



Directrices para el intercambio de
**información competitivamente
sensible**



El intercambio de información entre competidores o entre agentes de un mismo mercado, no se encuentra prohibido de forma específica por las normas de competencia en Colombia.

Sin embargo, la SIC ha analizado los efectos del intercambio de información desde dos perspectivas:

I. COMO UN INDICIO DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS

La SIC ha establecido que el intercambio de información sensible, si bien no constituye por sí mismo una infracción de las normas de competencia, puede llegar a considerarse como un medio que facilita la realización de conductas anticompetitivas¹.

“En este sentido, se debe advertir que hasta la más informal comunicación o conversación sobre precios, cantidades y calidades del bien producido, o estrategias de negocios u otras variables competitivas, pueden ser susceptibles de facilitar, o traducirse en, acuerdos o prácticas concertadas u otros ilícitos anticompetitivos”². (Subraya fuera de texto).

La SIC también puede entender el intercambio de información sensible entre competidores como un instrumento para monitorear el cumplimiento de una práctica restrictiva en su modalidad de acuerdo o práctica concertada.

En consecuencia, el intercambio de información puede ser un indicio de una conducta restrictiva de la competencia, sin importar cuál sea la modalidad o el escenario en el que tal intercambio tenga lugar.

1) Superintendencia de Industria y Comercio Resolución 46111 de 2011.

2) Superintendencia de Industria y Comercio. Cartilla sobre la Aplicación de las Normas de Competencia frente a las Asociaciones de Empresas y las Asociaciones o Colegios de Profesionales.

3) Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución. 318 de 1997.

II. COMO UNA PRÁCTICA RESTRICTIVA DE LA COMPETENCIA AUTÓNOMA

El intercambio de información entre competidores puede llegar a ser una práctica restrictiva de la competencia en sí misma que se podría sancionar a través de la prohibición general contenida en el artículo 1° de la ley 155 de 1959³.

Un intercambio de información será tratado como una práctica restrictiva de la competencia autónoma cuando la SIC encuentre que el fin mismo de la conducta o acuerdo es el intercambio de información sensible entre competidores que distorsiona las condiciones de libre competencia en un mercado determinado, antes que un instrumento que facilita otro tipo de acuerdos anticompetitivos o una herramienta útil para su seguimiento o monitoreo.

III. LA INFORMACIÓN QUE NO DEBE COMPARTIRSE

No todos los intercambios de información son sancionables o reprochables en materia de competencia. Sólo aquéllos que tiene la potencialidad de lesionar la independencia de las decisiones de los agentes del mercado en cuestión, debido a la naturaleza sensible de la información intercambiada pueden ser objeto de investigación por parte de la SIC.

Hasta el momento no existe una lista que establezca específicamente la información que la SIC considera sensible, de manera que el estudio para determinar qué datos hacen parte de esta categoría debe hacerse **caso por caso**.



No obstante lo anterior, la SIC ha establecido que **variables como los costos, precios de insumos, estrategias de mercado, datos de facturación, precios de venta, inversiones, gastos en publicidad, clientes y otras similares**, hacen parte de la información sensible que no debe ser compartida ni intercambiada de forma desagregada y actualizada entre los competidores, bien sea directamente o a través de gremios, asociaciones o cualquier otro escenario.

Factores para determinar la sensibilidad de la información:

- a. La clase de la información (precios, costos etc.)
- b. La forma en que se comparte (agregada o desagregada)
- c. El tiempo al que se refiere la información (histórica, actual o futura)

Existe un riesgo alto de incurrir en una conducta restrictiva de la competencia cuando la información que se comparte es:

- a. Actual o futura –como sería el caso de proyecciones de variables como costos, utilidades, entre otras-;
- b. Desagregada y;
- c. Relacionada con precios, costos, estrategias de mercado, etc. En sentido contrario, el riesgo es menor cuando el objeto del intercambio es información (i) histórica y (ii) agregada.

A modo ilustrativo a continuación se incluye una lista de información que se consideraría de bajo riesgo, en contraposición con aquella de alta sensibilidad:

Bajo Riesgo

- a. Información pública suministrada directamente por los solicitantes.
- b. Información de precios de venta al público obtenida directamente en los puntos de venta de cada solicitante.
- c. Informes elaborados por consultores y analistas externos reputados en el mercado (i.e. Nilsen).
- d. Información agregada del mercado en el que no sea identificable información sensible de ningún competidor en particular.
- e. Informes públicos de las empresas que cotizan en bolsa.
- f. Información publicada en la página web de los solicitantes o en revistas.

Alta Sensibilidad

- a. Información de empleados, contratistas y/o asesores, salvo que sea de dominio público o de fácil acceso.
- b. Información comercial sensible de los competidores, aportada en el marco de asociaciones gremiales.
- c. Información comercial sensible aportada o entregada por las compañías a sus asesores legales externos, para efectos de iniciar actuaciones judiciales o administrativas ante las autoridades competentes.
- d. Información sobre la capacidad instalada, costos, precios, cantidades o volúmenes de producción, estrategias de mercadeo o publicidad, márgenes de utilidad, entre otros.



IV. RECOMENDACIONES PARTICULARES SOBRE EL MANEJO DE INFORMACIÓN FRENTE A POSIBLES OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN

Para realizar los análisis de viabilidad financiera y comercial de una posible fusión, es inevitable tener acceso a información de mercado de los competidores, es decir, a información sensible cuyo intercambio, sin la adopción de las debidas precauciones, puede llevar bien a infringir las normas de promoción de la competencia o a incurrir en conductas de competencia desleal.

Lo anterior, hace indispensable que antes de iniciar una operación de concentración Aerosan siga los siguientes lineamientos:

- a. Definición de manera precisa sobre las personas que van a tener acceso a esta información, el denominado “clean team”.

Se debe definir de manera precisa el personal que va a tener acceso a la información y el tipo de datos que se requieren considerar en cada proceso.

Lo ideal es que este grupo de personas sean, en la medida de lo posible ajenas a los departamentos comerciales y/o financieros de las empresas intervinientes en la operación.

Adicionalmente, las personas designadas deben evitar que esa información llegue a los funcionarios de las áreas referidas o se utilice para diseñar, ejecutar o coordinar la política comercial de los participantes en la operación de concentración.

Para tener en cuenta: Dependiendo de la operación de la que se trate, deberán adoptarse medidas más rigurosas y estrictas dirigidas a evitar intercambio o filtración de información sensible que no sea indispensable para su ejecución y a garantizar que aquella que indefectiblemente deba ser intercambiada sea conocida por un grupo específico y determinado de personas, a través de medios pre-establecidos y especialmente diseñados para tal efecto como data-room, chinese wall y clean team.

- b. Antes de la operación de fusión

Los intervinientes deben mantenerse como competidores hasta el cierre de la operación, y no pueden disminuir la competencia entre ellas para facilitar una fusión que no se ha consumado, para no incurrir en “Gun-jumping”. Lo que supone que se configure una integración no reportada.

Aerosan no debe realizar ninguna actuación que pueda llevar a ejecutar la operación antes de surtir por completo los trámites que exige la ley ante la autoridad de competencia, como es, por ejemplo, anticipar la coordinación de políticas comerciales, tramitar las escrituras societarias sin condicionarlas a que se completen esos trámites, visitar conjuntamente clientes, etc.

Se debe avisar a las personas de negocios que manejan el cierre de la operación y al personal de ventas y operaciones, para asegurarse de que los empleados no crucen inadvertidamente la línea para facilitar la integración, antes de surtir los trámites legales ante la autoridad de competencia.

En caso de que la operación no se realice por cualquier motivo, las empresas que pretendieron la integración deberán competir entre sí en el futuro.



V. QUÉ HACER ANTE ERRORES INVOLUNTARIOS EN EL MANEJO DE LA INFORMACIÓN CONFIDENCIAL

En el caso de cometer un error, bien sea en el destinatario, en el cuerpo del correo o en los archivos adjuntos, por ejemplo, enviar cifras de un solicitante a otro, tan pronto se detecte la falla debe ponerse en conocimiento al área legal de la compañía con el fin de tomar las medidas correctivas del caso.

Normalmente se recomienda que, con el fin de enmendar el error, se envíe otro mensaje para (i) aclarar la equivocación, (ii) pedir que se borre el primer correo que contiene información que no pertenece al receptor de el correo y (iii) advertir sobre las consecuencias de emplear indebidamente la información a la que se tuvo acceso de manera accidental o de adoptar decisiones de naturaleza comercial con base en la misma.

Sin embargo, se recomienda que cualquier medida correctiva sea aprobada por el área legal con el fin de prevenir que del correo de corrección puedan emanar nuevos riesgos derivados del lenguaje o de la forma en que se realiza la corrección.

De manera general se recomienda que todos los correos electrónicos y comunicación que envíen los funcionarios de Aerosan se redacten de la manera más clara posible, siempre bajo la consideración que podrían ser revisados en un futuro por auditores o autoridades

VI. CONSIDERACIÓN DEL BENCHMARKING

En la medida de lo posible se recomienda que el Benchmarking lo realicen terceros independientes que no tengan relación alguna con la competencia, en especial, que no les hayan elaborado estos estudios en el pasado.

Debe tener en cuenta que, en caso de que la empresa que se contrate elabore o haya elaborado estos estudios para la competencia en el pasado, el riesgo incrementará.

VII. RECOMENDACIÓN PARA LA ELABORACIÓN DE DOCUMENTOS

Si los documentos que prepara son potencialmente sensibles y podrían estar sujetos a reserva o incluso tratarse de secretos empresariales, márkuelos como “Borrador preliminar que tiene –para revisión de un asesor legal externo –privilegiado y confidencial”.

Debe remitir estos documentos inmediatamente al departamento jurídico de Aerosan.



Directrices para el intercambio de
**información competitivamente
sensible**