

LOS DESCUENTOS DE FIDELIDAD: ESPERANDO A INTEL

Jordi Faus Santasusana
Verónica Carías Africano

Fecha de Recepción: 30 de noviembre 2016.

Fecha de aceptación y versión final: 14 de diciembre 2016.

Resumen: Los descuentos de fidelidad que se sujetan a la condición de que el cliente adquiera todas sus necesidades de un producto (o la mayor parte de ellas) de un proveedor son presuntamente ilegales cuando los concede una empresa que ostenta posición de dominio. La sentencia del Tribunal General en el caso Intel parece calificar esta presunción como de *iuris et de iure*. El Abogado General Wahl, en sus conclusiones presentadas ante el TJUE, aboga por una aproximación menos formalista y por abandonar la idea de que estos descuentos son per se abusivos, siendo siempre preciso un análisis del contexto jurídico y económico en el cual se ofrecen. Cuando este análisis tenga por objeto las ofertas presentadas a hospitales en la negociación de las condiciones de adquisición de medicamentos, las peculiaridades del entorno jurídico y económico del sector farmacéutico serán sin duda de una enorme relevancia

Palabras clave: Descuentos de fidelidad, abuso posición dominante, ofertas a hospitales.

Abstract: Loyalty rebates offered subject to the condition that the customers buys all or most of its needs of a given product from a supplier, are presumed to be illegal when granted by a dominant company. The judgement of the General Court in the Intel case seems to qualify this presumption as a *iuris et de iure* one. Advocate General Wahl, in his conclusions presented to the CJEU advocates for a less formalistic approach and for abandoning the idea that these discounts are per se abusive, claiming that it an analysis of the legal and economic context in which they are offered is always needed. When this analysis is related to offers made to hospitals at the time of negotiating the purchase of medicines, special characteristics of the legal and economic context of the pharmaceutical industry shall undoubtedly be of material importance.

Keywords: Loyalty rebates, abuse of dominant position, offers to hospitals.

1. INTRODUCCIÓN

El crecimiento del mercado farmacéutico hospitalario en los últimos años ha comportado, como es natural, un aumento en la competencia entre las empresas por captar o mantener su cuota de mercado en este segmento y al mismo tiempo una mayor complejidad en las relaciones entre los operadores en el mismo. Esta mayor complejidad deriva también de la aplicación desigual de la

normativa en materia de contratos del sector público, en un ámbito en el cual conviven los procedimientos de licitación abiertos o restringidos junto con los negociados. Es en el ámbito de estos últimos donde podemos encontrarnos con ofertas que incluyan descuentos cuantitativos, ligados exclusivamente al volumen de compras efectuadas por el hospital; o descuentos llamados de fidelidad, que pueden definirse como aquellos que se sujetan a la condición de que

el cliente adquiera todas sus necesidades de un producto (o la mayor parte de ellas) de un proveedor, así como cualquier otro mecanismo de determinación del precio ligado a que el cliente alcance un determinado objetivo. Estos descuentos, cuando los concede una empresa que ostenta posición de dominio, son presuntamente ilegales. La sentencia que en su día dicte el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el recurso interpuesto por Intel contra

la sentencia del Tribunal General de 12 de junio de 2014, deberá pronunciarse sobre el carácter de dicha presunción. En las conclusiones del Abogado General Wahl que comentamos en este artículo se aboga por una aproximación menos formalista y por abandonar la idea de que estos descuentos son per se abusivos, siendo siempre preciso un análisis del contexto jurídico y económico en el cual se ofrecen.

2. LA POSICIÓN DE DOMINIO EN EL MERCADO FARMACÉUTICO

Para determinar si una empresa ostenta o no posición de dominio, el primer ejercicio que debe realizarse consiste en determinar el mercado relevante en el que debe valorarse la existencia de esta posición, considerándose que existe posición de dominio cuando la empresa en cuestión, en el mercado relevante, se encuentra en una situación de poder económico que le permite impedir que haya una competencia efectiva y que le permite comportarse con un grado apreciable de independencia frente a sus competidores, a sus clientes y, finalmente, a los consumidores.

En el sector farmacéutico, tanto la determinación del mercado relevante como la valoración de la posición de la empresa en el mismo están fuertemente condicionadas por las singularidades de su contexto jurídico y económico, las cuales guardan relación tanto con el tipo de producto, como con la propia estructura del mercado.

En lo que se refiere al mercado relevante, en el ámbito del medicamento suele determinarse por el uso terapéutico de cada producto, entendiéndose con carácter general que integran el mismo mercado los productos incluidos en el mismo tercer nivel de la clasificación ATC, a menos que existan motivos esencialmente vinculados con su equivalencia terapéutica

(o la falta de ella) o su sustituibilidad (o la imposibilidad legal de llevarla a cabo) que aconsejen eliminar del mercado relevante productos que se integren en el mismo tercer nivel o, por el contrario, incluir en el mercado relevante otros productos que forman parte de un tercer nivel distinto. La intercambiabilidad funcional desde el punto de vista del prescriptor, o en su caso desde el punto de vista del gestor hospitalario, es por tanto un elemento esencial a considerar; y se trata de un elemento fuertemente condicionado por el contexto jurídico del medicamento. Así, por ejemplo, dos medicamentos indicados para la misma patología pero que no son sustituibles por razón de sus características, difícilmente pueden agruparse en el mismo mercado de producto, en especial si se trata de productos de dispensación en la oficina de farmacia donde no existe controversia alguna acerca de la prohibición de sustitución sin autorización expresa del médico prescriptor. Por otro lado, medicamentos que pueden estar clasificados en distintos grupos terapéuticos podrían agruparse a los efectos de determinar el mercado relevante si la práctica clínica u hospitalaria revela que se utilizan de forma equivalente. Uniendo ambas reflexiones podemos referirnos a lo dictaminado por la CNMC en diversos expedientes al señalar que *"el mercado relevante de producto en el caso que nos ocupa estará constituido por el área terapéutica en la que pueda incluirse cada una de las especialidades afectadas, área que comprenderá todos aquellos medicamentos empleados para el tratamiento de una o varias afecciones en función de sus respectivas indicaciones autorizadas y que, en consecuencia, sean sustituibles entre sí"*.

En cuanto a la existencia de posición de dominio, en algunos mercados bastará con fijarse en la cuota que ostente cada empresa. En el mercado farmacéutico, el contexto jurídico

y económico, será especialmente determinante. Los elementos esenciales de dicho contexto son los siguientes:

- Los medicamentos no pueden comercializarse sin antes haber obtenido una autorización administrativa que se concede tras evaluar su eficacia terapéutica, seguridad y calidad, lo cual limita las posibilidades de actuación de un operador dominante, que jamás podrá abusar de dicha posición colocando en el mercado un producto que no satisfaga las estrictas exigencias impuestas por la normativa aplicable en materia de autorizaciones.
- El titular de una autorización de comercialización de un medicamento de uso humano no puede modificar las características de su producto sin obtener autorización de la administración.
- El titular de una autorización de comercialización de un medicamento de uso humano no puede decidir libremente los canales a través de los cuales dicha especialidad puede llegar al mercado, ya que aquellos vendrán determinados por la normativa aplicable y por la propia autorización.
- El titular de una autorización de comercialización de un medicamento está obligado a mantener el mercado abastecido mientras su autorización está en vigor. Por tanto, tampoco un operador supuestamente dominante puede decidir libremente la cantidad de productos que suministra al mercado.
- Finalmente, y obviamente muy relevante, el precio máximo de comercialización del producto viene fijado, al menos para las unidades financiadas con cargo a fondos públicos, por la administración.

Estamos pues ante un mercado altamente protegido por su entorno jurídico

dico, cuestión que cabrá considerar adecuadamente a la hora de valorar hasta qué punto un operador puede considerarse dominante y capaz de actuar con independencia de sus proveedores, clientes, competidores o consumidores.

En sus resoluciones más recientes, por otro lado, la CNMC se ha fijado de forma especial en el contexto económico propio del mercado, valorando tanto el poder del comprador del medicamento así como la posición relativa que ocupan el resto de competidores en el mercado relevante.

3. EL ASUNTO INTEL

3.1 La decisión de la Comisión

El asunto Intel se inició en el año 2000, a raíz de una denuncia presentada por Advanced Micro Devices (AMD). Tras llevar a cabo sus investigaciones, y tras diversas vicisitudes procesales, la Comisión adoptó su decisión el 13 de mayo de 2009. En su decisión, la Comisión consideró que Intel ostentaba posición de dominio en el mercado de CPU de arquitectura x86, de alcance mundial, con cuotas iguales o superiores al 70%, y que abusó de dicha posición al conceder importantes descuentos a los fabricantes de ordenadores suministrados a que éstos le compraran la totalidad o casi la totalidad de los suministros que necesitasen.

La Comisión se apoyó especialmente en la sentencia dictada por el TJUE en el asunto Hoffman-La Roche según la cual una empresa dominante no puede establecer una política comercial que suponga la obligación de un cliente de comprar al proveedor dominante todas o gran parte de sus necesidades. En esta sentencia, el TJUE concluyó que esta conducta es reprochable también si el acuerdo se gesta a instancia del cliente, e incluso cuando no existe una obligación de compra exclusiva, si dicha exclu-

sividad se llega a conseguir de facto mediante un sistema de descuentos por fidelidad consistente en bonificaciones sujetas a la condición de que el cliente se abastezca del proveedor dominante en lo que respecta a la totalidad o a una parte importante de sus necesidades. En España, en el asunto COFAS, se apoyó igualmente en esta sentencia para pronunciarse en contra del sistema de descuentos de fidelidad establecido por COFAS.

Además, la Comisión reprochó a Intel que su sistema de descuentos implicaba una incertidumbre general en cuanto a las ventajas que el cliente perdería en caso de comprar procesadores a AMD.

La Comisión, por otro lado, consideró que no existía una justificación objetiva válida para el sistema de descuentos de Intel, la cual basó su defensa en que su plan de descuentos respondía a la competencia de precios de sus rivales; y en que el sistema de descuentos utilizado con cada uno de sus clientes era necesario para lograr importantes eficiencias. La Comisión, por contra, entendió que los argumentos de Intel relativos a la justificación objetiva eran erróneos y decidió imponer a Intel una sanción de 1.060 millones de Euros.

3.2. La Sentencia del Tribunal General

En 2014, el Tribunal General dictó su sentencia de primera instancia desestimando el recurso interpuesto por Intel.

En lo que atañe a los descuentos por fidelidad, el Tribunal General se apoya igualmente en la jurisprudencia Hoffmann-La Roche y en su sentencia en el asunto Tomra, y repasa la doctrina relativa a los descuentos que puede ofrecer una empresa que disfrute de una posición dominante apoyándose también en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

Al hacerlo, el Tribunal General considera que existen tres tipos de descuentos:

- Descuentos cuantitativos, ligados exclusivamente al volumen de compras efectuadas a una empresa en posición dominante, que no se consideran abusivos porque reflejan el aumento de eficiencia y las economías de escala realizadas por la empresa en posición dominante.
- Descuentos de fidelidad o por exclusividad, cuya concesión está ligada al requisito de que el cliente se abastezca por la totalidad o una parte importante de sus necesidades en la empresa que ocupa una posición dominante. Estos se consideran inaceptables porque, salvo circunstancias excepcionales, no se basan en una prestación económica que justifique esa ventaja, sino que pretenden impedir a otros competidores el acceso al mercado.
- Descuentos llamados de tercer tipo, donde sin exigir una condición de abastecimiento exclusivo o casi exclusivo, se produce un efecto de fidelización. Es el caso de los descuentos que dependen de la realización de objetivos de ventas individuales aunque no suponen compromiso de exclusividad o de cobertura de una cuota determinada de las necesidades.

En el caso de los descuentos llamados de tercer tipo, el Tribunal General entiende que serán abusivos o no apreciando el conjunto de circunstancias, en particular de los criterios y condiciones de concesión del descuento, y examinando si el descuento pretende, mediante una ventaja no basada en ninguna contraprestación económica que la justifique, privar al comprador de la posibilidad de elegir sus fuentes de abastecimiento, o limitar dicha posibilidad, impedir a los competidores el acceso al mercado o reforzar su

posición dominante mediante la distorsión de la competencia.

Respecto de los descuentos de fidelidad o por exclusividad, el Tribunal General se apoya en una cita literal de la sentencia Hoffmann-La Roche para señalar que la jurisprudencia prácticamente los considera abusivos per se (aunque añade "a menos que exista una justificación objetiva para su concesión"), sin que sea necesario que se demuestre que su concesión es verdaderamente capaz de restringir la competencia; y que la apreciación del conjunto de circunstancias del caso concreto no es relevante en estos casos.

Los descuentos de exclusividad, señala el Tribunal, implican que la empresa dominante ofrece una ventaja económica que pretende impedir que los clientes obtengan sus suministros de los fabricantes competidores, y por su misma naturaleza pueden excluir a los competidores, incluso si la exclusividad que se exige no es total sino parcial, dado que hacen más difícil, si no imposible, que el fabricante competidor pueda entrar en competencia para suministrar al cliente una porción de la parte de la demanda que está verdaderamente abierta a la competencia, teniendo en cuenta que dada la posición de la empresa dominante, el cliente se ve necesariamente abocado a comprarle a él una parte de sus necesidades (la denominada "parte no abierta de la competencia").

El Tribunal General, en este punto, se apoya en la idea de que si un cliente de la empresa dominante obtiene sus suministros de un competidor sin respetar la condición de exclusividad o de cuasi-exclusividad, se arriesga a perder no sólo los descuentos por las unidades que ha transferido a ese competidor, sino la totalidad del descuento por exclusividad. Por ello, dice la sentencia, para presentar una oferta atractiva, debe ofrecer al clien-

te condiciones atractivas respecto de las unidades que él suministra; así como una compensación por la pérdida del descuento por exclusividad, lo cual evidentemente dificulta la entrada del competidor no dominante.

En cuanto a las posibilidades de justificar un descuento de exclusividad, el Tribunal General recuerda que puede hacerse demostrando que es objetivamente necesario o que el efecto de exclusión potencial que entraña puede verse contrarrestado, o incluso superado, por mejoras de la eficacia que beneficien también a los consumidores, pero aun así mantiene que el análisis de la cuestión puede hacerse sin necesidad de apreciación del conjunto de circunstancias del caso concreto.

Contestando a diversas alegaciones formuladas por Intel, el Tribunal General concluye, sumariamente:

- Que respecto de los descuentos de exclusividad, la Comisión no está obligada a efectuar un análisis de las circunstancias del asunto con objeto de demostrar al menos un posible efecto de exclusión.
- Que al sancionar estas prácticas abusivas, la Comisión no está obligada a demostrar efectos de exclusión concretos ni un nexo causal entre las prácticas recriminadas y los efectos concretos en el mercado, bastando que demuestre que la práctica puede tener el efecto de restringir la competencia.
- Que una empresa en posición dominante abusa de esta posición si aplica un sistema de descuentos por fidelidad incluso sin vincular a los compradores mediante una obligación formal, y de hecho según el Tribunal General basta con que la empresa en posición dominante señale a su cliente de manera creíble que la concesión de una ventaja económica depende de un abastecimiento exclusivo o casi exclusivo.

- Que lo relevante no es el importe del descuento, sino la exclusividad que motiva que se conceda, llegando a señalar la sentencia que es suficiente que el descuento pueda instar al cliente a obtener un suministro exclusivo, con independencia de que el proveedor competidor haya podido ofrecer una compensación al cliente por la pérdida del descuento en caso de cambio de proveedor.

- Que no es importante que el cliente pueda resolver el acuerdo relativo a los descuentos en un plazo de 30 días.

- Que el carácter reducido de las partes del mercado afectadas por las prácticas en cuestión no puede alegarse como excusa para mantenerlas, sin que sea posible aplicar en estos casos un criterio referido a un «efecto apreciable» o a un umbral de minimis.

- Que la imposición de exclusividad a los clientes tampoco puede justificarse en base a su poder adquisitivo porque, según el Tribunal General, incluso si el descuento fuera una respuesta a las peticiones y al poder adquisitivo de los clientes, ello no justificaría imponerles la condición de un abastecimiento exclusivo.

- Que el análisis del competidor igualmente eficiente no es imprescindible siquiera en el caso de descuentos del tercer tipo, para los que resulta necesario examinar las circunstancias del asunto; siendo suficiente demostrar la existencia de un mecanismo de fidelización.

3.3. Las conclusiones del Abogado General Wahl

No es extraño que en un asunto donde se ventila la procedencia de una multa por importe superior a mil millones de Euros, el hecho de que el Abogado General, en sus conclusiones, sostenga que el recurso contra

la Comisión debería ser estimado, sea noticia. Al margen de ello, y a los efectos de este comentario, las conclusiones de Wahl son de gran interés por cuanto inciden en un aspecto que puede ser de gran relevancia en el análisis de estas prácticas comerciales en el mercado farmacéutico.

En sus conclusiones, presentadas el 20 de octubre de 2016, Wahl parte de la idea de que la sentencia del Tribunal General está impregnada de la presunción de que los “descuentos por exclusividad” ofrecidos por una empresa en posición dominante dan lugar, en todo caso y sin excepción, a una exclusión contraria a la competencia, sin que sea preciso analizar el contexto ni la capacidad de la conducta para surtir efectos contrarios a la competencia.

Frente a esta apreciación, Wahl entiende que la jurisprudencia del TJUE exige siempre apreciar el conjunto de las circunstancias antes de dilucidar si una conducta constituye un abuso de posición dominante.

En su análisis, Wahl expone en primer lugar los principios fundamentales derivados de la jurisprudencia comunitaria en materia de descuentos, reconociendo como punto de partida que los sistemas de descuento ofrecidos por empresas que ocupan una posición dominante han sido tradicionalmente observados con recelo. Según Wahl, ello se explica porque suele considerarse que las empresas dominantes tienen una responsabilidad especial de no impedir el desarrollo de la competencia en el mercado, y porque se considera que un sistema que anima a los clientes de la empresa dominante a aprovisionarse de ella incita a la fidelidad y es supuestamente abusivo; siendo únicamente aceptados los descuentos basados solo en el volumen de compras del cliente.

Ahora bien, se pregunta Wahl, ¿quiere ello decir que la declaración de

un descuento de exclusividad como abusivo puede hacerse en todos los casos, sin necesidad de tener en cuenta el conjunto de las circunstancias? Wahl entiende que la jurisprudencia Hoffmann-La Roche no permite contestar afirmativamente a esta pregunta, porque aun cuando en esa sentencia el Tribunal no hiciese referencia a esta cuestión, y abogase por el carácter presuntamente abusivo de los descuentos de exclusividad, lo cierto es que el Tribunal basó su apreciación en un análisis profundo de las condiciones que rodeaban la concesión de los descuentos y su alcance en el mercado. En opinión de Wahl, la apreciación del contexto jurídico y económico de la conducta reprochada es siempre necesaria para determinar si se ha producido un abuso de posición dominante, esto es para determinar si la conducta reprochada es al menos capaz de poder excluir a los competidores del mercado.

Llegados a este punto, Wahl se pregunta qué entraña apreciar “*el conjunto de las circunstancias*” contestándose a sí mismo que el análisis del contexto persigue, esencialmente, comprobar si ha quedado acreditado, de modo suficiente en Derecho, que una empresa ha explotado de forma abusiva su posición dominante; y añade que este ejercicio no puede pasarse por alto siquiera en el caso de conductas que parecen claramente excluyentes, como las ventas a pérdida.

Wahl, por otro lado, entiende que, según la jurisprudencia, sólo existen dos tipos de descuentos: los descuentos presuntamente legales, (los descuentos de cantidad), que sólo podrían declararse ilegales tras un análisis pormenorizado de sus efectos reales o potenciales; y los descuentos de fidelización, presuntamente ilegales, que incluyen los descuentos sujetos a la condición de que el cliente adquiera todo o la

mayor parte de sus necesidades de un proveedor dominante, así como cualquier otro mecanismos de determinación del precio ligado a que el cliente alcance un determinado objetivo. Para estos descuentos, señala Wahl, el Tribunal de Justicia aplica un planteamiento que coincide, en cierta medida, con el del mecanismo de las restricciones por el objeto con arreglo al artículo 101 del TFUE, planteamiento que siempre exige analizar, en primer lugar, el contexto jurídico y económico de la conducta reprochada a efectos de excluir cualquier otra explicación plausible para ella.

Wahl reprocha al Tribunal General que haya distinguido un subtipo de descuento de fidelidad, los llamados “*descuentos por exclusividad*”, para el cual no sería preciso tomar en consideración el conjunto de las circunstancias para concluir que la conducta reprochada constituye un abuso de posición dominante.

Los principales motivos de reproche descritos en sus conclusiones son:

- Una presunción de ilegalidad por la forma no puede desvirtuarse, sería una presunción iuris et de iure porque se basa en la forma de la conducta, no en sus efectos. El planteamiento de que los descuentos por exclusividad ofrecidos por empresas dominantes no pueden tener, en ningún caso, efectos beneficiosos sobre la competencia supone negar la posibilidad, aceptada en la sentencia Hoffmann-La Roche, de que se pueda invocar un motivo de justificación objetivo para utilizar los descuentos en cuestión.
- Los descuentos de fidelización no siempre son perjudiciales. Ni la experiencia ni el análisis económico, señala Wahl, apuntan de forma inequívoca a que los descuentos de fidelización sean, como regla general, perjudiciales o contrarios a la competencia, aun cuando sean ofrecidos por empresas

en posición dominante. Ello se debe a que los descuentos fomentan la rivalidad, que es la propia esencia de la competencia. Por otro lado, Wahl entiende que no hay ningún motivo objetivo por el que los descuentos del segundo tipo deban recibir un trato más estricto que los del tercero, porque los mecanismos que incitan a la fidelidad pueden revestir distintas formas (pueden revestir la forma de objetivos de venta individualizados o incentivos, que no están necesariamente ligados a un porcentaje concreto de necesidades o de ventas).

- Los efectos de los descuentos de fidelización dependen del contexto, tal y como ha expuesto reiteradamente la doctrina económica contemporánea.
- Prácticas similares exigen que se tome en consideración el conjunto de las circunstancias. La jurisprudencia en materia de prácticas tarifarias y compresión de márgenes, señala Wahl, exige que se tenga en cuenta el conjunto de las circunstancias para determinar si la empresa en cuestión ha explotado de forma abusiva su posición dominante.

En base a todo ello, Wahl llega a la conclusión provisional de que los “descuentos por exclusividad” no constituyen un tipo independiente y único de descuentos que no exige que se tome en consideración el conjunto de las circunstancias para determinar si la conducta reprochada constituye un abuso de posición dominante, y que el Tribunal General cometió un error de Derecho al considerar que estos descuentos pueden calificarse como abusivos sin analizar su capacidad para restringir la competencia en función de las circunstancias del caso.

Llegados a este punto, Wahl reconoce que, en su sentencia, el Tribunal General emprendió, con carácter subsidiario, una apreciación detallada

de si los descuentos ofrecidos por Intel eran capaces de restringir la competencia, lo cual supuso indagar sobre “el conjunto de las circunstancias”. Por ello, señala, la conclusión provisional sobre la existencia de un error de Derecho sólo entrañaría la necesidad de anular la sentencia recurrida si la apreciación efectuada por el Tribunal General con carácter subsidiario adoleciese de un error de Derecho.

Esto es precisamente lo que ocurre, según Wahl, que matiza la posición del Tribunal General según la cual la Comisión puede limitarse a determinar que la conducta analizada era capaz de restringir la competencia sin estar obligada a demostrar que se ha producido realmente un efecto de exclusión. Ciertamente, señala Wahl, no sería necesario presentar pruebas de los efectos reales, bastaría con que el comportamiento reprochado fuese capaz de restringir la competencia, pero dicha capacidad no puede ser meramente hipotética o teóricamente posible, porque si así fuese nunca sería necesario tener en cuenta el conjunto de las circunstancias.

La atención al conjunto de las circunstancias es por tanto el elemento central de las conclusiones de Wahl, y para determinar qué probabilidad existe de que un descuento de fidelidad restrinja la competencia será necesario analizar en profundidad dichas circunstancias partiendo de la idea de que el grado de probabilidad necesario para sancionar una conducta no puede ser más que la mera posibilidad teórica de un efecto de exclusión, porque si se aceptase un nivel tan bajo de probabilidad resultaría que el derecho de la competencia comunitario sancionaría sólo la forma, no los efectos contrarios a la competencia; y se correría el riesgo de considerar prohibidas un número no desdeñable de prácticas que, en realidad, fomentan la competencia. El coste del error de ese enfoque,

dice Wahl, sería inaceptablemente alto por su carácter excesivamente comprensivo.

El análisis del conjunto de las circunstancias debe determinar, concluye Wahl, si se puede confirmar que los descuentos privan al comprador de la posibilidad de elegir sus fuentes de abastecimiento o la limitan, si impiden el acceso al mercado de los competidores o refuerzan la posición dominante mediante la distorsión de la competencia. En este contexto, Wahl se pronuncia respecto de los siguientes elementos:

- El hecho de que los descuentos fueran efectivamente tenidos en cuenta por sus beneficiarios al adoptar decisiones comerciales es irrelevante por no ser ello concluyente para determinar si el comportamiento criticado es capaz de restringir la competencia con el grado de probabilidad exigido.
- La cuota de mercado afectada por los descuentos debe ser tenida en cuenta para valorar si es suficiente para producir una exclusión contraria a la competencia.
- La duración del programa de descuentos es también relevante. Del hecho de que el cliente elija seguir con la empresa dominante no quiere decir que ésta se comporte abusivamente. Pueden existir otras explicaciones como cuestiones de calidad, la seguridad del suministro y las preferencias de los usuarios finales. Cuando el cliente tiene la opción de cambiar de proveedor de forma periódica, aunque no la haya ejercitado, los descuentos de fidelización también incrementarán la rivalidad. Por tanto, también pueden favorecer la competencia.

En base a todo ello Wahl señala que el Tribunal General cometió un error de Derecho, en primer lugar, al declarar que los “descuentos por exclusividad” constituyen un tipo in-

dependiente y único de descuentos que no exige tomar en consideración el conjunto de las circunstancias para determinar si la conducta reprochada constituye un abuso de posición dominante. En segundo lugar, el Tribunal General cometió otro error de Derecho al no declarar, sobre la base del conjunto de las circunstancias, que los descuentos ofrecidos por Intel tenían, con toda probabilidad, un efecto de exclusión contrario a la competencia.

4. CONCLUSIÓN

Habrà que esperar la sentencia del TJUE, pero en cualquier caso las conclusiones del Abogado General son un nuevo paso hacia un análisis de estas prácticas comerciales desde una perspectiva eminentemente económica, tal y como los economistas vienen exigiendo, en especial en los últimos años. Cuando este análisis tenga por objeto las ofertas presentadas a hospitales en la negociación de las condiciones de adquisición de medicamentos, las peculiaridades del entorno jurídico y económico del sector farmacéutico serán sin duda de una enorme relevancia. ■

Jordi Faus Santasusana es abogado socio de Faus & Moliner.

Verónica Carías Africano es abogada de Faus & Moliner.