

DESCUENTOS DE FIDELIDAD Y ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO

Jordi Faus Santasusana

Fecha de Recepción: 14 septiembre 2017.

Fecha de aceptación y versión final: 15 septiembre 2017.

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 prácticamente calificó esta presunción como de "iuris et de iure". El Tribunal de Justicia revoca esta sentencia señalando que cuando la empresa dominante prueba que sus descuentos no han tenido la capacidad de restringir la competencia ni de producir efectos de expulsión del mercado no es posible considerar que se ha producido un abuso por el simple hecho de ofrecer dicho programa de descuentos. Al analizar las ofertas presentadas a farmacias u 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 farmacias y hospitales.

Abstract: Loyalty rebates offered subject to the condition that the customer 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 seemed to qualify this presumption as a iuris et de iure one. The Court of Justice revokes this judgment and rules that when a dominant company proves that the discounts it has offered did not have the capacity to restrict competition nor to produce exclusionary effects, it is not possible to conclude that a dominant position was abused just because of the fact that the discount was offered. When this analysis is related to offers made to pharmacies or 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 pharmacies and hospitals.

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años, la concesión de descuentos y otras ventajas comerciales por parte de las compañías farmacéuticas a los compradores de sus productos (esencialmente a oficinas de farmacia y hospitales) se ha convertido en una práctica habitual. La voluntad de las empresas de captar o mantener su cuota de mercado y el consiguiente aumento de la competencia ha comportado la necesidad de elaborar propuestas comerciales y presentar ofertas cada vez más complejas.

En el ámbito hospitalario, y en especial en el contexto de los procedimientos negociados, es habitual que se presenten 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 conceden sujetos a la condición de que el cliente adquiera

todas sus necesidades de un producto (o la mayor parte de ellas) de un proveedor. También quedan englobados en esta categoría los mecanismos de determinación del precio que están vinculados a que el cliente alcance un determinado volumen de compras.

En el ámbito de los productos dispensados a través de oficinas de farmacia, este tipo de estrategias comerciales también se ha extendido, en especial en el caso de mercados abiertos a la competencia entre medicamentos de referencia y medicamentos genéricos.

En su día, antes de que se modificase la Ley de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios, la concesión de estos descuentos a las oficinas de farmacia planteaba serios interrogantes de carácter regulatorio. Actualmente, superados éstos, aparecen con fuerza las cuestiones vinculadas con el derecho de la competencia.

El caso Intel, que comentamos en este artículo, versa sobre la concesión de este tipo de descuentos por las empresas que ostentan posición de dominio. La reciente sentencia del Tribunal de Justicia, dictada el 6 de septiembre de 2017, estima el recurso de casación interpuesto por Intel y ordena la devolución del asunto al Tribunal General tras un análisis de la cuestión que está llamado a cambiar, de forma sustancial, el modo como las empresas y las autoridades encargadas de la defensa de la competencia van a comportarse en relación con los descuentos de fidelidad concedidos por empresas que ostenten posición de dominio en el mercado.

En este artículo haremos un repaso de los antecedentes del caso, lo cual es imprescindible para valorar, en su justa medida, la importancia de los pronunciamientos del Tribunal de Justicia.



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 donde se valorará la existencia de esta posición. Actualmente, es pacífico considerar que existe posición de dominio cuando una empresa, 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 producto, en el ámbito del medicamento el mercado relevante suele determinarse por su uso terapéutico, entendiéndose con carácter general que integran el mismo mercado los productos incluidos en el mismo nivel 3 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 de los productos es por tanto un elemento esencial

a considerar y se trata de un elemento fuertemente condicionado por el contexto jurídico y económico del medicamento. En este sentido, la intercambiabilidad funcional debe valorarse desde el punto de vista del prescriptor, pero también desde el punto de vista del gestor hospitalario; y todo ello sin olvidar el punto de vista del sistema sanitario público que financia el coste del producto ni por supuesto al paciente. 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 para fines idénticos o equivalentes. Uniendo ambas reflexiones podemos referirnos a lo dictaminado por la CNMC en diversos expedientes al señalar que el mercado relevante de producto está constituido por medicamentos empleados para el tratamiento de una o varias afecciones dentro de un área terapéutica determinada, 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 una empresa para concluir si dicha empresa tiene o no la posibilidad de comportarse, en el mercado relevante, con relativa independencia respecto de sus competidores, de sus clientes y, en último término, de los consumido-

res, con independencia de la presión que encontraría en un mercado donde exista un grado razonable de competencia efectiva.

En el mercado farmacéutico, la cuota de mercado puede servir como indicador de la posición que ocupa cada empresa, pero el contexto jurídico y económico es determinante para valorar qué empresas pueden verdaderamente comportarse con independencia de sus clientes y competidores. En este sentido, los elementos esenciales de dicho contexto son los siguientes:

- los medicamentos no pueden comercializarse sin haber obtenido una autorización administrativa que se concede tras evaluar su eficacia, seguridad y calidad, lo cual impide a cualquier empresa colocar en el mercado un producto que no satisfaga las estrictas exigencias impuestas por la normativa aplicable, así como modificar las características de un producto sin obtener autorización específica para ello.
- El titular de una autorización de comercialización de un medicamento de uso humano no puede decidir libremente los canales a través de los cuales su producto puede llegar al mercado.
- 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, cuestión que no debe olvidarse al valorar hasta qué punto

un operador puede considerarse dominante y capaz de actuar con independencia de sus proveedores, clientes, competidores o consumidores.

3. EL ASUNTO INTEL 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 supeditados 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 Hoffmann-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 la exclusividad se llega a conseguir de facto mediante un sistema de descuentos por fidelidad. 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.

4. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL GENERAL

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

En su sentencia, el Tribunal General se apoyó en la jurisprudencia Hoffmann-La Roche y también en su sentencia en el asunto Tomra, repasando la doctrina relativa a los descuentos que puede ofrecer una empresa que disfrute de una posición dominante.

Al hacerlo, el Tribunal General consideró 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. Éste sería el caso de los descuentos que dependen de que se alcance cierto volumen de compras, aun cuando no supongan 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 consideró 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 pretendiera 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 apoyó en una cita literal de la sentencia Hoffmann-La Roche para señalar que la jurisprudencia prácticamente los considera abusivos per se, y que la Comisión podía por tanto sancionar a Intel sin necesidad de demostrar que su concesión era verdaderamente capaz de restringir la competencia. Según el Tribunal General, la apreciación del conjunto de circunstancias del caso concreto no sería relevante en estos casos, porque su ofrecimiento por la empresa dominante impide que los clientes obtengan sus suministros de los competidores.

El Tribunal General, en este punto, se coloca en la posición del competidor, el cual aspira a que los clientes de la empresa dominante le compren al menos parte de sus necesidades de un producto. Esta aspiración se ve frustrada en todos los casos en los que la empresa dominante ofrece un descuento de fidelidad porque el cliente que compre los productos al competidor sin respetar la condición de exclusividad o de cuasi-exclusividad, se arriesga a perder las ventajas que le ofrece la empresa dominante. Por ello, el competidor, para presentar una oferta atractiva, debería ofrecer al cliente condiciones atractivas respecto de las unidades que él

suministra; así como una compensación por la pérdida del descuento por exclusividad, lo cual dificulta la entrada del competidor no dominante y supone, en todos los casos según el Tribunal General, una distorsión de la competencia que debe ser perseguida.

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

- 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.

- que lo relevante no es el importe del descuento, sino la exclusividad que motiva que se conceda.

- 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 empresa dominante no puede ampararse en el poder de compra del cliente porque, según el

Tribunal General, incluso si el descuento fuera una respuesta a las peticiones del cliente, ello no justificaría imponer la condición de un abastecimiento exclusivo.

Por otro lado, y en relación con la cuestión central que fue posteriormente discutida en casación, el Tribunal General consideró que en los casos de descuentos de exclusividad ofrecidos por una empresa dominante, 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; y 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 la demostración de que la práctica puede tener el efecto de restringir la competencia. En base a ello, el Tribunal General entendió que no era preciso revisar cómo la Comisión había aplicado en este caso el análisis del competidor igualmente eficiente, por entender que dicho análisis no era necesario para concluir que se había producido un abuso.

5. LAS CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL WAHL

El Abogado General, en sus conclusiones, sostuvo que el recurso contra la Comisión debería ser estimado, por entender que la jurisprudencia exige siempre apreciar el conjunto de las circunstancias antes de dilucidar si una conducta constituye un abuso de posición dominante o no; porque la apreciación del contexto jurídico y económico es siempre necesaria para determinar si se ha producido dicho abuso de posición dominante. En opinión del Abogado General, el análisis del contexto serviría, esencialmente, para comprobar si había quedado acreditado, de modo suficiente en derecho, que la empresa dominante había explotado de forma abusiva su posición; añadiendo en sus conclusiones que este ejercicio no podría pasarse por alto si quiera en el caso de conductas que parecen claramente excluyentes.

6. LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

En esta esperada sentencia, el Tribunal de Justicia revoca la decisión del Tribunal General y le devuelve el asunto para su reconsideración. El motivo principal en el cual el Tribunal de Justicia apoya su pronunciamiento es que el Tribunal General debería

haberse pronunciado respecto de si la Comisión, al aplicar en este caso el análisis del competidor igualmente eficiente, lo había hecho de forma correcta o no.

Es posible que algunos, al leer la sentencia, se queden con la idea de que el Tribunal de Justicia se ha limitado a velar por los derechos de defensa de Intel, en el sentido de que si Intel había pedido al Tribunal General que revisara la aplicación del análisis del competidor igualmente eficiente que había hecho la Comisión, la sentencia de instancia merecía ser revocada simplemente por el hecho de que el Tribunal General no entra a revisar dicha aplicación.

Ahora bien, lo verdaderamente relevante del caso es el motivo por el cual el Tribunal de Justicia entiende que el Tribunal General incurrió en un error de derecho es porque entiende que cuando una empresa, durante el procedimiento administrativo, aporta pruebas de que su conducta no tuvo la capacidad de restringir la competencia ni, en particular, de producir los efectos de expulsión del mercado que se le imputan, la Comisión está obligada a efectuar un análisis de las circunstancias del asunto con objeto de demostrar al menos un posible efecto de exclusión.

El razonamiento del Tribunal parte de la constatación de que la prohibición del abuso de posición dominante no pretende garantizar la permanencia en el mercado de competidores menos eficaces que la empresa que ocupa una posición dominante, y que no todo efecto de expulsión del mercado altera necesariamente el juego de la competencia, por cuanto es evidente que en todo mercado pueden desaparecer o quedar marginadas empresas que no son eficaces, que son menos interesantes y no son capaces

de presentar una oferta atractiva para sus potenciales clientes. Frente a ello, la prohibición del abuso de posición dominante pretende impedir que quienes ocupan dicha posición lleven a cabo prácticas que provoquen efectos de expulsión de competidores considerados tan eficaces como ella misma.

Dicho esto, el Tribunal matiza la jurisprudencia Hoffmann La Roche admitiendo que cuando la empresa dominante prueba que un programa de descuentos de fidelidad no tuvo la capacidad de restringir la competencia ni de producir efectos de expulsión del mercado, deben analizarse cuidadosamente todos los factores relevantes, sin ser posible considerar que se ha producido un abuso por el simple hecho de ofrecer dicho programa de descuentos.

Los factores relevantes a analizar serán la importancia de la posición dominante de la empresa en el mercado de referencia, el porcentaje del mercado cubierto por la práctica criticada, las condiciones y las modalidades de concesión del descuento, su duración y su importe; y si ha existido o no una estrategia destinada a expulsar del mercado a competidores al menos igualmente eficaces. Además, señala el Tribunal, el análisis de la capacidad de expulsión del mercado es pertinente para apreciar si el programa de descuentos puede estar objetivamente justificado, recordando que el efecto de expulsión del mercado puede verse contrarrestado, o incluso superado, por mejoras en términos de eficacia que beneficien también a los consumidores.

7. CONCLUSIONES

La sentencia del Tribunal es un paso más en la senda que la jurisprudencia europea inició hace ya

cierto tiempo en aras a un análisis de las prácticas comerciales desde una perspectiva eminentemente económica y tomando en consideración, en todos los casos, el entorno jurídico y económico del sector en el cual se llevan a cabo.

Al analizar 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.*