

## **BENCHMARKING Y SUMINISTRO DE INFORMACIÓN COMPETITIVA SENSIBLE. CONSIDERACIONES BAJO LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA**

### **I. INTRODUCCION**

La Comisión Nacional de Defensa de la Competencia ("CNDC") ha publicado recientemente una "**Guía sobre defensa de la competencia para asociaciones y cámaras empresariales y colegios y asociaciones profesionales**" (la "**Guía**")<sup>1</sup>, entre cuyos objetivos se encuentra establecer lineamientos y recomendaciones tendientes a evitar incurrir en violaciones a la Ley de Defensa de la Competencia N° 27.442 (la "LDC") que podrían resultar del intercambio de información competitiva sensible que puedan realizar sus miembros.

La valiosa orientación que la CNDC provee a través de la Guía puede ser útil también para establecer recaudos a considerar para que el suministro de información con fines estadísticos o de "benchmarking"<sup>2</sup> pueda satisfacer efectos pro-competitivos.<sup>3</sup>

Los procesos de benchmarking son habituales en la práctica empresarial en tanto resultan de utilidad para identificar áreas específicas con potencial de mejora a partir del conocimiento de funciones operativas o datos de otras compañías.

Pero tal proceso requiere que las empresas suministren información propia que habitualmente califica como competitivamente sensible, y allí surge la inquietud acerca del potencial riesgo de incurrir en conducta anticompetitiva.

---

<sup>1</sup> Disponible en [https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/guia\\_camaras\\_y\\_asociaciones\\_empresariales\\_10-12-2018\\_0.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/guia_camaras_y_asociaciones_empresariales_10-12-2018_0.pdf)

<sup>2</sup> A efectos del presente trabajo, "Benchmarking" es entendido como la comparación entre empresas acerca de sus prácticas, métodos, rendimientos o resultados. El Benchmarking puede tener efectos pro-competitivos en tanto permita a las empresas conocer la existencia de métodos de producción y distribución más eficientes que de ser implementados puedan resultar en menores costos para los consumidores (Fuente: Federal Trade Commission, "Antitrust Issues Related to Benchmarking and Other Information Exchanges" \*Remarks of J. Thomas Rosch Commissioner, Federal Trade Commission before the ABA Section of Antitrust Law and ABA Center for Continuing Legal Education's Teleseminar on Benchmarking and Other Information Exchanges Among Competitors May 3, 2011, disponible en [https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public\\_statements/antitrust-issues-related-benchmarking-and-other-information-exchanges/110503roschbenchmarking.pdf](https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/antitrust-issues-related-benchmarking-and-other-information-exchanges/110503roschbenchmarking.pdf)).

<sup>3</sup> Ver Comisión Federal de Competencia Económica – COFECE – México, "Guía para el intercambio de información entre agentes económicos"; párrafos 29 y 30: "*Frecuentemente durante el curso normal de los negocios, los agentes económicos generan y comparten información para alcanzar propósitos comerciales razonables e incluso competitivos. El intercambio de información puede conllevar efectos benéficos para la operación eficiente de los mercados, especialmente cuando se trata de mercados que ya son competitivos. Al subsanar problemas de información, una mayor transparencia o disponibilidad de información puede beneficiar a los productores y consumidores*" (disponible en [https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2017/12/guia-007-2015\\_-guia\\_intercambio\\_info\\_agentes\\_eco.pdf](https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2017/12/guia-007-2015_-guia_intercambio_info_agentes_eco.pdf))

Conforme los argumentos señalados a continuación se sugiere que cuando se suministre información a efectos de benchmarking entre empresas del mismo mercado, la misma no esté referida a datos considerados “competitivamente sensibles”; y que en todos los supuestos sea suministrada bajo compromiso de confidencialidad asumido por quien la reciba, que incluya las siguientes obligaciones por parte del receptor: (i) usarla al sólo efecto de elaborar reportes de información general y (ii) difundirla en forma agregada con la de otras empresas participantes del relevamiento sectorial tal que no sea posible identificar o segregarse la información relativa a cada empresa.

## II. ANALISIS

### 1. Introducción: Encuadre normativo general.

En su artículo 1º de la LDC establece que están prohibidos los actos o conductas, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general.

Según lo dispone el Art. 3º de la LDC, constituyen prácticas restrictivas de la competencia, las siguientes conductas, entre otras, en la medida que configuren las hipótesis del artículo 1º antes citado:

*a) Fijar en forma directa o indirecta el precio de venta, o compra de bienes o servicios al que se ofrecen o demanden en el mercado, así como intercambiar información con el mismo objeto o efecto (subrayado, agregado)*

Se advierte así que la conducta sancionable está referida al intercambio de información con la finalidad o efecto de distorsionar la competencia y causar perjuicio al Interés Económico General.

Conforme resulta del art. 1 de la LDC, para que una conducta pueda ser sancionada bajo la LDC, no sólo debe tener por objeto o efecto una alteración a la competencia, sino que además debe ser potencialmente lesiva del Interés Económico General.<sup>4</sup>

La finalidad perseguida a través del benchmarking y su real uso con propósito de eficiencia económica resulta así fundamental para considerar la licitud de la conducta.

Por el contrario, no será lícita la conducta que bajo el pretexto de compilar información con finalidad de benchmarking, importe en realidad un mecanismo de intercambio de información competitivamente sensible, donde quien reciba la información opere como un mero canal de comunicación indirecto entre empresas a quien entregue la información recibida de las otras.

---

<sup>4</sup> “El bien jurídico tutelado por la normativa argentina de competencia es el “interés económico general”, concepto elegido por el legislador argentino para referir a los principios de teoría económica que muestran que la competencia permite en general la provisión de bienes y servicios en mayor cantidad, con una mayor variedad y con menores precios, y fomenta la innovación y la reducción de los costos de proveer tales bienes y servicios. Todas las legislaciones de competencia contemplan, de una u otra manera, estos principios sustantivos” (Ver “Guía”, página 7).

Cuando el intercambio de datos no importe suministro de información competitivamente sensible a competidores, tenga por fin razones objetivas de eficiencia, presente un grado de desagregación importante, y se refiera a conceptos y cifras relativamente amplios, puede estimarse que la conducta propenderá a beneficiar el Interés Económico General y no será reprochable.<sup>5</sup>

## 2. Caracterización de la información como “competitivamente sensible”.

Siendo que la finalidad de la norma es evitar distorsión a la competencia, la restricción al intercambio de información está referida a la que reviste el carácter de “competitivamente sensible”.<sup>6</sup>

Con base en los criterios sentados por la CNDC, puede entenderse por información “Información Competitivamente Sensible” a todo tipo de información que tenga carácter confidencial y propio de cada empresa, que sea revelada a los competidores en forma detallada y revisada, y que permita conocer el comportamiento competitivo de cada empresa en un mercado altamente concentrado.<sup>7</sup>

En similar sentido, la Guía permite considerar que información relativa a precios, volúmenes de producción, uso de capacidad instalada, márgenes, etc., - habitualmente requerida con fines de “benchmarking” - califica como “competitivamente sensible”<sup>8</sup>

## 3. Ilicitud del intercambio de “información competitivamente sensible” bajo la LDC.

La CNDC ha considerado que el intercambio de información competitivamente sensible puede funcionar tanto como soporte de un acuerdo explícito entre competidores sobre alguna variable en particular (precios, cantidades, cuotas), o como mecanismo para hacer posible una coordinación entre los competidores, ya que el intercambio de información facilita la colusión tácita entre ellos, debilitando y distorsionando la competencia en el mercado.<sup>9</sup>

---

<sup>5</sup> Ver Dictamen CNDC N° 513, del 25/07/05 emitido en el Expediente 064-012896/99 (C. 506) (en lo sucesivo, referido como el “Dictamen 513”), párrafo 413.

<sup>6</sup> Ver “Guía”, página 15: “...en la medida en que la información que se intercambia a través de estas entidades, sea comercialmente “sensible”, surge la posibilidad de que las decisiones de mercado de los asociados no sean tomadas de forma individual, y esto puede resultar problemático desde el punto de vista de la defensa de la competencia. Poseer esta información (es decir, información que tenga un carácter estratégico y que, de ser conocida por un competidor, pueda influir en sus decisiones en un mercado) es sin duda una de las maneras a través de las cuales las empresas competidoras son capaces de coordinar su comportamiento competitivo y puede ser el mecanismo con el que dichas empresas monitoreen el cumplimiento de un acuerdo de colusión”

<sup>7</sup> Caracterización basada en el contenido del Dictamen 513.

<sup>8</sup> Ver la “Guía”, punto “III.2. Intercambio de información entre competidores” *“El intercambio de información referida a precios, volúmenes de producción, estrategias comerciales futuras, planes de negocios, etc., tiene un alto potencial colusivo, mientras el potencial colusivo de información referida a condiciones generales del mercado es mucho más bajo”*

<sup>9</sup> Ver la “Guía”, página 15 *“Sin embargo, en la medida en que la información que se intercambia a través de estas entidades, sea comercialmente “sensible”, surge la posibilidad de que las decisiones de mercado de los asociados no sean tomadas de forma individual, y esto puede resultar problemático desde el punto de vista de la defensa de la competencia. Poseer esta información (es decir, información que tenga un carácter estratégico y que, de ser conocida por un competidor, pueda influir en sus decisiones en un mercado) es sin duda una de las maneras a través de las cuales las empresas competidoras son capaces de coordinar su comportamiento competitivo y puede ser el mecanismo con el que dichas empresas monitoreen el cumplimiento de un acuerdo de colusión”*

En similar sentido, la Comisión Europea señaló que la comunicación entre empresas es central para el sostenimiento de conductas colusivas<sup>10</sup>, por lo que tales intercambios son generalmente considerados con criterio restrictivo.

De allí que el intercambio de información competitivamente sensible pueda implicar una distorsión a la competencia – con entidad propia para perjudicar al interés económico general –, al reducir los incentivos a competir de las empresas participantes de tal intercambio.<sup>11</sup>

#### 4. Aspecto relevante: no debe existir intercambio de información competitivamente sensible.

Conforme fuera referido en los capítulos precedentes, la conducta reprochable consiste en el intercambio de información competitivamente sensible con el propósito de evitar o distorsionar la competencia.

Cuanto menor sea la consideración acerca de la existencia de intercambio de información competitivamente sensible, menor será el riesgo que la conducta sea reputada lesiva de la LDC.

Por tanto, la participación en procesos de Benchmarking entre competidores no debe incluir información competitivamente sensible; y sólo debería estar referida a cuestiones que no encuadren en tal calificación<sup>12</sup>, a información obtenible de medios públicamente accesibles, o a información que no sea actual.<sup>13</sup>

A fin de minimizar la consideración acerca de existencia de intercambio, es recomendable que la información sea suministrada a un tercero bajo compromiso de confidencialidad y al sólo efecto de compilarla para su presentación general<sup>14</sup> con propósito estadístico o de benchmarking,

---

<sup>10</sup> Ver a tal respecto el documento emitido por la Comisión Europea, titulado “Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements” (párrafo 79) “...Exchanges of information in such markets are more likely to cause appreciable negative effects as by increasing transparency, or modifying the market environment in another way (see below), they may facilitate coordination and monitoring among more companies than would be possible in its absence” (disponible en [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0114\(04\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0114(04)&from=EN)).

<sup>11</sup> Ver Dictamen 513, párrafo 123.

<sup>12</sup> Ver Resolución CNDC dictada en el Expte. N.º S01: 0371425/2016, caratulado: “INVESTIGACIÓN DE MERCADO SOBRE LAS CONDICIONES DE COMPETENCIA EN LA CADENA DE VALOR DE LA INDUSTRIA LECHERA (C. 1609)”; Nota al pie Nro. 48: “Cuando los competidores intercambian información comercial o cualquier otro tipo de información sensible, se podría estar facilitando la colusión y dañando la competencia, en perjuicio del bienestar del consumidor. Siguiendo el criterio establecido por la Federal Trade Commission y el Departamento de Justicia de los Estados Unidos en las “Guidelines for Collaboration Among Competitors” del año 2000, los competidores pueden intercambiar aquella información clasificada como “razonable”. El intercambio de información relacionada con precios, costos, demanda, clientes o planeamiento estratégico es el que genera mayor preocupación desde el punto de vista de la competencia. Según un informe de la autoridad de competencia sueca, “The Pros and Cons of Information Sharing” del año 2006, el potencial colusivo de las comunicaciones e intercambio de información puede clasificarse en alto (comunicación sobre planes futuros, intercambio de información de precios y cantidades); medio: (intercambio de información de costos y demanda); y bajo: intercambio de información agregada”

<sup>13</sup> Ver “Guía”, punto IV.3 “Si bien la antigüedad de la información puede variar según el mercado de que se trate, en general se entiende que la información es “histórica” cuando data de al menos 12 meses al momento de su publicación o intercambio”

<sup>14</sup> Ver documento emitido por la Office of Fair Trading del Reino Unido de Gran Bretaña titulado “Trade associations, professions and self-regulating bodies” Párrafo 3.12: “In general, the exchange of information on output and sales should not affect competition provided that it is sufficiently historic and aggregated and cannot influence future competitive market

A tal respecto la Guía<sup>15</sup> proporciona un importante factor orientador al señalar que "*La información de carácter agregado tiene un potencial colusivo bastante más bajo, mientras que la información que está individualizada por empresa puede utilizarse de manera mucho más directa para instrumentar acuerdos de colusión*"<sup>16</sup>

### **III. CONCLUSION Y RECOMENDACIONES**

En base a los argumentos referidos, concluimos que el suministro de información con fines estadísticos o de "benchmarking", bajo adecuados recaudos de confidencialidad y agregación, no resultaría contraria a la LDC.

Como criterio general (sin perjuicio de poder considerar situaciones específicas en función a las condiciones del caso concreto) se estima que la participación en procesos de benchmarking entre competidores sólo debería estar referida a datos que no califiquen como información competitivamente sensible.

En todos los casos, el suministro de información debería estar precedido de un acuerdo de confidencialidad con quien la compile a efectos de elaborar reportes estadísticos o de benchmarking, con compromiso expreso de utilizar la información a tal sólo efecto, asumiendo la obligación de procesarla en conjunto con la de otros competidores de modo que dicha información sea convertida y estandarizada a fin de ser presentada en forma global, sin que permita personalizar o identificar las fuentes de la información.

Considerando la potencialidad de incurrir en conducta anticompetitiva a través del intercambio de información competitivamente sensible, la consulta previa con el Departamento Legal o Asesores Jurídicos de la empresa resulta recomendable a fin de confirmar la factibilidad de participar en procesos de benchmarking.

---

*behavior. There may however be an appreciable effect on competition if it is possible to disaggregate the information and identify the participants. This may also be the case if the exchange relates to recent or current information, or information which relates to future plans"* (disponible en

[https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/284404/oft408.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284404/oft408.pdf))

<sup>15</sup> Ver "Guía", Página 15, párrafo 3.

<sup>16</sup> Ver asimismo el documento emitido por la Comisión Europea, titulado "Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements" (párrafo 89) "*Exchanges of genuinely aggregated data, i.e., where the recognition of individualised company level information is sufficiently difficult, are less likely to lead to restrictive effects on competition than exchanges of company level data*" (disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A52011XC0114%2804%29>)

---