

Mercados “b2b” y el mito de la transparencia perfecta

Pedro Callol García(*)

Abogado. Master en Derecho por Chicago Law School.

1 Introducción.

En la presente fase de consolidación tras los reveses sufridos en las cotizaciones bursátiles de las *dot-com*, uno de los sectores del comercio electrónico llamado a seguir suscitando interés entre los inversores es el de los mercados virtuales *business to business* (“b2b”). La razón se encuentra en que gran parte de los b2b son emprendidos por empresas ya implantadas en sus respectivos mercados tradicionales. Por eso, muchos b2b nacen con ciertas garantías de viabilidad al contar con una poderosa base financiera, clientela ya establecida, solidez del modelo de negocio y, en general, por estar basados en realidades económicas más que en meras expectativas.

El efecto inmediato derivado del empleo del Internet como medio de contratación de los b2b es un notable incremento de la transparencia en el mercado. En los manuales clásicos de teoría económica el acceso a toda la información disponible sobre el mercado es uno de los elementos definitorios de la “competencia perfecta”. No obstante, el inmediato acceso de las empresas a información sobre las ofertas de los competidores, unido a la tendencia a la concentración propiciada por los propios b2b, son factores que resultan en un amplio potencial para la presencia de comportamientos anticompetitivos.

Como suele suceder con otros productos y subproductos tecnológicos, la novedad de los mercados induce inicialmente a pensar en soluciones legales sofisticadas. Sin embargo, muchos de los riesgos planteados por los b2b pueden ser eludidos mediante el empleo de recetas ya tradicionales del Derecho de la Competencia. En este análisis recurrimos esencialmente a la experiencia acumulada por la Comisión Federal de

Comercio de los Estados Unidos de América (“FTC”) conjuntamente con el Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América (“DOJ”), y a cierta práctica administrativa consolidada de la Comisión Europea.

El presente trabajo se limita a un aspecto económico particular de los mercados b2b: el incremento de la transparencia derivado del acceso por parte de las empresas participantes en b2b a información sobre competidores, clientes y suministradores. En primer lugar se describen las distintas modalidades de contratación existentes en Internet, con especial atención a los mercados b2b. Seguidamente se realiza un análisis de los intercambios de información desde el punto de vista del Derecho de la Competencia, distinguiendo los intercambios de información permitidos de los prohibidos. Por último se concluye con algunos remedios de tipo práctico que procede sugerir para atenuar los problemas legales en la formación de mercados b2b.

2 Modelo de negocio de los mercados b2b.

2.1 Modalidades de comercio electrónico. Importancia económica de los mercados b2b.

2.1.1 Comercio electrónico destinado a consumidores (b2c y c2c).

La explotación comercial del Internet trajo consigo la aparición del comercio electrónico destinado a consumidores *business-to-consumer* (“b2c”). En la segunda mitad de los años 90, el comercio electrónico b2c se convirtió a ambos lados del Atlántico en una verdadera fiebre, un fenómeno socioeconómico que indujo a buen número de profesionales del sector de los

(*) Mi agradecimiento a Robert Mascola, de Arnold & Porter, por sus valiosos comentarios en la revisión de este artículo. La responsabilidad por el contenido es sólo mía, aunque el artículo no pretende ofrecer asesoramiento legal sobre asuntos o casos concretos.

servicios a abandonar sus carreras tradicionales para invertir sus ahorros y energías en variopintos *start-ups*, a cambio de ambientes de trabajo más jóvenes y abiertos y, sobre todo, ante la perspectiva de espectaculares ganancias financieras. En cuestión de meses nacieron páginas de Internet dedicadas a servir todo tipo de necesidades de consumo. Pronto, algunos de esos *start-ups* (*Yahoo!*, *Amazon.com*, etcétera) cotizaban en las principales plazas financieras internacionales, alcanzando sumas de capitalización bursátil que dejaban pequeños a conglomerados empresariales de los sectores tradicionales de la economía. Pese al fracaso financiero de muchos de esos *start-ups*, es innegable su aportación creativa al desarrollo de los programas de software y tecnologías necesarias para la realización de transacciones a golpe de “click” de ratón⁽¹⁾.

Con posterioridad nacieron los *consumer-to-consumer exchanges* (“c2c”), que sirven como intercambiadores para transacciones realizadas entre consumidores (un ejemplo es *eBay*, un mercado de subasta electrónica entre consumidores). El modelo de *eBay* es precursor de muchos b2b porque se basa en la concurrencia de multitud de consumidores con acceso a todas las ofertas procedentes de uno o varios consumidores-vendedores.

Los *bots* o agregadores constituyen un *tertium genus*. Estos intercambiadores, normalmente independientes (no participados ni promocionados por empresas oferentes) son catalizadores de un dramático incremento de la transparencia. Los *bots* realizan la

función de rastrear las ofertas listadas en diversos sitios web, de manera que el consumidor tiene la posibilidad de comparar los precios y condiciones provenientes de diversos mercados b2c o c2c, presentadas de forma agregada⁽²⁾.

2.1.2 Comercio electrónico destinado a empresas (b2b).

Los mercados b2b son sitios *web* que sirven como sede para la realización de transacciones electrónicas en las que las partes son empresas. En Estados Unidos, y más recientemente en Europa, han aparecido en los últimos años mercados b2b orientados a la práctica totalidad de las actividades productivas de la economía, tales como energía, componentes, construcción, alimentación, transporte, aeronáutica, automoción o material de oficina. El relativo éxito de los b2b (si bien algo atenuado en la actual coyuntura depresiva) radica en las enormes perspectivas de reducción de costes en los ciclos productivos. Las transacciones b2b en Estados Unidos, principal sede de la economía virtual, representan ya hoy el 79.2 por ciento del gasto en comercio electrónico, porcentaje que se elevará hasta el 87 por ciento en el 2004⁽³⁾. Las estimaciones por sectores resultan bastante alentadoras para el comercio b2b⁽⁴⁾.

En Europa las cifras son algo más modestas aunque no por ello despreciables: en el año 2000 las transacciones b2b alcanzaron en la Comunidad Europea la suma de 500 millardos de euros. En tan sólo cinco

(1) Los esfuerzos por lograr la mejor tecnología dieron lugar a controversias jurídicas de considerable importancia. Una de ellas es la de la patente de modelo de negocio (la primera decisión judicial en la que se confirma la validez de estas patentes es *State Street Bank & Trust Co. v. Signature Financial Group, Inc.* US Federal Court of Appeals, Federal Circuit, 1998, 149 F.3d 1368, 47 USPQ 2d 1596), consistente en la posibilidad de patentar un método de negocio (*single click* de Amazon, *reverse auction* de Priceline). Estas patentes han sido muy criticadas porque confieren a sus propietarios un derecho exclusivo que se ha considerado por algunos como demasiado amplio y poco justificado por un esfuerzo inventivo suficiente.

(2) Ver, por ejemplo, www.agentbuilder.com/Documentation/appnote/buyerSeller.html y www.rusure.com.

La “agregación” indicada no se lleva a cabo necesariamente de manera autorizada. Empresas como *eBay* han lanzado la voz de alarma sobre los *bots*, acusándoles de actuar como empresas parasitarias que viven del trabajo de otros sitios de comercio electrónico, e incluso se han llevado a cabo acciones legales tendentes a evitar la intrusión electrónica de los *bots* en otras páginas *web*. Los argumentos empleados por *eBay* son varios. El argumento de propiedad intelectual, si bien discutible, es difícil que prospere, puesto que los simples precios de productos (accesibles al público) difícilmente pueden ser objeto de propiedad intelectual en ausencia de una presentación específica o una disposición en forma de base de datos. También se ha recurrido a la analogía con el derecho de exclusión del dueño de una tienda respecto de los clientes, comparando dicho derecho con el derecho putativo a excluir del propio sitio *web* las señales electrónicas procedentes del *bot* (el precedente barajado en los Estados Unidos es *Mosher, appellant v. Cook United, Inc. Hudson Food Warehouse Corp., Appellee et al.* No. 79-1129, 62 Ohio St. 2d 316). Pero también es discutible la aplicabilidad de esa analogía, dada la particular naturaleza ubicua del mundo virtual.

(3) *E-commerce Times Newsletter*, 5 de enero de 2001.

Salomon Smith Barney, un banco de negocios, estima que el sector b2b puede llegar a alcanzar entre 1 y 2 trillones (billones europeos) de dólares americanos de capitalización bursátil. Las nuevas empresas b2b cotizadas corresponderán a cuatro categorías: (i) empresas de Internet que emplean el medio virtual para desarrollar nuevas formas de negocio, (ii) empresas de Internet que reemplazan a intermediarios tradicionales o eliminan su necesidad, (iii) empresas tradicionales que trasladan su modelo de negocios al medio virtual, y (iv) empresas especializadas en satisfacer la nueva demanda de aplicaciones informáticas para b2b (*b2b E-Commerce, a Vertical and Horizontal Perspective. A White Paper on the b2b E-Commerce Industry*. Salomon Smith Barney, January 18, 2000).

(4) Ver tabla adjunta al final del texto.

años, en el 2005, la cifra estimada asciende a 900 millardos de euros⁽⁵⁾.

2.1.3 Comercio electrónico destinado a la contratación pública (b2g).

Por último, procede hacer una mención a los recientemente denominados sitios *business-to-government* ("b2g"). Los b2g son una modalidad de b2b destinada a servir a las empresas como plataforma de negocio con las Administraciones Públicas. Las prestaciones de los b2g son variadas. Por ejemplo, una empresa privada interesada en prestar servicios a las Administraciones Públicas podría dirigirse a un sitio b2g para obtener información centralizada y actualizada de ofertas públicas para contratistas en cualquier sector, ofrecidas por las distintas Administraciones Públicas a todos los niveles (Unión Europea y organizaciones internacionales, Estado, Comunidades Autónomas y hasta los más remotos municipios). Otra de las finalidades lógicas del b2g es el *government e-procurement*, cuyo objeto es la prestación de servicios o venta de suministros a entidades públicas de manera similar a como las ventas se desarrollan entre firmas privadas⁽⁶⁾. De acuerdo con recientes estimaciones, el b2g aumentará su volumen de negocios de 1,5 millardos de dólares USA en el 2000, hasta 6,2 millardos de dólares USA en el año 2005⁽⁷⁾.

2.2 Modalidades de b2b.

Una clasificación extendida distingue entre b2b horizontales y verticales. Mercados b2b horizontales son aquellos en los que los bienes y/o servicios negociados están destinados a una **generalidad de industrias**; los destinatarios potenciales son un amplio universo de empresas situadas en industrias distintas (por ejemplo, b2b de venta de aluminio destinado a industrias de automoción, aeronáutica y electrodomésticos en todas las fases de producción y posventa). En cambio, cuando el b2b está específicamente destinado a **una sola industria**, se habla de b2b verticales (b2b de venta de piezas de automóvil destinadas específicamente a las empresas de ensamblaje de automóviles). Los mercados b2b verticales se limitan al abastecimiento de una

industria concreta en todas sus fases productivas, por diversas que puedan ser sus necesidades, y suelen ofrecer contenidos especializados.

En las consultas realizadas por la FTC en el verano de 2000, se habló de una categoría intermedia entre los b2b verticales y horizontales: los b2b **diagonales**. Los productos ofertados a través de b2b diagonales están dirigidos a un **tipo concreto de comprador y producto, en una generalidad de industrias** (por ejemplo, venta de piezas de motores de explosión destinadas a (i) empresas de reparación y mantenimiento de automóviles; (ii) empresas de reparación y mantenimiento de aviones; y, (iii) a empresas de reparación y mantenimiento de barcos).

Otra distinción común atiende a la estructura de la propiedad del b2b. Así, los b2b serán independientes cuando la propiedad de la empresa gestora del b2b corresponde a una persona no relacionada con las empresas que ofrecen sus servicios en dicho mercado b2b⁽⁸⁾. La categoría contraria corresponde a aquellos b2b que pertenecen a las mismas empresas que ofrecen sus bienes en el mismo mercado virtual b2b⁽⁹⁾.

Por último, otra distinción de relevancia legal atiende al carácter abierto o cerrado del b2b en relación con la admisión de nuevos miembros. La configuración de un b2b como abierto o cerrado puede tener un efecto sensible sobre la competencia. En concreto, un mercado b2b cerrado puede convertirse en un medio eficaz de exclusión de competidores, particularmente cuando las empresas participantes tienen cuotas de mercado significativas.

2.3 Funciones desarrolladas por los mercados b2b.

La función más visible de los mercados b2b es la centralización de la información sobre oferta y demanda en un único mercado virtual de inmediato acceso. La información centralizada puede versar, entre otros, sobre los siguientes aspectos:

- a) Listas de productos ofertados y/o demandados.
- b) Listas de precios, modalidades de pago y condiciones concretas de contratación de cada uno de los productos ofertados.

(5) *E-commerce Times Newsletter*, 4 de febrero de 2001 (<http://www.ecommercetimes.com/news/articles2000/001102-1.shtml>).

(6) Esta modalidad de contratación permitiría al sector público beneficiarse plenamente de las eficiencias propias de los b2b, pero será difícil su implantación sin una revisión radical de las reglas tradicionales de contratación con las Administraciones Públicas.

(7) The Gartner Group, ITXpo 2000 symposium, San Diego. <http://www.office.com/global/0.2724.800-18748.FF.html>.

(8) Ejemplos de mercados b2b independientes: www.freemarkets.com, www.verticalnet.com (aplicaciones con enlaces a múltiples b2b, ofreciendo simultáneamente soluciones de software y logística para mercados b2b); www.e-steel.com (materiales industriales); www.guru.com; www.freelance.com (mercado de servicios profesionales independientes).

(9) www.buyproduce.com (productos perecederos); www.Myaircraft.com (industria aeronáutica); www.covinsint.com (industria automoción).

c) Información sobre transacciones realizadas previamente, con acceso a datos personales y/o estadísticos que configuran el perfil de cada comprador.

d) Información sobre descuentos y beneficios correspondientes a programas especiales de comercialización y aplicables a cada comprador concreto en función de su perfil e historia comercial.

e) Información sobre modalidades disponibles para el transporte del producto o prestación del servicio.

f) Información sobre el estado de ejecución de un pedido.

2.4 Incremento de la eficiencia económica.

Los mercados b2b están llamados a mejorar notablemente los procesos productivos, reduciendo notablemente los costes de transacción. Entre los costes de transacción referidos se incluyen los costes que para una empresa requiere la adquisición de un bien o servicio de acuerdo con los mecanismos tradicionales. Por ejemplo, los costes de buscar la mejor oferta: los costes en tiempo y trabajo remunerado derivados de identificar al mejor vendedor, se reducen drásticamente con el acceso unificado a la totalidad o a un universo suficientemente amplio de ofertas. En el mundo b2b la empresa demandante no necesita que un empleado se encargue de contactar directamente con otro empleado de la empresa vendedora. Los pedidos se pueden realizar directamente en línea, con lo que los costes de fax, teléfono e incluso transporte de representantes de ventas se reducen de forma sustancial.

Los b2b permiten, asimismo, el flujo de gran cantidad de información entre empresas competidoras. El intercambio de información confiere a cada empresa la posibilidad de planificar y ejecutar con mayor precisión su estrategia competitiva, permitiendo la generación de eficiencias para el conjunto del mercado. Pero en la medida en que esa información sirva como instrumento de coordinación competitiva en mercados concentrados (ya que el riesgo en mercados no concentrados es despreciable, como se verá más adelante) su intercambio debe ser vigilado atentamente.

Por otro lado, el incremento del poder de mercado por el lado de la demanda puede resultar claramente

ventajoso y dar lugar a eficiencias hasta el momento difíciles de conseguir⁽¹⁰⁾. Por ejemplo, en la contratación tradicional en mercados fragmentados muchas empresas tienen vedado el acceso a ciertos canales de distribución que sólo son rentables cuando se alcanza un determinado volumen de compra. Gracias a los b2b, será mucho más fácil agregar varios pedidos menores, permitiendo a grandes fabricantes vender a pequeñas empresas con las cuales antes no era rentable contratar. Y las pequeñas empresas, por su parte, podrán beneficiarse de ahorros por compras de grandes volúmenes de mercancías, a los que no podrían aspirar en ausencia de b2b.

La cuestión de las eficiencias resulta clave en el análisis competitivo de los b2b. De las actuaciones de la FTC, DOJ y de la Comisión Europea, resulta claro que estas agencias no quieren ser percibidas como obstáculos a las sustanciales eficiencias económicas que se esperan de los b2b. De ahí que las decisiones de ambas autoridades sean tolerantes con los acuerdos de formación de b2b, llevando a cabo un análisis hasta el momento permisivo de los problemas planteados⁽¹¹⁾. En el fondo una posición flexible es deseable en un mercado muy dinámico en el que las empresas deberían encontrarse en situación de responder a los intentos de otra empresa de hacer efectivo su poder de mercado. Pero en mercados muy concentrados no cabe duda de que persiste un riesgo latente de situaciones anticompetitivas derivadas del incremento de la transparencia provocado entre otros factores por acuerdos de intercambios de información entre competidores.

3 Transparencia, concentración y competencia.

3.1 Consideración general acerca del incremento de la transparencia en el mercado.

Como se ha indicado con anterioridad, los mercados b2b generan un notable incremento de la transparencia. Informaciones sobre precios y otras condiciones de contratación sobre descuentos, ventajas, costes de transacción, portes, etcétera; pueden encontrarse de manera inmediata mediante el acceso a un mercado b2b.

(10) Como es obvio, sin embargo, la excesiva concentración por el lado de la demanda puede dar lugar a situaciones de ejercicio anticompetitivo de poder de mercado por parte de ciertos compradores. Pero el análisis de este problema es merecedor de un estudio separado y no se considera aquí.

(11) Por ejemplo, Decisiones de la Comisión de 13 de julio de 2000, *Emano*, asunto IV/2027, de 4 de agosto de 2000, *Myaircraft.com*, asunto IV/M.1969 y de 6 de octubre de 2000, *Chemploter*, asunto IV/M.2096. En Estados Unidos, la FTC ha investigado, entre otros el b2b del sector de la automoción *Covisint*, y ha cerrado la investigación declarando que, al menos por el momento, se permite la operación. No obstante la FTC declara que a la vista de la importancia económica de los participantes, no se puede afirmar que la operación esté libre de riesgos anticompetitivos, dejando la puerta abierta a posibles acciones futuras (*FTC press release*, 11 de septiembre de 2000).

Desde el punto de vista de la demanda, el incremento de la transparencia en el mercado puede considerarse procompetitivo. El acceso a la información concede a los compradores la posibilidad de comparar la oferta disponible con gran facilidad. Al reducirse los costes de búsqueda por parte de los compradores, las firmas oferentes se ven obligadas a ajustar sus precios hacia niveles más próximos a los costes. Estos efectos económicos, pese a hacer el mercado más competitivo, constituyen motivaciones de negocio atractivas para las empresas que concurren para vender su producto en mercados b2b, porque las empresas esperan captar clientes con la promesa de un mercado más transparente y mejores precios.

Por las mismas razones, sin embargo, el incremento de la transparencia en mercados concentrados puede despertar sospechas cuando se contempla desde el punto de vista de la oferta. Por ejemplo, una reducción de los precios o el lanzamiento de un nuevo sistema de descuento más beneficioso para los clientes, son susceptibles de ser replicados de manera instantánea por los competidores por dos razones: (i) el acceso inmediato a la información permite una reacción más rápida por parte de los competidores⁽¹²⁾ y, (ii) los compradores en este mercado transparente, procederán de manera inmediata (ausencia de costes de búsqueda) a realizar sus compras con la empresa que ofrece mejores condiciones. Las empresas en un mercado con estas características encontrarán poco atractivo realizar ofertas más competitivas. Igualmente, los intentos de mejorar la calidad del producto con vistas a imponer precios superiores o condiciones más onerosas que el resto, también son susceptibles de ser replicados de manera inmediata por los competidores⁽¹³⁾.

Siguiendo el esquema indicado, las empresas anticiparán un nivel de precios más competitivo y menores ingresos que los existentes en un entorno de menor transparencia. Asimismo, los incentivos para

realizar ofertas competitivas (aumentar ventas, cuota de mercado e ingresos) se reducen notablemente debido a la facilidad con que los competidores pueden reaccionar anulando cualquier posibilidad de obtener una ventaja competitiva. Simultáneamente, las empresas deducen claros incentivos para llegar a acuerdos, expresos o no, de fijación de precios a un nivel supracompetitivo que les permita hacer efectivo su poder de mercado.

Un claro ejemplo del efecto descrito derivado de un incremento de la transparencia se encuentra en la señera decisión *UK Tractor*⁽¹⁴⁾. En este asunto la Comisión Europea muestra su preocupación porque un intercambio de información entre competidores (un incremento de la transparencia por el lado de la oferta) pueda redundar en desincentivos para la competencia y en el deseo de crear condiciones de competencia distintas de las existentes en condiciones normales de mercado, reemplazando los riesgos de competencia en precios con cooperación práctica.

3.2 Implicaciones del grado de concentración en el mercado en el análisis de los riesgos derivados del incremento de la transparencia.

Los riesgos derivados del incremento de la transparencia son apreciables en mercados considerablemente concentrados. El escenario de coordinación de precios al que se hizo referencia en el punto 3.1, anterior, es difícilmente concebible en mercados de oferta fragmentada o no muy concentrada⁽¹⁵⁾.

La preocupación relativa a la coordinación competitiva es mayor en mercados concentrados en primer lugar porque es mucho más fácil para un b2b llegar a acaparar una parte sustancial de la oferta cuanto menor sea el número total de empresas oferentes. En segundo lugar, en un mercado fragmentado el análisis sobre

(12) En esta afirmación se parte de la asunción de que las empresas participantes en el b2b tienen una estructura comparable de costes de producción.

(13) No obstante debe tenerse en cuenta que los mercados b2b, por su propia naturaleza, son más dados a servir como medios de contratación de productos de escasa diferenciación por factores distintos al precio (calidad del producto o servicio). En su mayoría los bienes intercambiados a través de b2b son *commodities*, tales como materias primas, piezas, suministros y repuestos.

(14) Decisión de la Comisión de 17 de febrero de 1992, DOCE L68, confirmada por la STJCE de 27 de octubre de 1994, asunto T-34/92, Rec. (1994) p. II-905.

(15) Una definición numérica del nivel de concentración se encuentra en las *1992 Horizontal Merger Guidelines* del DOJ y la FTC, revisadas en abril de 1997. En ellas, el DOJ y la FTC emplean el índice de Herfindahl-Hirschman, que se calcula sumando los cuadrados de las cuotas de mercado de las empresas participantes en un mercado. El mercado es un monopolio si la suma resultante es igual a 10.000. Si la suma resultante es mayor de 1800, el mercado es muy concentrado. Si la suma resultante es menor de 1.000, el mercado se considera poco concentrado. Por ejemplo, un mercado con veinte competidores, cada uno de ellos con un 5 por ciento de cuota de mercado, tendrá un HHI de 500, considerándose un mercado poco concentrado. Por el contrario, un mercado con tres competidores, dos de ellos con 40 por ciento de cuota de mercado y un tercero con el 20 por ciento, tendrá un HHI de 3600, considerándose dicho mercado muy concentrado.

incentivos y desincentivos a que se hizo referencia en el punto 3.1 anterior se altera notablemente. Supongamos que la mayoría de las empresas oferentes en un mercado de oferta dispersa logran llegar a agruparse en torno a un b2b. En ese supuesto, los *monitoring costs* o costes de vigilancia para controlar que todos los competidores se mantienen dentro del nivel pactado de precios serían muy elevados. Por otra parte, en el mercado fragmentado será más fácil para una empresa salirse del cauce del mercado b2b o vender por otro cauce ofreciendo mejores precios. El desincentivo de las empresas consistente en la facilidad para ser detectadas y anular la reducción de precios es mucho menor. En un mercado de oferta dispersa existen mayores incentivos para mejorar las condiciones de venta y ganar cuota de mercado frente a los competidores.

El análisis de la práctica administrativa de la Comisión Europea confirma que la preocupación por el incremento de la transparencia se limita casi exclusivamente a mercados con un elevado grado de concentración⁽¹⁶⁾. En ese sentido conviene poner de relieve que los b2b están llamados a provocar un incremento de la concentración de la oferta en aquellos mercados a los que sirven: las empresas agrupadas en torno a un b2b serán mucho más propicias a descubrir sinergias que hagan conveniente una u otra modalidad de concentración económica. El aumento de la concentración en la distribución es más inmediato si los b2b se constituyen como centrales de venta o compra con carácter de exclusiva (obligándose las empresas matrices a canalizar sus ventas solamente con la empresa gestora o propietaria del b2b). Pero incluso en ausencia de la exclusividad, es previsible un aumento de la concentración. Si las previsiones de incremento de eficiencia económica y aumento de la satisfacción de las empresas compradoras son ciertas, se producirá un desplazamiento de las ventas desde los cauces de venta tradicionales hacia los mercados b2b, y desde los b2b con menor tráfico a aquéllos dotados de mayor tráfico. Por otra parte, los b2b generan externalidades de red que promueven la tendencia a la concentración, al actuar como polos magnéticos que atraen más empresas clientes y por tanto más miembros, cuanto más amplia es la base de participantes en el b2b. Por tanto, es racional esperar una doble tendencia general a la concentración, derivada de (i) la canalización de las ventas a través de b2b antes

que por los medios tradicionales; y, (ii) la consolidación en un número reducido de b2b.

La existencia de barreras de entrada elevadas es otro factor que propicia que los intercambios de información sean objeto de preocupación. Si toda la oferta de un mercado se agrupa en torno a un b2b que facilita un alto grado de transparencia, el riesgo de coordinación en precios y otras condiciones de competencia será menos preocupante siempre que las barreras de entrada de nuevos competidores sean reducidas. En ausencia de barreras de entrada considerables, las empresas participantes en ese b2b saben que si los precios por ellas fijados son muy superiores al nivel competitivo surgirán inmediatamente nuevos competidores dispuestos a vender a un nivel de precios más cercano al nivel competitivo. La práctica de la Comisión Europea en materia de intercambios de información permite identificar las siguientes barreras de entrada cuya concurrencia complica la legalidad de dichos intercambios:

a) Necesidad de fuertes inversiones iniciales. Frecuentemente esas inversiones iniciales tendrán carácter de costes hundidos o incurridos para las empresas integrantes del mercado b2b. La naturaleza de las inversiones iniciales dependerá del mercado de que se trate. Puede referirse a una infraestructura no replicable en el corto plazo (planta industrial compleja, densa red de distribución y servicios) o a una tecnología de costoso desarrollo.

b) Mercado afectado por sobrecapacidad productiva. La existencia de sobrecapacidad reduce notablemente los incentivos de nuevos competidores para entrar en el mercado⁽¹⁷⁾.

c) Elevada fidelidad de marca⁽¹⁸⁾. En su presencia, será más difícil para nuevas empresas conseguir clientes, que estarán dispuestos a pagar precios más altos con tal de seguir ligados a los proveedores tradicionales.

d) Mercado de reemplazo de productos utilizados frente a un mercado en el que los compradores adquieren el bien por primera vez. En la Decisión *UK Tractors*, citada, la Comisión pone de manifiesto que el mercado relevante es primordialmente de clientes que compran para reemplazar tractores viejos. El mercado de primeros compradores es reducido.

e) En la Decisión *UK Tractors*, citada, la Comisión muestra su preocupación por el hecho de que el propio

(16) Por ejemplo, Decisiones de la Comisión de 11 de mayo de 1973, *Kali un Salz*, DOCE L217, de 15 de mayo de 1974, *IFTRA Glass Containers*, DOCE L160 y de 27 de julio de 1994, *PVC*, DOCE L239.

(17) Decisión de la Comisión *PVC*, citada.

(18) Decisión *UK Tractors*, citada.

Los b2b permiten (...) el flujo de gran cantidad de información entre empresas competidoras. El intercambio de información confiere a cada empresa la posibilidad de planificar y ejecutar con mayor precisión su estrategia competitiva, permitiendo la generación de eficiencias para el conjunto del mercado

sistema de intercambio de información representara en sí mismo una barrera de entrada. En concreto, la Comisión denuncia que la información obtenida era susceptible de permitir a los participantes en el sistema de información identificar la presencia de nuevos entrantes y tomar medidas contra ellos.

f) La existencia de una regulación distinta a la aplicada por un nuevo entrante en su lugar de origen puede constituir una seria barrera de entrada. Piénsese en los elevados costes que en ciertas ocasiones puede exigir la adaptación de una estructura productiva a un nuevo entorno regulador.

La cuestión de las barreras de entrada dependerá del mercado concreto en el que opere cada b2b. En todo caso, el incremento de transparencia por el lado de la oferta provocado por la puesta en marcha de un b2b será menos preocupante cuanto más dispersa sea la oferta y menores las barreras de entrada en el mercado relevante.

4 Análisis de los intercambios de información en el ámbito de los mercados b2b. Qué intercambios son permisibles y cuáles deben ser evitados.

El intercambio fluido de información es inherente al diseño propio de los b2b y a la tecnología empleada

en los mismos. Además, el intercambio de información es, en muchas ocasiones, uno de los atractivos comerciales en los que se basa el modelo de negocio de los b2b. Desde la perspectiva del Derecho de la Competencia, los rasgos económicos de los mercados b2b antes descritos (incremento de la transparencia, tendencia a la concentración, etcétera), propician que los intercambios de información realizados a través de los b2b sean potencialmente objeto de escrutinio por parte de las autoridades de defensa de la competencia. De ahí la conveniencia de comprender qué intercambios de información han sido considerados lícitos y cuáles han sido considerados prohibidos.

4.1 Intercambios de información analizados por la Comisión Europea⁽¹⁹⁾.

4.1.1 Información de carácter abstracto e información sobre aspectos individualizados⁽²⁰⁾.

Los intercambios y análisis de datos destinados a la elaboración de estadísticas generales de producción y ventas en un determinado mercado están permitidos, siempre y cuando las estadísticas resultantes no permitan a las empresas la identificación de competidores individuales.

Estos supuestos de intercambio de información se aproximan bastante a los servicios estadísticos en los que una oficina independiente se ocupa de procesar la información individualizada de las empresas, produciendo estadísticas anónimas para el mercado. En el supuesto de los mercados b2b, nada obsta a que la empresa gestora del mercado b2b asuma la tarea de recoger cifras individualizadas y elaborar estadísticas generales, siempre y cuando las empresas miembros del mercado b2b no tengan acceso a la información individualizada suministrada por el resto de empresas miembros del b2b.

Los intercambios de información pueden regularse mediante cláusulas de confidencialidad entre la empresa propietaria del b2b y cada una de las empresas miembros. No obstante, la autoridad garante de la competencia podría exigir garantías adicionales

(19) Las decisiones referidas en este apartado son decisiones *ex* artículo 81 (antiguo artículo 85) del Tratado CE. En el marco de control de concentraciones para la formación de mercados b2b, el análisis puede variar sensiblemente (si los intercambios se estructuran como restricciones accesorias) aunque es sustancialmente similar en lo que se refiere a intercambios que puedan incidir sobre el nivel de precios.

(20) A partir del párrafo 61 de la Decisión *UK Tractors*, citada.

para evitar que las empresas miembros compartan información sensible fuera del ámbito del mercado b2b⁽²¹⁾.

4.1.2 Información actual e información de carácter histórico.

La Comisión Europea ha declarado que el intercambio de información de carácter histórico que no se encuentra al día y no refleja ya el comportamiento competitivo de las empresas está permitido. Cuando la información es histórica, la Comisión Europea permite incluso el intercambio de datos con un elevado nivel de detalle que identifiquen a competidores concretos. La Comisión ha considerado información histórica aquella con más de un año de antigüedad⁽²²⁾. No obstante, la Comisión Europea también ha declarado que los intercambios de información histórica pueden resultar anticompetitivos en aquellos casos en que dicha información combinada con otra información compartida, permita a las empresas extrapolar datos de negocios sensibles y actuales⁽²³⁾.

Los mercados b2b pueden servir a las empresas participantes, por tanto, para ver qué es lo que los competidores hacían en el pasado, siempre y cuando dicha información no sea de un carácter tal que permita extrapolar información sensible y actual sobre competidores concretos.

4.1.3 Frecuencia de los intercambios de información.

La frecuencia de los intercambios incide sobre el carácter más o menos restrictivo de los intercambios, de manera que los mismos son más restrictivos cuanto más frecuentes. En particular, el intercambio cuatrimestral de información actual, en combinación con el intercambio de información de carácter histórico se ha considerado ilegal al menos en un supuesto en que la información combinada permitía la identificación de firmas individuales⁽²⁴⁾.

4.1.4 Información sobre precios y condiciones de contratación.

Como ya se ha anticipado, los datos sobre precios y condiciones de contratación sobre competidores concretos constituyen la información más sensible. Su intercambio queda completamente prohibido a no ser que se trate de datos históricos. Dentro de esta rúbrica se incluye toda información relativa a políticas de precios, listas de precios, descuentos, condiciones de venta, fechas y cuantías de alteración de tarifas, condiciones especiales o exenciones concedidas a clientes y condiciones de pago⁽²⁵⁾.

Igualmente, los intercambios que recaen sobre los niveles de costes actuales quedan prohibidos⁽²⁶⁾.

En consecuencia, se evitarán suspicacias si los acuerdos para la constitución de mercados b2b incluyen cláusulas que impidan de manera expresa a las empresas presentes en el mercado b2b compartir información sobre precios, condiciones de contratación y costes.

4.1.5 Información relativa a la producción, ventas, inventarios y *stocks*.

Los intercambios de información relativos a datos individualizados y actualizados sobre niveles de producción y ventas son ilegales. La prohibición incluye los siguientes tipos de información: cantidades y productos producidos, situación de los inventarios y *stocks*, predicciones o estimaciones de producción, órdenes de compra, predicciones o estimaciones de la demanda esperada, costes de producción, cifras de venta, cantidades exportadas, suministros⁽²⁷⁾.

4.1.6 Información sobre posiciones de mercado, inversiones y secretos de negocios.

Los intercambios de información actualizada relativa a preferencias de los clientes, cuotas de mercado, posiciones de mercado, planes de producción, estrategias comerciales, gestión (*management*), información y desarrollo, y en general los intercambios

(21) Decisión *UK Tractors*, citada. En Estados Unidos existe una política similar de tolerancia con los intercambios de información de carácter abstracto.

(22) Párrafo 50 de la Decisión *UK Tractors*, citada.

(23) Párrafo 37 de la Decisión de la Comisión Europea de 2 de diciembre de 1986, *Fatty Acids*, DOCE L3.

(24) Decisión de la Comisión de 2 de diciembre de 1986, *Fatty Acids*, precitada.

(25) Decisión de la Comisión de 15 de mayo de 1974, *IFTRA rules on Glass Containers*, DOCE L 160, párrafo 40; Decisión de la Comisión de 15 de julio de 1975, *COBELPA*, DOCE L 242, párrafo 29; Decisión de la Comisión de 15 de diciembre de 1986, *X/Open Group*, DOCE L 35.

(26) Decisión de la Comisión de 15 de julio de 1975, *IFTRA rules-Virgin Aluminium*, DOCE L 228.

(27) Decisión de la Comisión *Kali und Salz*, precitada; Decisión de la Comisión en el asunto *COBELPA*, precitado; Decisión de la Comisión en el asunto *PVC*, precitado.

de información sensible sobre productos y mercados, se consideran prohibidos⁽²⁸⁾.

4.1.7 Intercambios de información relativos a la actuación de las empresas en las actividades de contratación pública.

El intercambio de información sobre la intención de las empresas de participar o no participar en un procedimiento de adjudicación de un contrato administrativo está prohibido. Del mismo modo, está prohibido el intercambio de información sobre plicas y condiciones ofertadas por las empresas⁽²⁹⁾.

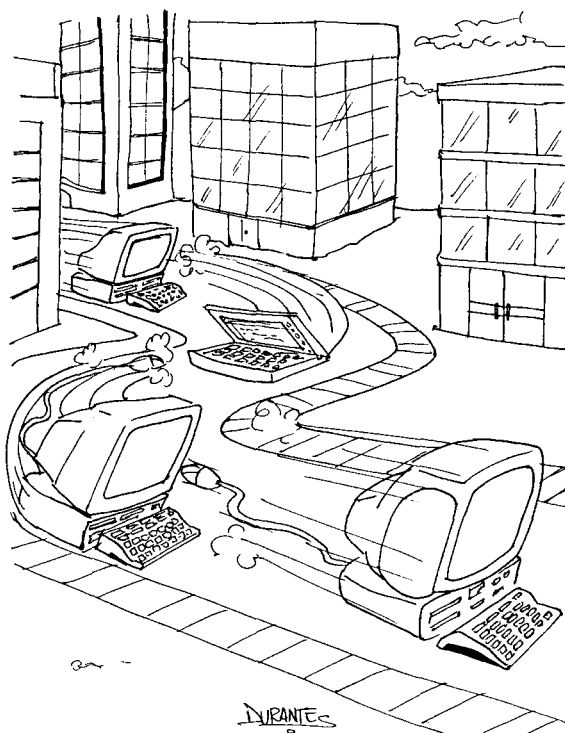
La regulación de intercambios de estas modalidades de información será especialmente relevante en la constitución de mercados b2g (*business-to-government*) referidos más arriba.

4.1.8 Intercambios verticales de información.

En estos supuestos la información sensible es la que fluye de abajo hacia arriba más que de arriba hacia abajo u horizontalmente. A la Comisión Europea le preocupa que la información suministrada por distribuidores a fabricantes sirva a estos últimos para tratar de imponer condiciones de reventa o controlar los flujos de comercio intracomunitario. Por eso, a pesar de que fabricantes y distribuidores no se encuentran normalmente en relación de competencia, se puede afirmar con carácter general que es preciso mostrarse cautelosos ante los siguientes acuerdos de información:

a) Cláusulas en virtud de las cuales los distribuidores están obligados a proveer información detallada sobre los precios o condiciones de reventa. La introducción de un campo electrónico en la página *web* de un b2b solicitando al distribuidor la introducción de información sobre condiciones de reventa puede, por tanto, implicar un cierto riesgo legal⁽³⁰⁾.

b) Por otra parte es preciso crear las salvaguardas necesarias para evitar que cualquier información suministrada por distribuidores a la empresa gestora del b2b o a los fabricantes, sea compartida con otros distribuidores. Es preciso controlar este tipo de flujos de información ya que, si bien fabricantes y distribuidores se encuentran en relación vertical, los distribuidores son competidores directos entre sí⁽³¹⁾.



4.2 Los intercambios de información en el Derecho *antitrust* norteamericano.

En los Estados Unidos, la posición de las agencias administrativas (FTC, DOJ) y de la jurisprudencia es *a priori* algo menos restrictiva que la existente en el Derecho comunitario. Ello se debe a que los acuerdos de información entre competidores no están prohibidos *per se*, al contrario que otros acuerdos horizontales, sino que se sujetan a la *rule of reason*. Los acuerdos para el intercambio de información entre competidores son, por tanto, merecedores de un análisis detenido sobre los efectos procompetitivos. Potencialmente el empleo sistemático de la *rule of reason* puede permitir una gran flexibilidad a la hora de evaluar intercambios de información. En ocasiones, incluso acuerdos horizontales cuyo propósito es la fijación de precios pueden ser merecedores de un análisis sobre los méritos competitivos y (al menos en un caso

(28) Decisión de la Comisión de 5 de diciembre de 1984, *Fire Insurance*, DOCE L 35; Decisión de la Comisión en el asunto *PVC*, precitado.

(29) Decisión de la Comisión de 5 de febrero de 1992, *Construction Industry in the Netherlands*, DOCE L 92, párrafo 24. En esta Decisión la Comisión consideró anticompetitivos los intercambios de información relativos a empresas competidoras no miembros del sistema de información.

(30) Decisión de la Comisión de 12 de junio de 1982, *Hasselblad*, DOCE L161 y Decisión de 15 de diciembre de 1992, *Ford Agricultural*, DOCE L20. Asimismo, Decisión de la Comisión de 29 de Octubre de 1997, *Uniworltd*, párrafo 43.

(31) Ver *Hasselblad*, citada.

revolucionario que todavía es de plena actualidad) estar justificados⁽³²⁾.

En cuanto a la naturaleza de los acuerdos permitidos y prohibidos, la posición de los tribunales norteamericanos no difiere demasiado de la posición existente en el ámbito comunitario. Así, el Tribunal Supremo ha autorizado intercambios de información abstracta para la elaboración de estadísticas o información de carácter histórico, pero ha prohibido los acuerdos de intercambio de información cuyo propósito es la ejecución de acuerdos de coordinación de precios⁽³³⁾. El DOJ y la FTC siguen los dictados de la jurisprudencia y se muestran dispuestos a una cierta flexibilidad en el análisis de los acuerdos. Un ejemplo de ello se encuentra en los *Health Care Statements*, aplicados al sector de la salud norteamericano⁽³⁴⁾. En estas declaraciones las agencias permiten, entre otros, los intercambios de información entre competidores en materia de tarifas con las siguientes condiciones⁽³⁵⁾:

a) La recolección de datos y su posterior tratamiento deben ser realizados por una tercera parte no competidora (por ejemplo un comprador, una agencia gubernamental, una asociación comercial, un consultor o una institución académica).

b) La información sobre tarifas suministrada a competidores debe tener al menos tres meses de antigüedad (la Comisión Europea ha exigido un año, apartado 4.1.2, supra).

c) Debe haber un mínimo de cinco empresas que suministren la información y cada competidor individual debe ponderar con más del 25 por ciento en el parámetro de información suministrado. Además, la información debe tener carácter agregado, para no permitir la identificación de los precios o información sobre costes de competidores individuales.

5 Fuera luces y taquígrafos: cómo evitar problemas con las autoridades de defensa de la competencia.

El comercio electrónico, y en particular el comercio b2b, han generado la capacidad tecnológica para que sea realidad la total transparencia en el mercado. Como ya se ha advertido, sin embargo, la transparencia perfecta en mercados concentrados acarrea serios riesgos competitivos. Una importante cuestión práctica, por tanto, consiste en cómo estructurar la creación de mercados b2b en mercados concentrados, soslayando potenciales situaciones anticompetitivas, pero manteniendo las eficiencias producidas por los intercambios de información.

En aquellas situaciones en que haya riesgos para la competencia, puede proponerse un diseño “anónimo” de b2b, similar al existente en los mercados de valores. En esta configuración oferentes y demandantes potenciales concurrirían al mercado de manera anónima, sin identificar empresas concretas y con acceso por parte de la empresa gestora del b2b a la información estrictamente necesaria sobre los clientes. Llevado a cabo con las correspondientes garantías, este modelo es apto para mercados de *commodities*, como energía o materias primas.

El diseño anónimo de b2b no es válido, sin embargo, para aquellos productos en los que tanto el fabricante como los consumidores tienen un claro interés en identificar la fuente del bien o servicio. Además, muchas de las eficiencias resultantes del acceso a información individualizada, se perderían en un modelo de b2b completamente anónimo.

Otra posibilidad, por tanto, consiste en establecer barreras técnicas (en el diseño del *software*) y

(32) *Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting System*, 441 US 1. Esta sentencia no juzga un supuesto de intercambio de información, sino de fijación de precios, aunque el análisis es extensible a otras modalidades de acuerdos horizontales. El Tribunal Supremo autorizó la comercialización conjunta de obras musicales por los autores a precios acordados entre ellos por “paquete” de obras (*blanket license*).

(33) Sentencias del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en *American Column & Lumber Co. v. United States*, 257 US 377 y *Maple Flooring Manufacturers Association v. United States*, 268 US 563. En la segunda, el Tribunal Supremo centra el análisis en la intención de los competidores. Si la intención no es la fijación de precios, los acuerdos están permitidos. No obstante, en *Maple Flooring* los acuerdos permitidos son de información que no permite identificar operadores concretos, posición esencialmente similar a la existente en el Derecho comunitario. Los acuerdos de intercambio de información destinados a permitir la fijación de precios entre competidores han sido prohibidos (*United States v. Container Corporation of America*, 393 US 333 y *American Column and Lumber Corporation v. United States*, 257 US 377).

(34) *DOJ and FTC Statements of Antitrust Enforcement Policy in Health Care*, 1993, revised.

(35) Salvo que existan circunstancias especiales que exijan acción administrativa.

salvaguardas jurídicas (cláusulas de confidencialidad) que impidan la circulación de flujos de información en contra de las exigencias de la libre competencia.

5.1 *Corporate Firewalls* y otras medidas electrónicas.

En esta categoría se incluyen las medidas técnicas que permiten proteger los datos comerciales del b2b, de manera que sólo ciertos compradores acreditados previamente identificados puedan acceder a esos datos. Estas medidas electrónicas confieren un nivel de garantía técnica de que la información sensible sobre ofertas comerciales, por ejemplo, no quede a disposición de los competidores. Sólo la empresa gestora del mercado b2b tendría acceso a información individualizada que podría divulgar, respetando los mínimos indicados en el punto 4, anterior, entre las empresas miembros del b2b.

Este tipo de medidas técnicas incluye la presentación de códigos de acceso y el *software* de reconocimiento de usuarios, así como aquellos sistemas de seguridad que impiden el acceso irregular de personas no autorizadas al sistema del b2b.

Una forma de garantizar la inexistencia de filtraciones indeseadas de información consiste en asegurarse de que las empresas participantes no disponen de los códigos de *software* o tecnología empleada en el b2b. Para la autoridad de defensa de la competencia será reconfortante comprobar que se han adoptado las necesarias precauciones contractuales, tales como garantías de que el desarrollo del *software* empleado en el b2b se realiza por una empresa neutral, y de que dicha empresa no compartirá los códigos con las empresas miembros del b2b.

5.2 Obligaciones de confidencialidad y de delimitación de contenidos.

a) Acuerdos relativos al alcance de las materias discutidas en las negociaciones. En la fase de formación del b2b, las empresas participantes deben evitar conversaciones sobre aspectos no relacionados con la formación del b2b, y más concretamente sobre aspectos

sensibles desde el punto de vista de la competencia. Acuerdos de confidencialidad y de delimitación del alcance de las negociaciones pueden ser útiles para mostrar buena fe ante las autoridades de defensa de la competencia.

b) Acuerdos de confidencialidad vinculando a los trabajadores empleados en los b2b: la finalidad es evitar que compartan información sensible sobre competidores con las empresas participantes en el b2b. Por otra parte, en caso de que en la fase inicial de desarrollo del b2b la plantilla esté formada por trabajadores de las empresas participantes asignados a la entidad gestora del b2b, existe un serio potencial para que esos trabajadores compartan información sobre competidores con sus compañeros procedentes de las otras empresas participantes. Serán necesarios los correspondientes pactos de confidencialidad firmados por dichos trabajadores, a fin de evitar ese supuesto.

c) Acuerdos entre la empresa gestora del b2b y las empresas participantes en relación con la naturaleza de la información suministrada a las empresas participantes. Para aprovechar al máximo las ventajas del b2b como centro procesador de información de mercado, conviene vigilar cuidadosamente la naturaleza de la información suministrada por el b2b a las empresas participantes, asegurando que dicha información se adapta a las exigencias legales descritas más arriba. Si se estructura de manera cuidadosa, la información suministrada por los b2b a las empresas participantes puede resultar en una notable mejora de los métodos de producción y comercialización, soslayando los problemas derivados del acceso a información sobre competidores.

d) Acuerdos de la empresa gestora del b2b con las empresas participantes y/o las empresas clientes, regulando la naturaleza y destino de la información suministrada por los distribuidores y clientes. La finalidad es, como en el caso anterior, lograr que los intercambios de información sobre clientes o distribuidores no resulten en riesgos para la competencia⁽³⁶⁾. ㄸ

(36) Véase el apartado 4.1.8, anterior.

Anexo: estimación sobre ventas a través de b2b

Industria	2000	2001	2002	2003	2004	Porcentaje Total de Ventas Realizadas en Línea sobre el total de Ventas en 2004.
Hardware y Productos Electrónicos	230.2	343.3	427.3	506.2	592.9	40%
Vehículos de Motor	35.1	90	190.2	311.5	411.5	26%
Productos Derivados del Petróleo	27	53.9	103.2	184.5	299.2	17%
Electricidad, Gas, Agua y Comunicaciones	29.9	56.5	101.3	170.1	266.4	17%
Papel y Suministros de Oficina	14.4	33.7	73.9	143.5	235.3	24%
Productos Corrientes de Consumo	13.2	28.1	58.5	116.5	216.5	13%
Alimentación	22.5	41.2	73.9	128.1	211.1	12%
Construcción	6.3	15.1	34.6	74.2	141	10%
Productos Médicos y Farmacéuticos	4.3	10.7	26.2	60.2	124	14%
Equipos Industriales y Suministros	7	13.1	23.8	41.9	70.3	7%
Transporte y Almacenamiento	4.6	10.5	22.4	42.5	68.1	20%
Sector Aeronáutico y Defensa	9.1	15.8	23.1	29	32.9	15%
Industrias Pesadas	2.6	4.8	8.6	15.3	26.5	3%
Total	406.2	716.6	1166.9	1823.4	2695.5	17%

Fuente: Wall Street Journal, 17 de abril del 2000. Las cifras indican millardos de dólares de los Estados Unidos de Norteamérica.