis e indicando que solo podrá ser evaluado en el contexto de una colusión horizontal. No obstante, en el Perú, el intercambio de información ha sido analizado a través de la regla *per se*, cuando esta se daba en el marco de una investigación de un *hard core cartel*, fungiendo más bien como un insumo probatorio (prueba indirecta) de la hipótesis colusoria, postura que resulta más acorde con nuestra legislación.

PALABRAS CLAVE: intercambio de información / prácticas concertadas / colusión / prueba indirecta / facilitador de colusión

The exchange of information between competitors and its management in Peru

ABSTRACT. The exchange of information has been evaluated by jurisprudence and comparative widespread doctrine through the rule of reason and, in some cases, as an independent behavior. In 2011, the European Union established specific regulations for such issue and ordered the analysis of the rule of reason in the context of a horizontal collusion case. However, in Peru, the exchange of information has been analyzed through the *per se* rule when it presented in the research framework of a hard-core cartel, which rather served as an evidence of a collusive hypothesis: a more accurate interpretation according to Peruvian legislation.

KEYWORDS: exchange of information / concerted practices / collusion / indirect evidence / collusion facilitator

INTRODUCCIÓN

En la doctrina y jurisprudencia comparada, el intercambio de información entre competidores ha generado un intenso debate respecto a si debe ser una conducta sancionada por la libre competencia y si está sujeta a la regla de la razón (prohibición relativa) o a la regla *per se* (prohibición absoluta), fungiendo como un indicio de una colusión horizontal. En este artículo, no abordaremos en detalle el desarrollo de cada una de estas discusiones, sino que buscaremos aportar una aplicación práctica de dicho debate doctrinario. Así, presentaremos la opinión mayoritaria y luego estudiaremos el tratamiento de esta conducta a la luz del Decreto Legislativo 1034 y la jurisprudencia de Indecopi.

Para ello, en un primer momento, se tratarán los conceptos básicos del derecho de la libre competencia y la lógica económica que nutre sus criterios. Después, sobre esta base, se presentará la propuesta de este artículo. Conscientes de la profundidad que demanda este tema y de la limitación de páginas que tenemos, se expondrán los conceptos de una manera ágil, pero que, a la vez, nos permita llegar con fundamentos sólidos a nuestra tesis.

¿LA TRANSPARENCIA EN EL MERCADO ES MALA?

El propósito de la libre competencia

La libre competencia premia a los proveedores más eficientes y competitivos. Al igual que el principio de exclusión —dos agentes no pueden pisar el mismo podio del primer lugar—, las reglas de la competencia exigen una “muerte súbita”. La consecuencia de ese proceso es que los consumidores pueden gozar de un abanico de alternativas de consumo, a menores precios y con ofertas innovadoras.

La asimetría informativa como falla de mercado

Clásicamente se entiende a la asimetría informativa como una falla de mercado, principalmente, por dos razones: (i) porque los proveedores de bienes y servicios ostentan mayor información (dominio de la información útil para la toma de decisión de consumo) que los consumidores y (ii) porque, adicionalmente a dicha característica, el mercado no logra generar por sí mismo toda la información necesaria para compensar dicha asimetría. (Bertín y Calvo, 2006, p. 6)

No obstante, en mercados maduros y altamente competitivos, el incentivo natural de los competidores es trasladar, de la mejor manera (efectividad para incentivar la decisión de consumo), la información que los consumidores consideramos más valiosa¹. Por lo tanto, es en razón de esta necesidad de los consumidores —de revelar sus preferencias— y la respuesta de los proveedores —de revelar *grosso modo* sus costos (precio de venta)— que, según Harford (2006), “los mercados producen información de calidad y la externalizan a bajo costo” (cap. 3).

Esta calidad de información resulta de un valor importante, en tanto reduce la asimetría informativa. En otras palabras, permite a los consumidores tomar mejores decisiones y, en contrapartida, se recompensa al competidor más eficiente. Ganan los consumidores y ganan los proveedores.

La buena transparencia de información

En este punto se debe diferenciar la transparencia deseada de la dañina. La versión buena es aquella que surge como respuesta del proveedor en su interés legítimo de trasladar al mercado diversa información relevante para la decisión de consumo. Por ejemplo:

- La calidad (“¡La red de mayor cobertura nacional!”)
- El contenido neto (“¡3100 L, la gaseosa más grande del país!”)
- Los riesgos (“Material inflamable”)
- Las condiciones y restricciones (“Para HD requiere 3 Mbps”)
- El precio (“¡El sabor de siempre a un mejor precio!”)

Esta información no solo es útil para el consumidor, sino también para los competidores (es beneficiosa para el mercado en general). Así, una vez que se vuelve pública (por ejemplo, a través de la publicidad), los competidores pueden monitorear la oferta comercial de su rival y evaluar si es que esta tiene aceptación entre los clientes, en cuyo caso, la imitarán o mejorarán.

1 Cabe aclarar que “traslado de información” no significa “más información”, sino la “información necesaria”. Cuán necesaria y qué información es la más relevante dependerá de las necesidades del consumidor en cada mercado específico. Así, en un caso, nos interesará saber los ingredientes y contraindicaciones de un medicamento, mientras que, en una película, posiblemente la información que nos traslade un tráiler (plano de emociones y fecha de estreno) nos resulte más relevante que el precio de la entrada.

Sin embargo, tomemos en cuenta que los competidores solo tienen capacidad de reacción *cuando su rival ha vuelto pública dicha información* al trasladarla al mercado. Esta incertidumbre (desconocer lo que el rival pueda hacer) es la que dinamiza la competencia; genera tensión entre los competidores y premia a quienes innovan y reaccionan pronta y acertadamente a los cambios.

La incertidumbre como dinamizador de la competencia

Antes de definir la versión mala de la transparencia de información, se debe describir cómo interactúan los competidores entre sí dentro de un mercado. Una de las reglas principales de la competencia (por así decirlo, una base de su *fair play*) es la incertidumbre respecto de la acción futura del competidor. Como en una partida de ajedrez, el movimiento que haga un jugador dependerá del movimiento previo de su oponente. De esta manera, al igual que en el ejemplo, las decisiones de los competidores (elección estratégica) son interdependientes, esto es, se toman en razón de la expectativa de lo que van a hacer los demás o de las acciones que ya han tomado (Rodríguez, 2015).

La transparencia mala

Ahora imagine que, en una partida de póquer, los jugadores mostrasen sus cartas a la mesa desde el inicio. ¿Los participantes apostarán igual en esta situación que en una con las cartas de su mano ocultas? Claramente, no. Esto se debe a que los jugadores han obtenido información valiosa (valor de las cartas de sus pares) en condiciones en las que normalmente no podrían saberlo. El valor de la partida (competencia) se basaba en la incertidumbre.

De manera semejante, hay agentes que trasladan información valiosa (como el precio futuro de sus productos, sus volúmenes de venta o márgenes de descuento) a los competidores o al mercado en general con el objeto de trabar el propósito de la libre competencia: un proceso competitivo eficiente que, eventualmente, se traduce en una reducción de precios o una mayor calidad. Por ejemplo, imagine que un grupo de empresas intercambien información sobre sus políticas de precios que se harán vigentes en un mes. Con certeza, estos agentes no tendrán incentivos para bajar sus precios o hacer ofertas de precios más agresivas al haber conocido de manera anticipada la estrategia comercial de sus competidores.

Por otro lado, imagine un mercado en el que se haya suscitado una “guerra de precios” durante un buen tiempo y que luego el agente con mayor participación declare en prensa que va a subir sus precios a S/ 20 el siguiente lunes. Lo más probable es que sus competidores se adecúen al nuevo precio a la primera hora del día indicado, y haya otro grupo que se adhiera luego de comprobar que todos los demás han subido su precio.

Como se podrá suponer, la conducta del mercado cambió debido a la declaración unilateral de un competidor sobre su precio futuro. Este cambio de comportamiento en sus competidores se debe a que obtuvieron información valiosa que el mercado no trasladaría en condiciones normales. En otras palabras, la conducta normal de un proveedor será proteger y mantener en secreto sus precios futuros, en tanto forman parte de su estrategia comercial.

Otros ejemplos de información que forma parte de la estrategia comercial de una empresa y cuya revelación unilateral podría afectar la dinámica de la competencia serían la estructura de costos, la metodología para el cálculo de los precios de venta, la capacidad instalada y la capacidad instalada ociosa, etcétera.

De esta manera, la transparencia mala es aquella que, como consecuencia de la revelación unilateral de un competidor de información comercialmente sensible, puede afectar la dinámica competitiva del mercado. Cabe subrayar el término *unilateral*, puesto que si esta revelación de información comercialmente sensible fuese impuesta a todos, por ejemplo, por una regulación, pese a restar competitividad al mercado, dicha afectación no sería por la violación al derecho de la libre competencia.

En otras palabras, se entenderá como una transparencia buena aquel supuesto en el que existe una transparencia de información espontánea o natural en el mercado, ya sea porque es consecuencia directa de la dinámica competitiva (por ejemplo, se revela información de precios a través de la publicidad), o porque es exigido a todos los competidores a través de regulación (por ejemplo, se declara de manera previa precios o promociones en plataformas públicas de información, como el Sistema de Consultas de Tarifas, SIRT, en las telecomunicaciones; o Facilito, para los combustibles). Por otro lado, será una transparencia mala aquella revelación artificial de información comercialmente sensible que, en un contexto normal, no sería revelada por un competidor.

EL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN: ¿CONDUCTA ANTICOMPETITIVA ATÍPICA O PRUEBA INDIRECTA DE UNA CONDUCTA TÍPICA?

Criterios de aplicación en la Unión Europea

En la jurisprudencia y doctrina europea, la postura mayoritaria ha optado por catalogar el intercambio de información como una conducta que debe ser analizada bajo la regla de la razón (prohibición relativa). Entre otros, (i) porque las conductas sujetas a la regla *per se* (prohibición absoluta) son de tipo *numerus clausus*, de manera que excluyen al intercambio de información; y (ii) porque esta conducta puede también tener efectos procompetitivos en determinadas circunstancias (como, por ejemplo, el intercambio de información sobre disponibilidad de capital para desarrollar una investigación científica en conjunto) o, incluso, no ejercer mayor incidencia en el plano competitivo (como, por ejemplo, la difusión de las principales modificaciones del marco regulatorio del sector).

Entre los criterios más frecuentes de las agencias de competencia europeas para analizar la legalidad de esta conducta están (i) las características de la estructura del mercado (nivel de concentración, existencia de barreras de entrada significativas, homogeneidad de productos en el mercado relevante, etcétera) y, principalmente, (ii) el tipo de información intercambiada (información comercialmente sensible) (OCDE, 2010, pp. 11-12).

Sobre el particular, se señala que la estructura del mercado es un factor relevante para determinar la legalidad del intercambio de información, en tanto esta puede facilitar el éxito y sostenibilidad de una colusión. Por esta razón, las agencias de competencia europeas evalúan los elementos que normalmente se tienen en cuenta al momento de examinar un caso de colusión en el que no existen pruebas directas. Esto es, un mercado con pocos competidores (pues a menos competidores, será más fácil para los colusores coordinar y supervisar el cumplimiento del acuerdo), con una alta concentración (por ejemplo, en el que un agente tenga el 50 % del mercado y otros cinco competidores, el resto), con productos homogéneos, etcétera.

El tipo de información es el criterio más relevante para las autoridades de competencia en su análisis de licitud. Esto se basa en que solo el intercambio o revelación de información comercialmente sensible tiene la capacidad de eliminar la incertidumbre natural entre los competidores.

De esta manera, a fin de determinar si la revelación de información es ilegal, se deben tener en cuenta los siguientes elementos:

- *El contenido de la información.* Se considera ilegal el intercambio de información comercialmente sensible, es decir, información que normalmente una empresa desearía mantener en reserva (en procura de su propio interés) respecto de sus competidores. Información de esta naturaleza serían los precios futuros, la estructura de costos, el nivel de ventas, las políticas de descuentos, información detallada de proveedores o clientes, etcétera. No obstante, el intercambio de este tipo de información será válido si existe una justificación legítima, como un acuerdo de colaboración con un competidor.

Por ejemplo, es ilegal que dos competidores compartan información sobre su estructura de costos sin que exista una justificación de por medio. Por el contrario, si dicho intercambio responde a un proyecto de I+D con dicho competidor y el espectro de la estructura de costos se encuentra acotado a lo estrictamente necesario para dicho proyecto, entonces, el intercambio se encontrará justificado.

- *La antigüedad de la información intercambiada.* Para entender mejor este supuesto, cabe preguntarse: ¿en términos competitivos, es lo mismo intercambiar información sobre la estructura de costos que tuvo una empresa el día de ayer que la que tuvo hace diez años? Por supuesto que no. Esto se debe a que el valor estratégico de la información sensible se mantiene siempre que esta sea actual y vigente. Por el contrario, si la información es antigua, su intercambio no tendría la posibilidad de afectar la competencia (no se reduce la incertidumbre entre competidores).
- *El carácter desagregado de la información.* Otro criterio importante es el nivel de detalle que aporta la información intercambiada. Cuanto más detallada o desagregada sea la información, será mayor el contenido de información estratégica que se estará revelando a un rival.

Por ello, por ejemplo, si una asociación de empresas decide emprender un proyecto conjunto para el cual se necesita información estadística del mercado, los agremiados deberán ponderar cuán detallada necesita ser la información que va a ser aportada. Si

para conseguir sus fines basta con dar información de ingresos promedio anuales, no será necesario, entonces, revelar información de ingresos mensuales. Otra forma de disminuir los riesgos es aplicar criterios de agregación sobre la información, de tal modo que permitan anonimizarla. Esto es, hacer que no sea posible descifrar a qué empresa le pertenece dicha información (esta aplicación es relevante en mercados concentrados o de pocos competidores).

- *El carácter reservado de la información.* Este elemento está altamente ligado a la aptitud que tiene la información intercambiada de reducir la incertidumbre entre los competidores. Mediante este criterio, se analiza si la información se encuentra ya disponible en el mercado a través de fuentes públicas, en cuyo caso, su intercambio no representará riesgo alguno para la competencia.

Un ejemplo de información sensible y pública ocurre cuando el Estado, mediante regulación, obliga a los competidores a publicar sus precios o condiciones comerciales en portales web o aplicativos móviles, con el fin de que dicha información pueda estar disponible para los consumidores.

Este desarrollo jurisprudencial fue recogido en el 2011 por la normativa comunitaria denominada *Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal*, que señaló expresamente (i) que la conducta debía ser analizada bajo la regla de la razón y (ii) que solo podía evaluarse si el intercambio de información establecía o formaba parte de un acuerdo, una práctica concertada o una decisión gremial.

A manera de ejemplo, cabe tener en cuenta la investigación iniciada en el 2013 por la agencia de competencia española, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), contra un cártel de fabricantes de automóviles. En este caso, la CNMC imputó la conducta como una infracción al artículo 1 de la Ley de Competencia española y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea por haber establecido “acuerdos para el intercambio de información comercialmente sensible y estratégica” entre fabricantes y distribuidoras de marcas de automóviles. En su momento, la Sala de Competencia española confirmó la sanción impuesta por la CNMC, precisando lo siguiente sobre la naturaleza del acuerdo:

Nos remitimos a lo señalado en el apartado anterior en cuanto al *carácter estratégico, desagregado y actual de la información* puesta en común. A esta Sala de Competencia le parece incuestionable que un intercambio de esas características es dañino para la competencia en tanto que, *apto para suprimir la incertidumbre sobre el comportamiento en el mercado* de las marcas respecto a parámetros estratégicos, reduce la independencia de la conducta entre las marcas partícipes en el mismo y disminuye los incentivos para competir.

La regularidad y estabilidad de las reuniones, la organización y convocatoria de las mismas, en una primera fase por los partícipes, mediante empresas consultoras en una fase posterior, el rango de responsabilidad de los asistentes a las reuniones, el conocimiento acreditado por parte de la alta dirección de las empresas partícipes son todos elementos que, tomados en su conjunto, confirman la calificación de la conducta como infracción muy grave constitutiva de cártel.

Las tres tipologías de intercambios de información analizadas en este expediente se caracterizan *por constituir un sistema cerrado, es decir, basado en reglas de reciprocidad y que permiten el acceso a la información solo a las empresas que pactan su intercambio*. Además, *el sistema es transparente, en el sentido de que las empresas destinatarias de la información intercambiada podían asociar los datos a una u otra marca*, de modo directo en una primera etapa, y de modo indirecto a través del conocimiento de los dígitos designativos que correspondían a cada marca en una segunda etapa [las cursivas son mías]. (Resolución de Exp. S/0482/13, 2015)

Como se puede observar, pese a que el propio análisis de la agencia de competencia en cuestión obedece más a un criterio de *plus factor* que al del análisis de una conducta autónoma, lo cierto es que, formalmente, el intercambio de información sensible entre competidores es una infracción por sí misma y se examina bajo la regla de la razón, en virtud de su objeto y efectos en el mercado. Como se expondrá a continuación, en el caso peruano, el enfoque de análisis de esta conducta ha sido distinto.

Regla aplicable en el Perú

En el Perú, si bien no hay un desarrollo normativo y, en consecuencia, no se puede hablar de una conducta típica propiamente dicha, sí ha existido un desarrollo jurisprudencial que daría luces sobre el entendimiento de esta conducta tanto por parte del órgano fiscalizador (Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia) como de los órganos resolutivos (Comisión de Defensa de la Libre Competencia y Sala Especializada en Defensa de la Competencia).

Así, en el caso “De oficio contra la Asociación Peruana de Avicultores y otras”, en el que se utilizó un gremio como una plataforma de intercambio de información sensible entre competidores, la Secretaría Técnica señaló lo siguiente en su Informe 001-97/CLC:

El intercambio de información que se utiliza para eliminar la competencia efectiva en mercados concentrados —tales como información respecto de volúmenes de ventas, precios, condiciones de ventas o comercialización, costos de producción, clientes, proyecciones de producción, entre otros— en perjuicio de los consumidores y de los otros competidores, *constituye una infracción al artículo 3 del Decreto Legislativo 701* [las cursivas son mías]. (Informe 001-97/CLC, 1997)

De lo expuesto se observa que la Secretaría Técnica entendió, desde ese entonces, que el intercambio de información era una infracción a la norma de la libre competencia. No obstante, indicó que esta conducta constituía una infracción al artículo 3 de la antigua Ley de Libre Competencia (artículo que fungía como una cláusula general sancionadora) y no al artículo 6 (que prohibía las colusiones horizontales):

Artículo 3.- Están prohibidos y serán sancionados, de conformidad con las normas de la presente Ley, los actos o conductas, relacionados con actividades económicas, que constituyen abuso de una posición de dominio en el mercado o que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia, de modo que se generen perjuicios para el interés económico general, en el territorio nacional.

Artículo 6.- Se entiende por prácticas restrictivas de la libre competencia los acuerdos, decisiones, recomendaciones, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia. (Decreto Legislativo 701, 1991)

Se podía entender que la Secretaría Técnica estaba calificando esta conducta como autónoma o atípica. El supuesto equivalente actual sería el 11.1, literal k), de la actual Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, al no ser un supuesto de abuso de posición de dominio y al ejecutarse entre competidores de un mismo mercado:

Artículo 11.- Prácticas colusorias horizontales

11.1 Se entiende por prácticas colusorias horizontales los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizadas por agentes económicos competidores entre sí que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia [...].

k) Otras prácticas de efecto equivalente que busquen la obtención de beneficios por razones diferentes a una mayor eficiencia económica. (Decreto Legislativo 1034, 2008)

No obstante, al resolverse el mismo caso, tanto la primera como la segunda instancia concibieron dicho comportamiento en el marco de un cártel, sancionándolo a través de los artículos que regulaban las modalidades de colusión horizontal. Este criterio se indicaría con mayor claridad, posteriormente, en la Resolución 085-2009/CLC-INDECOPI en el caso “De oficio contra Asetup y el Sr. Díaz”:

46. Para determinar la medida en que el intercambio o la publicidad de información por parte de una asociación empresarial puede afectar la competencia y, en tal sentido, ser considerada como una decisión o recomendación anticompetitiva [las cursivas son mías], se debe atender a ciertos aspectos como la actualidad de la información intercambiada o publicada, el tipo, la especificidad y la frecuencia de su divulgación. (Resolución 085-2009/CLC-INDECOPI, 2009)

De esta manera, la Comisión establece claramente que el intercambio de información debe ser entendido como una manifestación de una colusión horizontal, y no como una conducta autónoma. Entonces, es sancionable por el artículo 11 del Decreto Legislativo 1034; asimismo, se analiza a través de la regla *per se* en caso de que la colusión no sea complementaria o accesoria a otros acuerdos lícitos (como un *joint venture*) y tenga como objeto (i) fijar precios u otras condiciones comerciales o de servicio; (ii) limitar la producción o las ventas; (iii) repartirse clientes, proveedores o zonas geográficas; o (iv) establecer posturas o abstenciones en concursos públicos o privados, así como en subastas públicas o remates.

Más adelante, mediante Resolución 738-2017/SDC-INDECOPI, en el caso “De oficio contra Albis S. A. y otras”, la Sala presentaría un nuevo escenario en el que el intercambio de información puede ser ejecutado a fin de facilitar la configuración de un cártel, según el siguiente tenor:

37. Sin embargo, el intercambio de información también puede facilitar la realización de conductas anticompetitivas en la medida en que las empresas tengan conocimiento sobre las elecciones de sus demás competidores.

38. En este contexto, una de las modalidades de intercambio de información indirecta entre competidores es mediante *hub and spoke*, el cual permite describir una situación en la que distintos agentes económicos

competidores entre sí *comparten información comercial sensible a través de un agente económico que opera en un nivel inferior o superior de la cadena de comercialización de un producto o servicio determinado.*

39. La jurisprudencia comparada ha identificado que dicho mecanismo es cada vez más empleado por los participantes de cárteles, pues permite que las coordinaciones se realicen a través de un tercer agente que facilitará la planificación, ejecución y cumplimiento de los acuerdos. De esta manera, mediante este mecanismo se procurará eliminar cualquier evidencia de contacto o coordinación directa entre los agentes competidores. *En este tipo de casos, aunque sea de manera indirecta, el elemento común y determinante es, finalmente, identificar el actuar coordinado entre los agentes involucrados y la restricción a la competencia que se genera a nivel horizontal [las cursivas son mías].* (Resolución 738-2017/SDC-INDECOPI, 2017)

Como primer punto, se considera acertado el criterio aplicado por ambas instancias al entender el intercambio de información como un indicio de una colusión horizontal, y no como una conducta autónoma sujeta a la regla de la razón, como bien lo hace la Unión Europea a la fecha. Así, el intercambio de información forma parte de un elemento de convicción adicional o un indicio que complementa la hipótesis colusoria que, en todo caso, puede fungir como un medio probatorio adicional cuando la agencia de competencia no ha logrado obtener una prueba directa sobre un cártel (por ejemplo, un correo electrónico, un acta de la sesión de un gremio o una anotación en un cuaderno de notas).

En ese mismo sentido lo entienden Kovacic, Marshall, Marx y White (2011) cuando resaltan la importancia del valor probatorio del intercambio de información para evidenciar la existencia de una colusión horizontal:

El medio probatorio más importante en este contexto consistiría en evidencia que muestre que los denunciados comunicaron sus intenciones y confirmaron su compromiso de llevar a cabo determinadas acciones. *Quizás el elemento con mayor fuerza probatoria del mecanismo que hizo posible un consenso consistiría en evidencia que demuestre un patrón extensivo de comunicaciones entre las denunciadas inmediatamente anterior a un ajuste paralelo y complejo que no podría ser explicado como producto del esfuerzo independiente de cada uno de los denunciados en observar y seguir la conducta observada en los demás competidores [...]. La existencia de un mecanismo para monitorear el cumplimiento puede ser descubierto estableciendo un patrón de intercambios bilaterales de información de precios entre competidores o a través de intercambios de datos mediante gremios [las cursivas son mías].* (p. 408)

De esta manera, entendido el intercambio de información como una manifestación de una colusión, resulta equivocado interpretarlo como una conducta anticompetitiva autónoma, e incluso puede generarse una violación al principio de *non bis in idem*, recogido en el numeral 11 del artículo 246 del Decreto Supremo 006-2017-JUS, TUO de la Ley 27444.

Así, para todo escenario en el que un caso se encuentre apoyado solo en pruebas indirectas de intercambio de información entre competidores, lo correcto será que esa conducta sea evaluada como una “práctica concertada”, regulada en el artículo 11.1 del Decreto Legislativo 1034. Tal práctica se define como la coordinación entre competidores con la finalidad de restringir la competencias que, pese a no existir una prueba directa, puede evidenciarse a través de pruebas indirectas al no haber otra explicación razonable.

Como segundo punto, debe destacarse lo ilustrativa que resulta la casuística de Indecopi respecto a los escenarios en los que el intercambio de información sensible entre competidores puede facilitar una colusión horizontal, a saber:

- Cuando se instrumentaliza una agremiación como plataforma de intercambio de información sensible entre competidores.
- Cuando un competidor revela unilateralmente información sensible a sus competidores o al mercado en general (*signalling*), en cuyo caso, el cargo del representante que revela la información (por ejemplo, presidente de una agremiación o gerente comercial) o una cuota significativa de la empresa abonará a la credibilidad de dicha información con respecto a sus competidores.
- Cuando se utiliza a un agente que se encuentra aguas arriba o aguas abajo (*hub and spoke*) para intercambiar información sensible entre competidores.

Criterios adicionales para tener en cuenta

Indecopi ha asignado indicadores de riesgo distintos, según el tipo de información intercambiada entre competidores y la forma en que esta es transmitida. En la Resolución 276-97-TDC, la segunda instancia ratifica el precedente emitido por la Comisión, donde se señala:

Acuerdos de cooperación entre empresas que no restringen la competencia: [...] la colaboración entre empresas puede resultar

económicamente favorable y podrá considerarse que los acuerdos adoptados para tal fin no restringen necesariamente la competencia, en los siguientes casos:

i) Cuando tengan como único objeto conseguir en común informaciones que las empresas requieren *para determinar autónomamente e independientemente su futuro comportamiento en el mercado*. Sin embargo, si el comportamiento en el mercado de las empresas se coordina — directa o indirectamente — o la libertad de estas queda limitada, puede configurarse una restricción a la competencia. Por otro lado, *el intercambio y la difusión de información a través de organizaciones gremiales, referente a producción y ventas, no presenta objeción alguna si se trata de cifras agregadas donde no se identifica a las empresas y se encuentran a disposición de todas las empresas del sector y público en general* [las cursivas son mías]. (Resolución 276-97-TDC, 1997)

De lo expuesto se observa que una medida para reducir el riesgo de facilitar una colusión mediante el intercambio de información es presentar la información de manera agregada. Por ejemplo, si no es indispensable para el acuerdo asociativo entre competidores o proyecto gremial, en particular, intercambiar información diferenciada por día de las ventas de los agentes, se podrá exponer por semestre. Otra medida atenuante es comunicar la información sin identificar a qué competidor en particular le pertenece. Finalmente, no existe riesgo alguno si la información intercambiada se encuentra a disposición del público en general, es decir, es información pública.

Por otro lado, la Resolución 085-2009/CLC-INDECOPI plantea los siguientes criterios:

47. En particular, se ha señalado que la divulgación o intercambio de información podrá ser considerado como una conducta anticompetitiva *cuanto más actual o vigente sea la información en cuestión*. De igual forma, *si la información intercambiada o publicada se refiere a elementos sensibles como los precios, márgenes de ganancia, niveles de ventas u otros, que evidencian la política comercial de las empresas, habrá más riesgo de que esta conducta pueda calificar como anticompetitiva* [las cursivas son mías]. Al respecto, la Oficina de Competencia de Canadá (Competition Bureau) ha advertido que las recomendaciones o los lineamientos sobre tarifas pueden promover un efecto anticompetitivo al perseguir la adhesión de los competidores a un determinado nivel de precios. (Resolución 085-2009/CLC-INDECOPI)

De esta manera, la decisión citada establece expresamente un catálogo de qué información se considera como comercialmente sensible y, en consecuencia, representa un riesgo anticompetitivo al ser intercambiada entre competidores: precios, márgenes de ganancia, niveles de ventas, etcétera. Igualmente, deberán ser considerados como supuestos riesgosos aquellos casos en los que la exhibición de información comercialmente sensible no se encuentre vinculada a un mecanismo que obligue su cumplimiento (sea un acuerdo) o no se observe la formación de un mecanismo de seguimiento y sanción (casos denominados por la doctrina como *cheap talk*).

Así, la jurisprudencia comparada (véase, por ejemplo, “United States v. Airline Tariff Publishing Co.”) ha señalado que, incluso en aquellos casos en los que solo se observe la revelación unilateral de información de uno de los agentes, esta, al ser contrastada en el futuro por los competidores receptores de la información, consigue la credibilidad suficiente como para que los competidores puedan alinearse a la información revelada por el agente. Por ejemplo, si en un mercado concentrado, la empresa A le envía a la empresa B información de su precio futuro sin ningún mensaje adicional, esta última podría dudar sobre su veracidad, pues no corresponde a un contexto natural de competencia. No obstante, de ser constante dicha revelación de información y de confirmarse en la realidad los precios futuros que reveló A, lo más probable es que B eventualmente asemeje su precio en los mismos términos y fechas a los que le revele en adelante y anticipadamente A.

Finalmente, a modo de resumen y en atención a los pronunciamientos de Indecopi y la jurisprudencia comparada, se pueden tener en cuenta los siguientes criterios para evitar encontrarse ante una situación de riesgo, como consecuencia del intercambio de información entre competidores:

Riesgo elevado	Riesgo reducido
<ul style="list-style-type: none"> - Ofrecer, aceptar o intercambiar información con competidores directos o potenciales; información comercial sensible, tal como precios y descuentos, ofertas individuales, listado detallado de clientes o proveedores, costes, estrategias de inversión y de negocio, niveles de producción. - Información confidencial. - Información actual. - Intercambio de información en una estructura de mercado oligopolístico. - Contexto de intercambios frecuentes de información. - Recomendaciones anticompetitivas implícitas o explícitas que acompañen el intercambio. 	<ul style="list-style-type: none"> - Intercambio de información sobre aspectos de políticas públicas, avances educativos y científicos, aspectos normativos de interés general, tendencias demográficas, tendencias sectoriales ampliamente reconocidas, información disponible para el público e información de dominio público. - Información histórica y no reciente. - Datos globales o agregados del sector (y que no permitan la identificación de una empresa). - Intercambios infrecuentes. - Encargo a un tercero independiente (no competidor) para que obtenga la información requerida, la procese y difunda de manera anonimizada y agregada entre los competidores.

Sin perjuicio de ello, cabe señalar que el intercambio de información es solo una sección de toda la evidencia probatoria que una agencia de competencia podría obtener y presentar para desarrollar su hipótesis colusoria, con lo cual la lista antes expuesta no representa una fórmula para eliminar todo riesgo o contingencia legal en materia de libre competencia. En ese sentido, los agentes económicos deberán considerar otros elementos, como la revisión frecuente de sus políticas comerciales, el análisis previo de la información cursada en el marco de un proyecto conjunto con competidores o un gremio, la capacitación de su personal o la evaluación más detallada de sus actividades y manejo comercial a través de un programa de cumplimiento (*compliance program*).

REFERENCIAS

- Bertín, H., y Calvo, R. (2006). Fallas del mercado y estrategias de regulación: los Fondos de Pensiones en Argentina. *Revista de Temas Financieros de la SBS*, 3(1). Recuperado de http://www.sbs.gob.pe/Portals/0/jer/EDIPUB_VOLUMEN3/Bertin-Calvo.pdf
- Decreto Legislativo 1034. (25 de junio del 2008). Recuperado de <https://www.indecopi.gob.pe/documents/51771/196578/dl1034.pdf/66c0472e-46de-4eb3-b872-7369c5279583>
- Decreto Legislativo 701. (6 de noviembre de 1991). Recuperado de <https://www.indecopi.gob.pe/documents/51771/196578/dl701.pdf/e179e02c-be5e-4bc4-acf6-a3d2f721e7bb>
- Harford, T. (2006). *The undercover economist. Exposing why the rich are rich, the poor are poor —and why you can never buy a decent used car!* Nueva York, NY: Oxford University Press.
- Kovacic, W., Marshall, R. C., Marx, L. M., y White, H. L. (2011). Plus factors and agreement in antitrust law. *Michigan Law Review*, 110(3), 393-436.
- OCDE. (2010). *Information exchanges between competitors under competition law. Policy roundtables*. París: Autor.
- Rodríguez, A. (julio del 2015). *Curso: Herramientas legales y económicas para facilitar la solución de controversias en el mercado de las telecomunicaciones. Economía de la competencia*. Lima: Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones.

