



Posición de dominio y descuentos excluyentes

Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de Abril de 2012, Asunto 549/10, Tomra

Antecedentes del litigio

El Tribunal de Justicia ha puesto fin, con esta sentencia, a un proceso que se inició hace más de 10 años cuando la Comisión Europea sancionó a Tomra por abuso de posición de dominio consistente en poner en práctica una política de descuentos excluyente que impedía a otros competidores acceder al mercado.

El análisis de esta sentencia requiere algo de prudencia, puesto que no aplica los criterios contenidos en la Comunicación de la Comisión de 2009 sobre conductas excluyentes de empresas dominantes, pero aún así es interesante porque recoge la doctrina del Tribunal en esta materia.

Las intenciones cuentan sólo parcialmente

Cuando una empresa tiene posición dominante, no debe explotar dicha posición de forma abusiva. Existe explotación abusiva, recuerda el Tribunal, cuando la empresa se comporta de un modo que objetivamente impide o puede impedir la competencia por medios distintos de los que rigen una normal competencia. La Comisión, al analizar si el comportamiento de la dominante es aceptable o no, debe considerar todas las circunstancias del caso, el entorno económico en el que se desarrolla la actividad y los diversos condicionantes.

Este análisis supondrá entrar a valorar algunos aspectos subjetivos, puesto que se deberán considerar los objetivos que tiene la estrategia comercial de la empresa dominante; pero ello no supone que sólo puedan sancionarse las conductas abusivas cuando se demuestre que la intención de la empresa era precisamente

excluir a los posibles competidores del mercado. Si la política comercial de una empresa dominante es objetivamente apta para impedir la competencia, considerando las circunstancias del mercado en cuestión, podemos estar en presencia de una explotación abusiva de dicha posición de dominio.

¿Cuánta restricción de la competencia es necesaria para sancionar el abuso?

Cuando a una empresa dominante se le imputa un supuesto abuso por comportarse de modo excluyente, una defensa típica consiste en argumentar que su conducta sigue permitiendo la existencia de un cierto nivel de competencia residual. En este caso, Tomra también recurrió a este argumento de defensa.

Frente a este argumento, el Tribunal considera que lo primero que cabe analizar es si la política comercial de la dominante cierra o es apta para cerrar a la competencia una parte sustancial del mercado, lo cual requiere siempre un análisis de las circunstancias del caso concreto. En este asunto, el Tribunal consideró que dos quintas partes del mercado era una parte sustancial del mismo.

Si el análisis es que efectivamente se ha cerrado o se puede cerrar la competencia a una parte sustancial del mercado, la empresa dominante no puede defenderse alegando que la parte del mercado aún abierta a la competencia es suficiente para permitir un número limitado de competidores, porque los clientes que están en la parte del mercado cerrada a la competencia deberían tener la posibilidad de beneficiarse de cuanto competencia sea posible en el mercado, y porque los competidores deberían poder com-



petir entre sí por la totalidad del mercado y no sólo por una parte.

Criterios para considerar que los descuentos son excluyentes

En relación con las políticas de descuentos, el Tribunal recuerda su doctrina (Asuntos Hoffmann-La Roche de 1979 o Michelin de 1983) según la cual una empresa dominante abusa de su posición cuando aplica, ya sea mediante acuerdos celebrados con los clientes, ya sea unilateralmente, un sistema de descuentos por fidelidad, es decir de bonificaciones sujetas a la condición de que el cliente compre todas o una parte importante de sus necesidades exclusivamente a la dominante. A tales efectos, es irrelevante que el importe de dichas compras sea más o menos elevado.

Para determinar si el descuento es excluyente es preciso apreciar el conjunto de las circunstancias y, en particular, los criterios y condiciones de concesión del descuento.

Los factores que el Tribunal consideró determinantes en este asunto fueron los siguientes:

- El escalado de descuentos incitaba a proveerse exclusiva o casi exclusivamente de la dominante porque el rappel que se concedía si las compras superaban un cierto umbral se aplicaba a todas las compras desde la primera unidad, no a las que superasen dicho umbral.
- El régimen de descuentos era específico para cada cliente y los umbrales se fijaban en función de las necesidades estimadas del cliente y/o los volúmenes de compras realizados en el pasado. El Tribunal entendió que este sistema representaba una importante incitación a comprar a la totalidad o la casi totalidad de los

productos necesarios a la empresa dominante.

- En tercer lugar, los descuentos retroactivos se aplicaban a menudo a algunos de los clientes más importantes de la dominante con el fin de asegurar su fidelidad.
- Además, la empresa dominante no pudo demostrar que su comportamiento estuviera objetivamente justificado o que produjera ganancias sustanciales de eficacia que superasen los efectos anticompetitivos.

En cuanto a futuro

Como hemos señalado, la sentencia no entra a valorar la conducta desde la perspectiva que ofrece la Comunicación de la Comisión de 2009 en materia de conductas excluyentes, porque los hechos de este caso se produjeron mucho antes. Así, en este caso, el Tribunal concluye que no es preciso, para considerarlo excluyente, que el descuento ofrecido suponga vender el producto por debajo de coste. En la actualidad, el análisis de costes es relevante, igual que lo es, la capacidad de los competidores de obtener cuota de mercado frente a la empresa dominante a través del ofrecimiento de sus propios descuentos.

En el sector del medicamento, y especialmente en los procedimientos de contratación pública, cabe igualmente considerar la presión ejercida por parte de los compradores a efectos de reducir los precios y la capacidad que tienen las empresas que acceden a un nuevo mercado de introducirse en el mismo ofreciendo ventajas económicas, cuestiones ambas que condicionan el análisis de cualquier política que pretenda poner en práctica cualquier empresa.