

PRÁCTICAS NO COMPETITIVAS DE EMPRESAS CON PODER DE MERCADO: UN EJEMPLO DE CÓMO SABOTEAR LA ENTRADA DE COMPETIDORES.

Posted on 26/11/2008 by Naider



Acaban de aceptar para su publicación en la Review of Law and Economics (revista académica especializada en el área de Derecho y Economía) un artículo que escribí conjuntamente con Georges Siotis (1), "Sabotaging entry: an estimation of damages in the directory enquiry service market " a raíz de nuestra participación como peritos de la parte demandante en el caso Conduit contra Telefónica. El artículo es interesante desde tres puntos de vista. En primer lugar, describe el primer caso en España en el que se aplicó la normativa antimonopolio

de la CE (artículos 81 y 82) en un litigio privado, aprovechando la entrada en vigor de la nueva Ley Concursal (2004), que introdujo la posibilidad de denunciar una práctica anticompetitiva y reclamar daños de forma simultánea ante los Juzgados Mercantiles. En segundo lugar, desde el punto de vista académico, supone una aplicación empírica de la econometría y la teoría económica a problemas de derecho privado. Por último, desde el punto de vista de la política de la competencia, el artículo se centra en la estimación del lucro cesante originado por una práctica anticompetitiva de una empresa. No es habitual ni disponer de los datos necesarios para realizar la estimación ni poder difundir los resultados (2) y por lo tanto este tipo de artículos pueden servir como guía en casos similares. (3)

Resumen del caso :

Dentro del mercado de las telecomunicaciones, los servicios de información telefónica han sido de los últimos en liberalizarse en Europa. En España, este mercado estuvo monopolizado por Telefónica de España (Telefónica) hasta la primavera del 2003, fecha en la que se abrió a la competencia. Dos compañías europeas, Telegate y Conduit, seguidas por otras empresas españolas, entraron inmediatamente en este liberalizado mercado compitiendo con Telefónica y con Telefónica Publicidad e Información (TPI), empresa subsidiaria de Telefónica en aquel momento.

En el año 2005 Conduit presentó directamente ante el Tribunal de lo Mercantil de Madrid una denuncia contra Telefónica por infracción del artículo 82 del Tratado CE. Conduit alegaba que Telefónica había abusado de su posición dominante en el mercado de los servicios de información telefónica. Tal y como determinó la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT), Telefónica, como proveedor en régimen de monopolio antes de la liberalización, estaba obligada a facilitar a Conduit y al resto de compañías que entraron en el mercado, el acceso a la información de su base de datos de abonados, necesaria para prestar el servicio de información telefónica, de forma gratuita y en un determinado formato. En primera instancia, Telefónica se negó a proveer a las nuevas empresas de estos datos y cuando lo hizo, los datos suministrados eran defectuosos, tanto en contenidos como en formatos. Los datos defectuosos incrementaron los costes de Conduit, que tuvo que recurrir a fuentes alternativas más costosas, a la vez que deterioraron la calidad del servicio prestado (fundamentalmente, muchas consultas resultaron en el suministro de información equivocada y/o se alargó la duración de las consultas).

En el juicio, Conduit reclamaba una indemnización tanto por los costes adicionales en los que había tenido que incurrir (bases de datos, personal, defensa legal, etc.) como por la merma en sus beneficios debido al deterioro inducido por Telefónica en la calidad del servicio prestado por Conduit, que se habría traducido en una menor cuota de mercado para la demandante, con su consiguiente coste económico (el llamado lucro cesante).

El artículo que nos ocupa , una elaboración más académica del informe pericial usado por Conduit en la demanda, recoge en primer lugar una argumentación, basada en la teoría económica, de por qué el abuso de posición dominante habría sido un comportamiento racional para Telefónica, dadas las características del mercado de los servicios de información telefónica. En segundo lugar, recoge la estimación del lucro cesante que el abuso de Telefónica habría causado a Conduit

¿Cómo se cuantificaron los daños reclamados por Conduit en su demanda?

La estimación del lucro cesante debido a la pérdida de cuota de mercado originada por el deterioro de la calidad del servicio prestado es compleja de realizar. El objetivo de cualquier ejercicio de valoración de daños es estimar la cantidad que habría que pagar a los afectados para restituir la situación en la que se encontrarían de no haberse producido el hecho que les ha ocasionado el daño. Por lo tanto, es necesario estimar, ya que no se observa, cuál hubiera sido la situación en caso de no haberse producido el abuso, construir lo que se denomina en la literatura el *£ but for the abuse scenario* o *£ counterfactual* (4).

El método más usado para construir el escenario sin abuso suele ser el de comparar la situación antes y después del abuso: la diferencia entre ambas situaciones (contralando por todo los factores relevantes) en términos, por ejemplo, de cuotas de mercado serviría para medir el coste del abuso. Sin embargo en el caso que nos ocupa esta metodología no es aplicable ya que se trata de un mercado de nueva liberalización en el que las empresas entrantes no tienen una historia previa al abuso.

Por ello, en nuestro caso, se tomó como mercado de referencia un mercado similar y exento de abuso, lo que en la literatura se conoce como una aproximación *£ patrón* o *£ yardstick*, que ya se ha utilizado en otros estudios.

El mercado seleccionado fue el de servicios de información telefónica en el Reino Unido. Este mercado es idéntico al español en términos de tecnología, se liberalizó casi a la vez que el español (anteriormente estaba monopolizado por British Telecom, BT), ambos mercados se redujeron tras la liberalización (en términos de número de llamadas telefónicas) y la empresa demandante también operaba en él. Más aún la estrategia de entrada de Conduit en ambos mercados fue similar (precios iniciales bajos y un importante gasto publicitario para hacerse con una base de clientes importante; posteriores incrementos de precios acompañados con eventuales campañas de publicidad como recordatorio). La única diferencia sustancial en ambos mercados es que en el español ha quedado probado que Telefónica abuso de su poder de mercado mientras que BT no lo hizo.

Dado que en términos absolutos el mercado británico es sustancialmente mayor que el español, el análisis se realizó en términos de cuotas de mercado. Esta cuota de mercado se explica mediante dos variables estratégicas de la empresa: los precios y el gasto en publicidad. De esta forma se estimó con los datos británicos libres de abuso el efecto que los precios y la publicidad tienen en la cuota de mercado de la empresa Conduit. Estos efectos son los que se consideran que hubiera tenido Conduit operando en un mercado libre de abuso. A continuación, se tomaron los datos reales de precios y gasto en publicidad de Conduit en España y dado el efecto que estos deberían de tener en la cuota de mercado de la empresa, se predice la cuota de mercado esperada en España si no hubiera habido abuso.

La diferencia entre la cuota de mercado esperada en ausencia del abuso y la cuota de mercado efectivamente obtenida en España reflejaría el coste para la empresa demandante del abuso de posición dominante del que fue objeto por parte de Telefónica.

Resultado final:

En primera instancia, el Tribunal de lo Mercantil de Madrid falló favorablemente a Conduit pero la indemnización fijada como compensación sólo cubrió parte de los costes adicionales y probados mediante facturas en los que hubo de incurrir (en concreto, 671.000£). Aunque la sentencia reconoce que la mala calidad de los datos facilitados por Telefónica habría afectado a la calidad del servicio prestado por Conduit y por lo tanto a su cuota de mercado, no se reconocieron los posibles daños derivados de ello, no se reconoció a Conduit derecho a ninguna compensación por lucro cesante.

Conduit presentó un recurso de apelación contra esta sentencia en la Audiencia Provincial de Madrid que fue desestimado. En la actualidad el caso se encuentra en apelación en el Tribunal Supremo.

No entraré a discutir las razones por las que se rechazó el informe pericial (¡sería suficiente material para otro artículo!). Baste mencionar que la metodología utilizada en el informe se ha visto validada con la publicación del artículo derivado de él en una de las revistas de más prestigio internacional en el área de Derecho y Economía (5).

Lo que sí es importante resaltar es que la aplicación de los artículos 81 y 82 en litigios privados no va a ser tan fácil como preveía la CE. Su aplicación no será efectiva mientras existan problemas sistemáticos como un tratamiento e interpretación adecuados de la evidencia forense presentada por las partes o se exijan de pruebas concretas y sin incertidumbre en este tipo de casos (por definición, cualquier estimación tiene un grado de incertidumbre).

En este sentido, algunos países como el Reino Unido o Alemania están aprovechando el reglamento para desarrollar sus propias directrices, una serie de reglas y una cultura que posibiliten una aplicación efectiva de los artículos mencionados en la práctica privada. También en este sentido, la Comisión Europea está trabajando para redactar una guía aplicada sobre como cuantificar e interpretar la cuantificación de daños en casos de fusiones u otras prácticas que pudieran estar relacionadas con los artículos 81 y 82.

En la actualidad, en España no existe ningún tipo de directriz a este respecto, y aunque existe la posibilidad de confrontación directa entre los peritos no es la práctica habitual. Dicho de otro modo, no existe un control de calidad de la evidencia pericial o el control es muy laxo. Los tribunales pueden encontrarse con dictámenes periciales opuestos sin tener las herramientas suficientes para poder discriminar entre ellos. Por su parte, la existencia de peritos judiciales, expertos seleccionados por el propio Tribunal, no parece servir de mucha ayuda a este respecto: en el caso que nos ocupa, el informe del perito judicial coincidió básicamente con el de la demandante, aunque consideró que el efecto del abuso se habría prolongado durante un período de tiempo más corto; este informe ni siquiera se menciona en la apelación.

Retomando las conclusiones del caso, si Telefónica cometió el abuso de posición dominante como parece probado, la eliminación de un competidor por 671.000€ es bastante barata! No parece que este tipo de sentencias vayan a tener entonces el poder de disuadir a las empresas de realizar prácticas no competitivas cuando puedan hacerlo.

NOTAS:

(1) Georges Siotis es miembro del Chief Economist's Team en la CE, Universidad Carlos III de Madrid, y CEPR. La participación de Siotis en este caso se produjo antes de su incorporación en el CET.

(2) En este sentido, agradecemos tanto a Conduit como a Cuatrecasas, el bufete de abogados que representa a Conduit, y en especial a uno de sus socios, Paul A. Hitchings, tanto su ayuda como el habernos permitido difundir los resultados.

(3) Una versión anterior del artículo, publicada como documento de trabajo del Departamento de Fundamentos del Análisis Económico II en la Universidad del País Vasco puede encontrarse en el siguiente link:<http://ideas.repec.org/p/ehu/dfaeii/200602.html>. Dicha versión se ha publicado también como CEPR Discussion Papers Series, número 5813.

(4) La construcción de este £ but for scenario como forma de cuantificar los daños esta reconocida en el Libro Verde de la Comisión Europea de 2005 £ Reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia.

(5) La Review of Law and Economics es editada desde 2005 por Berkeley Electronic Press conjuntamente por la European Association of Law and Economics (EALE). Cuenta con un

distinguido y respetado equipo editorial y los artículos se publican después de haber pasado un riguroso proceso de evaluación por pares. Para más información se puede consultar la página web de la revista: <http://www.bepress.com/rle/>

There are no comments yet.